

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN EL COMERCIO
INTERNACIONAL

DANIEL AMIN FERRAZ

UNIVERSITAT DE VALENCIA
Servei de Publicacions
2004

Aquesta Tesi Doctoral va ser presentada a València el dia 10 de Setembre de 2004 davant un tribunal format per:

- D. José Luis Iglesias Buhigues
- D^a. Elena Sábalo Escudero
- D. Francisco Javier Zamora Cabot
- D^a. Josefina Boquera Matarredona
- D. Guillermo Palao Moreno

Va ser dirigida per:

Dr. D. Carlos Espulgues Mota

©Copyright: Servei de Publicacions
Daniel Amin Ferraz

Depòsit legal:

I.S.B.N.:84-370-1451-4

Edita: Universitat de València
Servei de Publicacions
C/ Artes Gráficas, 13 bajo
46010 València
Spain
Telèfon: 963864115



VNIVERSITAT Ò DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

*EL CONTROL DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN LOS
EE.UU., LA UE Y MERCOSUR: UN ANÁLISIS COMPARADO*

Tesis Doctoral presentada por el

Ldo. Daniel Amin Ferraz

Dirigida por el

Prof. Dr. Carlos Esplugues Mota

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

Valencia, 2004

A mi mujer por compartir conmigo no sólo todas las incertidumbres que suponen la elaboración de una Tesis Doctoral, sino también las alegrías derivadas de una nueva vida, en un nuevo entorno, con nuevos amigos como fueron estos cuatro años en Valencia; y a mi hija, por haberme enseñado la búsqueda de un mundo además de intelectual, también emocional.

La financiación para la realización de la presente Tesis Doctoral se obtuvo gracias al apoyo de la *Universidade Federal de Viçosa – Faculdade de Direito* (Minas Gerais, Brasil), así como a la concesión de una Beca de Formación del Personal Docente de la Enseñanza Superior, otorgada en octubre del 2000 por la *CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior)*, órgano vinculado al Ministerio de Educación de Brasil.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	i
ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	xix
INTRODUCCIÓN	
1. Objeto de Estudio.....	2
2. Justificación del tema elegido.....	2
3. Metodología empleada y plan de la exposición.....	6

***PRIMERA PARTE: LA EMPRESA DE GRUPO EN EL
CONTEXTO DEL NUEVO ORDEN MUNDIAL – EL
GRUPO DE SOCIEDADES COMO INSTRUMENTO
JURÍDICO PRIVILEGIADO DE LA ACTUACIÓN DE
LAS EMPRESAS EN EL ESCENARIO
INTERNACIONAL***

CAPÍTULO I – ASPECTOS GENERALES DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA INTERNACIONAL

1. El nuevo entorno económico y social del siglo XXI.....	10
2. El nuevo orden internacional.....	15
3. Latinoamérica en el contexto de la economía mundial.....	19
4. La periferia capitalista y el nuevo orden mundial.....	22
5. La concentración empresarial y la economía global.....	25
6. Factores causantes de la inserción de las empresas en el mercado global.....	28
7. Concentración empresarial: actuación en el mercado y sus consecuencias.....	31
8. El papel del Estado ante la nueva realidad del mercado mundial.....	34
9. Acuerdos horizontales y acuerdos verticales.....	37
9.1. Aproximación a la materia.....	37

9.2. Acuerdos horizontales y acuerdos verticales.....	39
9.2.1. Acuerdos horizontales – el cartel.....	40
9.2.1.1. El cartel y sus justificaciones.....	42
9.2.1.2. El cartel de precio.....	43
9.2.1.3. Los agentes en posición de igualdad en el mercado y sus acuerdos.....	45
9.2.1.4. Acuerdos de <i>price leadership</i>	47
9.2.1.5. El cartel de exportación como mecanismo de excepción.....	49
9.2.2. Los acuerdos verticales y la protección de la competencia para no competentes.....	50
9.2.2.1. Efectos restrictivos de los acuerdos verticales.....	51
9.2.2.2. La doctrina jurisprudencial en materia de acuerdos verticales.....	54
9.2.2.2.1. La jurisprudencia de los acuerdos verticales en los EE.UU.....	

	54
9.2.2.2.1.a) El caso <i>Dr. Miles Medical Co. V. John D. Park e Sons Co.</i>	54
9.2.2.2.1.b) El caso <i>United States v. Colgat Co.</i>	54
9.2.2.2.2. La jurisprudencia de los acuerdos verticales en Europa.....	55
9.2.2.2.3. Breves conclusiones.....	56

CAPÍTULO II – EL GRUPO DE SOCIEDADES EN EL ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL

1. Aproximación a la materia.....	58
1.1. Aceptación restrictiva y amplia.....	58
1.2. Elementos característicos.....	60
1.3. Terminología.....	61

2. Importancia práctica: impacto nacional e internacional.....	62
3. Causas del recurso a ésta figura.....	66
3.1. Ventajas económicas.....	66
3.2. Ventajas financieras.....	69
3.3. Ventajas jurídicas.....	70
4. Tipología de los grupos.....	73
4.1. Grupos de derecho y grupos de hecho.....	74
4.2. Grupos de base societaria, de base contractual y de base personal.....	76
4.2.1. Grupos de base societaria.....	76
4.2.2. Grupos de base contractual.....	78
4.2.2.1. Contratos de empresa.....	79
4.2.2.1.a) Grupo de sociedades de base contractual (contrato de subordinación).....	79
4.2.2.1.b) Otros contratos de empresa.....	85
4.2.2.2. Contratos de Derecho común.....	89

4.2.2.2.a) Relaciones de dependencia económica.....	89
4.2.2.2.b) La transferencia de tecnología.....	93
b.1. Aproximación a la materia.....	93
b.2. La tecnología y su conceptualización.....	95
b.3. La tecnología incorporada a la mercancía y la tecnología no incorporada a la mercancía.....	97
b.4. Breve enunciado de los diversos tipos de prestaciones tecnológicas.....	98
b.5. Los acuerdos de transferencia de tecnología y los países de la periferia capitalista.....	111
4.2.2.2.c) Breves conclusiones respecto a la dependencia económica.....	114
4.2.3. Grupos de base personal.....	118
4.3. Grupos de subordinación y grupos de coordinación.....	120
4.4. Grupos industriales y grupos financieros.....	122
5. Breves distinciones entre algunos instrumentos de concentración y de cooperación empresarial con los grupos de sociedades.....	

	124
5.1. Fusión.....	125
5.2. Escisión.....	127
5.3. Holding.....	129
5.4. <i>Joint Venture</i>	131
5.4.1. Aproximación a la materia.....	131
5.4.2. La <i>joint venture</i> y las relaciones internacionales.....	133
5.4.3. Disciplina de la <i>joint venture</i>	135
5.4.4. Tipología.....	137
5.4.4.1. Respecto al punto de vista organizativo.....	138
a) <i>Incorporated joint venture (o joint venture corporation)</i>	138
b) <i>Unincorporated joint venture (non corporated joint venture o consorcio)</i>	141
5.4.5. Breves conclusiones respecto a la <i>joint venture</i> y su análisis comparativo con el grupo de sociedades.....	145
6. El grupo de sociedades y las relaciones de dominio múltiple.....	146

CAPÍTULO III – LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL ORDEN JURÍDICO

1. Aproximación a la materia.....	151
2. El grupo de sociedades y el Derecho de las sociedades.....	154
2.1. El fenómeno del control intersocietario.....	154
2.1.1. El arquetipo legal de la sociedad individual.....	154
2.1.2. El fenómeno del control de sociedades por sociedades.....	156
2.1.3. Del control intersocietario al grupo societario: la dirección económica unitaria.....	158
2.2. El futuro Derecho del grupo de sociedades.....	164
2.2.1. La sociedad filial.....	165

2.2.1.1. Protección de la sociedad.....	165
2.2.1.2. Protección de los socios minoritarios.....	170
2.2.1.3. Protección de los acreedores sociales.....	173
2.2.2. La sociedad madre.....	177
2.2.2.1. Protección de los socios.....	177
2.2.2.2. Protección de los acreedores sociales.....	182
2.2.2.3. La responsabilidad por las deudas de la sociedad subordinada.....	184
2.2.3. Organización jurídica del grupo: de la sociedad a la metasociedad.....	186
2.2.3.1. ¿Personificación del grupo?.....	187
2.2.3.2. Organización del grupo.....	189
2.2.4. La teoría del levantamiento del velo y su aplicabilidad a los grupos de sociedades.....	193
2.2.4.1. Origen y evolución.....	193
2.2.4.2. Teorías explicativas del levantamiento – Teoría subjetiva, teoría objetiva y teoría de la aplicación de la	

norma.....	198
2.2.4.3. El levantamiento del velo en los grupos de sociedades y el deber de lealtad.....	200
2.2.4.4. La teoría del levantamiento del velo social en el Derecho Internacional Privado.....	207
2.3. La respuesta del moderno Derecho de las Sociedades: modelos de regulación jurídica de los grupos de sociedades.....	209
2.3.1. Sociedades en relación de participaciones recíprocas.....	212
2.3.2. Sentido general de los modelos existentes.....	214
2.3.3. El modelo contractual del Derecho alemán.....	216
2.3.4. El modelo orgánico del Derecho comunitario.....	220
3. Breve aproximación al tratamiento del grupo de sociedades en otras ramas del Derecho.....	222
3.1. Los grupos de sociedades y el Derecho de la Competencia.....	224
3.2. Los grupos de sociedades en el Derecho Contable y el Derecho Fiscal.....	

	225
3.3. Los grupos de sociedades y el Derecho Laboral.....	230
3.4. Los grupos de sociedades y el Derecho Internacional Privado...	236
3.5. Los grupos de sociedades y el Derecho Industrial.....	246
3.6. Los grupos de sociedades y otras ramas de la ciencia jurídica....	249
4. Breves conclusiones.....	251

***SEGUNDA PARTE – EL DERECHO DE LA
COMPETENCIA COMO MECANISMO DE CONTROL
DE LA ACTUACIÓN DE LOS GRUPOS DE
SOCIEDADES: UN ANÁLISIS EN LOS EE.UU. Y LA
UE***

**CAPÍTULO I – DEL CONTROL DE LA COMPETENCIA EN
GENERAL: LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA Y DE
LOS PRECIOS (LA REGULACIÓN PRIVADA DEL
MERCADO)**

1. Aproximación a la materia.....	254
-----------------------------------	-----

1.1. Competencia ilícita y falta de competencia (competencia desleal).....	254
1.2. Sistemas de defensa de la competencia.....	255
2. Evolución histórica de la competencia.....	257
2.1. Perspectiva histórica.....	257
2.2. Noción económica de competencia.....	267
2.2.1. Referencia al modelo de competencia perfecta y su crítica...	267
2.2.2. El modelo de competencia practicable.....	269
3. Organización privada del mercado y encuadramiento jurídico.....	273
3.1. La evolución de las formas jurídicas de empresa.....	273
3.1.1. Competencia económica, empresa individual y Derecho de los Comerciantes.....	273
3.1.2. Economía concentracionista, empresa societaria y Derecho de las Sociedades Mercantiles.....	274
3.1.3. Economía global, empresa de grupo y Derecho de la Concentración Empresarial.....	276

3.2. De la ambivalencia de la regulación de la protección de la competencia – a efectos de conclusión.....	280
4. La concentración y sus mecanismos jurídicos.....	282
4.1. La concentración en la unidad.....	282
4.2. La concentración en la pluralidad.....	283
5. Breves conclusiones.....	284

CAPÍTULO II – EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EE.UU.: REFERENCIAS AL MODELO NORTEAMERICANO Y LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL § 1º DE LA SHERMAN ACT DE 1890

1. Consideraciones generales.....	286
2. El art. 1º de la <i>Sherman Act</i>	290
2.1. Del sistema rígido inicial a la Regla de la Razón (<i>Rule of Reason</i>).....	290

2.2. La <i>Federal Trade Comission Act.</i> y la <i>Clayton Act</i>	295
2.3. La doctrina de la <i>Per Se Prohibition</i>	299
3. Los objetivos del Derecho de la competencia norteamericano y la concentración empresarial.....	301
4. La Escuela de Chicago y la consideración de las restricciones verticales.....	303
5. El impacto de las operaciones de concentración en el mercado.....	306
6. Breves conclusiones.....	310

CAPÍTULO III – EL CONTROL DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN LA UE: EL CONTROL COMUNITARIO DE LAS CONCENTRACIONES CON BASE EN LOS TRATADOS

1. Coordinadas jurídico-sociales del control comunitario de las concentraciones.....	312
--	-----

2. El control de las concentraciones en el Tratado CECA.....	318
2.1. El control previo de las concentraciones: Art. 66 del Tratado CECA, breves referencias.....	318
2.2. Síntesis del control de concentraciones en el ámbito del Tratado CECA y su armonización con el sistema CE.....	323
3. El Memorando de la Comisión del 1 de diciembre de 1965.....	324
3.1. La cuestión de la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE (actuales arts. 81 y 82 respectivamente) a las operaciones de concentración.....	324
3.2. Posición de la Comisión en cuanto a la aplicación de los arts. 81 (ex art. 85) y 82 (ex art. 86) del Tratado a las operaciones de concentración.....	326
3.3. Síntesis del control de concentraciones en el ámbito del Memorando de la Comisión de 1 de diciembre de 1965.....	334
4. Operación de concentración con abuso de posición dominante en el ámbito del Tratado CE.....	

	335
4.1. Supuestos generales de aplicación del art. 82 del Tratado CE.....	335
4.1.1. Breves referencias a la posición dominante.....	336
4.1.2. Mercado relevante.....	339
4.1.3. Significado de la expresión “ <i>abuso</i> ”.....	341
4.1.4. Afectación del comercio entre los Estados-miembros.....	345
4.1.5. El grupo de sociedades y el control de las concentraciones empresariales con base en el art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE).....	348
4.2. Aplicación del art. 82 a las operaciones de concentración empresarial: El caso <i>Continental Can</i>	359
4.2.1. Los hechos del caso <i>Continental Can</i>	359
4.2.2. La decisión de la Comisión en el Caso <i>Continental Can</i> ...	361
4.2.3. La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto <i>Continental Can</i>	368

4.2.4. Aplicación de la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto <i>Continental Can</i>	377
4.3. Síntesis de la aplicación del art. 82 TCE a las operaciones de concentración empresarial.....	391
5. La prohibición de la operación de concentración como <i>empresa conjunta</i> en el ámbito del Tratado CE.....	393
5.1. Supuestos generales de aplicación del art. 81 del TCE.....	393
5.2. El caso <i>Philip Morris</i>	406
5.2.1. La decisión de la Comisión en el caso <i>Philip Morris</i>	409
5.2.2. La sentencia del Tribunal de Justicia en el caso <i>Philip Morris</i>	410
5.2.3. Análisis crítico de la sentencia <i>Philip Morris</i>	414
5.2.4. Aplicación de la doctrina establecida en la sentencia <i>Philip Morris</i>	423
5.3. Breves conclusiones en cuanto a la aplicación del art. 81 TCE al control de las operaciones de concentración.....	

**CAPÍTULO IV – EL CONTROL DE LA CONCENTRACIÓN
EMPRESARIAL EN LA UE: EL CONTROL COMUNITARIO
DE LAS CONCENTRACIONES CON BASE EN EL
REGLAMENTO N° 4064/89 Y EL REGLAMENTO N°
139/2004**

1. Observaciones preliminares.....	434
1.1. La necesidad de una reglamentación comunitaria específica para el control de las concentraciones de empresas.....	435
1.2. Breves referencias históricas para la adopción del Reglamento CE de control de las concentraciones empresariales.....	438
2. La base jurídica del Reglamento.....	449
2.1. Breve enunciado del sistema de competencias atribuido al Consejo y a la Comisión.....	449

2.2. La doble base jurídica del Reglamento: los arts. 83 y 308 del Tratado CE.....	450
2.3. La <i>constitucionalidad</i> de la opción por el art. 308 TCE como fundamento del Reglamento.....	453
3. Ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004.....	456
3.1 Dimensión comunitaria de la operación de concentración: criterio del volumen de negocios mundiales; criterio del volumen de negocios comunitarios; regla de 2/3.....	456
3.2. El cálculo del volumen de negocios.....	462
3.3. Identificación de la <i>empresa afectada</i> para efectos del cálculo del volumen de negocios.....	466
3.4. Delimitación del grupo al que pertenece la <i>empresa afectada</i>	473
3.5. El cálculo del volumen de negocios y el sector público.....	479

3.6. Noción de concentración. Modalidades de concentración referidas en el art. 3 del Reglamento: fusión y adquisición de control.....	482
3.7. Tentativa de definición previa de control.....	489
3.8. Adquisición de control exclusivo.....	498
3.9. Del control conjunto al control exclusivo.....	499
3.10. Adquisición del control conjunto: <i>empresas comunes</i>	502
3.10.1. Aproximación a la materia.....	502
3.10.2. Aplicación del Reglamento 139/2004 a las empresas comunes.....	511
3.10.3. El control conjunto por medio de las filiales comunes: síntesis.....	529
4. Aplicación del Reglamento 4064/89 (hoy Reglamento 139/2004) en las relaciones económicas internacionales.....	532
4.1. Posición adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia <i>Wood Pulp</i> al respecto del campo de aplicación del Derecho	

Comunitario.....	532
4.2. Ausencia de criterios precisos al respecto de la aplicación del Reglamento a empresas no comunitarias: <i>doctrina de la ejecución y teoría de los efectos</i>	537
4.3. Síntesis de la aplicación del Reglamento 139/2004 en las relaciones de concentración internacional.....	543

TERCERA PARTE - LA COMPETENCIA EN EL SENO DEL MERCOSUR

CAPÍTULO I – EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO JURÍDICO DEL MERCOSUR: UNA NECESIDAD PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN

1. Aproximación a la materia.....	547
2. Mercado Común del Sur: origen y características básicas.....	557
2.1. Breves referencias.....	557
2.2. Barreras institucionales a la consolidación del MERCOSUR.....	561
2.3. La solución de conflictos en el seno del MERCOSUR.....	567
2.3.1. Introducción – las fuentes del Derecho del MERCOSUR...	567
2.3.2. El Derecho del MERCOSUR y el Derecho Interno o Nacional.....	567
2.3.3. El Tribunal Arbitral del Protocolo de Brasilia.....	570
2.3.4. Protocolo de Olivos.....	573
2.3.5. Breves conclusiones.....	575
3. El Derecho de la Competencia en MERCOSUR.....	579
3.1. Introducción – Una política de competencia para el MERCOSUR.....	579
3.2. El Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR.....	589

3.3. Los progresos alcanzados en materia de competencia en MERCOSUR y en sus países miembros desde la aprobación del Protocolo de Fortaleza.....	595
3.3.1. Los progresos en el MERCOSUR.....	596
3.3.2. Progresos en los países socios.....	601
3.3.3. Análisis comparativo entre el Protocolo de Fortaleza y el Derecho de Competencia en Brasil y Argentina.....	602
3.3.4. Mecanismos, efectos y procedimientos de aplicación del Protocolo de Fortaleza.....	604
4. La defensa de la competencia en el seno de los países participantes del MERCOSUR – referencias.....	609
4.1. La defensa de la competencia en los Estados miembros de pleno derecho en el MERCOSUR.....	610

A. Argentina.....	610
a.1. Introducción.....	610
a.2. Antecedentes históricos.....	610
a.3. La Ley nº 25.156.....	613
a.3.1. El régimen general de la Ley nº 25.156.....	613
a.3.2. El interés económico general y la regla de la razón.....	619
a.3.3. La posición dominante.....	621
a.3.4. El Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia: conformación, funciones y facultades.....	622
a.3.5. El control de las concentraciones empresariales: prohibición de concentraciones anticompetitivas.....	623
a.3.6. Régimen de notificación previa obligatoria.....	624
a.3.6.1. La toma de control a través de actos de concentración.....	624
a.3.6.2. Operaciones de concentración sujetas a notificación obligatoria.....	

	628
a.3.6.3. Operaciones exentas de notificación obligatoria.....	629
a.3.6.4. Cálculo de los volúmenes de negocios – Empresas afectadas.....	629
a.4. Situación actual en Argentina.....	630
a.5. Breves conclusiones.....	633
B) Brasil.....	634
b.1. La libre competencia en la Constitución de 1988 y su influencia sobre el actual sistema de control de las concentraciones en Brasil.....	634
b.2. La ley 8.884/94 de control de las concentraciones empresariales en Brasil.....	636
b.2.1. El CADE – Consejo Administrativo de Defensa Económica.....	637
b.2.2. El control preventivo de las operaciones de concentración empresarial en la Ley 8.884/94.....	644

b.2.3. La delimitación de mercado relevante y la actuación del CADE.....	645
b.2.4. De la creación de la Agencia Nacional de Defensa de la Competencia.....	646
b.3. La extraterritorialidad del Derecho de la Competencia de Brasil...	648
b.3.1. Introducción.....	648
b.3.2. La competencia internacional de los Estados en materia de defensa de la competencia – el caso brasileño.....	649
b.3.2.1. El criterio de la territorialidad de los efectos.....	649
b.3.2.2. El criterio de la territorialidad de los comportamientos.....	654
b.4. Análisis de la concentración empresarial en Brasil y la actuación del CADE – el asunto <i>AmBev</i>	656
b.5. Breves conclusiones.....	657
C) Paraguay.....	659

D) Uruguay.....	660
4.2. El Derecho de la Competencia en los Estados asociados al MERCOSUR.....	663
A) Bolivia.....	663
B) Chile.....	665
b.1. Estructura orgánica del sistema chileno de libre competencia.....	667
b.1.1. La Fiscalía Nacional Económica.....	668
b.1.2. Las Comisiones Preventivas.....	668
b.1.3. La Comisión Resolutiva.....	670
b.1.4. El Control residual de los Tribunales Superiores de Justicia.....	672
b.2. Conductas contrarias a la libre competencia conforme al DL nº 211.....	672
CONCLUSIONES FINALES.....	
	677

BIBLIOGRAFÍA, DOCUMENTACIÓN, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADAS

I. Bibliografía Citada.....	685
II. Documentación, Legislación y Jurisprudencia Citada.....	745

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ACE	Acuerdo de Complementación Económica
ACE	Agrupamiento complementario de empresas
AER	American Economic Review
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJCL	The American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
AktG	<i>Aktiengesetz</i> (Ley de Sociedades Anónimas alemana)
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALCA	Acuerdo de libre comercio de las Américas
ALJ	Antitrust Law Journal
ANC	Agência Nacional de Defesa da Concorrência
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGH	Bundesgerichtshof
BICE	Banco de Inversión y Comercio Exterior
BIRD	Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo
BM	Banco Mundial
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BOE	Boletín Oficial del Estado
BoICE	Boletín de las Comunidades Europeas
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Cahiers DrEu	Cahiers de Droit Européen
CAME	Consejo para la Ayuda mutua Económica
Cap.	Capítulo
CCM	Comisión de Comercio del MERCOSUR
CDC	Comité de Defensa de la Competencia
CDE	Cahiers de Droit Européen

CDI	Convenios de doble Imposición
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
CEI	Comunidad de Estados Independientes
Celm	Contratto e Impresa
CLR	Columbia Law Review
CMC	Consejo del Mercado Común
CMLR	Common Market Law Review
CNDC	Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
COPCA	Consortio de Promoción Comercial de Cataluña
CPC	Comisión Parlamentaria Conjunta
CSC	Código de Sociedades Comerciales (Portugal)
CTF	Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal
Chr.D.	Chronic Dalloz
DBMF	Diritto della Banca e del Mercato Finanziario
DII	Doble Imposición Intersocietaria Internacional
DIP	Derecho Internacional Público
DirFal	Diritto Fallimentare
DL	Decreto Ley (Portugal y Brasil)
DLJ	Duke Law Journal
DO	Diário Oficial
Doc.	Documento
DOU	Diário Oficial da União (Brasil)
DPCI	Droit et Pratique du Comerse International
DR	Diário da República (Portugal)
DrSoc	Droit Social
EBLR	European Business Law Review
ECLR	European Competition Law Review
EE.UU.	Estados Unidos de Norte América
EEE	Espacio Económico Europeo
EIPR	European Intellectual and Property Review
EJ	Economic Journal
ELR	European Law Review
FCES	Foro Consultivo Económico-Social

FCLI	Fordham Corporate Law Institute (Annual Proceedings of the)
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FMI	Fondo Monetario Internacional
FTC	Federal Trade Commission
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio
Giul	Giurisprudenza Italiana
GJ	Gaceta Jurídica de la CEE
GMC	Grupo Mercado Común
GP	Gazette du Palais
HarvLR	Harvard Law Review
I&D	Investigación y Desarrollo
Ibrac	Instituto Brasileiro de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional
ICEP	Instituto de Comércio Exterior de Portugal
ICEX	Instituto de Comercio Exterior
IED	Inversión Extranjera Directa
IFLR	International Financial Law Review
JBL	Journal of Business Law
JCP	Juris Classeur Périodique
JDI	Journal de Droit International
JEV	Joint European Venture
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>loc. cit.</i>	<i>locus citatum</i>
Ltd.	Limitada
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MIT	Massachusetts Institute of Technology
ModLR	Modern Law Review
NAFTA	North American Free Trade Agreement
nº	número
NU	Naciones Unidas
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico
OLR	Ottawa Law Review

OMC	Organización Mundial del Comercio
<i>op. cit.</i>	opus citatum
OPA	Oferta Pública de Adquisición
OSCE	Organización de Seguridad y Cooperación Europea
OTAN	Organización de los Tratados del Atlántico Norte
p.	página
PDC	Propuesta preliminar de 9ª Directiva Comunitaria en materia de armonización del derecho de sociedades (grupos de sociedades)
PECS	Política Europea Común de Seguridad y Defensa
PESC	Política Exterior de Seguridad Común
PIB	Producto interno Bruto
PIB	Producto Interior Bruto
PICE	Programa de Integración y Cooperación Económica
PNB	Producto Nacional Bruto
POP	Protocolo de Ouro Preto
PVDs	Países en vías de desarrollo
PYMEs	Pequeñas y Medianas Empresas
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RCDIP	Revue Critique de Droit International Privé
RDA	República Democrática de Alemania
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
RDI	Rivista di Diritto Industriale
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDS	Recueil Dalloz Sirey
Rec.DS	Recueil Dalloz Sirey
RevN	Revista do Notariado
RevS	Revue des Sociétés
RGL	Rivista della Giurisprudenza Lavoristica
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique
RIE	Revista de Instituciones Europeas
RJC	Revue de Jurisprudence Commercial
RMC	Revue du Marché Commun

RMCUE	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RPS	Revue Pratique des Sociétés
RR.HH.	Recursos humanos
RS	Rivista delle Società
RSI	Revista Scientia Iuridica
RT	Revista dos Tribunais Editora
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
RTPA	Restrictive Trade Practices Act
S.Á.	Sociedad Anónima
SAM	Secretaría Administrativa del MERCOSUR
SDE	Secretaria de Dereito Económico
SDE	Secretaria de Dereito Económico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Económico
SIRESE	Sistema de Regulación Sectorial
SJ	La Semaine Juridique
ss.	Siguientes
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado CECA
Tex Int.L.J.	Texas International Law Journal
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJI	Tribunal de Justicia Internacional
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TUE	Tratado de la Unión Europea
UCP	Universidade Católica Portuguesa
UChLR	University of Chicago Law Review
UE	Unión Europea
UFIR	Unidad Fiscal de Referência
URSS	Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas
v.g.	verbi gratia

VJIL
Vol.

Vanderbilt Journal of International Law
Volumen

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

1. Objeto de Estudio

1) El objeto de la presente investigación es analizar el grupo de sociedades como una especie del género concentración empresarial y su inserción en el comercio internacional. Paralelamente, estudiaremos los sistemas de control de los grupos de sociedades por el Derecho de la Competencia de EE.UU., UE y MERCOSUR.

Con nuestro trabajo, realizado desde la perspectiva del Derecho comparado de los sistemas de control de éstos tres espacios geográficos, pretendemos sugerir cambios necesarios en la legislación de competencia del MERCOSUR, posibilitando así el desarrollo de este bloque regional.

2. Justificación del tema elegido

1) El mundo está en constantes cambios. Es ahora el tiempo de la internacionalización de la tecnología, de los medios de comunicación de masa, de la Internet, de lo cual no somos meros observadores pasivos. El hombre vive una nueva era y el inicio del siglo actual nos ha demostrado que pasará por períodos de incertidumbre. La presente globalización nos hace reflexionar acerca de los desequilibrios existentes en un mundo no más dividido en ideologías de producción, pero sí diferenciado por las discrepancias entre Occidente y Oriente, entre norte y sur, entre países pobres y ricos.

2) La empresa moderna es partícipe por excelencia de éste nuevo entorno económico y social, en el cual busca su *mundialización*, pretendiendo operar en el mercado global. En el empeño de éste papel aprovecha la existencia de una internacionalización efectiva de la economía paralelamente a una no internacionalización de los mecanismos de control de su actuación en el mercado.

3) Hemos delimitado el tema propuesto en el trabajo, haciendo especial referencia, al grupo de sociedades y no a otros instrumentos de concentración empresarial, atendiendo a dos circunstancias esenciales:

a) Por un lado, el fenómeno de la concentración empresarial es un proceso dinámico, siendo imposible sistematizarlo. La diversidad de instrumentos de concentración empresarial existentes es tan amplia como la creatividad de los empresarios actuantes en el mercado mundial, que a cada momento crean nuevas figuras de integración empresarial.

b) Por otro lado, como veremos en nuestro trabajo, el grupo de sociedades se transformó en el instrumento jurídico por excelencia para la actuación de las transnacionales, siendo hoy la figura jurídica de más difícil definición y menos estudiada por la literatura jurídica internacional.

4) No obstante, nuestro trabajo no se limita a un estudio de los grupos de sociedades. Como hemos referido, definimos su objeto en el sentido de analizar el control de los grupos de sociedades, por medio del Derecho de la Competencia, a fin de sugerir los cambios que entendemos necesarios respecto al Protocolo de Defensa de la Competencia de MERCOSUR (Protocolo de Fortaleza). Consecuentemente, el desarrollo de nuestro objeto de estudio, podría permitir la consolidación del bloque regional del Cono Sur.

5) La importancia del fenómeno de los grupos de sociedades en el seno del Derecho de la Competencia se constata en dos planos: a) el de la formación del grupo y; b) el de su respectivo funcionamiento¹.

a) Bajo la perspectiva de la formación de los grupos, debemos tener en cuenta las normas del Derecho de la Competencia que generaron el control previo de las concentraciones de empresas. Estas normas tienen por objeto el establecimiento de una apreciación preventiva sobre los movimientos de concentración empresarial que puedan generar efectos nocivos sobre la

¹ CORDEIRO, Antonio Robalo: *As Coligações de Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência*, en: *XXIX RDES (1987)*. 1987, p. 81 y ss.; LYON-CAEN, Antoine: *Droit Européen de la Concurrence et Groupe*, en: GOLDMAN, B. y FRANCESKAKIS, P.: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. Librairies Techniques, Paris, 1977, p. 328 y ss.; MONTI, Mario: *I Gruppi e l'Armonizzazione Comunitaria*, en: *I Gruppi di Società, Volume Primo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 553 y ss.

estructura de la competencia en el mercado, instituyendo un deber de comunicación de la concentración a cargo de las empresas involucradas.

Su ámbito de aplicación vincula dos tipos esenciales de concentración: a.1) las llamadas concentraciones económicas con concentración jurídica (ejemplo sería la fusión); y a.2) la concentración económica sin concentración jurídica (v.g., persona física o colectiva societaria que obtenga una influencia determinante sobre otra empresa). Este segundo sector (concentración económica sin concentración jurídica) tiene importantes incidencias para la formación de los grupos societarios y, en general, para el establecimiento de relaciones de coligación intersocietaria.

b) En cuanto al funcionamiento del grupo, es importante tener en cuenta las normas en materia de defensa de la competencia, tanto internas (nacionales), como comunitarias². Tales normas, que generalmente prohíben las prácticas individuales restrictivas de la competencia, las prácticas concertadas entre empresas, así como los abusos de posición dominante, se basan en el concepto de empresa para buscar la aplicación de sus propios preceptos. Constituyendo así el grupo una especie de empresa de segundo grado, ante ello se nos presenta el problema de saber si el grupo es también destinatario de ese conjunto de normas o, tan sólo, lo es la sociedad mercantil individualizada (empresa de primero grado)³.

La importancia de esta cuestión se analiza en dos aspectos: 5.1) en el ámbito de las relaciones externas y; 5.2) en el ámbito de las relaciones internas del grupo.

5.1) En las relaciones externas, la cuestión fundamental es conocer si el grupo puede funcionar como unidad destinataria de las normas de la competencia en el tráfico jurídico externo. En otras palabras, lo esencial es saber si los comportamientos violadores de las normas del Derecho de la

² ALVES, Jorge de Jesús Ferreira: *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*. Coimbra Editora, Coimbra, 2 ed., 1992, p. 171 y ss.; GAVALDA, Christian y PARLÉANI, Gilbert: *Droit Communautaire des Affaires*. Litec, Paris, 1988, p. 689 y ss.

³ Véase, al respecto de la problemática apuntada: BONELLI, Franco: La Nozione di Impresa nelle Regole di Concorrenza del Trattato CEE, en: *La Nozione di Impresa nell'Ordinamento Comunitario*. Giuffrè, Milano, 1977, p. 45 y ss.; DUWEL, I. Torley: *Signification du Mot Entreprise dans le Sens de l'Article 85 du Traité CEE, à Propos d'Accords entre Sociétés Mères et Filiales et Filiales entre Elles*, en: *RTDE (1966)*. 1966, p. 400 y ss.

Competencia, practicados por una sociedad miembro del grupo, deberán ser imputados a la sociedad madre o al propio grupo de sociedades, como unidad económica y jurídica.

5.2) En las relaciones internas, la cuestión es exactamente la inversa. Considerando que el grupo constituye una unidad económico-empresarial compuesta por sociedades jurídicamente independientes, pero económicamente dependientes, la interrogante sería: ¿serían aplicables las normas de competencia respecto a los actos o conductas practicados por las sociedades del grupo entre sí?

Aunque no exista una respuesta unívoca a las dos interrogantes presentadas, pretendemos demostrar que la tendencia general de la legislación y de la jurisprudencia apunta en el sentido de reconocer al grupo como una unidad, no sólo económica, sino también jurídica. Así, el grupo será clasificado como una verdadera empresa única a los efectos de aplicación de las normas de competencia, contrariando los cánones clásicos del Derecho de las sociedades y del Derecho privado general, tributarios del principio de la independencia entre las personas jurídicas⁴.

6) Finalmente, aunque existe una doctrina que trata sobre los grupos de sociedades, además de aquella que analiza el Derecho de la Competencia aplicado a la concentración empresarial, en la actualidad no existen estudios comparados de los sistemas de control de los grupos de sociedades en EE.UU. (sistema de control de las concentraciones referencia para la de la existencia de los sistemas actuales); en la UE (sistema de control de los grupos de sociedades más desarrollado en la actualidad); y el sistema de control de los grupos de sociedades en el MERCOSUR.

⁴ FRANCESCHINI, Paolo: La Nozione Allargata di Imprese nei Regolamento Comunitari in Tema di Esenzione per Categorie di Accordi, en: *Il Gruppo d'Imprese nella Realtà Giuridica Italiana*. Cedam, Padova, 1990, p. 153 y ss.; RAFAELLI, E.: *Il Concetto di Unica Entità Economica nell'Giurisprudenza Comunitaria*, en: *RDI (1977)*, II. 1977, p. 396 y ss.

3. Metodología empleada y plan de la exposición

1) Nuestro trabajo se dividirá en tres partes, y en cada una de ellas será empleado el método comparado.

2) La Primera Parte de nuestro trabajo estará estructurada en tres Capítulos, a través de los cuales estudiaremos la inserción del grupo de sociedades en el nuevo escenario de la economía internacional. El método comparado en esta parte del trabajo será utilizado, en la generalidad de los casos, con el propósito de estudiar las legislaciones alemana, brasileña y portuguesa, teniendo en cuenta que éstos Estados son los únicos que poseen una legislación específica que reglamenta los grupos de sociedades.

a) En el Capítulo 1 de esta Primera Parte, realizaremos un análisis general de la concentración empresarial en el contexto de la economía internacional. Con ello pretendemos demostrar la estrecha vinculación de la inserción de la empresa en la economía mundial, con la utilización del género concentración empresarial.

b) En cuanto al Capítulo 2, haremos un análisis del grupo de sociedades bajo la óptica económica de su inserción internacional. Es importante subrayar que a partir de éste capítulo profundizaremos en el estudio de los grupos de sociedades, haciendo referencia a otros instrumentos de concentración y/o cooperación empresarial solamente como mecanismo de diferenciación respecto a aquellos.

c) Finalmente, en el Capítulo 3 realizaremos un acercamiento al entendimiento jurídico del grupo de sociedades, con todos los problemas derivados de una falta de definición jurídica precisa de tal figura.

3) La Segunda Parte de nuestro trabajo estará dividida en cuatro capítulos, en los cuales realizaremos un análisis del Derecho de la Competencia aplicado al control de los grupos de sociedades. El método empleado seguirá siendo el comparado, mediante el cual estudiaremos la legislación de control de la competencia de EE.UU. y UE. Cumple subrayar que tal delimitación geográfica la realizaremos en virtud de ser el Derecho de la Competencia de EE.UU. la matriz de los sistemas mundiales, y ser el Derecho

de la Competencia de la UE el sistema de control de los grupos de sociedades más desarrollado en la actualidad en el ámbito mundial.

a) En el Capítulo 1 de ésta Segunda Parte estudiaremos la regulación del mercado. Será éste Capítulo sustrato de entendimiento de los Capítulos posteriores, donde analizaremos los sistemas de competencia de EE.UU. y UE.

b) En el Capítulo 2 abordaremos el Derecho de Competencia de EE.UU., aplicado al grupo de sociedades. Cabe resaltar que este sistema será desarrollado solamente a título de referencia, ya que hoy está un poco alejado del sistema desarrollado en el seno del MERCOSUR, el cual ha hecho una clara opción por el lineamiento con el sistema europeo de control de los grupos de sociedades.

Para una mejor comprensión del sistema de la competencia de la UE, realizaremos su estudio en los Capítulos 3 y 4, utilizando para ello la doctrina, la jurisprudencia y la legislación europea.

c) El Capítulo 3, permitirá abordar el sistema de control de las concentraciones empresariales en general, y de los grupos de sociedades en especial, con base en los Tratados de constitución de la CE (hoy por hoy UE).

d) A su vez, en el Capítulo 4, analizaremos el sistema de control de las concentraciones con base en el Reglamento 4064/89, y el Reglamento 139/2004, ambos del Consejo. Una importante cuestión debe ser señalada en éste punto: cuando del término de nuestro trabajo doctoral, con su depósito (mayo de 2004), el Reglamento 4064/89 fue derogado por el Reglamento 139/2004. Sin embargo, el nuevo Reglamento de control de las operaciones de concentración en la UE (Reglamento 139/2004) determinó que el Reglamento anterior (Reglamento 4064/89) siguiera siendo aplicado en determinados casos. Así que haremos un análisis de los dos regimenes.

4) La Tercera Parte de nuestro trabajo estará compuesto por un Capítulo. El método utilizado será el de estudio comparado, promocionando análisis del sistema de competencia del MERCOSUR (Protocolo de Fortaleza) y de los sistemas de control de las concentraciones en Argentina, Brasil,

Paraguay, y Uruguay (miembros de pleno derecho del MERCOSUR), además de Bolivia y Chile (miembros asociados del MERCOSUR).

5) Después de la Tercera Parte de nuestra investigación, presentaremos nuestras conclusiones, buscando atender los objetivos planteados en esta introducción.

PRIMERA PARTE:

***LA EMPRESA DE GRUPO EN EL CONTEXTO DEL
NUEVO ORDEN MUNDIAL – EL GRUPO DE
SOCIEDADES COMO INSTRUMENTO JURÍDICO
PRIVILEGIADO DE LA ACTUACIÓN DE LAS
EMPRESAS EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL***

CAPÍTULO I – ASPECTOS GENERALES DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA INTERNACIONAL

1. El nuevo entorno económico y social del siglo XXI

La elaboración de la actual estructura internacional no es algo de los años noventa, como podemos suponer. Al término de la II Guerra Mundial nacieron los organismos internacionales que determinarían el orden mundial que ha sido característico hasta finales del siglo XX. Por esta razón, es precisamente a finales de los noventa, cuando se han ido cumpliendo los cincuentenarios de organismos como Naciones Unidas en 1995, la OTAN⁵ en 1999, y los veinticinco años de la firma del Acta de Helsinki encarnada hoy día en la OSCE⁶ (en el año 2000).

⁵ “La situación española de cooperación en materia de defensa presenta interés por el esquema mantenido con los Estados Unidos, desde el Convenio Defensivo de 26 de septiembre de 1953, continuado con los convenios de 6 de agosto de 1970, 24 de enero de 1976, 2 de julio de 1982, y culminado en el vigente *Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa*, hecho en Madrid el 1 de diciembre de 1988, y en vigor desde el 4 de mayo de 1989, cuya aplicación por un año acaba de ser prorrogada. Sin embargo, frente a los instrumentos anteriores, el Convenio vigente se inserta en el contexto estratégico más global de las alianzas defensivas occidentales. En efecto, el Preámbulo del Convenio se encarga de señalar que ambos países son parte “en el Tratado del Atlántico Norte”, y precisamente los artículos 3 y 8 del Tratado del Atlántico Norte prevén la posibilidad de intensificar la cooperación defensiva entre los Estados partes a través de particulares convenios entre algunos de ellos”. En ese sentido: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I.; y, SÁENZ de SANTA MARÍA, Paz Andrés: *Curso de Derecho Internacional Público*. Editorial Civitas, Sexta Edición, Madrid, 1998, p. 561.

⁶ En el contexto de la Europa de los quince, la política común de seguridad y defensa (PECSO) ha sido desarrollada. Así, el Consejo Europeo celebrado en Colonia los días 3 y 4 de junio de 1999 marcó el primer paso importante dentro de la UE hacia la situación actual. Ello vino determinado por la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y por el agrado con que el Consejo de Viena de 1998 había acogido la declaración franco-británica de Saint Malo. Estas circunstancias llevaron a los socios a declarar que la UE debería tener una capacidad de acción autónoma, respaldada por unos recursos (incluidos los militares) dignos de crédito, medios para emplearlos y disposición para hacerlo, de forma que pudiera responder a las crisis internacionales de forma autónoma.

En el Consejo Europeo de Helsinki, celebrado en los días 10 y 11 de diciembre de 1999, se fijó el objetivo general: la Unión debía ser capaz de mantener en el terreno entre 50.000 y 60.000 soldados para la realización de operaciones de ayuda humanitaria y rescate de nacionales, tareas de mantenimiento de la paz, etc., siempre con la participación voluntaria de los Estados miembros.

En el Consejo Europeo de Santa María de Feira celebrado los días 19 y 20 de junio de 2000 se avanzó en un primer diseño de relaciones con la OTAN y con terceros Estados.

Finalmente, el Consejo Europeo de Niza, celebrado los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, fijó las competencias definitivas de los órganos que han de conducir el proceso de la PECSO, así como el esquema de las futuras relaciones entre la UE y la Alianza. Para una

Si bien estos organismos tuvieron el mérito de sobrevivir a la turbulenta *Guerra Fría*, y no desaparecieron, de cara al comienzo del siglo XXI les ha llegado el momento de rendir cuentas a la comunidad internacional. El aniversario de las Naciones Unidas vino acompañado de un profundo debate sobre la necesidad de cambios en dicho organismo, que en su existencia sólo fue capaz de mantener la paz mundial de forma ininterrumpida por muy poco tiempo; o sobre su Consejo de Seguridad que ya no representa el reparto del poder en el mundo. Por otro lado, la Cumbre de Washington que conmemoró el nacimiento de la Alianza Atlántica, se desplegó con una revisión del Nuevo Concepto Estratégico, que pretende sobrepasar incluso los límites de la ONU⁷, dada su demostrada incapacidad para cumplir los fines para los cuales fue creada.

El mundo está en constantes cambios, además, en el tiempo de la internacionalización de la tecnología, de los medios de comunicación de masa, de la Internet. El hombre vive una nueva era y el inicio del siglo actual nos ha demostrado que pasará por períodos de incertidumbre. La presente globalización nos hace reflexionar acerca de los desequilibrios existentes en un mundo no más dividido en ideologías de producción, pero sí diferenciado por las discrepancias entre Occidente y Oriente, entre norte y sur, entre países pobres y ricos.

profundización de la política comunitaria de seguridad y defensa véase, entre otros: BENEYTO, J.M.: La PESCD ante la presidencia española, en: *Política Exterior*. Madrid, Vol. XVI, Enero/Febrero 2002, Núm. 85, p. 69 y ss. Para un entendimiento de la PESCD en el contexto de la política exterior y la seguridad común (PESC) véase, entre otros: SERRA, Narcís: El progreso de la política de defensa europea, en: *Política Exterior*. Madrid, Vol. XV, septiembre/Octubre de 2001, Núm. 83, p. 95 y ss.

⁷ Reunidos en San Francisco (EE.UU.), cincuenta países aprobaron la Carta de las Naciones Unidas, en 25 de junio de 1945. La victoria sobre el Eje era inminente ya que Alemania había capitulado en 08 de mayo de 1945. Se tornaba imprescindible institucionalizar las relaciones internacionales.

Además de la fuerte presencia del Nuevo Mundo (veintidós Estados), la Conferencia de San Francisco contó con representantes europeos, algunos asiáticos y pocos africanos, ya que solamente África del Sur, Egipto, Etiopía y Liberia eran países independientes. Aclamada por unanimidad y saludada como el advenio de un nuevo tiempo para las relaciones internacionales, la Carta de San Francisco, creando la Organización de las Naciones Unidas, fue firmada de forma solemne el 26 de junio de 1945. En ese sentido: SEITENFUS, Ricardo, y VENTURA, Deisy: *Introdução ao Direito Internacional Público*. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999, p. 101 y ss.

La ONU tiene seis órganos fundamentales. Ellos son: Consejo de Seguridad; Asamblea General; Consejo Económico y Social; Consejo de Tutela; Secretariado y Corte Internacional de Justicia. En ese sentido: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque: *Curso de Direito Internacional Público*. 10ª edición, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1994, p. 543 y ss.

Es necesario definir la nueva agenda de desarrollo, buscando un nuevo equilibrio entre el mercado libre y el interés público, entendidas las políticas públicas como todas las formas de acción organizada tras objetivos de interés común, no sólo las acciones estatales.

La nueva agenda de desarrollo debe estar fundamentada en los siguientes puntos:

a) se requiere una globalización más equilibrada, con un verdadero respeto por la diversidad. La existencia de una red de instituciones regionales, respetuosas del orden global, pero con mayores grados de autonomía, se constituye en la mejor opción para construir una institucionalidad internacional más sólida y equilibrada;

b) es fundamental tener una visión amplia de la estabilidad económica y del papel que desempeñan las políticas ante-cíclicas - claro está que la inestabilidad tiene un coste muy elevado y que, además, el coste del déficit del sector privado es tan alto como el de los desequilibrios del sector público;

c) no basta con las políticas macroeconómicas. La solución parece estar en saber definir las correctas estrategias de desarrollo que apunten a inducir innovaciones y a construir complementariedades productivas;

d) es preciso mejorar los vínculos sociales - el progreso social puede concebirse como el producto de tres factores básicos: 1) una política social de largo plazo que incremente la equidad y garantice la inclusión de los excluidos; 2) un crecimiento económico que genere un volumen adecuado de empleo de calidad y 3) una reducción de la heterogeneidad estructural de los sectores productivos;

e) el sistema económico debe estar subordinado a objetivos sociales más amplios - en este sentido, es importante fomentar los lazos de solidaridad que se han ido perdiendo.

La liberalización económica fue presentada al mundo en desarrollo como la respuesta a estrategias ineficientes asociadas a la protección comercial y a los altos niveles de intervención estatal. Fue presentada también como una forma de aprovechar plenamente las

oportunidades que ofrecía la globalización. Esta visión representó un cambio significativo frente a la idea que sirvió de base a las estrategias de desarrollo durante varias décadas, según la cual la industrialización tardía exigía una amplia intervención del Estado. Así, el Consenso de Washington⁸ fue uno de los mejores resúmenes de esta agenda de reformas, siendo esta una manifestación del optimismo despertado hace una década.

En los últimos años se ha producido un intenso cuestionamiento de esta visión. Es probable que la crisis asiática haya sido su peor revés (hasta los atentados de Nueva York del 11 de septiembre de 2001), al hacer patente que la liberalización financiera puede ser fuente de una profunda inestabilidad económica cuando no está acompañada de un marco institucional apropiado. La fuerte reacción de la sociedad civil global a partir de Seattle⁹ revela que la globalización está siendo cuestionada, lo que refleja básicamente el descontento existente en el mundo desarrollado. En los países en vías de desarrollo, la desilusión con las reformas es creciente, pero sus

⁸ Originariamente, el Consenso de Washington trataba diez áreas específicas, las cuales son: a) materia fiscal; b) control de los gastos públicos; c) reforma tributaria; d) liberalización financiera; e) régimen de cambio; f) liberalización mercantil; g) inversión extranjera directa; h) privatizaciones; i) desregulación; j) propiedad intelectual.

El documento, actualizado por sus gestores en 1993, añade el control en el sistema bancario bien como califica la educación como bases del desarrollo. En ese sentido: SILVA, César Augusto Silva da: *O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 115.

⁹ Para el final de 1999 estaba prevista una nueva rodada de negociación de la OMC, que ocurriría en Seattle - EE.UU. La insatisfacción, principalmente por parte de los países en vías de desarrollo, era creciente. Los mismos entendían que las reformas estructurales y la liberalización mercantil no había generado una mejora en la calidad de vida y crecimiento económico, al menos a corto plazo.

Por otra parte, el acúmulo de tensiones entre los principales actores del comercio internacional (EE.UU., Comunidad Europea y Japón) demostraba como las normas, aunque específicas, no eliminaban la adopción de mecanismos proteccionistas por los Estados, los cuales reflejaban la presión de los productores nacionales en contra de la liberalización comercial.

Como se sabe, la Conferencia de Seattle no logra su objetivo principal que es la estipulación de una pauta para las negociaciones. Las razones apuntadas, entre otras, son: 1. actuación de las organizaciones no gubernamentales (ONGs), las cuales se posicionaron en contra de la profundización de la OMC; 2. definición tardía del Director General de la conferencia, decurrente de la ausencia de consenso entre los Estados-miembros; 3. no había un texto definitivo para ser debatido por los negociadores (el documento indicado estaba compuesto de 32 páginas y con más de 400 anotaciones entre comillas, o que fue entendido como un indicativo de la discordancia de las partes cuanto al texto presentado) y; 4. finalmente, ninguna otra rodada del antiguo GATT envolvió tantos Estados partes (o que nació, en 1947, como un reducido grupo de 23 países, ahora contaba con 135 Estados, en una nueva estructura – OMC – siendo 80 países en desarrollo y varias economías en transición, con intereses diversos, temas variados, etc). En ese sentido: BARRAL, Welter: *O Brasil e a OMC*. Ed. Diploma Legal, Florianópolis, 2000, p. 28 y ss.

manifestaciones políticas son menos organizadas y su agenda está todavía por definir.

En términos generales, la insatisfacción como consecuencia de los resultados de las reformas es cada vez mayor. El comercio y la inversión extranjera directa han crecido notablemente¹⁰, pero la promesa de altas tasas de crecimiento no se concretó. En América Latina, la región donde más se ha avanzado en el proceso de reformas, el crecimiento de los años noventa fue tan sólo de un 3.2% anual, ritmo significativamente inferior a las cifras registradas durante las tres décadas de industrialización lideradas por el Estado, entre los años cincuenta y setenta (5.5% por año).

La necesidad de *civilizar* la economía global¹¹, o de conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo¹² es, sin duda, el tema más importante. Aunque la globalización responda a procesos tecnológicos y económicos dinámicos, no cabe duda de que puede ser moldeada. De hecho, la forma que ha ido adoptando ha estado determinada, en gran medida, por decisiones políticas¹³.

¹⁰ El fuerte aumento de los flujos mundiales de inversión extranjera directa (IED) es uno de los aspectos centrales del fenómeno de la globalización. Si bien los países en vías de desarrollo (PVDs) han incrementado su participación como receptores de IED (de 19 a más de 30% entre los períodos de 1994 y 1999), sólo un puñado de ellos ha absorbido la mayor parte de esos flujos. De hecho, cuatro países explican casi el 50% de toda la IED recibida por los PVDs en el período, siendo los mismos Argentina, Brasil, China y México.

En el MERCOSUR, el ingreso de IED se concibió como un aporte fundamental para el éxito de los programas de reforma estructural adoptados en los años 1990, tanto por su capacidad de favorecer la modernización tecnológica como por la mejora y la competitividad de las economías de la región. De hecho, los grupos transnacionales se han convertido en este espacio como los agentes más dinámicos de las economías domésticas, las cuales se encuentran como las más transnacionales del mundo.

Finalmente, cumple subrayar que la región ya está habituada al recibimiento de IED como factor determinante del desarrollo de la misma. Así, durante las décadas anteriores a los noventa, los grupos transnacionales fueron protagonistas decisivos en la industrialización sustitutiva de las importaciones. Todavía, el contexto en el cual se da el incremento de las IED ahora es muy distinto. Así, los Estados de la región operaron profundas reformas estructurales en sus economías nacionales, al estilo del Consenso de Washington, incluyendo liberalización comercial, desregulación de mercados y privatización de empresas públicas.

¹¹ HELLEINER, G.K.: *Markets, politics and globalisation: can the global economy be civilized?*. UNCTAD, Geneva, December de 2000, p. 15.

¹² Naciones Unidas, Declaración del Milenio, Cumbre del Milenio 2000, Nueva York, 6 a 8 de septiembre, 2000, p. 03.

¹³ El movimiento de globalización está compuesto de una vertiente pública y otra privada. En su vertiente privada es desarrollada por las estrategias empresariales de expansión en el mercado, a través de la adopción de los instrumentos de concentración empresarial. En su vértice público está la mundialización consubstanciada en la formación de los bloques regionales y en las políticas de desarrollo.

El rasgo más preocupante es el carácter incompleto, e incluso desequilibrado, del actual proceso de globalización, y de la agenda internacional de políticas que lo acompañan, que reproduce antiguas asimetrías de la economía mundial y crea otras, como por ejemplo la cuestión laboral internacional¹⁴.

2. El nuevo orden internacional

El atormentado final del siglo pasado e inicio del nuevo ha llevado a consolidar la crisis del Estado moderno: por un lado, el Estado-Nación amenazado en su soberanía; por otro lado, el Estado-Social, cuestionado por el neoliberalismo.

Ambos sufren con la crisis política, con la supremacía de la guerra sobre la negociación, con el escapismo de las Naciones Unidas y la virtual pérdida de influencia de las relaciones internacionales y el consecuente fortalecimiento del régimen de la potencia única.

De hecho, al lado de la mundialización¹⁵, encontramos que el final del siglo pasado e inicio del actual se determina la vigencia de un nuevo orden

¹⁴ "Nos encontramos ante la realidad indiscutible de una economía cada vez más global, caracterizada por una creciente fragmentación y descentralización internacional del proceso productivo, así como un alto grado de interdependencia entre los Estados. Ello no impide que en la actualidad el mercado de trabajo internacional se encuentre fragmentado - desde una perspectiva jurídica - principalmente en Estados. Esto es, hoy por hoy y desde una óptica estrictamente legal, tan sólo los Estados conforman un mercado laboral verdaderamente integrado. A pesar de ello, el hecho es que la actividad económica se desarrolla de forma cada vez más intensa a escala mundial, superando ampliamente las fronteras estatales.

No obstante, ha sido precisamente desde esta limitación territorial y la realidad de un escenario internacional normativamente fragmentado, desde el que el legislador estatal se ha tenido que enfrentar en solitario a fenómenos de alcance global. Algunos de los cuales inciden directamente en la fisonomía de este pretendido - y todavía incipiente, en su formulación jurídica - mercado laboral de alcance mundial. Manifestaciones entre las que destacan, por sus importantes repercusiones sociales y la promoción de la competitividad internacional, tanto la movilidad internacional del capital como de la mano de obra. Restricción jurídica que evidentemente ocasiona graves perjuicios y distorsiones tanto a los mercados laborales estatales, como a los propios trabajadores; al margen de los puramente económicos. Problemas que, sin embargo, no han podido ser corregidos hasta la fecha por parte de la Comunidad Internacional". En ese sentido, PALAO MORENO, Guillermo: La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa, en: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. nº 208, Julio/Agosto de 2000, Madrid, p. 43 y ss.

¹⁵ FERRAZ, Daniel Amin: *Joint Venture e Contratos Internacionais*. Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2001, p. 163 y ss.

internacional, caracterizado por la unipolaridad política, económica, militar, tecnológica e cultural, entendida la sociedad actual como la sociedad del consumo. Además, no podríamos hablar de la inexistencia de las ideologías en esta sociedad pero, tan sólo, de la existencia de una ideología única, que es la ideología del consumo.

“El primero del objetivo del pensamiento único fue, según sus críticos, construir el marco intelectual que justificara las políticas neoliberales contra el Estado del bienestar”¹⁶.

En cuanto a la extinción del Estado-Nación, y de su soberanía en los moldes clásicos, es una consecuencia de la transición del mundo del polipoder (con la bipolaridad de la guerra fría) a la unipolaridad. La marca de ese nuevo orden mundial es la autonomía de la OTAN frente a la ONU, auto proclamándose y actuando en el escenario mundial como una fuerza *erga-Estado*, *erga-Derecho*^{17/ 18}.

¹⁶ GARCÍA SEGURA, Caterina: La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales, en *Cursos de Derecho Internacional Vitoria Gasteiz*. Editorial Tecnos – Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Madrid, 1999, p. 342.

¹⁷ Como fase del polipoder denominamos los años que intermedian las dos grandes guerras mundiales, construyendo varios polos de poder económico, político y militar, tanto en Europa (Alemania, Italia, Francia, Inglaterra, Unión Soviética), cuanto en Asia (Japón), cuanto en América (EE.UU.). La bipolaridad es el período que sigue a la derrota del nazi-fascismo, con los reflejos decurrentes tales como: A) control político-militar sobre Alemania dividida; B) desmilitarización de Japón bajo control de los EE.UU.; C) construcción del imperio soviético; D) liderazgo ideológico, cultural y militar del sistema occidental por los EE.UU.; E) finalmente la guerra fría.

El desmantelamiento de la Unión Soviética, con el exterminio del bloque soviético, lleva a la unipolaridad. Así, tenemos hoy a los EE.UU. como la única potencia económica, militar y política. Tal unipolaridad genera el monopolio de la intervención en los negocios e intereses de otras soberanías, constituyendo la nueva geopolítica en la repetición de los intereses inmediatos de los EE.UU.

¹⁸ “Fue después de la Segunda Guerra Mundial cuando se planteó por primera vez a nivel jurídico internacional la necesidad y posibilidad real de establecer las bases que deberían regir la economía mundial, tanto por lo que se refiere a la producción como al comercio internacional. Y cuando, también por primera vez, se percibe a este nivel la dimensión internacional de los problemas económicos.

Esta aprehensión de las relaciones económicas como un fenómeno de alcance mundial, encuentra su expresión jurídica en la Conferencia Económica y Financiera de las N. U. celebradas en Bretton Woods en 1944, con la creación del Banco Mundial (B.I.R.D.) y el Fondo Monetario Internacional (F.M.I.), y la adopción posterior en 1947 del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (G.A.T.T.); así como en la propia carta de la Organización de las Naciones Unidas, uno de cuyos propósitos se refiere a la solución de problemas internacionales de carácter económico”. En ese sentido: DIEZ de VELASCO, Manuel: *Instituciones de derecho internacional público*. Duodécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 588.

El desmantelamiento del bloque soviético, pasando el orden internacional a la unipolaridad, llevó a la multiplicación de pequeños entes políticos, sin capacidad de autonomía económica y seguridad militar, los cuales vivían bajo el manto protector de la unidad ideológica-económica pro-soviética¹⁹. Sumada a la desaparición de esa estructura social y de poder político, perfeccionada durante los años de la bipolaridad (guerra fría)²⁰, renacen las reivindicaciones de las nacionalidades, con sus conflictos territoriales, religiosos y étnicos de difícil control²¹.

Por otro lado, la crisis del Estado podría entenderse como la crisis de la soberanía, ya que no sólo es imposible el mantenimiento del Estado carente de soberanía, así como inconcebible el mantenimiento de la soberanía en el régimen de la unipotencia. Para el mantenimiento de ese *status quo*, todavía es fundamental la actuación de los medios de comunicación de masa.

Una de las herramientas decisivas de este cambio planetario, de su rapidez y universalidad es la comunicación instantánea. Los intentos globalizadores ya existieron en otras épocas. *“Todos los grandes imperios se lo propusieron, pero ahora se vislumbra, por primera vez, como tecnológicamente posible. Sus efectos colaterales – permítanme la pequeña ironía – en forma de pillaje global, desigualdades, crisis ecológicas, son graves pero si tuviera que*

¹⁹ Importante subrayar que la integración económica no tiene que confinarse a las economías de mercado. Así, las economías planificadas de Europa Oriental también concluyeron acuerdos de integración. La integración *socialista* operase bajo los auspicios del CAME (Consejo para la Ayuda Mutua Económica).

El CAME fue creado en 1949 e incluyó URSS, Bulgaria, Checoslovaquia, República Democrática de Alemania, Hungría, Polonia, Rumania, Cuba y Mongolia. Sus objetivos eran los de acelerar el desarrollo económico y establecer una división racional del trabajo entre los países miembros. En ese sentido: ROBSON, Peter: *The Economics of International Integration*. Second Edition, George Allen & Unwin, London, 1984, p. 21 y ss.

²⁰ “El final de la guerra fría y la desaparición del mundo comunista constituyen marcos significativos de ruptura y transición en términos de civilización. El mundo atraviesa una profunda crisis que se ha visto agravada desde el final de la guerra fría”. En ese sentido: L. DA CUNHA, Guilherme: Reflexiones sobre el Derecho Humanitario y la práctica actual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*. Editorial Tecnos – Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Madrid, 1995, p. 89.

²¹ La desaparición de la URSS originó 15 nuevos Estados, con grados variables de soberanía efectiva pero dotados de representación internacional propia, fuerzas militares y sistemas de leyes particulares. La creación de la CEI (Comunidad de Estados Independientes) no fue capaz de evitar la deflagración de guerras en las repúblicas ex-soviéticas. Los conflictos latentes entre pueblos, etnias y nacionalidades que formaban el Estado soviético degeneraron en conflictos militares, instalándose una inestabilidad estructural en la región. En ese sentido: MAGNOLI, Demetrio: *Questões internacionais contemporâneas*, Fundação Alexandre Gusmão, Brasília, 1995, p. 84.

*destacar alguno pondría en el vértice a ese rodillo homogeneizador, de culturas, lenguas, pautas de comportamiento, hábitos y tradiciones artísticas que tras mil genocidios culturales, nos dará como resultado esas escuadras de ciudadanos, tibios, repetitivos, sin pulso, adaptados a la obediencia instantánea de las instrucciones de uso común y planetario*²².

La unipolaridad genera, aún, la ideología única (de consumo), el discurso único, la economía única, el mercado (globalizado) como religión²³.

Por lo tanto, el fundamento de este orden internacional es la libertad de los individuos. De esta forma, el reinado del mercado genera el reinado del consumidor, sustituto comercial (despolitizado) del ciudadano: el bien público es el bien privado²⁴.

Punto importante es el de los flujos de empresas y capitales en el nuevo orden internacional. De esta forma, se impone desde fuera del país la producción de lo mismo, la circulación y la distribución de las mercancías, anarquizando la división interna del trabajo y determinando, por medio de la esfera internacional, la producción del Estado, el empleo y sus políticas contra el paro, en suma el poderío económico y político del Estado soberano²⁵.

3. Latinoamérica en el contexto de la economía mundial

Como señala la doctrina más relevante, la articulación del Sur como grupo de presión a escala global, sea en el medio político (al movimiento de los no alineados) como en el económico (grupo de los 77) ha sufrido las consecuencias del fin de la confrontación entre Este y Oeste, de la que obtuvieron oportunamente notables beneficios. *“Ahora la cuestión estriba, sobre todo, en la medida que el Sur (o parte de él) se proyecta o es percibido como amenaza para la seguridad del Norte. Primero, porque algunos de sus*

²² COLOMER VIADEL, Antonio: La globalización y el nuevo orden jurídico. La soberanía de los Estados y las nuevas relaciones internacionales, en *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*. Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 15.

²³ FERRAZ, Daniel Amin: A nova ordem internacional, en: *A nova ordem mundial e os conflitos armados*, FERRAZ, Daniel Amin y HAUSER, Denise (coordinadores). Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2002, p. 23.

²⁴ BURDIEU, Pierre: *Contre-feux. Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néo-libérale*. Liber-Raisons d'Agir. Paris, 1998, p. 8.

²⁵ SANTOS, Milton: *Guerras dos lugares*. FSP, 1999, São Paulo, p. 13.

más graves problemas – miseria, altas tasas de natalidad – se transformarán en mundiales, al plantearse en términos de flujos de migración, población y desarrollo humano. Segundo, porque otros – como la conservación del medio natural – son por su misma naturaleza planetarios. Tercero, porque hay problemas compartidos (y hasta problemas del Norte con un escenario Sur), como el narcotráfico, que aprovecha la debilidad estructural de muchos países del Tercer Mundo para el cultivo y tráfico de drogas. Cuarto, porque la misma posesión de recursos estratégicos (energía, reservas biológicas) afecta intereses que el Norte considera vitales. Y quinto, porque la conciencia de confrontación de algunos países del Sur, al rechazar el papel servil que les ofrece el Norte, se traduce en políticas armamentísticas y terroristas que no hacen sino aumentar la ansiedad de los países desarrollados, dispuestos a pasar de las políticas de no-proliferación a las de contraproliferación”²⁶.

En toda la región, se hizo presente la crisis económica, provocando un crecimiento desfavorable de la economía, a excepción de Brasil. Al respecto, en el año 1998 se informaron los siguientes datos: el PIB de Latinoamérica ha sufrido una disminución de un 0,5%; Argentina ha sufrido una disminución de 3%; Ecuador ha sufrido una disminución de 5%; Chile ha sufrido una disminución de 2,3%; Uruguay ha sufrido una disminución de un 0,5%; Venezuela ha sufrido una disminución de 6% y Brasil tuvo un crecimiento de 1,8%²⁷.

Sin embargo, pueden darse nuevas soluciones que permitan lograr una modificación de esa situación de penuria por la que está pasando Latinoamérica. Brasil es, hoy por hoy, la novena economía mundial en producción (la undécima en producción industrial) y nada impediría que el país pudiera buscar una agenda propia, consolidando su liderazgo en el Continente, ocupando en África el espacio que puede tener, y procurando encontrar nuevos socios internacionales, tales como India, China o Rusia²⁸. En fin, necesita

²⁶ REMIRO BROTONS, Antonio: Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gastéiz*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Madrid, 1995, p. 73.

²⁷ AMARAL, Roberto: Civilização e barbarie, en *Revista de Informação Legislativa*. Ano 36, n.º 142, abr./jun. de 1999, Brasília (DF), 1999, p. 366.

²⁸ Los grandes países periféricos del mundo – China, Rusia, India, Brasil e Indonesia – disfrutaban de una condición especial como contextos para el desarrollo de una nueva alternativa progresista. Son los mismos menos dependientes del comercio exterior y menos vulnerables al

ocupar el espacio propio, adecuado a su importancia territorial, a su economía, a su historia y contribuir de esta forma para la recuperación de la multipolaridad, fundamental para nuestro desarrollo y para una vida con más justicia social.

Para alcanzar tales objetivos de cambio de la estructura actual, será necesaria la integración de Latinoamérica, de sus pueblos y de sus intereses, bien como su asociación a otros continentes y pueblos. Con vistas a nuestra integración, el MERCOSUR²⁹ es un primer paso, aglutinando intereses en el Cono-Sur.

disfavor de los mercados internacionales de capital y de las organizaciones Breton Woods. Ventajas espirituales acompañan esa independencia práctica: cada uno de esos países se puede imaginar como algo semejante a un mundo en sí, y no como un satélite de algún otro sistema. En tres de estos cinco (China, Rusia e India), la nación política ya está acostumbrada a mirar para sí misma, por resentir de las restricciones impuestas por el mundo externo. En dos de ellos (China e India), la auto-referencia está apoyada en la historia de una gran civilización, antigua y peculiar, que tiene ideales espirituales capaces de sobrevivir tanto a la conquista extranjera como a la revuelta interna.

Finalmente, para que la alternativa progresista tenga una oportunidad, necesita encontrar una base por lo menos en algunos de estos países. Su rebelión contra la ortodoxia de la convergencia puede intensificar el esfuerzo de desviar las organizaciones internacionales de su servicio único a esa misma ortodoxia. Las más importantes de esas organizaciones son las agencias de Bretton Woods: el Fondo Monetario Internacional; el Banco Mundial y su cría más reciente, la Organización Mundial del Comercio (OMC). Las mismas buscan hoy por hoy la promoción del neoliberalismo. Así, para el avance de una propuesta alternativa de desarrollo con paz social en los países de la periferia es necesario romper los lazos con esta ortodoxia. En ese sentido: UNGER, Roberto Mangabeira: *Democracia Realizada*. Boitempo Editorial, São Paulo, 1998, p. 73. Véase, aun: ESTY, Daniel C.: The World Trade Organization's legitimacy crisis, en: *World Trade Review: Economics, Law and International Institutions*. Volume 1, Number 1, March, World Trade Organization, Cambridge University Press, Cambridge – Geneva, 2002, p. 7 y ss.

²⁹ Uno de los temas importantes del MERCOSUR son sus fuentes. El Tratado de Asunción (26/03/1991 – constituye el mercado común del sur entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) no enumeró las fuentes del Derecho del MERCOSUR, bien como no estableció la jerarquía entre las diversas normas que integran su ordenamiento jurídico.

Todavía, desde la entrada en vigor del tratado se empezó a trabajar en una clasificación del Derecho del MERCOSUR, en los siguientes términos:

- A) *Derecho originario o primario* (constante del Tratado de Asunción y sus anejos) y;
- B) *Derecho derivativo o secundario* (decurrente de las decisiones del Consejo del Mercado Común – arts. 10, 13 y 16 del Tratado de Asunción).

El Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias enumeró las fuentes que deben ser observadas por el Tribunal Arbitral cuando sea llamado a solucionar una controversia, estando las mismas en conformidad con el art. 19 del tratado.

Finalmente, el Protocolo de Oro Preto, 1994, consagró su Capítulo V a las Fuentes Jurídicas del MERCOSUR. El art. 41 determina las siguientes fuentes:

1. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
2. Los acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción y sus protocolos;
3. Las decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo del Mercado Común y las Directrices de la Comisión del Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado.

Su actual fragilidad, reflejo de las limitaciones de los países que lo constituyen, no puede convertirse en un impedimento de la continuidad de las inversiones económicas y políticas en su desarrollo. Simple acuerdo de mercado o aduanero, el MERCOSUR puede transformarse en un gran instrumento de integración económica, cultural y política, fortaleciendo nuestros países en el diálogo con la Unión Europea³⁰, con el Nafta³¹ y permitirnos una

Para una mayor profundización en la materia, vide: BASSO, Maristela: A Pirâmide Jurídica do Mercosul, en *Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais* (Organizadores – DANTAS, Ivo; MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa). Ed. Juruá, Curitiba, 2000, p.196 y ss.; LAFER, Celso: O cenário mundial e o relacionamento União Européia/Mercosul, en *Política Externa*. Vol. 9, núm. 1, Junho/Julho/Agosto de 2000, São Paulo, 2000, p. 88 y ss.; SOARES, Mário Lúcio Quintão: *Mercosul – Direitos Humanos, Globalização e Soberania*. Ed. Inédita, Belo Horizonte, 1997, p. 71 y ss.; PORTO, Manuel Carlos Lopes: *O Mercosul e a União Europeia*. Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, p. 17 y ss.

³⁰ “El Tratado de la UE, adoptado en Maastricht en 1992 y modificado en Amsterdam en 1997, produjo importantes cambios en los tratados constitutivos, especialmente en el antiguo TCEE. Pero además, el Tratado Maastricht dio nueva armazón al sistema de los Tratados hasta entonces vigentes. El TUE envuelve a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, sobre los que se asienta. El TUE es, pues, un instrumento completo: un tratado de tratados.

A continuación vienen los tres pilares sobre los que reposa la Unión. El pilar central, el más sólido, es de carácter comunitario (las tres Comunidades): así, mediante el artículo 8 (Título II del TCE) se introduce el Tratado de la Comunidad Europea – su antigua denominación, CEE –, que arrastra tras de sí su articulado – con su numeración propia (del art. 1 al art. 314), tal y como ha sido modificado por las dos revisiones. En la reforma de Amsterdam se renumeró todo el Tratado para eliminar numerosos preceptos agregados mediante letras de todo el alfabeto, así como numerosos preceptos derogados o caducados. El artículo 9 (Título III) contiene el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, con su centenar de artículos tal como han quedado redactados después de las dos revisiones de 1992 y 1997. El artículo 10 (Título IV), a su vez, completa el pilar comunitario: es el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), con sus dos centenares de artículos. Los Tratados CEEA y EURATOM han visto cambiada su numeración después de “Amsterdam”. En ese sentido: MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Segunda Edición, Mc GraW Hill, Madrid, 1999, p. 19 y ss.; CAMPOS, João Mota de: *Direito Comunitário*. 8ª edição, I Vol., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 21 y ss.

³¹ El nacimiento del NAFTA – *North American Free Trade Agreement* o TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) – fue precedido por una unión bilateral entre EE.UU. y Canadá, a través del Acuerdo de Libre Comercio, firmado en 1987, implementado en 02 de enero de 1988, entrando en vigor en 01 de enero de 1989. En tal tratado estaba prevista la eliminación de todas las barreras de tarificación entre los dos países, en un plazo de diez años.

Después de la aproximación entre Canadá y EE.UU., fue México el próximo a unirse a los dos otros países, firmando en 08 de octubre de 1992, en Texas, el TLCAN. Todavía, ese Tratado solo entró en vigor en 01 de enero de 1994, en razón de la preocupación ocasionada por el ingreso de México, donde el coste laboral era infinitamente más pequeño que en los otros Estados partes, bien como menores eran las exigencias de la legislación ambiental para las actividades productivas. Así, necesaria fue la elaboración de algunos acuerdos entre los tres países (firmados en 13.08.93) para la preservación del medio ambiente, del derecho de los trabajadores y de la propiedad intelectual y patentes.

Finalmente, después de todo lo referido, en 01 de enero de 1994 entra en vigor el NAFTA, lo cual se propone a eliminar las tarifas y otras barreras al libre comercio de productos, servicios e inversiones entre las partes. En ese sentido: ACCIOLY, Elizabeth: O NAFTA sob a perspectiva do MERCOSUL, en *Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e*

posición diferenciada en el contexto de la negociación para la implantación del ALCA³² (Acuerdo de Libre Comercio de las Américas).

Sin embargo, las dificultades de los países en vías de desarrollo (PVDs) ya vienen desde lejos.

4. La periferia capitalista y el nuevo orden mundial

El proceso de industrialización en la periferia capitalista ocurrió de forma tardía. Cuando empieza este movimiento de industrialización en la periferia, las economías centrales ya habían alcanzado estructuras de oligopolio en varios sectores.

Así, en los países de la periferia, en un primer momento se implantan industrias técnicamente competitivas, valiéndose del capital local. Entretanto, en ese período, la inversión en los sectores más complejos era inalcanzable. Lo mismo ocurría en virtud de una baja capacidad local tecnológica y financiera.

Todavía, con el avance y la diversificación de la industrialización, es necesaria la implantación del oligopolio, en la tentativa de evitar el estrangulamiento del crecimiento económico. Otro factor determinante del crecimiento de las inversiones y de la concentración del capital es el nacimiento de la competencia internacional³³. Los países periféricos no tendrán la posibilidad de promover la implantación gradual de estos sectores, con la transformación de las pequeñas y medianas empresas en grandes corporaciones, como lo que habría ocurrido en los países centrales.

o Jurídico nas Relações Internacionais (Organizadores – DANTAS, Ivo; MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa). Ed. Juruá, Curitiba, 2000, p. 13 y ss.

³² La idea del ALCA nació en 1994, en la primera Cumbre Presidencial de las Américas, celebrada en Miami (diciembre). Tiene como objetivo hacer la integración de las Américas en un único mercado, desde el Yukon hasta Patagonia. Para tal se pretende la quiebra de las barreras de tarificación, con la debida libertad de circulación de los productos en el mercado. Las mayores dificultades para la implementación del ALCA son la profundas diferencias de nivel desarrollo entre los futuros Estados partes y la postura desde Brasil de asumir una posición diferenciada de liderazgo sub.-regional (Cono-sur). Para una profundización de la temática véase: GUILHON ALBUQUERQUE, José Augusto: El ALCA en la política exterior brasileña, en *Política Exterior*. Vol. XVI, Enero/Febrero de 2002, Núm. 85, Madrid, 2002, p. 174 y ss.

³³ Es la misma decurrente del propio proceso de globalización, con la necesidad de la actuación de las empresas en el mercado internacional y, para tal, la búsqueda de integración del capital y actuación en nuevos mercados.

De esta forma, sería casi imposible que las empresas poseedoras de la tecnología avanzada, así como de la economía de escala, surgiesen en la periferia en función del crecimiento y diversificaciones de las empresas locales.

El Estado, entonces, tenía tres alternativas de actuación como agente central de esta implantación:

A) Posibilitar la implantación de empresas locales, a través de financiamientos subsidiados, reservas de mercados y otros incentivos.

Se mostró como una estrategia muy utilizada por los Estados periféricos, aunque presentó profundos problemas de ejecución. Había una fuerte variante política cuando existía la decisión de implantar una esfera productiva, predominando intereses regionales e individuales en detrimento de los intereses colectivos. La reserva del mercado (práctica común) también se mostró desastrosa, ya que provocó la obsolescencia de los parques industriales y el retraso tecnológico.

B) Estimular la implantación de las multinacionales.

Como factor perjudicial tendríamos el desinterés de estas empresas por las cuestiones sociales de los países en los cuales se instalaron. El capital extranjero debe ser bienvenido, pero no puede ser la única estrategia de actuación del Estado para la promoción del desarrollo.

C) Promoción por el Estado, directamente, de la implantación de esferas productivas por medio de la creación o implantación de las empresas estatales.

Finalmente, la técnica de la promoción por el Estado de la implantación de esferas productivas fue largamente utilizada en los PVDs. Hoy por hoy, sin embargo, se encuentra poco presente ya que se entiende que el Estado no es un buen gestor. Una vez más se observa la fuerte actuación de intereses políticos individuales en detrimento de los intereses sociales. De esta forma, se acepta que el Estado tenga una actuación fiscalizadora en la economía del mercado, teniendo un papel gestor solamente en sectores

estratégicos, de elevado interés social, tales como la educación, la salud, la seguridad pública, etc³⁴.

La insuficiencia de las posibilidades de actuación del Estado en los países periféricos, incapaces de generar un desarrollo económico estable, creó una dependencia aún más profunda de los países centrales. El paso siguiente fue la adopción del sistema neoliberal para la solución de los problemas económicos y sociales existentes³⁵.

Además de los problemas sociales existentes en estos países periféricos como consecuencia de distintos factores históricos internos y externos, esta adopción del modelo neoliberal generó para los países de la periferia una total dependencia tecnológica de los países desarrollados. Con el objeto de que esta dependencia no se produzca es fundamental que exista una participación efectiva del inversor en la vida de la empresa que nace. A tales efectos, deberá constituirse un negocio jurídico asociativo (grupo de sociedades), donde también se producirá la transferencia de tecnología. Así, tendremos un mayor desarrollo económico, con más intereses de capital para las partes y mayor justicia social.

Es hora de analizar como ocurre este fenómeno en el plano de los hechos.

5. La concentración empresarial y la economía global

La empresa moderna, que goza de una tendencia expansionista natural, acabó por transformar el universo atomístico y competencial, donde cada empresa actuaba por separado, en un marco concentracionista acentuado, pasando los agentes a actuar en el mercado por medio de los grupos económicos.

³⁴ FERRAZ, Daniel Amin: *Joint Venture e Contratos Internacionais*, op. cit., p. 185 y ss.

³⁵ Así, el neoliberalismo es el programa comprometido con la estabilización macroeconómica ortodoxa, especialmente por medio del a) equilibrio fiscal, obtenido más por la contención del gasto público que por el aumento de la recaudación de los tributos; b) por la liberación económica, bajo la forma de integración con el sistema del comercio mundial y con sus reglas preestablecidas; c) por la privatización, entendida de forma más estricta como la retirada del Estado de la producción y de forma más amplia, con la adopción de los padrones occidentales internacionales; y d) por el desdoblamiento de las políticas sociales compensatorias creadas para minimizar los efectos de la desigualdad social generada. En ese sentido, UNGER, Roberto Mangabeira. *Op. Cit.*, p. 49.

El resultado de ese proceso fue la emergencia de la concentración empresarial como fenómeno clave del orden económico-jurídico de nuestros días. En ese contexto, la concentración toma la forma característica de la organización económica moderna. Tal proceso fue facilitado por movimientos de la esfera pública.

Las transformaciones políticas, sociales y económicas³⁶ vienen colaborando para la edificación de un mercado sin fronteras, provocando grandes alteraciones en los escenarios nacionales e internacional, constituyendo el actual fenómeno de la mundialización. *"El Derecho Internacional Económico prevé el marco jurídico dentro del cual los Estados, los gobiernos, los agentes privados y las organizaciones internacionales de vocación económica anudan relaciones, crean vínculos, asumen compromisos, efectúan reivindicaciones, plantean conflictos"*³⁷.

El avance económico e histórico nos lleva no sólo a la constitución de las sociedades mercantiles, sino a la formación de *sociedades de sociedades*, pretendiendo las mismas una actuación más amplia en el mercado.

Esa integración política, económica, cultural y social, tanto en los sectores privados, como en los sectores públicos³⁸, acabó por generar la constitución de un mercado global, siendo éste un campo ideal para la adopción de estrategias de expansión en el mercado por parte de las empresas y el consecuente desarrollo económico y social de los receptores de las inversiones.

³⁶ El proceso de las privatizaciones de las empresas públicas, el desmantelamiento de los monopolios, la constitución de las zonas de libre comercio, el alargamiento de la idea de economía de mercado para los países del este europeo, la armonización del sistema financiero internacional, la eliminación de barreras al comercio internacional, entre otros, son factores que vienen contribuyendo para una mayor integración entre las naciones, pasando las mismas a adoptar semejantes estilos de vida, teniendo los mismos gustos, las mismas costumbres, etc. – En ese sentido: ANTUNES, José Augusto Q. L. Engracia: *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e Organização*. 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, p.10.

³⁷ DI GIOVANNI, Ileana: *Derecho internacional económico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 63.

³⁸ Internacionalización privada, entendida como la movilidad de las empresas en el mercado, y internacionalización pública, entendida como la constitución de los bloques regionales. FELGUEIRAS, Maria da Gloria: *Os factores determinantes na instalação de empresas brasileiras em Portugal*. Faculdade de Economia, Coimbra, 1994, p.21 y ss.

A su vez, las empresas pasaron a actuar en ese nuevo mercado, pasando a tener una actuación global. Ese fenómeno quedó patente en los años 70, cuando la creciente interpenetración de las economías nacionales y la presión de la competencia contribuyeron a un cambio en los rumbos de la política económica de muchos de los países, sobre todo los países ya desarrollados³⁹.

“La industrialización ha sido y sigue siendo una de las preocupaciones dominantes de la mayoría de las estrategias de desarrollo por su relación con el crecimiento económico ya que es el medio de incrementar la productividad del esfuerzo humano, y, a priori, foco importante de acumulación de capital y de crecimiento económico ulterior. Asimismo, en su día se consideró que era el mejor y más rápido camino para alcanzar una situación próxima a la de los países avanzados, pues estos eran economías industriales”⁴⁰.

Las reformas liberales y la nueva cooperación regional, ahora reglamentada, cuyo ejemplo máximo es el Mercado Común Europeo, caracterizaron las décadas de los años 80 y 90 en los países desarrollados. Sin embargo, hasta el inicio de los años 90 los países de la periferia no empezaron su movimiento en el sentido de la liberalización.

Es precisamente en este momento cuando nos encontramos con una industria desfasada internacionalmente, poco competitiva y con dificultades tecnológicas. Esta es la razón por la que los países de la periferia introducen un cambio en sus estrategias de actuación internacional, promoviendo la reducción de las barreras tarifarias y una nueva inserción internacional. Este movimiento de cambio es más efectivo en el mercado interregional del Cono Sur después de la adopción del MERCOSUR.

Ese nuevo panorama está consolidado. Aunque esta inserción sea de forma diferenciada, fruto de desigualdades económicas y sociales, casi todos los países occidentales están vinculados a esta nueva realidad, participando activamente como lo hacen los países desarrollados o sintiendo

³⁹ SHIRM, Stefan A.: *Mercados Globais e Margem de Ação do Estado*. Centro de Estudos Papers, nº 36, Rio de Janeiro, 1999, p.22.

⁴⁰ ALONSO PÉREZ, Matilde: *Desarrollo y cooperación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.89.

los reflejos e imposiciones del mercado internacional, como en el caso de los PVDs.

Finalmente, la liberalización de las inversiones en los PVDs, con la libertad de los flujos de capitales, es un paso que tiene que ser dado, pero con mucho cuidado, ya que puede generar un mayor desequilibrio económico y social. *“La conveniencia de liberalizar o no la cuenta de capital depende de la consistencia de las variables macroeconómicas del país en cuestión, de la solidez de su sistema financiero, de la flexibilidad y competitividad de su mercado laboral, de la estructura de su sistema fiscal, etc. Las circunstancias necesarias para una apertura equilibrada sólo concurren en los países desarrollados y en algunos países en transición, aunque con diversos matices y diferentes situaciones”*⁴¹.

6. Factores causantes de la inserción de las empresas en el mercado global

La adaptación de las empresas a la mundialización es inevitable. Así, las estrategias y los instrumentos jurídicos de concentración empresarial permiten el expansionismo geográfico de actuación de las empresas, pasando los grandes grupos empresariales a figurar como los nuevos protagonistas del sistema económico mundial.

a) En principio, la motivación para la inserción internacional estaba en la posibilidad de obtener materias primas. Posiblemente, las primeras multinacionales buscaron otros mercados con el objetivo de exploración de reservas minerales, extracción de caucho o para tener acceso a las fuentes de mano de obra más baratas.

b) La segunda etapa de la internacionalización de las empresas fue penetrar en otras fronteras con el objetivo de desarrollar sus productos y estrategias de control del mercado mundial.

c) La tercera etapa se caracteriza como la era de la información. Así, la internacionalización tiene actualmente como medida la exposición de las

⁴¹ HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva europea*. McGraw-Hill, Madrid, 1997, p.36.

compañías a la información y a los conocimientos producidos, siendo éstos vitales para la competencia en la economía globalizada. La exposición en el mercado externo provoca la adquisición de experiencia para competir en el ambiente internacional y asegura la absorción de tal experiencia para todos los miembros del grupo económico⁴².

Es importante subrayar en este punto que la tecnología adquiere un papel destacado en ese nuevo escenario ya que deja de ser una ventaja comparativa que poseen las empresas para convertirse en el punto clave para que sobrevivan sus actividades empresarias en la economía internacional, generando sus efectos en la vida de los pueblos y de los Estados.

Además, los grandes factores de éxito de las empresas son de dos niveles: 1) la creación de una red suficiente para la ocupación del mercado y 2) la creación de una estructura gerencial jerarquizada. Claro está que este tipo de organización solamente puede existir en una gran empresa. La macroempresa es, por lo tanto, la única unidad adecuada para la ocupación de los grandes espacios geográficos y económicos, tanto en los mercados nacionales como en los internacionales⁴³.

La concentración empresarial se presenta como la estructura jurídica capaz de permitir la adecuación de las empresas a ese nuevo contexto económico, posibilitando el expansionismo geográfico y la organización jerarquizada de los centros de producción. Más aún, será como veremos, un excelente mecanismo de transferencia de tecnología en el mercado global.

Desde el punto de vista económico, la concentración empresarial genera eficiencia ya que la economía de escala lleva a la creación de productos básicos (estandarizados) y a la producción con el menor coste unitario. La mayor acumulación de capital en las grandes empresas posibilitará la inversión en tecnología, elevando, por consiguiente, el grado de obsolescencia de los productos⁴⁴, generando la necesidad de una constante

⁴² BARTLETT, Christopher: A concorrência internacional e os grupos de sociedades, *Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE)*. Ano XI, nº 45, out/nov/dez de 1995, Rio de Janeiro, 1995, p. 58 y ss.

⁴³ COMPARATO, Fabio Konder: Estado, Estrutura e Função Social, en *Revista dos Tribunais*. nº 732, ano 85, outubro de 1996, São Paulo, 1996, p. 38 y ss.

⁴⁴ FONSECA, José Julio Borges da: *Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais*. Editora Atlas, São Paulo, 1997, p. 67 y ss.

sustitución de los mismos. Tal sustitución generará, en su momento, el flujo de capitales para inversión en nuevas tecnologías, en productos de mayor calidad y de menor coste.

Todos los factores ya citados hacen que el mercado se dilate, que los medios de transporte se modernicen y que las técnicas de comercialización se ajusten al imperativo de promoción de nuevas mercaderías y servicios. Punto importante a tener en cuenta es el de la ampliación de la clientela, con su búsqueda de productos de mejor calidad y menores precios, además de la innovación.

Esa conformación de la actividad económica (con la adopción de los grupos económicos en el mercado global) tendrá reflejos sociales, demográficos y técnicos, surgiendo nuevos patrones de vida en sociedad⁴⁵. Así, las diferencias en las formas de vida entre los pueblos son más sencillas, haciendo que existan usos y costumbres generalizados, gustos uniformizados, ideologías armonizadas, etc.

Cuánto al proceso de concentración económica es común a las naciones industrializadas y a aquellas en vías de desarrollo. Sin embargo, es evidente que en la concretización de esta nueva etapa del desarrollo económico y social algunas diferencias irán surgiendo en conformidad con las características del medio receptor de las inversiones (si un país industrializado o si un país en vías de desarrollo).

Mientras en los países periféricos⁴⁶ va a darse de forma irregular, discontinuada, dada la lenta inserción de sus empresas en el mercado externo, además del peso de las empresas de capital extranjero en ese proceso; en los países desarrollados la concentración de capital es constante, continuada. El gran movimiento de concentración ocurrió en los países desarrollados durante los años 70 y en los países periféricos tuvo su mayor flujo a partir de los años 90 hasta nuestros días.

⁴⁵ BRAILLARD, Philippe: *Théorie des Relations Internationales*. Presses Universitaires de France, Paris, 1977, p. 190 y ss.

⁴⁶ Países de periferia entendidos como aquellos que producen, en su esencia bienes primarios. En ese sentido: BALASSA, Bela: *El desarrollo económico y la integración*. Centro de estudios monetarios latinoamericanos, Ciudad de México, 1965, p.43.

Finalmente, concluiremos este punto afirmando que deberán ser estimuladas las inversiones ya que *"... el progreso logrado hasta ahora no es de plena complacencia. No puede, decirse, tampoco, que la globalización de la economía mundial en los últimos años haya mejorado efectivamente la situación de los países necesitados. Queda aún mucha pobreza en el mundo en desarrollo"*⁴⁷. En la actualidad, el camino para la solución de tales problemas es el de la búsqueda de las inversiones en la actividad productiva, generando producción económica y distribución social.

7. Concentración empresarial: actuación en el mercado y sus consecuencias

La actuación de las empresas que están vinculadas por alguno de los instrumentos de concentración puede poner en riesgo las intenciones de bienestar social, seguridad, libre competencia, empleo y demás fines pretendidos por el Estado.

La concentración empresarial tiene como objetivo fundamental el fortalecimiento de sus actividades empresariales, maximizando los beneficios, garantizando la mayor solidez y una menor sujeción a las incertidumbres del mercado.

La consecución de tales objetivos forma un verdadero poder económico privado⁴⁸, lo cual puede llevar a una dependencia económica mayor de los países de periferia con relación a los países industrializados.

No hay que olvidar señalar el futuro papel de las corporaciones transnacionales y la pérdida progresiva de soberanía de las naciones. *"De hecho, muchos países pequeños no tiene apenas poder de decisión sobre sus propios asuntos debido a decisiones que se toman fuera de sus territorios (por ejemplo, el establecimiento de precios de materias primas), o a consecuencia*

⁴⁷ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R.: *El desarrollo y la cooperación internacional*. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997, p.99.

⁴⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino da: *Lei e proteção da concorrência*. Forense editora, Rio de Janeiro, 1995, p. 10.

*de políticas económicas impuestas por los grandes organismos financieros internacionales (como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial)*⁴⁹.

Además, con la actuación de las agrupaciones interempresariales, el crecimiento interno y la creación de la riqueza líquida de los países, se reduce de forma acentuada, ya que los beneficios son casi siempre destinados al mercado externo, no siendo repartidos con el Estado receptor de las inversiones ni con sus ciudadanos⁵⁰.

Sin embargo, la concentración empresarial no genera solamente efectos negativos. De esa forma, el potencial desarrollo de las actividades de producción, las inversiones en investigación (sobre todo en áreas sociales como la medicina), el desarrollo tecnológico es inigualable en algunos sectores de la actividad económica (tales como en el transporte público, en los medios de comunicación de masa, Internet, etc.) son factores que corroboran la mejoría de la calidad de vida de sus poblaciones.

Con relación a los PVDs ese crecimiento de la actividad económica también puede sentirse. Así, la industrialización de tales países esta estrictamente vinculada a la expansión de los grupos económicos transnacionales, los cuales pretenden, cada vez más, su actuación a escala global.

La formación de tales grupos económicos no constituye, *per se*, un fenómeno patológico. Al contrario, revela una realidad del nuevo orden económico internacional. Se debe por lo tanto reconocer la existencia de tales concentraciones, fruto de la libertad y de la libre iniciativa, impidiendo tan sólo la actuación reconocida como antisocial⁵¹.

⁴⁹BONI ARISTIZÁBAL, Alejandra y FERRERO DE LOMA-OSORIO, Gabriel: *Introducción a la cooperación para el desarrollo*. Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 1997, p. 51.

⁵⁰ "Es posible que un país, mediante una mayor especialización en la producción de bienes para la exportación, se sitúe en una posición inferior en términos de bienestar global de la sociedad. Este resultado perverso puede derivarse, bien de una mejora de la productividad en el sector exportador, bien de la acumulación de factores en la producción de exportaciones, e incluso por la eliminación de barreras al comercio" – LINDERT, Peter H.: *Economía Internacional*. Ariel Economía, Barcelona, 1994, p. 68.

⁵¹ SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, São Paulo, 1999, p. 727.

De esta forma, es necesaria la preocupación por el control de la actuación de dichos grupos en el mercado, para que los mismos no generen daños, entre otros, a la libre competencia⁵².

Así, la fijación de los precios sin que exista competencia, la subordinación de distribución exclusiva, el impedimento del acceso al mercado son algunas de las prácticas contrarias a la libre competencia⁵³. Tales prácticas permitirán el surgimiento de un orden privado paralelo al orden público, que pasa a disputar con el Estado el monopolio de control del orden económico local. Además, impone una coacción al consumidor, limitando su poder de decisión del producto que irá adquirir, ya que no permite tal opción con la imposición de productos estandarizados en nivel global.

Punto importante a subrayar es el de la fuerte influencia del poder económico exageradamente concentrado sobre la actividad normativa del Estado, sobre todo en materia de reglamentación económica. Así, muchas veces, a través de *lobbys* internacionales, se procura la aprobación de reglamentos que permitan la constitución de verdaderos oligopolios institucionalizados⁵⁴.

Aún más, los grupos buscan no sólo controlar e influir en el poder normativo del Estado, sino también buscan la normalización de los comportamientos de los ciudadanos y de las ideologías. La normalización de los comportamientos del consumidor se canaliza a través de los medios de comunicación de masas, los cuales consiguen imponer formas de comportamiento de interés por los grupos económicos. La normalización de la ideología se consigue por la imposición de formas de pensar mediante el impedimento de formas contestatarias, no permitiéndose el surgimiento de un pluralismo ideológico.

"La mundialización se expresa también por la homogeneización de procesos productivos y hábitos de consumo en los distintos países. Ello

⁵² Materia tratada en capítulo propio, más adelante.

⁵³ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da: *Defesa da Concorrência no MERCOSUR*. Editora Ltr, São Paulo, 1998, p. 57.

⁵⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto: *Direito Concorrencial (As estruturas)*. Editora Malheiros, São Paulo, 1998, p. 47.

*permite una ampliación inusitada de la escala de la producción y facilita la mundialización de los procesos productivos*⁵⁵.

Finalmente debe resaltarse que no se pretende, aquí, sugerir que ese es un proceso irreversible en el que el Estado es impotente frente a la inserción de las empresas en un mercado global. No se puede, de forma alguna, producir un cambio de valores, pasando el interés privado a determinar la vida del ciudadano común. Le competen al Estado promover tanto la constante búsqueda del control de la economía, como el mantenimiento de la competencia. A tales efectos, se deberá realizar el efectivo control del orden interno a través de políticas públicas de desarrollo, aplicables a la actividad económica.

8. El papel del Estado ante la nueva realidad del mercado mundial

El Estado, debería ser el principal agente de la promoción de las políticas de desarrollo económico y social.

*“Promover el bienestar de los pueblos, el crecimiento económico, y mayores cotas de desarrollo, ha sido tradicionalmente una tarea propia de los gobiernos de cada Estado, y su consecución se ha establecido como objetivo en los respectivos ordenamientos internos; en la actualidad este objetivo aparece en un primer plano de la política estatal, hasta el punto de que la ideología del desarrollo es quizás en nuestra época una de las más fomentadas a nivel interno de los Estados*⁵⁶.

Sin embargo, para algunos autores, el Estado pasa por una crisis de legitimidad. Una de las principales causas de esa crisis es la adopción de estrategias como la globalización de las empresas, que reduce la autonomía de

⁵⁵ VIDAL VILLA, José María: Mundialización e integración económica, en *Integración Eurolatinoamericana* (Coordinador, MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco). Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p.141.

⁵⁶ DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de derecho internacional público*. Duodécima edición, editorial tecnos, Madrid, 1999, p. 589.

los Estados en los aspectos jurídico, económico, político y militar, afectando a su soberanía⁵⁷.

Para tales pensadores, el Estado estaría limitado en sus políticas fiscales e intervencionistas⁵⁸, ya que ocurrirían los siguientes factores:

a) coacción del orden económico mundial para su no intervencionismo;

b) internacionalización pública (con la participación de los Estados en más organismos internacionales – ONU, CEE, MERCOSUR, FMI...), obligándoles a la coordinación de sus políticas y a la sumisión de los problemas al principio particulares (como son el medio ambiente, tasas de interés, valor de convertibilidad de la moneda, liberalización financiera⁵⁹ etc...) a una gestión global;

c) desarrollo del Derecho Internacional como principio normativo superior ordenando las actividades internas de cada país.

A su vez, la adopción de políticas liberales promovió la mayor inserción de los Estados en el escenario político y económico internacional. Mientras tanto, las grandes dificultades de aplicación de programas estatales, desregulación e imposiciones legislativas más flexibles generaron un mayor desequilibrio en el escenario económico y social mundial.

Las ideas de autocontrol del poder privado, de la irreversible crisis estatal y del alejamiento de su actuación del mercado no pueden prosperar, necesitando recurrir a la búsqueda de mecanismos más modernos de actuación del Estado, que permitan cumplir y resguardar los principios y garantías de una mayor paz social.

⁵⁷ Entre otros, como uno de los mayores representantes de esa corriente doctrinal en Latinoamérica: FARIA, José Eduardo: *Direito e Globalização Econômica*. Editora Malheiros, São Paulo, 1996, p.19.

⁵⁸ LAROCHE, Josepha: *Politique Internationale*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1998, p. 148.

⁵⁹ La integración internacional exige la revisión de la liberalización financiera, ya que esta ha sido uno de los principales factores de la inestabilidad y crisis en los países de la Latinoamérica. En ese sentido: PANNUNZIO, Antonio Carlos; SATO, Eiiti; ALMEIDA, Paulo Roberto de; GONÇALVES, Reinaldo; y, LOHBAUER, Christian: *O Brasil no Cenário Internacional*. Fundação Konrad Adenauer, Cadernos Adenauer, nº 2, São Paulo, 2000, p.73.

En ese sentido, el Estado debe presentarse como factor de restauración del equilibrio social, sin llegar a condenar, *a priori*, la concentración empresarial pero procurando preservar la competencia en el mercado.

La protección de la libre competencia tendría como objetivo la defensa de los principios de libertad de comercio e industria y libertad contractual. El Derecho de la Competencia constituiría el soporte jurídico del Estado, permitiendo reglamentar el mercado y hacer valer sus intereses y los intereses colectivos⁶⁰.

La legislación anti-trust⁶¹ tiene como objetivo proteger e intensificar la competencia, siendo éste un importante mecanismo para alcanzar la innovación tecnológica y la eficiencia productiva así como la distribución de riquezas. Siendo así, las eficiencias productivas, distributivas y tecnológicas son los aspectos a ser estimulados prioritariamente por el Estado para la consecución de su política pública de desarrollo económico y social⁶².

Podemos señalar, a grandes rasgos, los perfiles básicos de la participación de las empresas, especialmente de las pequeñas y medianas (PYMEs), en la cooperación al desarrollo. *“Por una parte, las empresas del Norte, actuando bajo determinadas condiciones, pueden promover en el Sur creación de empleo, mejora de la formación profesional, transferencia de tecnología y Know-how, inversiones de capital, aumento de la competitividad empresarial y estímulo al crecimiento económico. De este modo se genera riqueza y se contribuye también a la inserción de los países en vías de desarrollo en la economía internacional. No obstante, la actividad empresarial, que tiene indudables efectos positivos, puede también tener, en otros casos, efectos negativos si sólo busca una rentabilidad inmediata, no reinvierte una parte de los beneficios en el país en desarrollo, no respeta su medio ambiente, no transfiere tecnología ni Know-how, etc.”*⁶³.

⁶⁰ FERRAZ, Daniel Amin: *Joint Venture e Contratos Internacionais*. Op. cit., p. 195 y ss.

⁶¹ Para una lectura sobre el *trust* vea: CHECA MARTÍNEZ, Miguel: *El Trust angloamericano en el Derecho español*. Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 8 y ss.

⁶² NASCIMENTO, Cynthia Araujo: A política de concorrência no Brasil e o novo paradigma regulatório, *Revista do BNDES*. Nº 5, Vol. 3, junho de 1996, Rio e Janeiro, 1996, p. 161 y ss.

⁶³ GÓMEZ GALÁN, Manuel; y, SANAHUJA, José Antonio: *El sistema internacional de cooperación al desarrollo*. 2ª edición, Cideal, Madrid, 1999, p. 257.

Finalmente, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs) es fundamental para el desarrollo sostenible de los PVDs. Así, debe el Estado pretender la adopción de instrumentos de cooperación de estas unidades con las actividades externas desarrolladas.

9. Acuerdos horizontales y acuerdos verticales

9.1. Aproximación a la materia

Hoy por hoy la asociación entre empresas es un elemento esencial para el desarrollo de la actividad productiva.

“El tema de nuestro tiempo en el Derecho mercantil es la asociación. Asociación cuando el esfuerzo individual y aislado es insuficiente para la lucha con la competencia. Asociación también de las empresas sociales que confluyen en más amplios organismos en los que el primitivo substrato personal a través de una sucesiva superposición de organizaciones colectivas”⁶⁴.

Generalmente, la concentración empresarial pretende viabilizar la reproducción de condiciones oligopolísticas en el mercado⁶⁵. Así, la misma es, tradicionalmente, regulada por las legislaciones *anti-trust*. El fundamento de tal control está en que la concentración permite que los partícipes disfruten de una posición de indiferencia e independencia con relación a los demás agentes económicos⁶⁶. En sí mismo sería un comportamiento de no-competencia, o de suspensión temporal de ésta por parte de las empresas actuantes en el mercado. Muchas veces el sistema de control no funciona, posibilitando la

⁶⁴ GARRIGUES, J.: Teoría general de las sociedades mercantiles, *RDM*. Madrid, 1973, p. 7 y ss.

⁶⁵ Básicamente el oligopolio está constituido mediante una de las siguientes formas: a) industrial o tecnológico – con la finalidad de constitución de economía de escala y adquisición de nuevas tecnologías; b) estructural – cuando presente una fuerte integración entre las actividades de producción, distribución y financiación de la actividad; c) normativo – cuando su constitución sea determinada por la norma legal, que imponga determinados requisitos; d) cultural – cuando presente en el campo de la elaboración o difusión de información; e) estratégico – posibilita la practica de precios predatorios con relación a la competencia. En ese sentido véase: VEDOVE, Giampaolo Dalle: *Concentración e gruppi nel diritto antitrust*. Cedam, Padova, 1999, p. 83 y ss.

⁶⁶ PARDOLESI, Roberto: Intese restrittive della Libertà di Concorrenza, en *Diritto Antitrust Italiano*. Zanichelli, Bologna, 1993, p. 146.

constitución de verdaderos bloques privados que estarán al margen de la regulación estatal.

“El colapso de Enron nos muestra el fallo regulatorio, el fallo de los mecanismos jurídico-públicos que están previstos en el sistema de regulación y supervisión del mercado para garantizar la satisfacción del interés general presente en el mercado; el interés tanto de la sociedad como de los sujetos del mercado por el funcionamiento eficiente y justo del mismo”⁶⁷.

La concentración empresarial puede suponer el mantenimiento de la autonomía jurídica de los partícipes pero, generalmente, no supone su autonomía económica.⁶⁸

La disciplina de los acuerdos restrictivos de la competencia, como se ha dicho, es común a muchos ordenamientos jurídicos. Así, entre otros cabe destacar el *Sherman Act*, de 1890 (EE.UU.) que reglamenta la materia en su art. 1º; el art. 20 de la Ley 8.884, de 11 de junio de 1994, de la República Federativa de Brasil, reglamenta la materia⁶⁹. Finalmente, el TCE que regula la misma en su art. 81, párrafo 1º.

“El legislador comunitario apreció, ya en el momento en el que planteó el problema de la concentración entre empresas en el memorándum de 1965, la diferencia entre la concentración económica y la cooperación entre empresas. Esta diferencia y la existencia de operaciones económicas que se encuentran en línea divisoria entre la concentración y la cooperación, porque poseen características propias de ambas, llevó al Consejo a incluir en el Reglamento 4064/89 su regulación. En el apartado 2 del artículo 3 se establece que las operaciones que tengan por objeto o como efecto la coordinación del

⁶⁷ BETANCOR, Andrés: Enron, liberalización, nueva economía, en *Política Exterior*. Vol XVI, Marzo/Abril 2002, Num. 86, Madrid, 2002, p. 69 y ss.

⁶⁸ SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; y, MARQUES, Maria Manuel Leitão: *Direito Económico*. Livraria Almedina, 2ª Ed., Coimbra, 1995, p. 318.

⁶⁹ Son considerados ilícitos los acuerdos que tengan por objeto o efecto una de las siguientes características:

- A) limitar o falsear la libre competencia;
- B) dominar mercado relevante de bienes o servicios;
- C) aumentar arbitrariamente los lucros;
- D) ejercer de forma abusiva posición dominante (estarán excluidos, *a priori*, los acuerdos celebrados por los pequeños agentes portadores de reducido poder económico).

*comportamiento competitivo de empresas que se mantienen independientes no constituyen una concentración, aunque consistan en una empresa común*⁷⁰.

Analizando los distintos tipos de acuerdos entre empresas, tenemos:

9.2. Acuerdos horizontales y acuerdos verticales

Los *acuerdos horizontales* son aquellos celebrados entre agentes económicos que actúan en un mismo mercado relevante (geográfico y material). Estarán, así, en directa relación de competencia.

Por su parte los *acuerdos verticales* reglamentan relaciones entre agentes que desarrollan sus actividades en mercados relevantes diversos, muchas veces complementarios. Estaríamos ante un acuerdo que procuraría la integración de esferas productivas, desde la extracción de la materia-prima hasta la comercialización del producto final. Así, *v.g.*, un acuerdo entre el productor de pollos, el beneficiador de los mismos y el distribuidor, será un acuerdo vertical⁷¹.

La distinción entre los tipos de acuerdos no es simplemente didáctica, lo que resulta distintivo son los efectos producidos para la competencia. En tanto en cuanto los *acuerdos horizontales* neutralizan la competencia entre los agentes que actúan directamente en un mismo mercado relevante, los *acuerdos verticales* pueden producir efectos anticompetitivos en tres mercados relevantes (suministro de materia-prima; mercado de producción y; mercado de distribución).

Finalmente, *"en la práctica, la mayoría de los acuerdos entre operadores económicos que se denuncian como contrarios a la libre competencia se realizan de forma verbal o, en caso de estar establecido por escrito, se mantienen en secreto, por lo que serán las conductas que como consecuencia de su adopción se sigan y los efectos que las mismas causen en el mercado, las que pondrán en evidencia su existencia. En otros términos,*

⁷⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y GOÑI URRIZA, Natividad: *El control de las concentraciones de empresas en Europa*. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 221 y ss.

⁷¹ En ese sentido: VASCONCELOS, Paulo Alves de Sousa de: *O contrato de consorcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*. Coimbra editora, Coimbra, 1999, p. 171 y ss.

*dado que para probar los acuerdos colusorios y anticompetitivos es muy poco frecuente contar con medios de prueba tales como documentos, testigos y, menos aún, con la confesión de los acusados, es necesario recurrir a la prueba de las presunciones*⁷².

Pasemos a su estudio por separado.

9.2.1. Acuerdos horizontales – el cartel

El proceso de expansión de la empresa es más dificultoso en un mercado donde existe una efectiva competencia por la disputa de la clientela. La competencia obliga a los productores a la búsqueda constante, de mejoras en sus productos, así como la realización de inversiones en investigación para la disminución del precio final⁷³. Es natural, por lo tanto, que los agentes busquen la supremacía en el mercado. A tales efectos, dominan lo mismo y disfrutan de ventajas proporcionadas por un posible monopolio, distanciando la competencia, que tanto perjudica sus intereses⁷⁴.

El agente económico buscará la neutralización de la competencia, mediante los siguientes actos:

1) conquista de posición monopolística⁷⁵ o;

2) realización de acuerdos (para regularse mutuamente la fuerza competencial de los partícipes)⁷⁶. Tanto en el cartel como en el consorcio de empresas (*joint venture*) la característica esencial será la regulación recíproca de la competencia entre los partícipes⁷⁷.

Los carteles, entendidos como acuerdos celebrados entre empresas que actúan en un mismo mercado relevante (geográfico o material),

⁷² GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos – Últimas tendencias, en *Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 239, Enero-Marzo 2001, Madrid, 2001, p. 251 y ss.

⁷³ ASCARELLI, Tullio: Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro, en *Ensayos e pareceres*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1952, p. 223.

⁷⁴ AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis: *Antitrust analysis; problems, text, cases*. 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1988, p. 188.

⁷⁵ Obtención del dominio del mercado, sin que haya competencia remaneciente, en los términos del inciso II del art. 20 de la Lei 8884/94, Republica Federativa de Brasil.

⁷⁶ La restricción a la competencia se puede dar de dos formas: a) constituyéndose una empresa o grupo de empresas que tendrá una posición dominante (*joint venture*) o; b) con la formación de carteles. En ese sentido: PROPERSI, Adriano y ASTORINA, Maria Rita: *Antitrust; normativa italiana e comunitaria – il fenomeno delle concentrazioni aziendali*. Pirola, Milano, 1991, p. 168.

⁷⁷ ASCARELLI, Tullio: *ConSORZI volontari tra imprenditori*. 2 ed., Giuffrè, Milano, 1937, p. 17-18.

buscan la neutralización de la competencia existente entre sus partícipes. En tal negocio jurídico, los empresarios agrupados mantienen su independencia jurídica y económica, y pretenden eliminar o disminuir la competencia en un determinado sector, constituyendo un oligopolio.

Aunque sea una organización perdurable, el cartel constituye una alianza con fines determinados. Así, los partícipes acuerdan vender mercaderías concurrentes por un mismo precio, restringiendo la búsqueda por la captación de clientela. Igualmente, pueden pactar las empresas competentes, la reducción de la producción de un producto determinado, generando una oferta más pequeña y un aumento del precio de mercado. O, incluso, limitar o dividir las zonas de influencia para evitar el encarecimiento del transporte, asegurándose de la satisfacción de la clientela. Además de esas formas simples de cartel para la limitación de los precios de producción y aumento del precio de mercado, existe la posibilidad de la creación de un despacho central que determinará la distribución de las ganancias, la gestión mercantil, o la organización de central de venta.

Aplicando la tradicional definición del cartel, por ejemplo, al contexto del sistema brasileño de control de concentraciones, afirmamos que en aquel sistema si un acuerdo no restringe la libre competencia o no genera la incidencia de cualquiera de los incisos del art. 20 de la Ley 8.884/94, no hay que hablar de existencia del cartel. De esta forma, la asociación no se caracterizará, en estos casos, en efectos anti-competenciales que interesen a la protección del orden económico⁷⁸.

En conclusión, los carteles, en el caso brasileño, son acuerdos entre empresas que actúan en el mismo mercado relevante, destinados a regular o neutralizar la competencia entre ellos y que tiene su objeto o efecto tipificado en el art. 20 de la Ley 8.884/94⁷⁹

⁷⁸ Es perfectamente posible dentro del sistema establecido por la ley 8.884/94, que se verifique el acuerdo previsto en su art. 21 sin que ocurra infracción al orden económico. Basta que no ocurra la incidencia de ningún inciso del art. 20. De la misma forma, un acto no tipificado en el referido art. 21 podrá ser ilícito si tiene por objeto o produce el efecto previsto en el art. 20.

⁷⁹ Se trata de un acto ilegal (ya que contrario a las normas imperativas) y, por su realización, los agentes económicos persiguen un fin que no es admitido en los ordenamientos jurídicos. Percíbese la ilegalidad del acto en la tentativa de realizar un determinado fin vedado por la norma jurídica. En ese sentido: MESSINEO, Francesco: *Dottrina general del contratto*. 3 ed., Giuffrè, Milano, 1948, p. 268 y ss.

9.2.1.1. El cartel y sus justificaciones

Las justificaciones tradicionales de los carteles destacan ciertas ventajas derivadas de la neutralización de la competencia. No es raro oír que, principalmente en tiempos de crisis, los acuerdos entre los que compiten desempeñan un papel fundamental, ya que su extinción causaría mayores perjuicios que su mantenimiento⁸⁰.

En períodos de crisis se apunta que, el volumen de ventas puede declinar, obligando a la salida de algunos de los agentes económicos del mercado. Pasada la recesión, la vuelta de las empresas implicaría costes adicionales de restablecimiento, los cuales podrían impedir en la práctica el retorno. La concentración del mercado y la pérdida de la capacidad del sistema podrían entonces ser evitadas con la neutralización de la competencia entre los agentes.

Finalmente, el cartel puede implicar la neutralización de la fuerza de la oferta y de la demanda sobre la formación de los precios, los cuales pasarán a ser determinados por los acuerdos entre los agentes. Tal neutralización traería el beneficio de la estabilidad de los mismos precios. Por esa razón ya fue mantenido que el cartel significaría estabilidad de los precios, implicando lo mismo en el aumento del grado de seguridad y previsibilidad jurídicas, de forma tendente a propiciar a los agentes la planificación de sus inversiones y la productividad. Así, la cartelización estaría revestida a favor de la colectividad⁸¹.

9.2.1.2. El cartel de precio

Desde hace tiempo los tribunales vienen condenando los acuerdos de fijación de los precios, por encima o por debajo del precio de

⁸⁰ Uno de los principales argumentos favorables a los carteles es que ellos pretenden eliminar la competencia ruinoso, predatoria, destructiva, que sería perjudicial no solamente a los agentes económicos, pero también a la colectividad. De la misma forma, en una economía aún no consolidada, la unión de los agentes económicos podría venir a ser la mejor alternativa para la competencia internacional. En ese sentido: SHIEBER, Benjamin M.: *Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA)*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 95.

⁸¹ AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. *Op. y loc. Cit.*

mercado o coste de producción⁸². Entienden que los precios deben derivar de la libre actuación de las fuerzas del mercado⁸³.

El rechazo de los ordenamientos jurídicos a la artificial fijación de los precios por los agentes económicos tiene su justificación en el hecho de que la competencia es un factor que tiende a llevar a la disminución de los precios practicados por los agentes, como consecuencia de la disputa por el mercado.

La competencia pasa a ser entendida como el regulador del egoísmo. El egoísmo del vendedor que exagera en el precio de su producto y que es paralizado por el de otro comerciante, que prefiere vender por un precio más bajo a no vender su producto. El egoísmo del comprador que ofrece casi nada por el producto es paralizado por la voluntad de otro comprador, que ofrece un poco más por el producto a ser adquirido⁸⁴.

En un mercado competitivo, los abusos son naturalmente reducidos, ya que son sancionados por las propias fuerzas del mercado. No se admite, por lo tanto, que el efecto tan deseado por el sistema – derivado de la competencia entre los agentes – sea neutralizado por un acuerdo celebrado entre concurrentes.

Un acuerdo que tenga por objeto la fijación de los precios será restringido por la autoridad *anti-trust* europea, en los términos de la restricción del art. 81, párrafo 1º del Tratado CE. En EE.UU. se entiende que hay prohibición *per se* de los acuerdos que tengan por objeto la fijación de los precios⁸⁵.

⁸² Uno de los primeros casos a ser juzgado fue *King v. Norris*, en 1758. Se trata de acuerdo establecido entre los productores de sal, determinando una tasa de 200 *pounds* para aquellos que vendiesen la mercadería por debajo de un determinado precio. La corte inglesa fue unánime en entender la ilegalidad del acuerdo. A partir del siglo XIX todas las cortes inician la recusa a la ejecución de tales acuerdos. En ese sentido: POSNER, Richard A.: *Economic analysis of law*. 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1992, p. 285 y ss.

⁸³ En ese sentido fue la decisión del CADE (Consejo Administrativo de Defensa de la Economía - Brasil) en el Proceso Administrativo 53/92. Los hospitales del Estado de Sergipe practicaban los mismos precios por los servicios que prestaban, independiente de las diferencias entre los varios establecimientos. La tabla de precios fue declarada ilícita por la autoridad ante-truste brasileña.

⁸⁴ JHERING, Rudolf Von: *A evolução do direito*. Progresso editora, Salvador, 1953, p. 140.

⁸⁵ Esa misma prohibición no es aplicada de forma rígida por la Cortes norteamericanas, determinando las mismas, muchas veces, que un acuerdo de fijación de los precios no sería,

De acuerdo con la estructura del mercado relevante en el que actúan los partícipes, los acuerdos están individualizados en los siguientes términos:

a) acuerdos celebrados entre agentes que tengan poder económico equitativo, tales como:

a.1.) acuerdos que determinen la elevación de los precios de un determinado producto siguiendo un porcentaje fijo – todos los productores aumentan los precios de sus productos en un 3%, una vez por año. La ilicitud esta presente aunque los precios practicados sean diversos;

a.2.) acuerdos en los cuales los agentes fijan un precio mínimo de venta;

a.3.) acuerdos de estabilización de los precios, realizada con la recompra sistemática de los productos en el mercado por los propios productores.

b) acuerdos de *price leadership*, en que hay un agente con poder suficiente para imponer su política de precios a los demás participantes del mercado.

Finalmente, la diferencia fundamental entre los dos tipos es que en el segundo, según la capacidad de resistencia del agente económico frente a la actuación de su competidor más fuerte, le será imputada la práctica restrictiva de la competencia.

9.2.1.3. Los agentes en posición de igualdad en el mercado y sus acuerdos

Aquí no existiría en el mercado un agente con poder suficiente para imponer su política de precios. Se acuerda la eliminación de la competencia sobre el precio del producto o servicio, de forma que las alteraciones ya no derivarán de las modificaciones de la oferta y la demanda⁸⁶.

per se, declarado como prohibido. En ese sentido: HANDLER, Milton; BLAKE, Harlam; PITOFISKY, Robert y; GOLDSCHIMID, Harvey: *Trade regulation; cases and materials*. Westbury: The Foundation Press, 1990, p. 271.

⁸⁶ Es el clásico ejemplo de los acuerdos entre los ferrocarriles norteamericanos, anteriormente a la promulgación del *Sherman Act*. Nótese que los sectores que requieren una inversión inicial elevada son aquellos que más afirman el carácter no deseable de la competencia, buscando

En esas hipótesis, los agentes son naturalmente llevados a la ruptura del cartel, acabando por vender más barato e iniciando una guerra de precios⁸⁷. Los acuerdos de precio, celebrados en mercados sin empresas dominantes, son naturalmente inestables. Así, cuanto mayor es el número de empresarios actuantes en un determinado mercado, más difícil será su cartelización, ya que mayores serán las probabilidades de que algún partícipe rompa el cartel⁸⁸.

Además de su inestabilidad, en ese tipo de cartel se nos presentaría como problema la fijación y el nivel de los precios. Si el precio fijado es demasiado alto, otros agentes serán inducidos a entrar en el mercado. En este caso, no será viable la supervivencia o reproducción de condiciones oligopolísticas por el cartel, al menos que existan barreras a la entrada de nuevos competidores⁸⁹.

Un aspecto significativo en conclusión de este punto sería que este tipo de acuerdo se perfecciona mediante la determinación de los precios por una asociación o entidad de clase. No obstante, tales acuerdos son también cuestionables jurídicamente⁹⁰.

justificar la celebración de los carteles. En ese sentido: AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit., p. 190.

⁸⁷ PARDOLESI, Roberto: *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, en *Consumatori, ambiente, concorrenza – Il diritto privato oggi*. Giuffrè, Milano, 1994, p. 115 y ss.

⁸⁸ SULLIVAN, E. Thomas y HONVENKAMP, Herbert: *Antitrust law, policy and procedure; cases, materials, problems*. 3 ed., Charlottesville: The Michie Company, 1994, p. 183 y ss.

⁸⁹ Los elementos para la predisposición de un mercado para la cartelización serían:

- 1) número reducido de agentes económicos en el mercado;
- 2) homogeneidad del producto;
- 3) equilibrio entre la demanda, oferta y precio del producto;
- 4) existencia de barreras de entrada de nuevos inversores en ese mercado;
- 5) mercado en retracción;
- 6) fuerte espíritu de disciplina de los empresarios;
- 7) protección aduanera;
- 8) ausencia de productos sustitutivos.

En ese sentido: CARVALHO DE MENDONÇA; J. X.: *Tratado de direito comercial brasileiro*. V. 1, 5ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955, p. 306.

⁹⁰ Forzosa la referencia al problema de la licitud de las llamadas *tablas de honorarios* de las asociaciones de clase. Nótese que tales tablas tratan, tan solamente, de *sugestiones* a los asociados.

Con relación a Brasil, importante tal discusión después de la promulgación del nuevo Estatuto de la Orden de los Abogados de Brasil - Ley nº 8.906, de 04 de julio de 1994. Así, obliga a los abogados a cobrar, como mínimo, los valores fijados por los consejos seccionales, abandonándose el entendimiento de tablas de sugerencias. Claro está la ilicitud del precepto. Sin embargo, como el respecto a la tabla de precios es impuesto por ley federal, el CADE no tiene competencia para apreciar el cartel.

9.2.1.4. Acuerdos de *price leadership*

En los acuerdos de *price leadership* los agentes siguen el precio practicado por la empresa que detenta la posición dominante en el mercado. La posición dominante es considerada como el poder de una sociedad de determinar la actividad de otra sociedad⁹¹. No siempre la práctica configura un acto de no competencia, con la debida responsabilidad de los agentes que practican el aumento de precio uniforme.

Por el contrario, podemos estar ante un típico abuso de posición dominante, en la medida en que un agente se impone como líder de los demás agentes, determinando los precios que serán practicados. Una vez más, las empresas en competencia estarán en situación de sujeción.

En relación también con el abuso de posición dominante, "*...la resolución del TDC de 29 de julio de 1999 (ref. Colex-Data 99DC81) recuerda, con base en jurisprudencia comunitaria (sentencias Michelin/Comisión, de 9 de noviembre de 1983 (asunto 392/81), y BPB Industries y British Gypsum/Comisión, de 1 de abril de 1993 (asunto 65/89)), que cuando una empresa ocupa posición dominante en el mercado, la estructura de la competencia en el mismo está ya debilitada, por lo que cualquier restricción adicional de competencia producida por el comportamiento de esa empresa constituye una explotación abusiva de su posición de dominio. Se hace*

Por su parte, en EE.UU. un importante caso es el National Society of Professional Engineers vs. United States (referido por HANDLER, Milton; BLAKE, Harlam; PITOFISKY, Robert y; GOLDSCHIMID, Harvey. Op. Cit., p. 265). Los estatutos de la National Society of Professional Engineers, una asociación que congregaba más de 69.000 ingenieros, establecía la prohibición de sus miembros negociaren los precios de los servicios que iban a ser prestados, hasta que los clientes tuviesen efectivamente seleccionado el profesional que iba a trabajar en su proyecto. Tal cláusula fue considerada ilícita ya que constituía un acuerdo para suprimir la competencia de precios.

Con relación a la UE, en 1996 la Comisión aplicó el entonces art. 85, párrafo 1º (Caso COAPI - hoy art. 81, párrafo 1º) a los profesionales liberales. Así, condenó la Comisión la decisión de la organización profesional de los agentes de propiedad intelectual de España que establecía tabla de honorarios mínimos. Más recientemente, la Comisión entendió ilegal la fijación de las tarifas de los servicios prestados por los *spedizionari doganali* (actividad desarrollada por profesionales que trabajan con la liberación de documentación para exportación - regulada en Italia). La fijación había sido determinada por el CNSD (*Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*), conforme autoriza la Ley (italiana) 1.612/60. En ese sentido: PAPPALARDO, Aurelio y; TIZZANO, Antonio: *Rassegna di diritto comunitario della concorrenza - Diritto del Commercio Internazionale*. (1 luglio 1993-31 dicembre 1993) 8.2/427, abr/jun 1994, Padova.

⁹¹ En ese sentido: TOMBARI, Umberto: *Il gruppo di società*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 53 y ss.

referencia, pues, a la especial responsabilidad de la empresa que se halla en posición de dominio⁹².

Como determinó el Tribunal Supremo norteamericano, se admite la posibilidad de que agentes, con un reducido poder, se queden obligados a respetar el *liderazgo* de un agente con posición dominante en el mercado. Así, donde haya *price leadership* puede presumirse que el comportamiento de los seguidores fue determinado por la convicción de que serían sancionados en el caso que se rebelasen contra el líder⁹³. Esa creencia se presentaría como el propio elemento de coerción.

Sin embargo, la *price leadership* puede no implicar un acto ilícito, sino sólo derivar de un proceso normal de competencia⁹⁴. La identidad de los precios en un mercado donde haya oligopolio deriva, con frecuencia, de la práctica comercial normal y, muchas de las veces, previene la competencia predatoria^{95/96}.

La cuestión, por lo tanto, no es sencilla. Partiéndose del presupuesto de que los agentes actúan racionalmente, ¿hasta qué punto una respuesta a la situación del mercado puede configurarse como acto ilícito? ¿Si

⁹² VEGA GARCÍA, Fernando L. De La: Tendencias generales de evolución del Derecho interno de Defensa de la Competencia, en *Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 240, Abril-Junio 2001, Madrid, 2001, p. 282 y ss.

⁹³ Federal Trade Commission v. The Cement Institute. Nótese que el aislamiento del mercado podría ser considerada una punición, constituyendo elemento de coerción. En ese sentido: MACHLUP, Fritz: *The political economy of monopoly; business, labor and government policies*. The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1952, p. 129.

⁹⁴ En el caso United States vs. National Malleable y Steel Castings Co., la identidad de las curvas de precios fue tomada por el Fiscal General como prueba absoluta de conspiración. La defensa subrayó que, por tratarse de productos intercambiables, las pequeñas empresas se veían obligadas a seguir la política de la empresa que tenía posición dominante. El juez acogió la argumentación de la defensa, sosteniendo que la armonización de precios tomada por el Fiscal General como prueba de acto de no competencia, nada más era que el resultado de una competencia fuerte y bien informada. En ese sentido: SHIEBER, Benjamin M. Op. Cit., p. 89.

⁹⁵ MALARD, Neid Teresinha: Integração de Empresas: concentração, eficiência e controle, *Revista do Ibrac*. V. 1, n. 4, nov. 1994, São Paulo, 1994, p. 44-73.

⁹⁶ El dilema del prisionero es colocado como una metáfora para explicar como los carteles pueden implicar un resultado global más económico para el consumidor. Por tal dilema, los criminosos son llevados a confesar sus crímenes por uno de los siguientes factores: a) la promesa de que tendrían una pena reducida o; b) la amenaza de la confesión del otro criminoso sin la del propio interrogado, y el posible agravamiento de su situación.

Se trata de un ejemplo clásico del conflicto entre la racionalidad individual y colectiva. El interrogatorio en celdas separadas impide el pacto entre los criminosos y la racionalidad individual condena ambos a la cadena. En ese sentido: SIMONSEN, Mário Henrique: *Ensaaios analíticos*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1994, p. 410.

debe comprobar la existencia del acuerdo para que pueda la práctica ser condenada?

Aquí es importante subrayar que el art. 81 del Tratado CE determina como uno de los componentes de hipótesis normativa la existencia del acuerdo o de una práctica concertada entre los agentes. De la misma forma, en EE.UU. debe haber un *contract*, una *combination* o *conspiracy* entre las partes.

Raramente la práctica concertada es documentada por los agentes y entonces su prueba es, a veces, imposible. Para solucionar esta cuestión los Tribunales acabaron afirmando que la existencia del acuerdo puede ser deducida de las propias circunstancias del caso⁹⁷.

Finalmente, la simple comparación de la curva de precios no es suficiente para determinar la existencia del acuerdo⁹⁸.

9.2.1.5. El cartel de exportación como mecanismo de excepción

Son los acuerdos entre los exportadores situados en un mismo mercado relevante geográfico, a los efectos de enfrentarse a la competencia internacional, bastante comunes. Son estos los llamados carteles de exportación.

El incentivo a los carteles de exportación puede ser practicado de una de las siguientes formas:

1) por la ignorancia de la Ley *anti-trust* - los gobiernos de los países de origen, para fortalecer sus exportaciones, acostumbran a no aplicar la legislación *anti-trust* para cohibir este tipo de acuerdo;

2) por la concesión de exenciones o autorizaciones especiales.

⁹⁷ El Tribunal de Justicia Europeo, en el caso *Marterie Coloranti* entendió en ese sentido. Para profundizar en la materia vea: FRIGNANI, Aldo y WAELBROECK, Michel: *Disciplina della concorrenza nella CEE*. Jovene, Napoli, 1993. p. 51 y ss.

En el Derecho norteamericano vea el caso *Federal Trade Commission v. Cement Institute*, referido por: MACHLUP, Fritz. Op. cit., p. 133 y ss.

⁹⁸ El TJE ya ha manifestado en ese sentido, entendiendo que la rigidez de los precios en el mercado no es, por si sola, contraria a los Tratados. No basta la uniformidad de los precios para la caracterización del ilícito, siendo tomada la misma, tan solamente, como un indicio. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Reino de los Países Bajos c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Asunto 66/63, Recueil de Jurisprudence, 1964.

En estos dos casos se justifica la colaboración gubernamental en el hecho de que los efectos de los carteles de exportación solamente serían sentidos en los mercados externos, no protegidos por la ley *anti-trust* nacional.

En los EE.UU. el texto del art. 1º del *Sherman Act* no dejaba dudas en cuanto a su aplicación, también, a los carteles de exportación. Se necesitaba, por lo tanto, de la creación de una salida segura que permitiese al gobierno proteger las asociaciones entre los exportadores de la incidencia de la Ley *Anti-trust*.

En la búsqueda de la introducción de ésta salida segura, que no dependiese de una aplicación judicial de una *rule of reason* (pasando al control del Poder Judicial el análisis de caso a caso), el Congreso norteamericano aprobó, en 1918, el *Webb-Pomerene Act*. Así, concedió exenciones a los acuerdos que previeran comerciar tan sólo con el exterior, permitiendo a las empresas norteamericanas la competencia en un mercado internacional de forma cartelizada⁹⁹.

En 1982 el mismo Congreso editó el *Export Trading Company Act*, mejorando la sistemática de control. Así, garantizó la protección de los consumidores norteamericanos y determinó la exención de los carteles de exportación del control *anti-trust*¹⁰⁰.

Finalmente, en Brasil, los carteles de exportación pueden ser autorizados teniendo como base el art. 54, párrafos 1º y 2º de la Ley 8884/94, desde que autorizados por el CADE (Consejo Administrativo de Defensa Económica).

⁹⁹ En ese sentido: AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit, p. 160.

¹⁰⁰ El *Export Trading Company Act* establece como requisitos para la concesión de verdaderas exenciones, corporificadas en certificados, los siguientes :

- 1) que el acuerdo entre agentes exportadores no perjudiquen la competencia en el mercado norteamericano;
- 2) no restrinja las exportaciones de la competencia norteamericana;
- 3) no altere, de forma razonable, los precios de los productos exportados en el mercado interno;
- 4) no consustanciarse acto de competencia desleal entre los exportadores.

9.2.2. Los acuerdos verticales y la protección de la competencia para no competentes

Los acuerdos verticales pueden ser una alternativa al proceso de concentración empresarial, ya que con su celebración cada uno de los agentes mantiene aislado su centro de poder, sin perder su autonomía jurídica y económica¹⁰¹. De todas formas, la actuación conjunta de las dos empresas causará en el mercado los mismos efectos de una práctica concentracionista.

Finalmente, para que los acuerdos sean disciplinados por las normas *anti-trust* no es necesario que haya una relación directa de competencia entre los agentes económicos. En ese sentido, se habla de la disciplina de la competencia entre agentes no competidores¹⁰².

9.2.2.1. Efectos restrictivos de los acuerdos verticales

Al analizar los efectos de cualquier práctica *anti-trust*, debemos primeramente identificar los mercados que serán afectados. En el caso de los acuerdos verticales, estos efectos de la no-competencia pueden ser producidos: a) en el mercado relevante en que actúa el productor del bien o servicio; b) en el mercado relevante en el que actúan los distribuidores o; c) en el mercado relevante de los suministradores de un bien para el productor.

Con respecto a los efectos que son provocados por los acuerdos verticales sobre la competencia, se deben considerar dos puntos: a) este tipo de acuerdo puede restringir la competencia entre los agentes distribuidores de un mismo bien o servicio (*intra brand competition*) y; b) al mismo tiempo,

¹⁰¹ Los acuerdos verticales, cuando posibilitan el control del abastecimiento, son medidas de protección ya que disminuyen la incontrolable incertidumbre en cuanto al precio de la materia prima. Así, la integración vertical es resultado de una búsqueda de seguridad. Los acuerdos de integración vertical estarían clasificados en *para delante* y *para tras*.

La integración vertical *para delante* garantiza el mercado y distribución para la producción del agente dominante, siendo formadas en épocas en que la capacidad productiva supera el consumo, y pretendiendo el control del mercado. Ya la integración *para tras* asegura el abastecimiento de materias primas y se forma para evitar la explotación por parte de los propietarios de las fuentes de materias primas con relación a los productores de los bienes materiales finales.

¹⁰² SHIEBER, Benjamin M. Ob. Cit., p. 139.

fomentar la competencia en el mercado relevante en que actúa el productor (*inter brand competition*)¹⁰³.

Así, los acuerdos verticales acabarían por traer beneficios para la competencia, ya que:

1) implicarían la reducción de los costes de distribución, permitiendo economías de escala;

2) facilitarían la entrada de nuevos agentes en el mercado de distribución, permitiendo el retorno de la inversión efectuada;

3) impedirían la actuación de distribuidores libres (*free riders*);

4) evitarían la concentración de los distribuidores, no permitiendo que aquellos más agresivos acaben por incorporar otros, causando un indebido grado de concentración en el mercado;

5) permitirían la conservación de la imagen del producto¹⁰⁴.

La ilicitud del acuerdo vertical dependerá del análisis caso a caso, en función del mercado relevante de que se está tratando, del tipo de producto comercializado, y de atender la necesidad del consumidor.

Existirán cuatro tipos básicos de acuerdos verticales:

¹⁰³ En este punto se encuentra justificada la franquicia, ya que al mismo tiempo en que puede eliminar la competencia entre los varios franququeados, ayuda al fomento e incremento de la competencia entre los varios franququeadores.

Sobre la autorización de los contratos de franquicia en Europa, conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, Pronuptia de Paris GMBH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, asunto 161/84, Recopilación de Jurisprudencia 1986. Véase, aun en ese sentido: MENGIOZZI, Paolo: *Casi e materiali di diritto delle Comunità Europee*. 2 ed., Editrice Bologna, Bologna, 1991, p. 320 y ss.

¹⁰⁴ Tomemos como ejemplo un distribuidor que efectúa inversiones para incrementar sus actividades. Adquiere un punto comercial, califica personal, etc. Tales providencias aumentan sus costes de distribución, elevando el precio del producto ofrecido al consumidor. Otro distribuidor, con un punto en la periferia de la ciudad, sin ninguna infraestructura, utilizando mano de obra descalificada y por eso más barata, también ofrece el producto pero, con un precio menos elevado. Los consumidores van a conocer el producto en el primer establecimiento, se dejan convencer de sus cualidades, aprenderán como utilizarlo. Todavía, el producto, probablemente, será adquirido en el segundo establecimiento (*free rider*), que vende más barato, ya que no tiene que soportar un coste fijo tan elevado como el primer distribuidor.

La teoría del *free rider*, complementada por la alegada necesidad de manutención de la calidad del producto (obtenida, además, por la imposición de la venta casada), es utilizada en la justificación económica de los contratos de franquicia, que acaban por ser exentados por las autoridades anti-trust. En ese sentido: SULLIVAN, E. Thomas y HARRISON, Jeffrey L.: *Understanding antitrust and its economic implications*. 2 ed., Matthew Bender, New York, 1994, p. 150.

1) determinación de los precios de reventa (*resale price maintenance*);

2) división del mercado;

3) exclusividad;

4) ventas vinculadas (*tying arrangements*).

La venta vinculada hace que el distribuidor del producto se vea obligado a adquirir, del mismo productor, otros bienes y no sólo aquellos originariamente deseados. Con tal situación, la competencia entre los fabricantes, aunque potencial, se verá perjudicada, haciendo sentirse en ese mercado los efectos de la no-competencia.

En los casos de división del mercado, exclusividad o determinación de los precios de reventa, es la competencia entre los distribuidores la que resultaría limitada (*intra brand competition*)¹⁰⁵.

Un acuerdo de división de mercado, en el cual se atribuye a cada uno de los distribuidores una parte de éste¹⁰⁶, acaba por restringir la competencia, ya que los distribuidores pasarán a actuar en el mercado como verdaderos monopolistas. Bastante semejante es la situación de la exclusividad concedida al distribuidor para la actuación en un mercado relevante geográfico o material¹⁰⁷.

Finalmente, en el caso de la determinación de los precios para la reventa, la neutralización de la competencia se vuelve aun más evidente, una vez que es eliminada cualquier posibilidad de variación de los precios practicados.

¹⁰⁵ En estos casos percibimos un auténtico contrato de adhesión en el cual los distribuidores no tienen otra opción que adherirse a los términos impuestos por el agente que detenta la posición dominante.

¹⁰⁶ Tanto un mercado relevante geográfico como aquel material pueden ser divididos entre los distribuidores. Así, el productor puede decidir atribuir a cada distribuidor un área geográfica. Puede haber aún, una división basada en las características de los consumidores.

¹⁰⁷ Esa situación de monopolio no se verificará si existieren productos intercambiables en el mercado, determinando la competencia en cada segmento. En el caso *Transocean Marine Paint Association* (Decisión de la Comisión de 27 de junio de 1967, DO nº L163 de 20/07/1967) la Comisión Europea concedió una exención a los fabricantes de tintas para navíos que habían dividido entre si el mercado europeo. Según el entender de la autoridad europea, la presencia de otros fabricantes en el mercado que no eran partícipes del acuerdo, hacía con que la práctica no produjera efectos de no competencia indeseables. En ese sentido: BAEL, Ivo van y BELLIS, Jean-François: *Competition law of the EEC*. 2 ed., Oxfordshire: CCH, 1990, p. 369 y ss.

9.2.2.2. La doctrina jurisprudencial en materia de acuerdos verticales

9.2.2.2.1. La jurisprudencia de los acuerdos verticales en los EE.UU.

En el supuesto de los EE.UU. debemos analizar dos principales *leading cases* con respecto a los acuerdos verticales.

9.2.2.2.1.a) El caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park e Sons Co.*

En el caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park e Sons Co.*¹⁰⁸ Se señaló la ilegalidad de la fijación, por parte del productor, de los precios que serían practicados por los distribuidores. *Dr. Miles Medical Co.* fabricaba medicamentos con métodos y fórmulas secretas. La comercialización de sus productos era efectuada por revendedores mayoristas, los cuáles vendían a otros revendedores (minoristas) que distribuían los productos a los consumidores finales. Con la finalidad de evitar la guerra de precios y de descuentos entre los distribuidores, además de la alegación de la manutención de su reputación, *Dr. Miles* decidió fijar los precios de reventa de sus productos. El Tribunal, entendiendo que la utilización de secretos de comercio no confería a su titular el derecho de restringir la competencia, condenó la práctica.

9.2.2.2.1.b) El caso *United States v. Colgat Co.*

United States v. Colgat Co. es otro *leading case*. *Colgate*¹⁰⁹, productora de jabones y productos de baño, envió cartas y circulares a sus distribuidores, sugiriendo determinados precios que serían practicados. Informó, además que, no serían efectuadas ventas a distribuidores que no adoptasen aquellos precios. El Tribunal consideró lícita la práctica de sugerir

¹⁰⁸ 220 U. S. 373 (1911), referido por AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit., p. 641 y ss.

¹⁰⁹ Ese juzgado originó la llamada *Colgate Doctrine*. En ese sentido: SULLIVAN, E. Thomas y; HARRISON, Jeffrey L. Op. cit., p. 153 y ss. En noviembre de 1997, en Brasil, el CADE decidió que la sugestión de los precios de reventa al consumidor de los distribuidores de helado no constituía una práctica ilícita. La materia será tratada en apartado propio, en la Tercera Parte de nuestra tesis.

(no imponer) precios a los distribuidores, facultándose al productor la libertad de contratar con aquellos que no acatasen su *sugerencia*.

La doctrina norteamericana aborda el problema de la prohibición *per se* de los acuerdos verticales¹¹⁰, especialmente respecto a los acuerdos de fijación de los precios¹¹¹. Así, el análisis dogmático tiene como punto de partida una regla fija punitiva. Sin embargo, no se parte solamente de una regla fija, sino también se procura tener un parámetro constante como punto de llegada. Eso hace que exista la perenne búsqueda de soluciones generales, en detrimento de un análisis caso a caso de los problemas que se presentan.

9.2.2.2. La jurisprudencia de los acuerdos verticales en Europa

En Europa, en las dos últimas décadas, existe la tendencia de reducir la aceptación de los acuerdos sobre los precios de reventa. Las exenciones que son concedidas para los acuerdos de distribución (franquicia, etc.), llevan en consideración esta visión europea con respecto a los acuerdos verticales. Los acuerdos son admitidos, siempre que aumenten la eficiencia económica; que no impidan la competencia entre los agentes y; principalmente, no comprometan el proceso de integración europea, con el libre comercio entre los Estados miembros¹¹².

Bajo ese ángulo, se justifica la postura de la Comisión ante la ilicitud de los acuerdos de división territorial, que contribuirían al aislamiento de los mercados de los Estados miembros¹¹³.

¹¹⁰ Indispensable el análisis del caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* (433 U.S. 36 – 1977), en el cual la Suprema Corte norteamericana determina que los acuerdos verticales no deben ser analizados bajo el prisma de la prohibición *per se*, pero tomados caso a caso, siendo posible la aplicación de la regla del razonamiento. Referido por AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit., p. 641 y ss.

¹¹¹ Los principales argumentos contrarios a la fijación de los precios de reventa son: a) facilita la supervivencia de agentes no eficientes, no teniendo los mismos que enfrentar la competencia de los precios; b) elimina la competencia de los precios de los productos; c) tiende a imponer para el consumidor una serie de servicios y productos que no desea; d) propicia la práctica de precios elevados.

¹¹² GOYDER, D.G. *EC competition law*, 2 de., Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 271 y ss.

¹¹³ Ejemplo reciente es el de la decisión de la Comisión en el asunto *BASF/Accinauto*. La empresa BASF fue condenada por la Comisión por tener incluido en un contrato de distribución una cláusula según la cual Accinauto (unidades distribuidoras de Bélgica y Holanda) debería remitirle los pedidos efectuados por clientes desde fuera de su territorio. Véase: DECISIÓN DE LA COMISIÓN, de 12 de julio de 1995, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del

Tres son los principios básicos que disciplinan los acuerdos verticales en Europa:

1) fomento de la competencia entre los distribuidores de un mismo producto (*intra brand competition*);

2) integración de los países de la Unión Europea, evitándose de esta forma el instrumento que permita el aislamiento de cualquier parte sustancial;

3) protección de los pequeños importadores contra el poder económico de los grandes suministradores.

9.2.2.2.3. Breves conclusiones

La comparación de la postura europea y la postura norteamericana desde el punto de vista de los acuerdos verticales puede traer importantes lecciones para los países en desarrollo y, en especial, para el MERCOSUR y Brasil.

En Europa no existe la búsqueda de una regla fija, siendo posible la identificación de principios generales que reglamenten los acuerdos verticales. Se propicia un cierto grado de seguridad jurídica, al mismo tiempo que se concreta una política de competencia de índole instrumental, apta para servir a los propósitos de la integración de los Estados miembros. Las justificaciones de la teoría económica para los acuerdos verticales (todavía no hay consenso en EE.UU. sobre los mismos) no son acatadas en Europa, a no ser que sean vistas bajo el prisma de la instrumentalidad¹¹⁴.

Fijados los principios generales que deben reglamentar la materia (a ejemplo de lo que ocurre en Europa), el análisis caso a caso permitirá que esas normas sean aplicadas para concretar una política económica previamente determinada. Lo que no debe ser admitido en MERCOSUR y Brasil es el trasplante de teorías económicas que versan sobre la eficiencia de los acuerdos verticales o, aún, la aplicación *per se* de la prohibición de los

Tratado CE (Asunto nº IV/33.802 BASF Lacke + Farben AG, y SA Accinauto), DO nº L 272 de 15/11/1995.

¹¹⁴ SULLIVAN, E. Thomas y; HARRISON, Jeffrey L. Op. cit., p. 153.

mismos, desconsiderándose la política de control de competencia, que debe ser fijada por la autoridad *anti-trust* regional (mientras exista) o nacional.

Después de analizada la cuestión del nuevo orden mundial y la inserción de la concentración de empresas en el mercado mundial, a título de introducción de nuestra tesis, pasaremos al análisis específico del grupo de sociedades.

Importante subrayar que es este el instrumento jurídico, en la actualidad, el más utilizado para la actuación, en el mercado global, por parte de los operadores transnacionales. De ahí nuestra opción por su análisis más detenido.

Cumple resaltar, aun, que en el presente capítulo realizamos una vinculación de la idea de concentración empresarial y la necesidad de control (por el Derecho de la Competencia) de los mismos grupos económicos y, posteriormente, profundizaremos sobre la discusión del Derecho *anti-trust* como mecanismo de control de los grupos de sociedades.

Finalmente, dejaremos el análisis del Derecho de la Competencia del MERCOSUR para la última parte de nuestra tesis. Así lo hacemos por entender indispensable un estudio previo del Derecho de la Competencia en EE.UU. (como fuente primera del Derecho de la Competencia en el mundo) y del Derecho de la Competencia de la UE (como fuente más desarrollada hoy en día) como supuesto del entendimiento y crítica del Derecho de la Competencia en el MERCOSUR. Será ahí donde realmente pretendemos traer una mayor aportación con nuestra tesis, demostrando la necesidad de profundización del Derecho de la Competencia del MERCOSUR para que éste permita una mayor integración regional en el cono-sur, indispensable para el desarrollo económico y social de la sub-región americana.

CAPÍTULO II – EL GRUPO DE SOCIEDADES EN EL ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL

1. Aproximación a la materia

1.1. Aceptación restrictiva y amplia

Los grupos de sociedades desempeñan, en las circunstancias actuales, un papel principal en el marco del movimiento general de las concentraciones de empresas^{115/116}.

“Es sabido que el concepto de grupo de sociedades sirve para describir la empresa pluri corporativa: coexistencia de los fenómenos pluralidad de entidades jurídicamente independientes y unidad empresarial subyacente. Normalmente, la vertebración de la unidad empresarial se manifiesta en relaciones de dependencia/subordinación entre las entidades vinculadas: la unidad de dirección se hace efectiva mediante el ejercicio de un poder de dirección legítimo, cualquiera sea su causa, de la dominante sobre la/s sociedad/es dependiente/s”¹¹⁷.

Existen dos acepciones fundamentales de grupo de sociedades, que a continuación explicaremos.

1) Así, en un sentido estricto o propio, se entiende por grupo de sociedades todo conjunto, más o menos amplio de sociedades mercantiles que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran

¹¹⁵ CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société para Actions*. Libraries Sirey, Paris, 1962, p. 197. En el mismo sentido: ÖZTEK, Selçuk: *La Protection des Actionnaires Externes dans les Groupes de Sociétés par une Société Holding*. Léman, Lausanne, 1982, p. 37; RODIÈRE, René: *Droit Commercial – Groupements Commerciaux*. 10ª ed., Dalloz, Paris, 1980, p.423.

¹¹⁶ “La reunión de empresas bajo una dirección única (grupo) es un fenómeno económico que ha tomado en el derecho de todos los Estados fuertemente industrializados un lugar que rebasa, en cuanto a su importancia económica, todas las demás formas de cooperación entre empresas. Esta evolución responde a la tendencia a aumentar de escala. Los grupos presentan, sin embargo, la particularidad de que la dependencia económica de las diversas partes deja subsistir su personalidad jurídica”. PEREZ ESCOLAR, Rafael: *La sociedad anónima europea*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1972, p. 344.

¹¹⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: Grupos horizontales transfronterizos – un primer estudio sobre las sociedades gemelas, en *Las operaciones societarias de modificación estructural*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 213.

subordinadas bajo una dirección económica unitaria y común. La especificidad del fenómeno del grupo es, por lo tanto, doble:

a) De esta forma, bajo el punto de vista económico, el grupo constituye una nueva y revolucionaria forma de organización de la actividad económica moderna. Al contrario de la empresa tradicional, que se caracterizaba por estructurarse como una empresa unisocietaria, la empresa de grupo se constituye como una unidad económica plurisocietaria, también llamada empresa articulada.

b) Por su parte, bajo la perspectiva jurídica, la especificidad del grupo de sociedades radica en la oposición latente, que existe entre la situación de derecho (pluralidad jurídica de los entes societarios autónomos) y la situación de hecho (unidad de actuación económica, bajo un poder de decisión central)¹¹⁸.

De esta forma, los elementos definidores del concepto de grupo de sociedades son la independencia jurídica de las sociedades agrupadas, así como la dependencia económica de todas (sociedades filiales) en relación a una de ellas (sociedad madre).

2) En una acepción amplia o impropia, la expresión grupo de sociedades (Konzern, Groupe de Sociétés, Group of Companies, Gruppo di Società), viene siendo utilizada como término de referencia para el sector de la realidad societaria que encuentra en el control intersocietario y en las relaciones de coligación entre sociedades su centro de gravedad.

Si bien el tradicional Derecho de las sociedades tiene por objeto la disciplina de constitución, organización y vida de la sociedad comercial como entidad estática y aislada, un Derecho de grupos de sociedades tendría como objeto el estudio y la disciplina de la constitución, organización y funcionamiento de la sociedad como entidad dinámica y cooperativa. En este sentido, se podría decir que tal Derecho surgiría como una especie de meta-

¹¹⁸ WALLACE, Cynthia D.: *Legal Control of the Multinational Enterprise*. Martinus Nijhoff, Boston/London, 1982, p.43.

Derecho de las sociedades, de Derecho de sociedades de sociedades, o aun, de Derecho de las sociedades de segundo grado¹¹⁹.

1.2. Elementos característicos

Según lo citado anteriormente, dos son los elementos definidores del concepto de grupo de sociedades (en sentido estricto): la independencia jurídica y la unidad de dirección económica.

1) El primer aspecto caracterizador del grupo es la independencia jurídica de las sociedades integrantes. Las sociedades agrupadas conservan, aunque bajo una dirección económica unitaria, su personalidad jurídica propia y distinta, manteniendo tanto su autonomía patrimonial, como organizativa. Además, es este el elemento que nos permite distinguir el grupo de otras técnicas de concentración empresarial, las cuales comportan la desaparición de la individualidad jurídica de las entidades involucradas¹²⁰.

2) El segundo elemento es la unidad de dirección económica de las entidades involucradas.

Aunque cada una de las sociedades del grupo se mantiene formalmente como un ente jurídico distinto, la verdad es que, bajo el punto de vista de la realidad material, las sociedades dependen, en mayor o menor grado, de la voluntad e intereses del todo económico, tal como éste viene definido por la sociedad líder del grupo.

Bajo esta perspectiva, el grupo de sociedades se constituye como una unidad económico-empresarial de segundo grado, en relación con las distintas sociedades individuales que lo compone.

¹¹⁹ Para una profundización del estudio de la creación de un derecho propio del grupo de sociedades, véase: RONDINONE, Incola: *I Gruppi di Imprese fra Diritto Comune e Diritto Speciale*. Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 3 y ss.; TOMBARI, Umberto: *Il gruppo di società*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 129 y ss.

¹²⁰ Es este el caso de la fusión, donde la integración económica de las sociedades es acompañada de la extinción de la personalidad jurídica de una de las mismas (fusión-absorción) o de las dos (fusión-creación). Trataremos con más profundidad de la fusión, y su correlación con los grupos de sociedades, en el apartado 5.1. del presente capítulo.

Otro ejemplo interesante sería el de la no autonomización jurídica de las entidades involucradas, como sería el caso de la sucursal (*branch, sucursale*), donde - al contrario de la filial (*subsidiary, filiale*), que constituye un sujeto jurídico distinto y separado, dotado de patrimonio autónomo y órganos propios, teniendo objeto social, forma jurídica y nacionalidad distinta de la casa madre - representa una mera división o departamento de una única sociedad, sin cualquier individualidad jurídica. En ese sentido: CORREIA, António Ferrer: *Manual de Direito Comercial*. Vol. III, Coimbra, 1968 - 1975, p. 147 - 148.

Tal dirección económica unitaria se refleja en la existencia de una estrategia o política económica general del grupo (group planning process, konzernpolitik), la cual viene definida por el núcleo dirigente (ubicado, generalmente, junto a la sociedad madre – group top-management), incidiendo sobre los diversos aspectos sectoriales del respectivo funcionamiento (política mercantil, política de producción, política financiera, política laboral, política de inversiones, política de gestión), y asumiendo los distintos grados de integración (que van desde la total centralización, hacia las formas más acentuadas de control descentralizado)¹²¹. Además, coordina las actividades económicas particulares de las distintas sociedades agrupadas¹²².

1.3. Terminología

El grupo de sociedades se constituye en una realidad multidisciplinaria, cuyo impacto legislativo y doctrinal supera, cada vez más, el mero dominio del Derecho de sociedades, para proyectarse en otras ramas, principalmente el Derecho fiscal, el Derecho de la Competencia, el Derecho laboral, multiplicándose la diversidad conceptual y terminológica¹²³.

Ante tal diversidad terminológica, mantenemos la expresión grupo de sociedades como término de referencia. De ese modo, nos vamos a referir a las sociedades involucradas en una relación de coligación intersocietaria, en el

¹²¹ ANTUNES, J. A. Engracia: *Liability of Corporate Groups – Autonomy and Control at Parent-Subsidiary Relationships*. Kluwer, Deventer, 1993, p. 236 y ss.

¹²² El elemento de unidad de *dirección económica*, permite distinguir la relación de grupo de otras emergencias del fenómeno de control *intersocietario*, como la *relación de dominio o dependencia societaria*.

Esta última, consistiendo en la mera detención por una sociedad de la posibilidad de ejercicio de una influencia dominante sobre otra sociedad (en virtud de la detención de un instrumento de dominio, v.g., una participación mayoritaria), no implica el nacimiento de una dirección económica unitaria, ni así mismo en la formación de una nueva unidad empresarial entre la sociedad dependiente y la dominante.

La primera, por el contrario, se caracteriza por el *ejercicio efectivo y actual* de esa influencia dominante, tendente a crear una dirección económica unitaria y común entre las sociedades y, así, generar una nueva unidad empresarial *plurisocietaria*. Con otras palabras, la situación de dependencia societaria representa un espécimen intermedio o de transición entre la sociedad económicamente autónoma (cuya actividad se orienta por la voluntad e interés sociales propios), y la sociedad agrupada (cuya actividad se encuentra virtualmente subordinada a una voluntad e interés ajenos). Véase: STORK, Michel: La Définition Légale du Contrôle d'une Société en Droit Français, en: *104 RevS* (1986). N° 3, Paris, 1986, p. 385-404.; LA ROSA, Antonio P.: Controllo e Gruppo nella Fenomenologia dei Collegamenti Societari, en: *IX DirFal* (1985), I, p. 01- 23.

¹²³ JADAUD, Bernard: La Vaine Recherche d'une Définition de Groupe en Droit Français, en: *CREDA, Les Groupes de Sociétés – Une Politique Législative*. Librairies Techniques, Paris, 1975, p.193 y ss. En el mismo sentido, véase: TEUBNER, Gunther: *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*. Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 91.

polo pasivo, como sociedades hijas (o equivalente contextual, v.g., sociedad filial). Por otro lado, designaremos como sociedad madre (o sociedad matriz) la que ocupe el polo activo de la misma relación de grupo.

2. Importancia práctica: impacto nacional e internacional

La fisonomía de la práctica societaria actual ha dejado de ser retratada por la sociedad individual y aislada, pasando a reflejar el grupo de sociedades como el verdadero paradigma central del universo económico y societario, tanto nacional como internacional¹²⁴.

En EE.UU., los cien mayores grupos industriales emplean alrededor de un 26% del número total de trabajadores, realizan un 43% del volumen global de negocios, y poseen, solos, casi un 50% de la totalidad del activo patrimonial de la industria norteamericana¹²⁵.

El mundo de la gran empresa norteamericana es el mundo de los grupos de sociedades¹²⁶. La dimensión del poderío de los mismos es confirmada por su presencia no solamente nacional, sino también mundial. Así, este es el caso de las más de 1300 filiales del Grupo Mobil Oil, o de los más de 691 mil trabajadores del grupo General Motors¹²⁷.

En Alemania, sucesivas investigaciones demuestran la creciente relevancia de los grupos (konzern) en el contexto global de su economía. Las

¹²⁴ "We speak, teach, litigate and legislate about company law. But the predominant reality is not today the company: is the corporate group". En ese sentido: WEDDERBURN, Lord: Multinationals and the Antiquities of Company Law, en: *ModLR* (1983), p. 320. En el mismo sentido encontramos las formulaciones de la Comisión Europea, en su Introducción a la Proposición de una 9ª Directiva sobre el Derecho de los Grupos de Sociedades, p. 9. Además, véase: FREYRIA, Charles: Le Droit des Groupes Sous les Feux de l'Actualité, en: *RJC* (1987), p. 121 y ss.

¹²⁵ BLAIR, Roger y LANZELLOTTI, Robert: *The Conglomerate Corporation – an Antitrust Law and Economics Symposium*. Guns & Hain, Cambridge, 1998, p. 170; BLUMBERG, Philippe: *The Law of Corporate Group – Problems os Parent and Subsidiary Corporations under Statutory Law of General Application*. Little, Boston, 1989, p. 32 y ss.; HERMAN, Edward: *Corporate Control, Corporate Power*. Cambridge UP, Cambridge, 1981, p. 3 y ss.

Manifestación del impacto del fenómeno constituyen las llamadas *Megasubsidiaries*, espécimen de *holding* que se ha transformado en la organización jurídica predominante en varios sectores de la actividad mercantil norteamericana. Así, por ejemplo, 24 de los 25 mayores bancos mercantiles están constituidos bajo la forma de un grupo de sociedades liderado por una *megasubsidiary*. En ese sentido: EISENBERG, Melvin: *Megasubsidiaries: the Effect of Corporate Structure on Corporate Control*, en: 84 *HarvLR* (1971), 1555 y ss.

¹²⁶ BLUNBERG, Philip. *Op. cit.*, p. IX.

¹²⁷ RADNER, P.: The Internal Economy of Larger Firms, en: 96 *EJ* (1986), suplemento, p. 1-22.

investigaciones realizadas en 1965 concluyeron que alrededor del 70% del total de sociedades germánicas habían dejado de constituirse en una sociedad independiente, para constituirse en miembro de un grupo de sociedades. De hecho, las más recientes encuestas (1981), sugieren que cerca del 92% de las sociedades anónimas se encuentran, de alguna forma, integradas en un grupo de sociedades¹²⁸.

En Francia, esta imagen de creciente poder de difusión de los grupos de sociedades fue confirmada por recientes estudios, realizados teniendo por bases encuestas hechas a los mayores grupos franceses.

Así, grupos como Pèchiney/ Saint-Gobain; Banque de Paris et Pays-Bar; Compagnie Générale d'Electricité; etc., constituyen estructuras económico-organizativas que engloban, aproximadamente, a 400 empresas cada una de ellas¹²⁹. La importancia de tales grupos en la economía francesa es notable, ya que realizan cerca del 50% del volumen de negocios de la misma economía y son responsables de un 60% del montante global de las inversiones; un 40% de la capacidad laboral; y entre 80%-95% del total de la producción industrial del país.

En Inglaterra (economía ésta que tiene una tasa de utilización de técnicas de concentración empresarial superior al de la economía norteamericana¹³⁰), existen estudios que demuestran que la media de las sociedades controladas por cada uno de los 50 mayores grupos británicos ya era, en 1981, de alrededor de 230. Además, algunos grupos superaban el millar de filiales, como es el caso de British Petroleum (con sus 1300 filiales), o el grupo Unilever (alrededor de 1100 filiales), subrayándose, como característica fundamental, su enorme poder económico¹³¹, la increíble complejidad e intrincada red de sociedades holding y filiales¹³².

¹²⁸ BÄLZ, Ulrich: *Groups of Companies – the German Approach*, Florence, 1986, p. 8 y ss.

¹²⁹ CREDA (*Centre des Recherches et Études du Droit des Affaires*) *Les Groupes de Sociétés – Une Politique Législative*. Libraries Techniques, Paris, 1978, p. 13 y ss.

¹³⁰ HANNAH, Leslie: *The Rise of Corporate Economy*. Methuen, London, 1990, p. 215; HANNAH, Leslie y KAY, J.A.: *Concentration in Modern Industry*. Macmillan, London, 1977, p. 1 y ss.; KING, Mervyn: *Public Policy and Corporation*. Chapman & Hall, London, 1977, p. 12 y ss.; PRAIS, S. J.: *The Evolution of Giant Firms in Britain*. 2 impresión, Cambridge UP, Cambridge, 1976, p.20 y ss.

¹³¹ En 1950 los 100 grupos de la industria manufacturera inglesa más potentes controlaban cerca de un 15% de la producción total, siendo el mayor el grupo *JP Coasts*, con sus 5,5

Finalmente, en cuanto a la cuestión del impacto nacional de los grupos de sociedades, el panorama en otros países europeos parece aproximarse gradualmente a este patrón, como es el caso de Italia¹³³, Suiza¹³⁴, Bélgica¹³⁵, etc. Todavía, la afirmación del fenómeno no resulta adscripta al plano de las economías nacionales, estando más bien acentuado en el plano internacional.

En el plano de los hechos, encontramos en la empresa multinacional una expresión particularmente indicativa del protagonismo de la técnica del grupo societario.

En efecto, entre las mayores entidades económicas del globo, se encuentran 50 Estados y 50 multinacionales. El volumen de negocios de las ocho mayores empresas multinacionales (Exxon; General Motors; Ford; General Electric; IBM; Chrysler; Texaco; Shell), ya en 1971, tenía una facturación equivalente al presupuesto de seis Estados Miembros de la CEE (Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda). Además, la progresión del crecimiento de tal facturación es de un 10% al año, dos veces más que la media de crecimiento del PNB mundial¹³⁶.

La llamada empresa multinacional se constituye, bajo el punto de vista jurídico, en un verdadero grupo de sociedades, reconduciéndose, de esta

millones de libras de activo patrimonial y 5 mil trabajadores. En 1975, los mismos grupos dominaban ya casi un 50% de la misma producción nacional, teniendo el mayor de ellos (grupo *ICI – Industrial Chemical Industries*) un patrimonio valorado en 2 billones de libras y más de 200 mil trabajadores.

El grupo *ICI* constituye el resultado de una coligación de cuatro de las mayores empresas británicas: *Nobel Industries*, *Brunes Mond*, *British Dyestuffs Corporation* y *United Alkaly Company*, que constituían ya, ellas mismas, grupos societarios del sector de la industria química.

¹³² HADDEN, Tom: *Incidences of Corporate Groups*, en: *International Journal of the Sociology of Law* (1984), p. 274.

¹³³ Véase: ABADESSA, Pietro: *I Gruppi di Società nel Diritto Italiano*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 103 y ss.; LA ROSA, Antonio Pavone: *I Gruppi di Società – Ricerca per un Studio Critico*, Il Mulino, Bologna, 1983; PEPE, Giorgio: *Il Gruppo di Imprese*. Giuffrè, Milano, 1990, p. 6 y ss.

¹³⁴ DRUEY, Jean: *Company Groups in Swiss Law*, en: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1982, p. 131 y ss. Estima que cerca de un 70% del total de las sociedades suizas, hoy por hoy, forman parte, directa o indirectamente, de un grupo de sociedades.

¹³⁵ OMMESLAGHE, Pierre van: *Les Groupes de Sociétés et l'Expérience du Droit Belge*, en: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1982, p. 59 y ss.; WYMEERSCH, Eddy: *The Groups of Companies in Belgium Law*. Internal Doc. EEC, Brussels, 1988, p. 23.

¹³⁶ DUNNING, John y PEARCE, Robert: *The World's Largest Industrial Enterprises 1962-1983*, Gower, Aldershot, 1985, p. 8.

forma, la respectiva estructura organizativa a las técnicas de coligación y control de sociedades por sociedades¹³⁷.

En el ámbito mismo de las instancias internacionales, ha habido confirmaciones y estimulaciones a la importancia de este fenómeno, siendo el caso de la Unión Europea, donde la técnica de los grupos de sociedades ha sido apuntada como el instrumento jurídico principal para el proceso de concentración industrial, conducente a la instauración de un mercado común europeo¹³⁸.

Concluyendo, cualquier que sea el plano escogido de la realidad económica moderna (nacional, internacional, o regional), nos enfrentamos a la transformación de la función económica de la empresa societaria que, exhibiendo una tendencia irreversible de aniquilación individual a favor de la emergencia de unidades económicas multisocietarias, estaría pasando de la era del átomo a la era de la molécula del Derecho de sociedades¹³⁹.

¹³⁷ AHARONI, Yoki: On the Definition of Multinational Corporation, en: *The Multinational Enterprise in Transition: Selected Readings and Essays*, Princeton, 1977, p. 1-54.

¹³⁸ El agrupamiento de empresas jurídicamente autónomas bajo una dirección unitaria representa, desde el punto de vista económico, el instrumento más importante de cooperación interempresarial en los países industrialmente desarrollados. Tal corresponde a una tendencia, observable en estas economías, para la formación de unidades mayores, evitándose los riesgos inherentes al gigantismo. Parece comprensible, pues, que la concentración por medio de los grupos de sociedades constituya un mecanismo esencial para la creación de unidades económicas más competitivas, debiendo ser colocado a la disposición de las empresas comunitarias, permitiéndoles realizar la necesaria reestructuración y adaptación al nuevo espacio económico comunitario. En ese sentido: COMISIÓN CEE: *Observations Préliminaires Concernantes les Travaux d'Harmonisation des Législations sur les Groupes d'Entreprises*, 1971 (doc. 548/XIV/71-F).

En el mismo sentido, todavía con fecha anterior: Comisión CE, *La Politique Industrielle de la Communauté (Memorandum)*, Bruxelles, 1970.

La dirección que la Comisión apuntaba en el inicio de la década de 70 tuvo el significado de una verdadera profecía. En realidad, todos los estudios estadísticos llevados a efecto, a propósito del impacto de las distintas formas de concentración empresarial de las empresas en el espacio comunitario (fusión, escisión, acuerdos, prácticas concertadas, transferencias parciales de activos) confirmaron el Grupo de Sociedades como instrumento natural de la concentración empresarial en el espacio comunitario. CAMPOLONGO, Alberto y GRISOLI, Angelo: *Le Imprese Plurinazionali a Vocazione Europea*. Cedam, Padova, 1972, p. 123 y ss.

¹³⁹ RODIÈRE, René: *Le Droit des Sociétés dans ses Rapports avec la Concentration*. Collection Études, Bruxelles, 1967, p. 53 ; RODIÈRE, René: La Protection des Minorités dans les Groupes de Sociétés, en: *RevS* (1970), p. 243.

3. Causas del recurso a ésta figura

El grupo de sociedades viene asumiendo el prototipo de la empresa moderna, caracterizado como la técnica económica más importante y significativa del fenómeno de la concentración empresarial¹⁴⁰. Ciertamente, tal hecho no ha ocurrido al azar.

La verdad es que existen muchas ventajas que explican el recurso, por parte de la empresa moderna, al grupo de sociedades como técnica revolucionaria de la organización de su actividad económica.

3.1. Ventajas económicas

Por un lado, la técnica del grupo de sociedades se adapta a todo tipo de necesidades de concentración de las empresas.

Al reunirse distintas sociedades en una unidad económica, financiera y mercantil común, permaneciendo las mismas independientes patrimonial y jurídicamente, la técnica del grupo de sociedades permite las operaciones de integración vertical¹⁴¹, así como la integración horizontal¹⁴² y, finalmente, la integración conglomerada^{143/ 144}. Por otro lado, es una técnica a la que todas las grandes sociedades tienen que recurrir, evitándose así el riesgo del gigantismo.

Se asume, de esta suerte, como paradigma económico que la empresa no puede crecer indefinidamente, sin sufrir graves deseconomías de

¹⁴⁰ ÖZTEK, Selçuk: *La Protection des Actionnaires Externes dans les Groupes de Sociétés Dirigées par une Société Holding*, op. Cit., p. 37.

¹⁴¹ Integración vertical – aseguran a la sociedad madre del grupo la certeza de que jamás será privada de sus fuentes de abastecimiento al mejor precio, además de abrir buenas perspectivas de maximización de la capacidad productiva, permitiendo obtener mayor aprovechamiento y exploración de las actividades lucrativas que serían secundarias en el seno de una empresa única.

¹⁴² Integración horizontal – aseguran a la sociedad madre una reducción de los costes fijos, bien como un crecimiento de su poder en el mercado, resultando importantes economías de escala.

¹⁴³ Integración conglomerada – permiten a la sociedad madre ejercer un dominio sobre las filiales, actuando en mercados nacionales y para productos diversificados, procediendo la combinación de una política de diversificación del riesgo empresarial, bien como la implantación internacional capaz de asegurar la supervivencia en el cuadro de la economía global.

¹⁴⁴ BRESSY, Maurice y RICHOUX, Pilles: *Les Regroupements d'Enterprise - La Concentration Sans Fusion*. Économie et Humanisme, Paris, 1980, p. 24..

dimensión, plasmadas por una progresiva reducción de la respectiva eficacia económica y de un agravamiento de su rigidez organizativa¹⁴⁵.

La estructura del grupo permite evitar estos riesgos derivados de la concentración, sin que - además - tenga que renunciar a sus ventajas. Ella permite realizar una descentralización en la concentración¹⁴⁶.

1) Así, a través de la división de la actividad económica unitaria por un agregado de entidades societarias, se alcanza una gestión racional, obteniéndose una especialización funcional y una descentralización organizativa interna, sin renunciar a la unidad de los objetivos estratégicos o del control de las ganancias generales.

2) Por otro lado, se trata de una técnica que permite crear, para la organización de la actividad de la empresa, una estructura maleable y flexible. En realidad, en el grupo de sociedades no estamos vinculados a una o dos formas legales (como ocurriría en la fusión), sino a tantas como la imaginación del empresario tenga capacidad de crear. A partir de ahí, se afirma que en el grupo societario viene a calificar todas las demás técnicas de la concentración empresarial: a) a las escisiones se suceden las transferencias de activos; b) a las designaciones de administradores comunes son sustituidas por el cruce de participaciones sociales; c) los acuerdos de votos (por los cuales se opera la distribución de influencias y poderes dentro de las filiales) son sustituidas por las cesiones o adquisiciones de acciones; d) a las propias sociedades madres de diferentes grupos pueden asociarse, a través de la creación de filiales comunes (joint ventures). Además, e) el movimiento de constitución de los grupos de sociedades empieza a llegar a su punto máximo, actualmente siendo visible la constitución de grupos de sociedades que se agrupan en entidades

¹⁴⁵ PENROASE, Edith. *The Theory of the Growth of the Firm*, Blackwell, Oxford, 1980, p. 261. Si hay economías de escala que resultan de la mayor dimensión de la empresa, también hay *deseconomías* de escala que neutralizan las ventajas de la gran dimensión. Pueden surgir dificultades de organización, problemas de coordinación, insensibilidades de gestión, excesos burocráticos. En ese sentido, véase: CARREIRA, Medina: *Concentração de Empresas e Grupos de Sociedades. Aspectos Histórico-Económicos e Jurídicos*. IESF, Lisboa, 1992, p. 28.

¹⁴⁶ JACQUEMIN, Alexis: Le Group de Sociétés: Décentralisation dans la Concentration, en: *Les Groupes de Sociétés*. Martinus Nijhoff, Haya, 1972, p. 27 y ss.

aún más potentes¹⁴⁷. Así, se afirma gráficamente que la vida de los grupos de sociedades es un verdadero carrusel de técnicas jurídicas¹⁴⁸.

3) Además, el grupo de sociedades es un instrumento suficientemente flexible para permitir constantes reajustes o adaptaciones de estrategias del propio grupo a las condiciones del medio económico de su entorno. Al contrario de lo que ocurre con las técnicas concentracionistas más rígidas, (v.g. la fusión), es relativamente sencillo para la sociedad madre separarse de una filial del grupo. Cuando se trate de un grupo basado en una participación de capital o en lazos contractuales, los costes económicos e institucionales de la separación serán siempre más pequeños que en el caso del desmembramiento de una sociedad única¹⁴⁹.

4) Finalmente, un aspecto a destacar sería el de que el grupo permite a la empresa moderna adaptarse a la progresiva sustitución del modelo horizontal del mercado (basado en el mecanismo automático de precios) por un modelo vertical de organización jerárquica, como mecanismo alternativo de coordinación de la actividad económica. En efecto, constatado que el mecanismo de precios no funciona neutralmente bajo el punto de vista de la eficacia económica¹⁵⁰, la empresa descubre incentivos para transformar tales relaciones negociables internas, sujetándolas a la coordinación de la respectiva estructura jerárquica. De este modo, la empresa internaliza el propio mercado, huyendo de los costes inherentes a la transacción en el mercado libre¹⁵¹.

¹⁴⁷ Véase el reciente ejemplo dado por la adquisición de los grupos de la industria automotora *Alfa Romeo* y *Lancia*, cada una con sus alrededor de 300 filiales, por el grupo rival *Fiat*.

¹⁴⁸ CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, cit., p. 207.

¹⁴⁹ Comisión CE. *Introduction à la Proposition d'une 9^{ème} Directive sur le Droit des Groupes de Sociétés (Document Davignon)*. Bruxelles, 01/10/1980, p. 32.

¹⁵⁰ Las transacciones realizadas por la empresa en el mercado abierto implican costes, advenidos de la necesidad de negociación, conclusión y supervisión de los contratos separados para cada relación específica, de la aleatoriedad asociada al oportunismo de los agentes económicos, etc. (los llamados *transactions costs*).

¹⁵¹ En la competencia real entre estos dos mecanismos de coordinación de la actividad económica, mercado y jerarquía (DAEMZ, Herman: *The Rise of Modern Industrial Enterprise*. Nijhoff, Leiden, 1980, p. 205), no restan dudas sobre la primacía del segundo. La mano invisible del mercado abierto y horizontal, forjada por los economistas clásicos, viene siendo sustituida por la mano visible de las organizaciones económicas gigantescas que, a través de una compleja red jerárquica de control y coligaciones interempresariales, eliminan en su beneficio la duda y los costes inherentes al libre juego de las fuerzas del mercado, coordinando la actividad económica de las unidades constituyentes (CHANDLER, Alfred y DAEMZ, Herman: *Managerial Hierarchies – Comparative Perspectives on the Rise of the Modern Industrial Enterprise*. Atheneum, New York, 1981, p. 11; CHANDLER, A.: *The Visible Hand – The Managerial Revolution in American Business*. Harvard UP, Cambridge, 1977, p. 3). De ahí, la

3.2. Ventajas financieras

La técnica del grupo de sociedades trae, consigo, innegables ventajas financieras.

De hecho, al contrario de lo que ocurre con la fusión y las transferencias de activos (que implican la movilización de un gran volumen de activos financieros), los grupos constituyen un gran atractivo para los operadores económicos, una vez que son una técnica que permite asegurar el control de una enorme masa de capitales, y la dirección económica de numerosas empresas societarias individuales, con una inversión inicial de capital muy reducida¹⁵².

Así, con una reducida inversión inicial de capital, podrá la sociedad obtener el dominio de una enorme masa de capital y patrimonios, vinculados a una dirección económica común^{153/154}.

3.3. Ventajas jurídicas

Como a los anteriores, varias son las ventajas jurídicas que se derivan de la constitución de los grupos de sociedades.

1) Desde luego, en tanto en cuanto el grupo constituye, por definición, una unidad económica cuyas células conservan la respectiva autonomía jurídica y patrimonial, se ofrece a la respectiva sociedad líder, una verdadera división de los riesgos de exploración empresarial, ya que cada

necesidad del control de tales grupos societarios, por el derecho de la competencia. De este tema hablaremos en un apartado propio.

¹⁵² Si, por ejemplo, una sociedad con un capital de 10.000 decide emplear el respectivo patrimonio en la adquisición de otras dos sociedades con idéntico capital social, entonces el socio que posee la mitad del capital de la primera sociedad, pasará a controlar de hecho, con una inversión de tan solamente 5000, un total de capitales de cerca de 30000, bien como tres masas patrimoniales diferentes (como es sabido, cifras inferiores son normalmente tenidas como idóneas para permitir el control de la sociedad, en el orden de un 30%, un 15% y, hasta mismo, en el caso particular de ciertas sociedades norteamericanas, v.g., *General Motors Corporation*, de apenas un 2%).

Si las sociedades participadas tuvieren, ellas propias, participación en otras sociedades, entonces el total patrimonial aumentará aún más, bien como el conjunto de sociedades subordinadas a los intereses de la política económica general trazada por el socio controlador.

¹⁵³ CHEVALIER, Alain y VIGNERON, Philippe: *La Gestion Financière des Groupes*. Dunod, Bordas, Paris, 1984, p. 13 y ss.

¹⁵⁴ Retratado el caso de los llamados grupos industriales de participación piramidal, como los grupos IBM, Unilever, y Rank Xerox.

sociedad agrupada, en principio, responderá por las deudas solamente en el límite de su propio patrimonio.

El mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades del grupo, así como la consecuente limitación de las responsabilidades patrimoniales a los respectivos pasivos, asegura, que en caso de dificultades, catástrofes financieras o quiebra de una de ellas, las demás sociedades no necesariamente responderán a las obligaciones y débitos de ésta para con los respectivos acreedores. Esto es especialmente interesante para la sociedad madre que, no obstante el control que tenga del negocio de las filiales y de los beneficios que tenga con las mismas, está protegida contra las eventuales pérdidas.

Como se ve, este efecto de división de los riesgos empresariales y su externalización para los terceros, proveniente de la conservación de la autonomía jurídica de las sociedades agrupadas, es un efecto que solamente la técnica del grupo de sociedades puede producir¹⁵⁵.

2) Por otro lado, la constitución de un grupo trae apreciables ventajas jurídico-fiscales:

a) Primero porque su formación constituye, generalmente, objeto de beneficios fiscales directos, en la medida en que los legisladores, de un o más Estados, suelen incentivar la multiplicación de grupos empresariales fuertes y competitivos¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Sin duda este efecto de división y *externalización* de los riesgos de la actividad de la empresa del grupo empieza a sufrir importantes correcciones, sea a nivel legislativo, sea a nivel jurisprudencial, sea a nivel de la propia doctrina, donde se cuestiona el acierto del tradicional dogma de la *responsabilidad limitada* de los socios de las sociedades de capitales al dominio de las personas colectivas y, en particular, de las sociedades mercantiles. Para una visión del derecho comparado en la materia, véase: ANTUNES, José Engrácia.: *Liability of Corporate Groups – Autonomy and Control at Parent-Subsidiary Relationship*, *Cit.*, p. 170 y ss.

Importante subrayar la existencia de la teoría de la *disregard doctrine*, la cual propugna por la quiebra de la personalidad jurídica de la sociedad obligada directa y la asunción de responsabilidades por todos los miembros del grupo. Hablaremos de tal temática, más adelante, en apartado propio.

¹⁵⁶ Véase, *v.g.*, el régimen fiscal aplicable a las sociedades *holding* en el derecho portugués (DL nº 495/88, del 30 de diciembre de 1988).

Así, las sociedades *holding* constituyen el vértice jerárquico de un tipo de grupo de sociedades, caracterizado por el hecho de que la sociedad madre posea un objeto puramente financiero. Su actividad está circunscrita a la gestión estratégica de la cartera de participaciones sociales detenidas en las distintas sociedades componentes del grupo.

Ora, y a semejanza de lo que ocurre en otras legislaciones que regulan la materia de idéntica forma (*v.g.*, la norteamericana), fue necesario consagrar en su favor beneficios fiscales

b) Segundo, porque su organización se conforma como un medio muy eficaz en contra de la progresión de los tributos en el plano del Derecho tributario interno (nacional). Múltiples sociedades pequeñas son tributadas a una tasa de interés más pequeña que una sociedad grande, para un idéntico hecho generador de tributación, lo que genera beneficios y ahorros.

c) Tercero, porque los mecanismos de formación de la empresa de grupo (principalmente, la adquisición de participaciones sociales), son mucho más favorables que otros mecanismos alternativos, tales como la fusión, la escisión o el arrendamiento. Mientras éstas están rodeadas de operaciones complejas, todas tributables, los grupos (principalmente los constituidos bajo participaciones sociales) no están involucrados en formalidades especiales, estando más levemente tributados¹⁵⁷.

d) Cuarto, porque la habitual implantación en los paraísos fiscales permite a la sociedad madre canalizar las ganancias globales del grupo hacia territorios donde, a priori, tendrá una tributación muy inferior a aquella que resultaría de la sumisión de los dividendos realizados por cada una de las sociedades por ella dominadas a los respectivos regímenes fiscales nacionales¹⁵⁸.

3) El grupo es, también una técnica con valor jurídico-competencial y jurídico-laboral.

De hecho, se trata de una técnica para la cual las sociedades recurren crecientemente, no solamente con la esperanza de tornar opacas ciertas relaciones, acuerdos tácitos o prácticas de no competencia¹⁵⁹, sino también para intentar eludir la aplicación de normas jurídico-laborales¹⁶⁰.

(art. 7º), sin los cuales tales sociedades tendrían viabilidad dudosa o poco interés práctico. Sobre el régimen fiscal de este tipo de sociedades, véase: GUIMARÃES, Vasco: *Sobre a Tributação das Holding*, en: 19 *O Fisco* (1990), Lisboa, p. 12 y ss.; OLIVEIRA, Jorge: *O Regime Fiscal das Sociedades Holding*, en: *O Fisco* (1989), nº 6, Lisboa, 1989, p. 13 y ss.; BARALO, Jean: *Le Holding: Régime Juridique et Fiscal*. Dalloz, Paris, 1981, p. 15 y ss. ; LIBONATI, Berardino: *Holding e Investment Trusts*. Giuffrè, Milano, 1977, p 11 y ss.

¹⁵⁷ GORÉ, François y JADAUD, Bernard: *Droit Fiscal des Affaires*. Dalloz, Paris, 1984, p. 69 y ss.

¹⁵⁸ Piénsese, por ejemplo, en el enorme número de *holdings* que tienen su sede en países como Luxemburgo o Suiza, los cuales camuflan sociedades madres de muchos grupos multinacionales.

¹⁵⁹ Para un primer análisis de la evolución sufrida por la jurisprudencia comunitaria en materia de aplicación de las normas de competencia al fenómeno de los grupos, véase: MACH, Oliver:

4) Finalmente, en el caso de Europa - los grupos son considerados como agentes privilegiados de la integración europea, y de la creación de un espacio común, dada su extraordinaria facilidad de adaptación a los imperativos resultantes del comercio mundial y su vocación internacional¹⁶¹.

4. Tipología de los grupos

Es extremadamente difícil proceder a una ubicación de la tipología de los grupos de sociedades. Esto ocurre porque, generalmente, los legisladores no definen sus formas jurídico-positivas, ni sus elementos esenciales, caracterizadores de la *facti-specie* normativa de tal figura jurídica¹⁶². Además, en materia de constitución de grupos, y no siendo los mismos, generalmente, objeto de cualquier disciplina jurídica imperativa, todas las formas son, a priori, posibles. Aquí, la imaginación del empresario y la situación económica aparecen como los elementos que conducen a la creación de los distintos tipos de grupos, no las categorías legales. Por eso, se afirma

L'Entreprise et les Groupes de Sociétés en Droit Européen de la Concurrente. George, Genève, 1974, p. 23; CORDEIRO, António Robalo: *As Coligações de Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência*, en: *XXIX RDES* (1987), Lisboa, 1987, p. 81 y ss.

¹⁶⁰ Sería el caso de una misma actividad económica, ejercida bajo una única autoridad, venir a ser repartida artificialmente entre dos o más sociedades, con la intención de la división de los trabajadores por ambas. La idea ahí sería la de que la división permita que no se alcance el número mínimo de trabajadores por cada sociedad, ya que la ley impondría la constitución de determinados órganos representativos de la categoría laboral (v.g., el *comité d'entreprise* francés).

Sería, aún, el caso de los trabajadores que estarán siempre empleados por la sociedad que tenga un convenio colectivo laboral menos beneficioso para los mismos. Cuanto a la relación de los grupos de sociedades y el derecho laboral haremos un desarrollo de la materia en apartado propio, abajo. De todas las formas, véase: GUYON, Yves: *Droit des Affaires. Economique*, Paris, 1988, p. 592; DAVIES, P.: *Labour Law and Multinational Groups of Companies*, en: *Groups of Companies in European Law*. Walter de Gruyter, New York, 1982, p. 208 y ss.; GALGANO, Francesco: *Collegamento di Società e Rapporti di Lavoro*. Giuffrè, Milano, 1988, p. 33 y ss.

¹⁶¹ GUYON, Yves: *Examen Critique des Projets Européens en Matière de Groupes de Sociétés*, en: *Groups of Companies in European Law*. Walter de Gruyter, New York, 1982, p. 155 y ss.

¹⁶² Del resto, en el contexto de la única legislación donde el concepto de grupo fue objeto de una definición legal (es el caso del derecho alemán - § 18 AktG), la doctrina reconoce la extrema complejidad de la *facti-species* legal, apoyada que está en una cascada de presunciones legales y en conceptos vagos, procedentes del mundo económico-empresarial (máxime la dirección económica unitaria), susceptible de comprometer la propia posibilidad de una definición jurídica uniforme para la figura.

Sintomático de las dificultades levantadas es el fracaso de una versión inicial del Proyecto de 9ª Directiva Comunitaria sobre los Grupos de Sociedades (versión de 1974/1975), que hacía asentar la disciplina jurídica de los grupos en una definición general de los mismos. En la nueva y más reciente versión, 1984, idéntica noción ya no aparece.

que actualmente existen tantos tipos de grupos de sociedades como los propios grupos¹⁶³, siendo los mismos existencia antes que esencia¹⁶⁴.

A título meramente ejemplificativo conviene aportar una presentación de la tipología, aunque sea para facilitar una mayor comprensión de la temática planteada. Subrayamos, eso sí, su carácter selectivo, dada la multiplicidad de hecho de los grupos societarios. Pasemos, pues, a tal clasificación.

4.1. Grupos de derecho y grupos de hecho

La primera clasificación que se presenta es la de la división de los grupos de sociedades en grupos de hecho y grupos de derecho.

El criterio subyacente es el de la existencia, o no existencia, de un instrumento jurídico de constitución del grupo, así como de un régimen jurídico específico aplicable a éste. Por ello, a continuación pasaremos a explicar tales extremos.

1) Grupos de derecho serán, así, aquellos cuya creación resulta de la utilización de uno de los instrumentos jurídicos que la ley previó taxativamente para tal efecto¹⁶⁵, y cuya organización y funcionamiento se asoció a un régimen jurídico excepcional, derogador de los cánones del Derecho de las sociedades mercantiles^{166/167}.

2) Inversamente, los grupos de hecho son definidos negativamente, entendidos como todos aquéllos en que el poder de dirección común es detentado por la sociedad madre, basándose en un instrumento

¹⁶³ CHAMPAUD, Claude. *Op. Cit.*, p. 210.

¹⁶⁴ GUYON, Y. *Op. Cit.*, p. 556.

¹⁶⁵ En el Derecho Portugués son tres estos instrumentos: el dominio total (arts. 488 y 489); el contrato de grupo paritario (art. 492) y; el contrato de subordinación (art. 493), todos del Código de Sociedades Comerciales Portugués, Decreto-Ley nº 262/86, de 02 de septiembre.

¹⁶⁶ Régimen ese traducido, por un lado, en la legitimación del poder de dirección que tiene la sociedad madre sobre las sociedades filiales, así como por la subordinación de los intereses sociales individuales (de las sociedades del grupo) a los intereses generales del propio grupo.

Por otro lado, en el establecimiento de contrapartidas especiales de protección para las sociedades componentes del grupo, sus socios minoritarios, y sus acreedores sociales.

¹⁶⁷ El Derecho Brasileño reglamenta los Grupos de Sociedades en la Ley de Sociedades Anónimas, Ley nº 6404, de 15 de diciembre de 1976, del art. 265 hacia el art. 277. Además, reglamenta la coligación, las sociedades controladoras y las sociedades controladas, del art. 243 hacia el art. 264.

jurídico no especial¹⁶⁸, y al cual la ley no ha hecho asociarse un ordenamiento jurídico especial.

Por lo tanto, en los grupos de hecho, el poder de dirección común surgirá de un poder de hecho, sujeto a los cánones generales del Derecho de las sociedades¹⁶⁹.

La distinción enunciada tiene sentido en el contexto de aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales el legislador colocó, a disposición de las partes, ciertos mecanismos jurídico-institucionales destinados a la constitución y regulación de los grupos societarios, a los cuales asoció un régimen jurídico propio, distinto del régimen societario general¹⁷⁰.

Entre los instrumentos jurídicos ahí existentes, es importante subrayar el contrato de subordinación¹⁷¹, al cual muchos le atribuyen la naturaleza jurídica de contrato de organización¹⁷².

Solamente los grupos constituidos con bases en uno de esos instrumentos específicos estarían caracterizados como grupo de derecho en sentido estricto. Todas las demás situaciones de agrupación societaria, que tengan en su origen otra fuente (máxime las participaciones mayoritarias), no determinan la aplicación del régimen especial de grupos, recayendo, por eso mismo, en la disciplina de los principios jurídico-societarios generales.

¹⁶⁸ Máxime, las participaciones mayoritarias; acuerdos extra-sociales; contratos *interempresariales*; uniones personales; relaciones económicas de dependencia.

¹⁶⁹ Esta distinción corresponde a la tipología adoptada por el derecho alemán. La ley alemana promociona la distinción entre los grupos contractuales (*vertragskonzerne*), y los grupos de hecho (*faktische konzerne*), así como la existencia o no de un instrumento jurídico-positivo de constitución del grupo y de su dirección unitaria (el llamado *beherrschungsvertrag*, del § 291 del AktG). En ese sentido, véase: BÄLZ, U. *Op. Cit.*, p. 8 y ss. Teniendo como base la misma clasificación, para el Derecho Brasileño, véase: COMPARATO, Fabio Konder: Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions, en: *RS* (1978), p. 845 y ss.

¹⁷⁰ Será este el caso de la ley alemana, la ley brasileña y la ley portuguesa.

¹⁷¹ Equivalente al *beherrschungsvertrag* de la ley alemana; la *convenção de grupo* de la ley brasileña y; el *contrato de subordinação* de la ley portuguesa.

Además del contrato de subordinación, tales sistemas jurídicos hacen previsión de dos otros instrumentos jurídicos:

- 1) el *dominio total*, previsto en los arts. 488 y ss. del CSC; §§ 319-327 AktG (*Eingliederung*); arts. 251 y ss. de la Ley Brasileña de Sociedades Anónimas (*Subsidiária Integral*);
- 2) el *contrato de grupo paritario*, previsto en el art. 492 del CSC; § 18, II AktG (*Gleichordnungskonzern*); y dos arts. 56 y 57 del Proyecto de 9ª Directiva Comunitaria.

¹⁷² VENTURA, Raúl: Grupos de Sociedades – Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE, en: 41 *ROA* (1981), Lisboa, 1981, p. 57 y ss. ; ANTUNES, J.: *Op. Cit.*, p. 341 y ss.

Concluyendo, si el poder de dirección de la sociedad madre, no teniendo su fuente en un modelo jurídico-organizativo expresamente constituido por la ley para la respectiva legitimación, se caracteriza como un puro poder de hecho y no legal, así también del grupo societario se dirá grupo de hecho y no de derecho cuando no tenga un modelo jurídico-regulativo propio, disciplinándose por el Derecho societario general.

4.2. Grupos de base societaria, de base contractual y de base personal

Una segunda clasificación divide a los grupos de acuerdo con la naturaleza del instrumento jurídico utilizado en la constitución y organización del grupo societario.

En realidad, los lazos que pueden cimentar la unidad económica del grupo, asegurando el ejercicio de una dirección económica unitaria, pueden ser del más variado orden, desde lazos financieros hasta lazos contractuales y personales, diferenciándose los mismos en grupos de base societaria, contractual y personal¹⁷³.

4.2.1. Grupos de base societaria

Grupos de base societaria son aquellos cuya estructura reposa en una técnica propia del Derecho de sociedades, máxime la técnica de participación en el capital social. Tales participaciones intersocietarias pueden asumir diferentes formas, de las cuales referiremos algunas de las más importantes.

1) Así, los grupos de participación radial serían aquellos en los cuales la sociedad madre participa del capital de cada una de las sociedades filiales, no estando las mismas unidas directamente, pero si en forma indirecta (por medio de conexiones establecidas entre cada una de ellas y la sociedad madre).

¹⁷³ Para la distinción de los tres tipos enunciados, véase: CHAMPAUD, Claude: *Les Méthodes de Groupement des Sociétés*, en: 19 *RTDC* (1967), p. 1003 y ss.; GORÉ, François: *Droit des Affaires*. Tome II, éditions Montchrestien, Paris, 1977, p. 475 y ss.; PAILLUSSEAU, Jean : *Les Groupes de Société. Analyse du Droit Positif Français et Perspectives de Réforme*. Martinus Nijhoff, Haye, 1972, p. 813 y ss.; RODIÈRE, René: *Groupement et Société en Droit Français*, en: *Evolution et Perspectives du Droit des Sociétés*, II. Giuffrè, Milano, 1968, p. 394 y ss.

Se trata de la más simple estructura de coligación, presentándose, generalmente, en la fase de formación de los grupos. Exige un esfuerzo financiero razonable, lo cual tiende a desvirtuar la actividad de la sociedad madre, ya que acabaría ésta por convertirse en una sociedad holding.

2) Los grupos de participación piramidal son aquellos en los cuales la sociedad madre participa en dos o más sociedades, las cuales, a su vez, participan del capital de otras sociedades de las mismas dependientes, y así sucesivamente.

Se trata de una estructura de participaciones que gráficamente se asemejan a una pirámide, cuyo vértice es ocupado por la sociedad madre. Presentan ventajas, v.g., permitir, por medio de una inversión reducida, el control de una masa apreciable de capitales y de una enorme masa patrimonial (con una dirección económica unitaria).

3) Finalmente, los grupos de participación circular¹⁷⁴. Son aquellos en los cuales la sociedad madre participa del capital de una filial, la cual, a su vez, detenta una participación en una tercera sociedad y esta, finalmente, participa en el capital de la primera, esto es, la sociedad madre.

Se trata de estructuras que poseen las mismas ventajas pero que, ocasionalmente, tienen los mismos riesgos de las participaciones recíprocas. Esto ocurre porque si las participaciones son establecidas de forma perfectamente circular, el activo de las distintas sociedades es puramente ficticio, existiendo solamente en el papel.

Finalmente, las distintas formas de participación casi nunca se presentan en su forma pura, y sí, sin embargo, aparecen en variables e impenetrables combinaciones. Así, por ejemplo, muchas de las veces una sociedad madre domina a otra sociedad madre, por medio del control de una tercera sociedad, que participa como filial en el grupo de la primera¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Para los grupos de participación recíproca, y un entendimiento del derecho europeo sobre la materia, véase: FLORES DOÑA, María de la Sierra: *Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, p. 119 y ss. Profundizamos el estudio de la materia en el apartado 2.3.1.1., Primera parte, Capítulo III, más adelante.

¹⁷⁵ Sería esta la forma de organización del grupo *Siemens*.

4.2.2. Grupos de base contractual

Grupos de base contractual son aquellos cuya estructura y unidad de dirección económica están asentados en lazos de naturaleza jurídico-negociables.

Se trata de grupo de carácter multiforme, dada la elasticidad propia de los instrumentos contractuales, así como la diversidad de su eficacia jurídico-organizativa¹⁷⁶.

En la práctica societaria contemporánea, podríamos distinguir dos grandes grupos de instrumentos contractuales que permitirían la constitución de los grupos de sociedades de base contractual.

a) Por un lado, los llamados contratos de empresa, figuras contractuales específicas que buscan instituir una relación de integración económica, financiera o directiva intensa, entre dos empresas societarias. Entre estas figuras podríamos destacar el contrato de subordinación, el contrato de atribución de beneficios, el contrato de cesión de explotación de empresa, el contrato de transferencia de empresa, el contrato de transferencia parcial de beneficios, el contrato de comunión de beneficios, etc.

La validez de tal categoría fue muy discutida, ya que poseen como característica fundamental el hecho de que una de las sociedades involucradas deja de explotar la respectiva empresa de forma independiente, en los términos de la orientación de su propia administración, y con vistas a la realización de la distribución de sus posibles beneficios entre los socios. Solamente en forma gradual han venido siendo aceptables por la jurisprudencia¹⁷⁷ y, consagrados, por la propia ley¹⁷⁸.

b) Una segunda categoría de contratos que permitirían la constitución de los grupos de sociedades de base contractual serían aquellos

¹⁷⁶ Respecto a los varios tipos de grupos de base contractual y de las diferentes técnicas contractuales utilizadas, véase: ENGLISH, Philippe: *Les Groupes d'Enterprises à Structure Contractuelle*. Angers, 1980, p. 7; RODIÈRE, R.: *Op. Cit.*, p. 75 y ss.

¹⁷⁷ Acuérdesse de la jurisprudencia a propósito de la admisibilidad de los contratos de *cesión de explotación de empresa (location-gérance)*. Véase: SAPPER, Jean: *Les Contrats d’Affiliation en Droit Français et Allemande*, en: *RTDC* (1963), p. 37 y ss..

¹⁷⁸ §§ 291 y ss. AktG. También el derecho comunitario, en el primitivo Proyecto de 9ª Directiva sobre Grupos de Sociedades (1974/75), llegó a prever expresamente tales contratos (arts. 58 y ss.), todavía, abandonada su idea en la versión posterior del proyecto.

formados por acuerdos o convenciones negociables susceptibles de crear relaciones de dependencia económica y de hecho entre las sociedades. Además, serían definidos negativamente, ya que siempre se hará un análisis comparativo con la primera categoría (contratos de empresa).

En esta segunda categoría estarían los contratos de Derecho común, civil o mercantil. Pueden ser concluidos entre sociedades o personas individuales, pero deben funcionar como un medio de dominio económico entre las sociedades. Estarán aquí clasificados, v.g., los contratos de suministro, contrato de préstamo, contrato de agencia, contratos de licencia, contratos de exclusividad, etc.

Entendemos que este punto es de fundamental importancia para nuestra tesis, ya que es el grupo de sociedades de base contractual una figura muy utilizada en la praxis transaccional y, todavía, aún poco estudiada. Conviene pues, realizar una profundización en esa categoría.

4.2.2.1. Contratos de empresa

En función de lo citado anteriormente, los contratos de empresa son aquellos que pretenden instituir o conformar una relación de integración económica, financiera y empresarial, entre dos o más empresas societarias.

4.2.2.1.a) Grupo de sociedades de base contractual (contrato de subordinación)

El primer tipo contractual sería el contrato de subordinación.

1) Además de otros efectos, el contrato de subordinación fundamenta la existencia de una influencia dominante de la sociedad directora sobre la sociedad dirigida o subordinada. No se trata de un mero contrato sinalagmático entre dos sociedades, pero sí de un verdadero contrato de organización, que institucionaliza y legitima el poder de dirección de una sociedad sobre la otra¹⁷⁹. Funciona como una especie de nueva carta organizacional o estatuto social para la sociedad subordinada¹⁸⁰.

¹⁷⁹ GRAZIANI, A.: *Diritto delle Società*. Morano, Napoli, 1962, p. 28 y ss.; CORREIA, António Ferrer: *Lições de Direito Comercial, II*. Coimbra editora, Coimbra, 1968-1975, p. 51 y ss.; OLAVO, Fernando: *Lições de Direito Comercial, II*, Coimbra editora, Coimbra, 1963, p. 41 y ss.

¹⁸⁰ El contrato de subordinación constituye el instrumento jurídico más importante de organización de un grupo de sociedades de base contractual.

Es distinto de los contratos de Derecho común por dos aspectos.

a) Por un lado, las partes no disponen de una significativa libertad de modelación del contenido contractual, teniendo apenas la facultad de fijar aspectos sobre los cuales no exista regulación imperativa.

b) Por otro lado, al contrario de los contratos conmutativos (que van dirigidos a una finalidad de cambio de prestaciones entre contrayentes), las partes en un contrato de organización pretenden dar vida a una entidad nueva, con vista a la consecución de un fin común. El objeto del contrato será, así, la disciplina de la estructura, funcionamiento y relaciones externas e internas de las sociedades participantes.

Las sociedades que celebran un contrato de subordinación, en los moldes presentados, no disponen de libertad de conformación de su respectivo contenido, que es el elemento propio de los contratos obligacionales.

Por el contrario, estamos en un dominio donde reina una lógica de tipicidad semejante a la que encontramos en el contexto de los derechos reales, o del propio Derecho de sociedades, o sea, donde el contenido del contrato está imperativamente establecido por la norma legal, no teniendo las partes la facultad de pactar libremente estipulaciones de carácter diverso del legal¹⁸¹.

Además, en el contrato de subordinación, más aún que la creación de una reciprocidad de derechos y deberes entre las partes¹⁸², su

Tal instrumento consiste en un negocio jurídico mediante el cual una sociedad (dicha subordinada o dirigida) subordina la respectiva gestión social a la dirección de otra (subordinante o directora). La última pasa a disponer de un derecho de emitir instrucciones directas y vinculantes a los órganos de administración de la subordinada. A su vez, queda la directora gravada con obligaciones y responsabilidades delante de la sociedad dirigida, así como con los socios minoritarios y acreedores sociales.

Semejante contrato encuentra paralelo, en el plano del derecho comparado, en el *contrato de dominio (beherrschungvertrag)*, previsto en la AktG alemana de 1965 (§§ 291-310 AktG 1965), en la *convención de grupo (convenção de grupo)* Ley brasileña de sociedades anónimas (arts. 265 - 277, Ley 6604, del 15 de diciembre de 1976) y, *contrato de filiación (contrat d'affiliation)*, acogido por el Proyecto de 9ª Directiva Comunitaria de 1984 (arts. 13 - 22), así como por la propuesta Cousté francesa, de 1978 (arts. 7º - 33).

¹⁸¹ ASCENSÃO, José Oliveira: *A Tipicidade dos Direitos Reais*. AAFDL, Lisboa, 1968, p 153 y ss.

¹⁸² La sociedad directora es titular de un derecho para emitir instrucciones vinculantes a la sociedad subordinada, reconociéndole, en caso de incumplimiento de la respectiva instrucción por parte de la dirigida, una indemnización (en los términos civiles generales o en el seno de una cláusula penal prevista en el contrato). Del mismo modo, y en contrapartida, la sociedad subordinada es titular de un derecho a la cobertura de las pérdidas anuales registradas, bien

celebración constituye un acto configurador de una nueva entidad, la empresa plurisocietaria o de grupo, caracterizándose, así, como una especie de carta organizacional para ese nuevo ente, para su gobierno interno y sus relaciones externas¹⁸³.

2) En cuanto a los contratos de subordinación, aplicados en el sentido de constitución de un grupo de sociedades de base contractual, algo debe añadirse en cuanto al poder de dirección que tiene la sociedad líder del grupo.

Ésta posee el poder de emitir instrucciones vinculantes sobre toda materia de gestión de la sociedad subordinada. Tal hecho podría llevarnos a pensar que el contrato de subordinación tendría como efecto operar la transferencia de las atribuciones del Consejo de Administración, Dirección o Gerencia, de la sociedad subordinada al líder del grupo. O sea, el órgano de administración de la sociedad directora pasaría a constituirse como un nuevo órgano directivo de la estructura de la sociedad subordinada.

Sin embargo no es eso lo que pasa. Todo lo que el contrato de subordinación viene a legitimar es, en el plano del Derecho, la posibilidad de que una sociedad conduzca, desde afuera, el sentido de actuación de los órganos de administración de la sociedad subordinada. Estos últimos órganos permanecen como titulares originarios de los poderes de administración, con la particularidad de que estarán vinculados a la voluntad e interés de una entidad ajena¹⁸⁴.

3) Finalmente, nos resta analizar la cuestión de la responsabilidad de las partes en un contrato de subordinación.

como los respectivos socios minoritarios tiene garantizados la adquisición de sus partes sociales.

¹⁸³ ANTUNES, José Engrácia. *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários*. UCP, Braga, 1996, p. 29 y ss.

¹⁸⁴ Aquí, finalmente, una última especificidad de los grupos de sociedades, como forma alternativa de organización de la empresa moderna (empresa plurisocietaria), y de la dirección económica unitaria como trazo distintivo de esa estructura. Tal dirección operase a través de una red jerárquica de comando intersocietário, que sólo es posible con el mantenimiento de la estructura organizativa formal de las sociedades agrupadas. Para una profundización de las limitaciones del poder de dirección, véase: TEUBNER, Gunther: *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*, en: *Regulating Corporate Groups in Europe*. Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 75 y ss; VENTURA, Raúl: *Op. Cit.*, p. 55 y ss.

Así, la celebración de tal contrato no deja indiferente la situación jurídica de los acreedores de la sociedad subordinada. En realidad, se debe subrayar que, en el contexto de la sociedad de capitales independiente, el beneficio de la responsabilidad limitada de los respectivos socios genera, inevitablemente, una transferencia parcial de los riesgos de la explotación empresarial para los terceros, acreedores sociales. Justamente por eso que éstos no poseen otra garantía de los respectivos créditos distinta a la resultante del patrimonio de la propia sociedad. Así, con vistas a lograr una mayor seguridad jurídica se constituyó la intangibilidad del capital social, así como un derecho exclusivo sobre el patrimonio social.

Esta situación cambia radicalmente cuando una sociedad pierde su independencia, pasando a constituirse en un simple componente más de una organización económica plurisocietaria; el grupo de sociedades.

Por un lado, la constitución del grupo genera una disminución del valor de garantía concreto ofrecido por el capital social a los acreedores sociales¹⁸⁵. Por otro lado, la permeabilidad existente entre los patrimonios de las sociedades agrupadas – característica corriente de la vida interna del grupo y, expresión, en el plano patrimonial, de la unidad de dirección económica – podría afectar la garantía de los acreedores sociales¹⁸⁶.

Por esas razones, es necesario ofrecer a los acreedores de una sociedad subordinada una protección suplementaria, con derogación del principio jurídico-societario clásico de responsabilidad limitada de los socios y accionistas. Se hace así necesaria la consagración, a favor de estos acreedores, de una garantía adicional de sus respectivos créditos, consistente en la responsabilidad personal, ilimitada y accesorio de la sociedad directora, por todas las deudas de la sociedad subordinada que hayan sido constituidas

¹⁸⁵ La ley alemana hace previsión de la obligatoriedad de constitución de una reserva especial a favor de los acreedores sociales (§ 300, AktG).

¹⁸⁶ Véase, por ejemplo, el caso de la legislación portuguesa que permite a la sociedad directora afectar el patrimonio de la sociedad subordinada para la realización de los intereses del grupo, generalmente extraños a los intereses de la sociedad dirigida (Art. 503, nº 2 del CSC). En el mismo sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de la 9ª Directiva Comunitaria en Materia de Grupos, PDC 1984, Doc. III/1639-84/CEE, p. 44 y ss.

antes de la celebración, durante la vigencia y, hasta al término del contrato de subordinación¹⁸⁷.

La responsabilidad de la sociedad directora es ilimitada en un triple sentido:

a) Por un lado, abarca la totalidad de las deudas y obligaciones de la sociedad subordinada, independiente de su naturaleza jurídica o su origen en concreto. Están aquí comprendidos todos los tipos de derechos de crédito, emergentes del contrato, de hecho lícito o ilícito, propio o ajeno, culposo o no, sobre los cuales recaiga una responsabilidad directa de la sociedad subordinada¹⁸⁸.

b) En segundo lugar, una pregunta se deriva directamente. ¿Si debe considerar completamente irrelevante la conexión existente entre la deuda concreta de la subordinada y el ejercicio del poder de dirección por parte de la sociedad líder del grupo? Si se entiende que la sociedad directora responde solamente por las obligaciones emergentes de su poder de dirección, o sea, que resultan de los actos de gestión que practicó sobre la sociedad controlada, directa o indirectamente, la respuesta a la pregunta realizada será negativa.

No obstante, ya es más dudoso que la sociedad directora deba responder por las deudas de la sociedad dirigida que nacen independientemente de su poder de dirección, deudas que pueden surgir de iniciativas autónomas de la administración o gerencia de la subordinada, o, incluso, de circunstancias ajenas a voluntad de las sociedades (v.g., catástrofe natural, insolvencia de los deudores de la subordinada, convulsiones políticas o sociales, etc.)¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Véase, como ejemplo del instituto de la responsabilidad ilimitada en estos términos, el art. 501 del CSC de Portugal.

¹⁸⁸ VARELA, João de M. Antunes: *Das Obrigações em Geral*, vol. I. Almedina, Coimbra, 1990, p. 727.

¹⁸⁹ En ese sentido: ANTUNES, José Engrácia. *Op. Cit.*, p. 401 y ss. Además, tal posición ha recibido, no hace mucho tiempo, un eco jurisprudencial: Superior Tribunal de Justicia norteamericano (entre varios, véase los casos *Amoco Cadiz* y *Mobil Oil Corp. Vs. Commissioner of Taxes*, en: *Oil Spill*, MDL Docket nº 376/ N. D. Illinois [1984]; 445 U.S. 425 [1980]). Además, jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia Europeo, en los siguientes casos: *Piroxygen Products*, IV/30907, O.J. 1985, nº L 35/1; *John Deree*, IV/30809, O.J. 1985, nº 35/58.

El asunto AMOCO CADIZ: A) Los hechos

c) Finalmente, la consecuencia fundamental de la solidaridad pasiva consiste en que el acreedor goza de la libertad de escoger, o sea, puede exigir, alternativa o acumulativamente, el pago de toda o parte de la deuda a cualquier de los codeudores. Esto significa que el acreedor de una sociedad subordinada puede reclamar la satisfacción, integral o parcial, de su crédito, exclusivamente a la sociedad dirigida, exclusivamente a la sociedad directora o, de ambas sociedades, conjuntamente.

4.2.2.1.b) Otros contratos de empresa

Después de analizado el contrato de subordinación como instrumento generador de un grupo de sociedades de base contractual, se hace necesario un estudio breve de algunos otros instrumentos que permitirían, también, la aludida formulación.

1) Entre tales figuras estaría la convención de atribución de beneficios (transfer profits contrat), que consiste en un acuerdo accesorio por ..

En 16 de marzo de 1978 Amoco Cadiz, petrolero de pabellón liberiano, con una carga de petróleo crudo iraní, mientras navegaba por las proximidades de las costas de Bretaña, a diez millas del puerto de Portsall, fue sorprendido por una severa tempestad. Se produjo la ruptura del sistema hidráulico de dirección del buque y derramó 230.000 toneladas de petróleo crudo en el mar, produciendo la contaminación de las aguas territoriales francesas. La mayoría del petróleo se depositó en el fondo marino o en las costas territoriales, produciendo la contaminación de más de 375 Km. de litoral. Ocasionó una destrucción de un 30% de la fauna local y un 5% de la flora.

Las víctimas de la contaminación: Francia, los Departamentos de Finisterre y Cote du Nord, numerosos municipios y distintas asociaciones, empresas y ciudadanos locales.

Presentaron reclamaciones ante los tribunales de Chicago, ya que la sociedad propietaria del buque pertenecía al grupo Standard Oil Co., con sede principal en Chicago.

B)La solución del caso

Fueron declaradas responsables las siguientes sociedades, por tanto en la esfera civil de responsabilidad por los daños:

AIOC – por su negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento y reparación del buque, en relación con el adiestramiento de la tripulación y por falta de un sistema complementario de dirección del petrolero;

TRANSPORT – por su negligencia en relación con el adiestramiento de la tripulación del petrolero;

STANDARD – por negligencia en relación al proyecto, funcionamiento y reparación del petrolero y, además, por su negligencia con relación al adiestramiento de la tripulación;

ASTILEROS ESPAÑOLES – por defectos originarios en el proyecto y construcción del buque.

El Tribunal de Chicago consideró al daño ecológico como no susceptible de indemnización, puesto que nadie estaría legitimado para obtener al resarcimiento del perjuicio de una *res nullius*.

Finalmente, en 24 de enero de 1992 la United States Court of Appeals for the Sevent Circuit dictó sentencia y confirma la teoría del levantamiento del velo social, confirmando la responsabilidad de Transport, AIOC y Standard por el caso Amoco Cádiz. Para una profundización de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, véase: PALAO MORENO, Guillermo: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, Pág.17 y ss.

medio del cual una sociedad (subordinada) transfiere todos sus beneficios a otra sociedad (directora o cualquiera otra del grupo).

El sentido de esta convención parece residir en la intención de las partes agrupadas de realizar una integración económico-financiera más intensa, permitiendo una ampliación contractual del poder unitario de dirección.

Aspecto fundamental de esta convención es, desde luego, su naturaleza accesoria a un contrato de subordinación. Así, en ausencia de un contrato de subordinación, la celebración de semejante convención siempre acabaría por enfrentarse con las normas jurídico-societarias imperativas, determinando la inevitable nulidad de la convención de atribución de beneficios¹⁹⁰.

Un punto importante es el tema de la posible pérdida de caracterización de la sociedad subordinada. Así, la transferencia total de los beneficios anuales de la sociedad dirigida es susceptible de acarrear a ésta una situación de completa desprotección, dejando de constituirse como una sociedad, y transformándose en un mero departamento o división de la sociedad directora.

Para asegurar la protección de la sociedad subordinada, así como la de sus acreedores sociales, se determina una responsabilidad para la sociedad directora por todas las pérdidas anuales de la dirigida. Una sociedad dirigida, parte de un contrato de atribución de beneficios, mientras perdure tal convención, jamás tendrá posibilidad de gozar de los lucros de su actividad. Todavía, mientras perdure el contrato, nunca responderá por las pérdidas resultantes de su actividad¹⁹¹.

2) Otra figura presente en esta categoría sería la del contrato de cesión de explotación (shop leasing contract, location-gérance), por el cual una sociedad cede la explotación de su empresa a otra sociedad, contra el pago de un precio determinado¹⁹².

¹⁹⁰ TRIGO, Maria Graça: Grupos de Sociedades, en: *O Direito*, Lisboa, 1991, p. 88.

¹⁹¹ ANTUNES, José Engrácia. *Op. Cit.*, p. 356 y ss.; LUTTER, Marcus: Le Droit des Konzerne en RFA S'Est-Il Imposé dans les Faits?, en: *2 DPCI* (1976), p. 315.

¹⁹² Respecto a este tipo contractual, véase: RAYNAUD, Pierre: *Le Contrat de Location d'un Fonds de Commerce*, en: *Revue Critique* (1986), p. 546-567; CARVALHO, Orlando: *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, vol I. Editora da Universidade de Coimbra, Coimbra,

3) Parte de esa categoría es el contrato de gestión de empresa (management contract, contrat de gestion) por medio del cual una sociedad gestiona los negocios de otra sociedad en nombre y por cuenta de esta, a cambio de recibir una determinada comisión¹⁹³.

4) El contrato de transferencia parcial de beneficios (partial transfer profits contract, contrat de transférence partielle de bénéfices), por medio del cual una sociedad cede a la otra contratante cierta parcela de sus beneficios anuales.

5) El contrato de comunión de beneficios (profit pool, communauté de bénéfices), por medio del cual dos sociedades se comprometen a poner en común, total o parcialmente, los respectivos beneficios del ejercicio de una o muchas sucursales.

Los contratos de empresas son producto del mundo de los negocios, así como de la práctica societaria. Solamente, gradualmente, fueron siendo aceptados por la jurisprudencia¹⁹⁴, e igualmente consagrados por la propia ley¹⁹⁵.

Después de enunciar algunos de los contratos de empresa¹⁹⁶, podríamos destacar dos características esenciales de los mismos.

a) Característica fundamental de todas estas figuras contractuales es la ruptura de la explotación independiente de la empresa por una de las sociedades contratantes, en los términos de las directrices de su propia administración.

b) Otro elemento determinante será la distribución de las respectivas ganancias a favor de otra persona colectiva, pasando la

1967, p. 212 y ss.; GOMES, M. Januário: *Arrendamentos Comerciais*. 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1991, p. 61 y ss.

¹⁹³ Una concretización legal de esa figura contractual, en el contexto de los procedimientos de recuperación de las sociedades en quiebra, es el art. 104, nº 4 del DL 132/93, del 23 de abril de 1993, Portugal.

¹⁹⁴ Jurisprudencia al propósito de la admisibilidad o no de los contratos de cesión de explotación del establecimiento comercial (*location-gérance*), véase: SAPPER, Jean. *Op. Cit.*, p. 37 y ss.; RODIÈRE, R.: *Le Droit des Sociétés dans ses Rapports avec la Concentration*, *Op. Cit.*, p. 78.

¹⁹⁵ Es el caso del derecho alemán (citado), además del derecho comunitario, en la versión primitiva del PDC sobre los grupos de sociedades (1974), art. 58 y ss. Tal regulación fue abandonada en las versiones posteriores.

¹⁹⁶ Además del contrato de subordinación, el cual analizamos en apartado propio.

explotación de la empresa cedente a ser hecha en nombre y por cuenta de otra persona.

En el Derecho comparado estas dos características presentan una controvertida validez.

Hay legislaciones, como acontece con la alemana, donde el problema está resuelto, ya que los contratos de empresa fueron objeto de consagración legal expresa¹⁹⁷.

Sin embargo, en el contexto de legislaciones donde estos tipos contractuales no fueron objeto de cualquier regulación legal, no puede dejar de plantearse el problema de su licitud y validez. Tales convenciones generan consecuencias en el plano de la autonomía patrimonial y organizativa de los entes sociales, susceptibles de introducir importantes distorsiones en algunos principios básicos del Derecho común de las sociedades mercantiles¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Véase: § 292 AktG (procede la enumeración de los contratos de empresa); §§ 293 a 299 (consagran disposiciones relativas a la conclusión, modificación y término de esos tipos contractuales).

¹⁹⁸ En Bélgica, por la ausencia de reglas legales expresas, relativas al agrupamiento de sociedades por medio de los contratos de empresa, la doctrina (OMMESLAGHE, Pierre Van: *Les Groupes de Sociétés et l'Experience du Droit Belge. Op. Cit.*, p. 62; VAN RYN, Jean: *Les Méthodes de Groupement des Sociétés en Droit Belge*, en: *CUCD, Rapport au VIIème Congrès Internationale de Droit Comparé*. Bruxelles, 1966, p. 158 y ss.; WYMEERSCH, Eddy. *Op. Cit.*, p. 14) tiene calificado de ilícitos estos contratos. Entienden que el consejo de administración de una sociedad anónima no puede alienar su poder de dirección en beneficio de terceros, ajenos a la colectividad social. Además, entienden, aún, que la vida social no puede dejar de ser conducida en función de los intereses propios de la colectividad, por cuenta exclusiva de los respectivos miembros (RENAULD, Jean: *Les Groupements de Sociétés en Droit Belge*. Association Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, Session de Pisa, 1966, p. 12 y ss.).

En Francia, en virtud de una situación legislativa semejante a la belga, la doctrina se ha pronunciado, generalmente, por la solución negativa (Di CATALDO, Vincenzo: *I Gruppi di Società nel Diritto Francese*, en: *I Gruppi di Società*. Mulino, Bologna, 1983, p. 297 y ss.; KEUTGEN, Guy: *Le Droit des Groupes de Sociétés en Droit Français*. Vander, Louvain, 1973, p. 110 y ss.; RODIÈRE, René: *Le Droit des Sociétés dans ses Rapports avec la Concentration*, *op. Cit.*, p. 78). Todavía, para ciertas convenciones contractuales específicas la jurisprudencia tiene admitido como válidos los contratos de locación empresarial (convenciones que generan una transferencia temporal de la explotación de la empresa para tercero. Véase: Decisión de la *Cour de Cassation* de 13/11/1957).

En Italia, aunque la propia ley tenga, expresamente, garantizada la posibilidad de una influencia dominante ser creada en virtud de lazos contractuales especiales (art. 2359, n° 2 del *Codice Civile*), parte de la doctrina entiende no estar regulados los contratos de empresas (*strictu sensu*) pero, tan solamente, los contratos de derecho civil y mercantil comunes, de los cuales pueda resultar una dependencia económica y de hecho entre las sociedades contratantes (v.g., contratos de suministro, de exclusividad, de agencia, etc.). Véase: ABADESSA, Pietro: *I Gruppi di Società nel Diritto Italiano*, *op. Cit.*, p. 110 y ss.; BERNINI, Giuseppe: *Les Groupes de Sociétés en Droit Italien*, en: *Évolution et Perspectives du Droit des Sociétés*, v. II. Giuffrè, Milano, 1968, p. 272; GALGANO, Francesco: *Diritto Commerciale*, v. II. Zanichelli, Bologna, 1990, p. 211. Todavía, tres tipos de convenciones contractuales son

4.2.2.2. Contratos de Derecho común

Después del análisis de los contratos de empresa, hay que valorar los contratos de Derecho común que suelen generar la constitución de un grupo de sociedades de base contractual.

Se trata de un segundo gran grupo de contratos que pretende designar todos aquellos acuerdos o convenciones negociables que, sin constituir contratos de empresa (*strictu sensu*), son susceptibles de crear relaciones de dominio y dependencia económica entre las sociedades participantes.

En este grupo, están incluidos todos aquellos contratos conocidos del Derecho común, civil o mercantil que, aunque accesibles a las empresas o a los ciudadanos, puedan funcionar, en el caso concreto, como un instrumento de dominio económico entre sociedades (v.g., contratos de suministro; contratos de préstamo; contratos de agencia; contratos de franchising; etc.)¹⁹⁹.

El elemento esencial en ellos es saber si generan dependencia económica entre las partes, además del análisis de su típico instrumento de dominio. Es lo que pasamos a analizar.

4.2.2.2.a) Relaciones de dependencia económica

En la vida actual de las empresas en un contexto de economía de mercado, es inexcusable la creciente creación de lazos de interdependencia, que van desde la simple colaboración en aspectos específicos de las respectivas actividades (v.g., comunión de redes de distribución; comunión de los esfuerzos de investigación), hasta acuerdos de integración económica más íntimos e intensos.

Instrumento privilegiado de estas operaciones de cooperación y concentración empresarial son, indeleblemente, los contratos (dada la flexibilidad y elasticidad que ofrecen y que son necesarias en este contexto). La

susceptibles de crear una relación de dominio entre las sociedades: el contrato de locación de empresa (*affitto di azienda*), por medio del cual la sociedad locador pasa a disponer de un poder de disposición sobre una empresa ajena, patrimonio de la sociedad locataria; el contrato de gerencia (*gestioni di azienda*), por medio del cual una sociedad confía su gestión a otra sociedad; y el contrato de mandato de gerencia (*esercizio di azienda*), por medio del cual una sociedad pasa a gestionar sus propios negocios por cuenta de otra.

¹⁹⁹ CANO RICO, José Ramón y SERRA MALLOL, António Jorge: *Manual Práctico de Contratación Mercantil*. 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1987, p. 22.

práctica de las empresas conoce, así, una variedad de acuerdos contractuales, susceptibles de crear para una de ellas una situación de dependencia económica de hecho, con relación a la otra parte contratante.

La naturaleza de estos contratos es, por definición, insistematizable. Aún así, algunos acuerdos, por su frecuencia, merecen una referencia a título de ejemplo. Es importante mencionar que no profundizaremos en las discusiones al respecto de dichos contratos, ya que, si lo hiciéramos, estaríamos alejándonos del objeto de nuestra tesis. De esta forma, solamente clarificamos la existencia de dichos acuerdos, tomando el cuidado de hacer referencia a obras que podrán ser consultadas por aquellos que pretendan una profundización en los mismos contratos. A partir de lo expuesto, tenemos que:

1) Los contratos de suministro (supply contract; contrat de fourniture). son aquéllos celebrados por una empresa compradora que necesita de materia prima, o de un bien que es producido o transformado por la empresa suministradora, y para el cual la suministradora no encuentra otra fuente alternativa en el mercado. Además, son frecuentes en el mercado de productos intermedios, así como relativamente a las empresas cuya actividad se desarrolla en un contexto de sectores industriales donde la integración vertical se vuelve inevitable (sería por ejemplo el caso de los contratos celebrados entre una empresa automotriz y sus suministradores).

Tales contratos pueden generar a la sociedad, suministradora monopolística, un dominio de hecho sobre la empresa de su contraparte, cuya supervivencia económica como unidad productiva depende del mismo tipo contractual (el suministro).

Inversamente, la dependencia también puede ocurrir siempre que el contrato de suministro haya sido concluido por empresas que, especializadas en la producción de un único tipo de bien, para el cual el mercado es reducido, son obligadas a vender estos bienes a una única empresa, compradora monopolística²⁰⁰.

²⁰⁰ Estas situaciones ocurren, con frecuencia, en los segmentos de mercado de apoyo a industrias poderosas. El ejemplo más corriente sería el de las industrias automovilísticas, que suelen exponer la empresa vendedora a una situación de dependencia total.

2) Otro ejemplo serían los contratos de préstamo (loan agreement; prêt).

En estos tipos contractuales, las empresas beneficiarias del préstamo quedan particularmente expuestas a las directivas emitidas por la empresa prestamista, ya sea por la imposibilidad de encontrar una alternativa de financiación junto al mercado de capitales, ya sea por la circunstancia de no poseer liquidez suficiente para realizar el pago de sus deudas. Además, la dependencia suele existir a consecuencia de las cláusulas contractuales accesorias contenidas en el acuerdo, las cuales ofrecen a la empresa prestamista un mecanismo indirecto de control sobre la empresa prestataria (máxime, derecho de veto relativamente a cualquiera decisión de inversión superior a un determinado montante).

Tales acuerdos son celebrados, frecuentemente, entre las grandes empresas suministradoras de ciertos bienes o servicios y sus empresas clientes (v.g., sociedades distribuidoras), con el objetivo de financiar la ampliación de las estructuras empresariales de estas últimas.

Así, las empresas prestamistas buscan ampliar la capacidad de absorción y distribución de su producción, por medio de las empresas prestatarias. Se asegura el prestamista, el crecimiento de sus propias ventas. Además, no es raro que estos acuerdos incluyan cláusulas de obligatoriedad de compra exclusiva de los productos del prestamista, que suelen conducir a situaciones semejantes a las que ocurren con los monopolios de búsqueda²⁰¹.

Y la lista podría continuar:

3) Contratos de agencia²⁰²;

4) Contratos de factoring²⁰³;

²⁰¹ En Alemania, la Comisión de Carteles reveló que alrededor de 850 contratos de crédito contenían cláusulas de acuerdo con las cuales la empresa mutuaría se obligaba a comprar un 80% del volumen total de sus compras de la empresa mutuante.

²⁰² Parece claro que tal contrato también podrá generar una relación de dependencia económica de hecho, cuando la empresa agente se vea forzada a cesar su actividad económica por término del contrato por voluntad exclusiva de la empresa representada. Véase: MONTEIRO, António Pinto: *O Contrato de Agência, Anotação*. 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000; BARATA, Carlos L.: *Sobre o Contrato de Agência*. Almedina, Coimbra, 1991, p. 35.

²⁰³ Así, por ejemplo, la gestión por el *factor* de los créditos de corto plazo de una empresa adherente es susceptible de generar dependencia económica en el sector financiero. Véase,

5) Contratos de cooperación momentánea entre empresas (recurrentes entre sociedades de construcción inmobiliarias y construcción civil)²⁰⁴;

6) Contratos de unión e integración económica (accords d'union et intégration économique)²⁰⁵;

7) Contratos de licencia, de transferencia de tecnología o de asistencia técnica. Los mismos son poderosos instrumentos de control en el contexto de las industrias de alta tecnología, así como un mecanismo de dominio creciente utilizado por los grupos de sociedades con implantación multinacional sobre sus filiales extranjeras, principalmente en los países en vías de desarrollo²⁰⁶. Entendemos la gran importancia de los instrumentos de transferencia de tecnología como mecanismo de concentración empresarial para los PVDs.

Finalmente, en función de lo ya enunciado, entendemos la gran importancia de las operaciones de transferencia de tecnología para la constitución de un grupo de sociedades de base contractual. Así que optamos por tratar la aludida materia en apartado propio. Además, hacemos referencia a

por ejemplo: art. 23, nº 2 del DL nº 56/86, del 18 de marzo, Portugal. El contrato de *factoring*, aunque de forma breve, será tratado en apartado propio, más adelante.

²⁰⁴ Véase: FRANCESCHINI, Pierre y PÉLISSIER, Lucien : *Droit et Pratique des Unions et Groupements d'Enterprises*. Moniteur, Paris, 1981, p. 303 y ss.; MERCADAL, Barthélémy y JANIN, Philippe : *Les Contrats de Coopération Interentreprises*. Éd. Juridiques Lefebvre, Paris, 1974, p. 28.

²⁰⁵ En estos tipos de contratos es usual distinguir dos grandes grupos. Por un lado, los contratos de *unión*, acuerdos celebrados entre empresas que refuerzan el respectivo poder económico a través de acciones concertadas, hechas con el dominio de los recursos productivos: los contratos de asociación en participación; el contrato de consorcio; los acuerdos de colaboración, visando organizar de modo permanente y estable una cooperación interempresarial, sea en el plano de las acciones externas de las empresas (v.g., publicidad, marca, distribución), sea en el plano de su propia actividad (v.g., en el dominio de la producción, a través de la explotación común de sucursales); de la actividad financiera; de los servicios comunes de contabilidad; a través de un conjunto de sociedades *engineering*, etc.

Por otro lado, los contratos de *integración*, que constituyen acuerdos por los cuales una empresa, o parte de ella, queda en relación exclusiva con otra empresa, por un periodo de tiempo determinado (v.g., los contratos de *franchising*; la subcontratación, *sous traitance* del derecho francés); etc. Para una profundización en estos tipos contractuales, véase: GORÉ, François: *Droit des Affaires, v. II. Op.cit.*, p. 103 y ss.; LYON-CAEN, Antoine: *Les Manifestations Juridiques du Contrôle Multinationale. Op. Cit.*, p. 118 y ss.; GAVALDA, Christian: *La Sous-Traitance de Marché de Travaux et Services*. Dalloz, Paris, 1978, p. 15.; BRITO, Maria Helena: *O Contrato de Concessão Comercial*. Almedina, Coimbra, 1990.

²⁰⁶ Véase: BAPTISTA, Luiz Olavo y; DURAND-BARTHEZ, Pascal: *Les Associations d'Enterprises (Joint Ventures) dans le Comerce International*. FEC, Paris, 1991, p. 41 y ss. ; LYON-CAEN, A. : *Les Manifestations Juridiques du Contrôle Multinationale*, en: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. Libraries Techniques, Paris, 1977, p. 110 y ss.

algunos tipos contractuales que permiten la transferencia de tecnología y, por su parte, suelen generar la constitución de un grupo de sociedades de base contractual.

4.2.2.2.b) La transferencia de tecnología

b.1. Aproximación a la materia

La transferencia de tecnología se efectúa por diversos mecanismos, los cuales están agrupados de la siguiente forma:

a) inversiones extranjeras, envolviendo la construcción o instalación de establecimientos y equipamientos industriales (tecnología incorporada al capital);

b) venta de bienes de capital o bienes intermedios (tecnología incorporada al capital);

c) trabajo humano cualificado, incluyendo la asistencia técnica y la formación técnica (tecnología incorporada al hombre);

d) información, de naturaleza técnica o comercial, protegida por los derechos de la propiedad industrial, ejemplo máximo la patente²⁰⁷.

Para el progreso de los Estados es necesario su adecuado desarrollo tecnológico. No hay "...ninguna duda de que el progreso técnico es un de los factores decisivos, pues sin progreso técnico no hay competitividad industrial"²⁰⁸. Por eso es esencial el estudio del mecanismo de constitución de grupos de sociedad por medio de los contratos de tecnología, principalmente para los países en desarrollo.

La colaboración entre empresas mediante intercambios de técnicas y conocimientos es una constante en el contexto actual del comercio mundial, siendo elemento esencial de la concentración empresarial.

²⁰⁷ SANTOS, António Marques dos: Transferencia Internacional de Tecnología, Economía e Direito, Alguns Problemas Gerais, en: *Cadernos de Ciencia e Tecnologia Fiscal*, 132. Lisboa: DGCI, 1984, p. 22 y ss.

²⁰⁸ BONETE PERALES, Rafael (Coordinadora – Eve Rimoldi de Ladmann): *MERCOSUR y Comunidad Europea. La Cooperación científico-tecnológica*. 2ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 135.

Como nota introductoria es importante subrayar que las siguientes premisas deben ser aseguradas para una adecuada comprensión del fenómeno de la transferencia de tecnología:

1) tecnología es un término genérico que comprende diversas prestaciones específicas, distintas unas de las otras, que normalmente constituyen manifestaciones de la propiedad industrial, aún cuando sean contempladas en las legislaciones sobre propiedad intelectual;

2) la tecnología puede transferirse con carácter definitivo, mediante venta o cesión a cambio de un precio, o simplemente ser objeto de un derecho de utilización o explotación temporal de la misma, a cambio del pago de un royalty;

3) la tecnología puede transferirse aisladamente o vinculada a una operación de compra-venta mercantil;

4) la tecnología puede transferirse a través de una operación societaria, como aporte de capital, cuando surja de la constitución, v. g., de un grupo de sociedades de base contractual²⁰⁹.

Los textos de naturaleza jurídica que definen los contratos de transferencia de tecnología no son taxativos. Se enuncian un conjunto de situaciones que pueden ser objeto de esa calificación, pero también admiten otras equiparables a las ya enunciadas. Tal opción se explica por la diversidad de formas que asume la transferencia de tecnología y ahí la dificultad de su definición. A partir de esta premisa analizaremos el fenómeno de la transferencia de tecnología.

b.2. La tecnología y su conceptualización

No cabe hablar de una conceptualización de tecnología suficientemente extendida y aceptada y ello, básicamente, debido a dos motivos:

a) El primero será la ausencia de legislación internacional uniforme respecto a la materia. Deben verificarse las legislaciones nacionales para la caracterización de prestación tecnológica. Tal verificación local viene

²⁰⁹ En ese ejemplo estaríamos delante de un instrumento de concentración empresarial (grupo de sociedades).

mostrándose bastante entorpecedora de la obtención de una unidad interpretativa, la cual llevaría al desarrollo de las figuras contractuales que abarquen la materia.

b) Otro punto importante a subrayar como obstaculizador del entendimiento de tal figura jurídica es el de que la tecnología puede estar compuesta por un sin número de otras prestaciones, tales como el Know-how, técnicas nuevas, respuestas a la observación de sistemas técnicos, etc²¹⁰. Así que será este otro elemento perjudicial para un mejor entendimiento de la materia.

Una tentativa importante en la unificación del Derecho aplicable a las transferencias de tecnología ha sido la inclusión en el Acuerdo por el que se estableció la OMC²¹¹ del anexo relativo a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio²¹², tema que tradicionalmente había estado ausente de los debates y trabajos del GATT²¹³.

El Acuerdo contiene normas específicas respecto de las siguientes materias tecnológicas:

- a) derechos de autor y derechos conexos;
- b) programas de ordenador;
- c) marcas;
- d) indicaciones de procedencia y denominaciones de origen;
- e) dibujos y modelos industriales;
- f) patentes;

²¹⁰SULLIVAN, Neil F. *Technology Transfer (Making the most of your intellectual property)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, Great Britain, p. 5.

²¹¹ Organización Mundial del Comercio, Marrakech el 15 de abril de 1994 (denominado *Acuerdo sobre la OMC*).

²¹² Acuerdo sobre la OMC, Anexo 1C (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio).

²¹³ General Agreement on Tariffs and Trade. "En 1946 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas convocó una Conferencia internacional sobre comercio y empleo con la finalidad de promover la expansión de la producción y el intercambio y consumo de mercancías. La Conferencia fue precedida por los trabajos de un Comité preparatorio y por ciertas negociaciones aduaneras, cuyos resultados fueron incorporados al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, que se estipula por el Protocolo de 30 de octubre de 1947." En ese sentido: PASTOR RIDRUEJO, José A.: *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Séptima edición, reimpresión 2000, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, p. 787.

- g) circuitos integrados;
- h) know-how y;
- i) establece disposiciones sobre la protección de los derechos, normas para la solución de diferencias entre los países miembros y medios de control de prácticas de no competencia en los contratos de concesión de licencias.

En los términos del art. 7 del citado anexo, la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos, de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

Por lo tanto, es ese un marco multilateral de principios, normas y disciplinas tendentes a reducir las distorsiones y obstáculos en el comercio internacional. Fomenta, paralelamente, la protección eficaz de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Además, es una tentativa de uniformidad de interpretaciones en cuanto a la materia tecnológica²¹⁴.

b.3. La tecnología incorporada a la mercancía y la tecnología no incorporada a la mercancía

Básicamente existen dos tipos de operaciones que permitirían la transferencia de tecnología. Así, por un lado las partes pueden realizar una operación con tecnología incorporada a las mercancías objeto de la transferencia o; por otro lado, realizar operaciones con transferencia de tecnología aisladamente, como operaciones invisibles, en los términos utilizados por la OMC. En esa segunda categoría estarán comprendidas las operaciones de transferencia de tecnología por aporte de capital, v.g., en cuanto a la constitución de un grupo de sociedades de base contractual²¹⁵.

²¹⁴ Importa subrayar que no haremos aquí una profundización de los conceptos de propiedad intelectual e industrial, ya que no es este el objeto de nuestra tesis. Como hemos dicho, haremos referencia a la temática tecnológica ten sólo en la medida de su vinculación con los grupos de sociedades de base contractual, como materia accesoria.

²¹⁵ En ese sentido: ANTUNES, José Manuel Oliveira y, MANSO, José Antonio Costa: *Relações Internacionais e transferência de tecnologia*. Almedina, Coimbra, 1993, p. 8 y ss.

Normalmente cuando un bien o equipo es objeto de compraventa, el vendedor ya ha incluido en el precio final el coste de los trabajos de investigación, estudio, diseño, etc. Al pagar el comprador el precio solicitado, está en última instancia abonando el coste de la tecnología empleada en su fabricación.

En tales casos, no puede hablarse propiamente de contrato de transferencia de tecnología, ya que ésta forma parte inseparable de la mercancía negociada. En ese caso, estaríamos ante un auténtico contrato de compraventa internacional de mercancías.

No obstante, es muy frecuente que, además de las máquinas y equipos vendidos, se transfieran otras prestaciones que no forman parte del coste de los mismos, tales como el derecho de uso de una marca, una patente, servicios de asistencia técnica, etc.

Concluyendo, en estos supuestos, junto al contrato de compraventa internacional de mercancías coexiste un contrato de transferencia de tecnología por unas prestaciones que se van a incorporar a la mercancía adquirida, pero su importe no se ha incluido dentro del precio de la misma, facturado por el vendedor.

Por otro lado, cuando las prestaciones tecnológicas son objeto de transmisión independiente de una compraventa de mercancías aparece el genuino contrato de transferencia de tecnología. Al no haberse incorporado a un bien susceptible de ser importado físicamente, se convierte en una operación invisible.

A su vez, ciertas prestaciones de tecnología pueden ser objeto, bien de cesión definitiva, es decir, de venta a cambio de un precio, bien de licencia o concesión de uso o explotación, a cambio del pago de royalty, fijo o porcentual y de forma temporal.

No es, pues, tarea fácil pretender ofrecer una clasificación diferenciada de las distintas prestaciones susceptibles de encuadrarse en el término genérico "transferencia de tecnología". Aún menos sencillo resulta definir cada una de esas operaciones, debido a que en la práctica muchas

empresas utilizan indistintamente expresiones tales como ingeniería, asistencia técnica, know-how, aún no estando la doctrina consolidada.

b.4. Breve enunciado de los diversos tipos de prestaciones tecnológicas

Entre los diversos tipos de prestación tecnológica tenemos:

1) La ingeniería (engineering), que es el conjunto de trabajos y estudios de carácter técnico, económico y de investigación, normalmente efectuados por una empresa o departamento especializado, para la realización de un determinado proyecto industrial y que suelen materializarse en proyectos e informes técnicos y planos.

En el seno de esta categoría contractual hay, como mínimo, dos subespecies: a) consulting-engineering y los contratos de b) comercial-engineering.

a) Mediante los primeros, la empresa consultora (empresa de ingeniería) se obliga frente al cliente a actuar como consejera técnica, ello a cambio de un precio determinado. La consultora establecerá los planos y especificaciones del proyecto, examinará las propuestas de quien ejecutará los trabajos, promoverá la inspección y supervisión de los mismos trabajos.

b) Por su parte, los denominados contratos de comercial-engineering "...tienen por objeto junto a la realización de una obra inmaterial típicamente intelectual, otras prestaciones materiales como el suministro de materiales y equipos y / o la ejecución de la obra proyectada"²¹⁶.

Finalmente, punto relevante es el del tratamiento aduanero en las operaciones de contratos internacionales de ingeniería. Desde el punto de vista de la aduana la ingeniería engloba tan sólo trabajos y estudios destinados a la fabricación de una instalación o producto industrial, tratándose de operaciones anteriores a la importación de tales bienes. Por lo tanto, la tecnología será transferida antes de la adquisición del producto final.

2) La Patente es un privilegio legal, concedido al descubridor de un invento, que le permite fabricarlo, utilizarlo y venderlo con exclusión de

²¹⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora: *Los contratos internacionales de construcción*. Editorial Comares, Granada, 1999, p. 102 y ss.

terceros durante un tiempo determinado²¹⁷. “En la generalidad de los ordenamientos jurídicos es evidente la existencia de un claro interés público en la presencia de un sistema de protección de las invenciones, esto es, de un sistema de patentes. El interés se apoya en la función que este sistema desempeña que no es otro que la promoción y el desarrollo de las invenciones”²¹⁸.

El fenómeno de la globalización, a su vez, trae la necesidad de una profundización de la discusión de la materia. “El tratamiento de los derechos de propiedad industrial en el marco del Derecho del comercio internacional oscila entre su configuración territorial y la mundialización de las relaciones comerciales, circunstancia esta última que ha introducido la necesidad de rentabilizar, más allá de un concreto Estado o grupo de Estados, las inversiones que efectúan las empresas en investigación. Estas dos coordenadas se manifiestan en diferentes momentos de reglamentación internacional de los derechos de propiedad industrial”²¹⁹.

Para el Tribunal de Justicia de Luxemburgo tal privilegio es justificable como una concesión al inventor de un derecho exclusivo de primera comercialización del producto que le permite, al reservarle el monopolio de su explotación, obtener la recompensa de su esfuerzo creador²²⁰. Tiene como objeto específico la garantía al titular de tal derecho de utilizar su invención con vistas a la fabricación y comercialización de productos industriales de forma exclusiva, durante un plazo determinado.

3) A su vez, las invenciones que consistan en dar a un objeto una nueva configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja

²¹⁷ Punto controvertido existente en la temática, es el de saber la titularidad de la invención en una relación laboral, si del empresario o del empleado. Nótese, todavía que no podríamos aquí desarrollar tal materia, ya que quedaría muy alejada del objeto de nuestra tesis. Para una profundización de tal tema, véase: GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier: *Litigios entre empresario y trabajador sobre patentes, secretos industriales y derechos de autor en los Estados Unidos*. Universidade da Coruña, Santiago de Compostela, 1999, p. 50 y ss.

²¹⁸ GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero: *Las patentes en el comercio internacional*. Dykinson, Madrid, 1997, p. 353 y ss.

²¹⁹ JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: *El derecho aplicable a la protección internacional de las patentes*. Editorial Comares, Granada, 1998, p. 43.

²²⁰ Asunto 15/74 Centrafarm B. V./ Sterling Drug Inc., de 14 de julio de 1981. Asunto 187/80 Merck/Stephar et Exler y, de 5 de diciembre de 1996.

apreciable para uso o fabricación son protegibles como modelo de utilidad²²¹. Podríamos citar como bienes protegibles los utensilios, herramientas, aparatos, dispositivos o partes de los mismos que reúnan dichos requisitos²²².

Precisando un poco más la forma de los objetos que es susceptible de servir de soporte material a la regla inventiva protegible como modelo de utilidad, cabría indicar que:

²²¹ Para una diferenciación de los requisitos de las patentes y modelos de utilidad, véase: VILALTA NICUESA, Aura Esther y MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M.: *Acciones para la protección de patentes y modelos de utilidad*. Bosch, Barcelona, 2000, p. 9 y ss.

²²² En la Unión Europea la protección mediante patente se lleva a cabo a través de dos sistemas: los sistemas nacionales y el sistema europeo de patentes.

La primera que vio luz fue la patente nacional, que en los Estados miembros de la Comunidad Europea, ha sido armonizada mediante la adhesión progresiva al Convenio de Munich sobre la patente europea, de 5 de octubre de 1973, del que también forman parte Suiza, Liechtenstein y Mónaco.

El sistema europeo es formado por dos Convenio sobre patentes, el citado Convenio de Munich y el Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria, de 15 de diciembre de 1975 que, en la actualidad, forma parte integrante del Acuerdo en materia de patentes comunitarias, firmado también en Luxemburgo en 15 de diciembre de 1989.

El Convenio de Munich no creó un derecho uniforme de protección, sino que permite obtener una protección en tantos Estados partes del Convenio como desee el solicitante. Este sistema se caracteriza por su gran flexibilidad, aunque presenta algunos inconvenientes por su complejidad y coste. Además, no prevé la existencia de un tribunal competente en el ámbito europeo para dirimir los litigios en materia de patentes, lo que presenta el riesgo de los tribunales competentes de los Estados miembros dictar resoluciones diferentes.

Aunque distintos, los objetivos de los dos Convenios, Munich y Luxemburgo (1989), son complementarios. El primero pretende racionalizar la expedición de las patentes mediante el establecimiento de un procedimiento centralizado, gestionado en la Oficina Europea de Patentes de Munich. De esta forma, el Convenio está abierto a la adhesión de todo Estado europeo, hecha previa invitación por el Consejo de Administración de la Organización Europea de Patentes. Por su turno, el segundo pretende alcanzar los objetivos del mercado único, especialmente por lo que se refiere a la igualdad de las condiciones de competencia y la libre circulación de mercancías.

El sistema de patentes en Europa se elaboró pues mediante convenios internacionales. Ello se debe a que estas iniciativas se adoptaron en una época en la que no se había establecido la competencia de la Comunidad en ese ámbito. Se trata de una fase ya superada, dado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido (Sentencia de 13 de julio de 1995. Asunto C-350/92. Reino de España c/ Consejo) la competencia de la Comunidad para intervenir en el ámbito de las patentes, si ello contribuye a realizar uno de los objetivos del Tratado: la libre circulación de mercancías o el establecimiento de unas condiciones no falseadas de competencia.

La Comisión ha estimado necesario hacer balance de la situación en materia de patentes comunitarias y sistemas de patentes en Europa. A tal fin ha elaborado un Libro Verde, en el que se analiza las carencias que se derivan de la ausencia de una vertiente comunitaria correspondiente al sistema europeo de patentes y de los obstáculos a su entrada en vigor. A continuación, aborda las cuestiones que se derivan de ello desde el punto de vista técnico, jurídico y político, tales como la armonización complementaria del derecho de patentes en el contexto comunitario.

Finalmente, el Libro Verde persigue un triple objetivo: *facilitar una visión general de la situación en materia de protección de la innovación por medio del régimen de patentes en la Comunidad Europea; *evaluar la necesidad de adoptar nuevas acciones comunitarias y/o modificar los regímenes actuales; *explorar la forma y el contenido posible de tales nuevas acciones.

a) Ha de consistir en una forma espacial: cosas muebles con una determinada forma espacial.

b) Ha de poseer una configuración determinada. Por carecer esta nota, no podría protegerse como modelo de utilidad la materia líquida o gaseosa, o la materia sólida carente de dicha configuración, como, por ejemplo, unos polvos.

c) Puede ser bidimensional o tridimensional.

d) Y ha de ser una forma perceptible por los sentidos²²³.

Es importante subrayar que todo sistema de patentes está hecho no con el fin de generar exclusividad para el inventor; la exclusividad es entendida solamente como una recompensa al inventor por el trabajo por él realizado. Pretenden así, los sistemas de patentes en todo el mundo, contribuir al desarrollo tecnológico y científico de los pueblos ya que los procesos de invención tienen que ser archivados en los órganos concedentes de la patente y serán los mismos divulgados para la comunidad científica mundial.

4) Hablaremos ahora de la licencia de patente. La patente tiene la naturaleza jurídica de bien mueble, lo que le permite ser objeto de transmisión por venta o de concesión temporal de su explotación. “La licencia se perfecciona en el momento en que la oferta es aceptada por un sujeto determinado quien, a su vez, adquiere el compromiso de pagar la compensación pedida²²⁴”.

La concesión de licencia de patente es la transferencia temporal del derecho de uso o de explotación de la invención patentada, mediante el pago de royalty, lo cual podrá ser fijo o porcentual.

El Reglamento CEE n.º 2349/84 de 23 de julio de 1984 definía la licencia de patente como la “...autorización por el titular de una patente (concedente de la licencia) a otra persona (licenciataria) para que explote la invención patentada por uno o varios de los modos de explotación previstos en

²²³ OTERO LASTRES, José Manuel: *Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia*. (Coordinadores: BISBAL, Joaquín y VILADÁS, Carles), Editorial Ariel, Barcelona, 1990, p. 159.

²²⁴ M. CORREA, Carlos y D. BERGEL, Salvador: *Patentes y competencia*. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996, p. 111.

el derecho de patentes, en particular la fabricación, utilización y comercialización”²²⁵.

5) Otro contrato que es importante mencionar es el contrato de Know-how. “Una buena parte de la tecnología, particularmente de la tecnología de vanguardia, se posee hoy día como Know-how”²²⁶. Por sí mismo, ese simple hecho caracteriza la importancia de tal contrato.

El Reglamento CE 240/96, de 31 de enero de 1996²²⁷, determina que Know-how es un conjunto de informaciones técnicas secretas, sustanciales e identificadas de forma apropiada, debiendo tener en cuenta lo siguiente:

a) el término secretas significa que el conjunto de know-how, no es generalmente conocido ni fácilmente accesible, por lo que parte de su valor reside en la ventaja temporal que su comunicación confiere al licenciatario;

b) el término sustanciales significa que el know-how contiene información útil. En el momento de la formación del acuerdo servirá lo mismo para mejorar la competitividad del licenciatario permitiéndole, por ejemplo, acceder a un nuevo mercado, teniendo incluso ventajas comparativas con relación a la competencia;

c) el término identificadas significa que el know-how ha de describirse o registrarse en un soporte material de tal forma que sea posible comprobar si se cumplen los requisitos de secreto y sustancialidad y garantizar que no se restringe indebidamente la libertad del licenciatario de explotar su propia tecnología.

²²⁵ Este Reglamento estuvo en vigor hasta 31 de marzo de 1996, siendo sustituido por el Reglamento CE 240/96 de la Comisión de 31 de enero de 1996, el cual se publicó en el DO n° L 31 de 9 de febrero de 1996 y será aplicable hasta el 31 de marzo de 2006.

²²⁶ MASSAGUER FUENTES, José: *El contrato de licencia de Know-how*. José Maria Bosh Editor, Barcelona, 1999, p. 67.

²²⁷ Reglamento (CE) n° 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (Texto pertinente a los fines del EEE), DO n° L 031 de 09/02/1996, alterado por la Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión - Anexo II: Lista contemplada en el artículo 20 del Acta de adhesión - 5. Política de la competencia, DO n° L 236 de 23/09/2003.

Por lo tanto, el contrato de know-how será calificado como aquél en que un obligado transfiere determinada tecnología (el transferente) contra el pago de una remuneración por el receptor de la misma tecnología²²⁸.

6) Con relación al know-how hay que hablar de la operación de cesión. Cuando una parte se obliga a comunicar a otra sus conocimientos secretos sustanciales e identificados para que esa última pueda utilizarlos, estará ante de una cesión de know-how. "El esquema negocial básico es similar al de los contratos de cesión sobre derechos de propiedad industrial: el cedente se obliga a transmitir de forma plena su derecho sobre el bien inmaterial; en contraprestación, el cesionario satisface un precio, normalmente en dinero"²²⁹.

Finalmente, con relación a licencia de Know-how, ha de decirse que "dada la ausencia de legislación positiva y la complejidad de un contrato de esta naturaleza, los tratadistas hacen hincapié en que los contratos de licencia de Know-how, deben de ser muy meditados y extendidos por técnicos en la materia, dado el cúmulo de dificultades, y el carácter secreto de los conocimientos tecnológicos que se transmiten"²³⁰.

7) Se entiende por Marca todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona²³¹. También se consideran marcas las palabras, incluidas las que sirvan para identificar las personas; las imágenes, figuras, símbolos y gráficos; las letras, cifras y sus combinaciones; las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases, la forma del producto o su presentación; y cualquier combinación de los signos o medios antes mencionados²³².

²²⁸ JACQUET, Jean-Michel y DELEBECQUE, Philippe : *Droit du Commerce International*. 2ª édition, Éditions Dalloz, Paris, 1999, p.193.

²²⁹ MIGUEL ASENSIO, Pedro A. De: *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*. Segunda Edición, Civitas ediciones, 2000, Madrid, p. 70.

²³⁰ CHULIÁ VICENT, E. y BELTRÁN ALANDETE, T.: *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, volumen I*. Cuarta edición, José Maria Bosh Editor, Barcelona, 1999, p. 255.

²³¹ Para una diferenciación entre marcas, nombres comerciales, rótulos, patentes y modelos de utilidades, véase: VILALTA NICUESA, Aura Esther y MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M.: Op. Cit., p. 11 y ss.

²³² Artículos 1 y 2 de la Ley española de Marcas, nº 32/1988 de 10 de noviembre, cuyo texto ya incorporó las previsiones de la Directiva 89/104, de 21-12-1988, a pesar de publicarse antes que ésta.

“Los signos marcarios cumplen funciones en las economías modernas, sin embargo su función esencial está dada por su capacidad distintiva. Las restantes funciones de la marca se subordinan a su carácter distintivo”²³³.

Un punto importante, derivado de tal carácter distintivo, es el papel que la marca desempeña en la regulación y transparencia del mercado. Constituye, así, un mecanismo relevante para la tutela y protección de los consumidores. A tales efectos, no debemos olvidarnos que “... la marca cumple un conjunto de funciones en el sistema jurídico. Y entre estas funciones se encuentran la función de indicar la procedencia empresarial de los productos o servicios designados con la marca y la función de indicar al consumidor la calidad de dichos productos o servicios. La marca permite así un correcto funcionamiento del sistema de libre competencia y hace posible que los consumidores obtengan información fidedigna sobre el origen de los productos o servicios”²³⁴.

El Reglamento CEE 40/94 de 20 de diciembre de 1993²³⁵, modificado por el Reglamento CE 1992/2003²³⁶, sobre la Marca Comunitaria, contiene una definición idéntica que la establecida en la Directiva 89/104 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas²³⁷. Determina que todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica, en particular las palabras, incluidos los nombres de las personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su

²³³ ZUCCHERINO, Daniel R. y MITELMAN, Carlos O.: *Marcas y patentes en el GATT*. Abeledo-Perrot editorial, Buenos Aires, 1997, p. 80 y ss.

²³⁴ CASADO CERVIÑO, Alberto: *Derecho de marcas y protección de los consumidores – el tratamiento del error del consumidor*. Tecnos, Madrid, 2000, p. 75. Véase, aún: FRIGOLA RIERA, Antonio: Confusión entre marcas y protección a los consumidores, en: *Propiedad industrial y competencia desleal – perspectiva comunitaria, mercados virtuales y regulación procesal*. (Coordinado por MARTÍN MUÑOZ, Alberto J.), Editorial Comares, Granada, 2000, p. 305-321.

²³⁵ Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la Marca Comunitaria, DO n° L 011 de 14/01/1994.

²³⁶ Reglamento (CE) n° 1992/2003 del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 40/94 sobre la Marca Comunitaria, con objeto de llevar a efecto la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989, DO n° L 296 de 14/11/2003.

²³⁷ Primera Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (89/104/CE), DO n° L 207, de 19/07/1989, p. 44.

presentación, con la condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los servicios o productos de una empresa de los de otra empresa, pueden ser caracterizados como marca²³⁸.

En términos muy similares se define la marca de fábrica o de comercio en el artículo 15 del anexo del Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994, por el que se creó la OMC²³⁹.

El Tribunal de Luxemburgo apunta que el Derecho de marcas tiene por objetivo proteger a los titulares contra las maniobras de terceros que, provocando un riesgo de confusión en el ánimo de los consumidores, intenten sacar partido de la reputación atribuida a la marca²⁴⁰.

Finalmente, la función esencial de la misma es garantizar a los consumidores la identificación del origen del producto, permitiéndoles distinguir, sin confusión posible, este producto de los que tienen otra procedencia²⁴¹.

8) Como dicho, las marcas son bienes muebles susceptibles de cesión por todos los medios que reconoce el Derecho, lo que permite su venta, su concesión o licencia de uso, además de poder ser dada en garantía o ser objeto de otros derechos reales. "Las licencias de marcas tienen idéntica naturaleza a las licencias sobre patentes y solicitudes de patentes. El licenciante/titular del derecho y el licenciatario tiene plena libertad para establecer los pactos que deseen, siempre que no resulten contrarios a las leyes, a la moral o al orden público. La licencia consistirá por lo tanto en la

²³⁸ Coexistiendo con las distintas marcas nacionales (sobre cuya reglamentación en el ámbito interno la Directiva 89/104 estableció normas de armonización) la marca comunitaria creada por el Reglamento 40/94 permite la protección en todo el ámbito de la Unión Europea (UE) sin necesidad de ser registrada en todos los Estados miembros.

²³⁹ La marca comunitaria presenta las siguientes singularidades: a) disponibilidad comunitaria; b) coexistencia; c) creación registral; d) atribución de derecho público. En ese sentido: MARTÍN MATEO, Ramón y Díez SÁNCHEZ, Juan José: *La marca comunitaria – Derecho publico*. Editorial Trivium, Madrid, 1996, p. 45 y ss.

²⁴⁰ Sentencia de 22 de junio de 1994 (Asunto C-9/93 IHT Internationale Heiz-technik GMBH y otros/Ideal Standard GMBH y otros).

²⁴¹ Sentencia de 31 de octubre de 1974 (Asunto 16/74 Centrafarm B.V./Winthrop B.V.). Véase, aún, para una profundización del estudio de las marcas bajo la perspectiva del derecho interno: FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos: *Derecho de marcas*. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1990, p. 21 y ss.

cesión de un derecho a utilizar la marca cedida en las condiciones pactadas, a cambio de una remuneración²⁴².

La licencia comporta la autorización por el titular de la marca a otra persona para que utilice la misma, en exclusiva o no, en los productos que fabrique o comercialice, a cambio de un royalty, normalmente porcentual, sobre el precio de las unidades fabricadas o comercializadas con dicha marca.

Es importante subrayar que, como todos los demás contratos de transferencia de tecnología, la licencia de marca puede estar caracterizada como un instrumento contractual que fundamente la constitución de un grupo de sociedades. "El contrato de licencia de marca juega un importante papel en el marco de la organización empresarial actual, tanto entre empresas pertenecientes a un grupo en las que no resulta extraño que la utilización colectiva de la marca se instrumente a través de acuerdos de licencia, como entre empresas independientes, ya sea de forma aislada, ya sea unidos a otros contratos sobre bienes inmateriales. Especialmente, son muy frecuentes en el ámbito de los acuerdos de licencia de fabricación, unidos al empleo de tecnología patentada y de know-how, en los acuerdos de franquicia industrial o de servicios o pueden también formar parte de acuerdos de transferencia de tecnología o de joint venture, siendo, además, la forma que han adoptado los acuerdos de merchandising^{243/244}.

9) El Código de liberalización de operaciones invisibles y corrientes de la OCDE concibe la asistencia técnica como una actividad relacionada con la producción y distribución de bienes y servicios en todos sus grados, suministrada por un período de tiempo fijado en función del objeto

²⁴² ECHARRI, Alberto y PENDÁS, Angel: *La transferencia de tecnología*. Fundación Confemetal, Madrid, 1999, p. 81.

²⁴³ BAEZA ORTUÑO, María Teresa: *La Licencia de Marca*. Colección Garrigues & Andersen, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 234-235.

²⁴⁴ La utilización de la misma marca por empresas pertenecientes a un grupo de sociedades se realiza la mayoría de las veces a través de acuerdos de licencia. En efecto, en un grupo, por su propia estructura, es muy frecuente que la producción y distribución se reparta entre las distintas empresas del grupo, de tal modo que una empresa puede utilizar la marca de otra, lo cual se instrumenta normalmente no a través de una cesión de la marca – sobre todo teniendo en cuenta el principio de cesión vinculada imperante en ciertos ordenamientos – sino mediante el otorgamiento de licencias. En especial, puede utilizarse la figura de la licencia de marca cuando la empresa que está al frente del grupo es titular de todas las marcas utilizadas por el resto de empresas pertenecientes al grupo, constituyéndose así en la empresa que controla el uso de estos signos por el grupo de sociedades. Véase, en ese sentido: CHAVANNE, A. y BURST, J.J.: *Droit de la propriété industrielle*. 5ª ed., Librairies Sirey, Paris, 1998, p. 665.

particular de esta asistencia y en la que se incluyen por ejemplo consulta y visitas de expertos, preparación de planos y diseños, supervisión de fabricación, estudio de mercado y formación profesional.

Más complicado resulta, a veces, distinguir la asistencia técnica del know-how, sobre todo cuando se presta sin vinculación a alguna operación de importación, y consiste simplemente en la transmisión de conocimientos a través de asesoramiento técnico, formación de personal, desplazamiento de expertos, etc. La nota diferencial entre una y otra prestación hay que buscarla en el carácter secreto y no divulgado que suele tener todo know-how, mientras que la asistencia técnica no es más que la ayuda o asesoramiento para la puesta en práctica y correcta aplicación de unos determinados conocimientos técnicos no secretos, pero sólo al alcance de personal experto o altamente cualificado que, como tal, puede interpretarlos y aplicarlos.

Finalmente, en cuanto a la asistencia técnica cabe señalar que la misma se conforma como “el contrato por el que una empresa se compromete a suministrar a otra datos, informes y experiencias técnicas que no son secretos, pero cuyo conocimiento exigiría a la segunda empresa un esfuerzo o inversión considerables, por lo cual resulta más rentable adquirirlos a cambio de un precio”²⁴⁵.

10) Contrato de Franquicia: otro importante contrato que fundamentaría la constitución de un grupo de sociedades de base contractual es la franquicia. “El contrato de franquicia presenta modalidades diversas, que no se refieren sólo a la distribución de productos. En función del tipo de prestación del sistema de franquicia al cliente final cabe realizar una triple distinción. La franquicia industrial, que constituye normalmente un acuerdo entre fabricante, está destinada a la fabricación de productos por el franquiciado. En la franquicia de distribución el sistema se orienta a la comercialización de productos y en la franquicia de servicios a hacer posible la prestación de servicios por el franquiciado. Son contratos de moderno desarrollo, cuya regulación específica en el panorama comparado se limita a

²⁴⁵ GOMEZ SEGADE, J.A.: *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*. Editorial Tecnos, Madrid, 1974, p. 154. Véase, aún: GOMES SEGADE, J.A.: *Tecnología y derecho: estudios jurídicos del prof. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Marcial Pons, Madrid, 2001.

normas de defensa de la competencia, así como a normas sobre la celebración y terminación del contrato protectoras de la posición del franquiciado"²⁴⁶.

El contrato de franquicia es complejo, con una múltiple variación de conceptos y formaciones, pudiendo ser utilizado incluso como mecanismo de limitación de la competencia. "Debido al hecho de que el contrato de franquicia se manifiesta como otra realidad más en la ardua lucha de los empresarios por adquirir determinadas cuotas de mercado, siempre en el afán de conseguir la consabida expansión empresarial, no se nos escapa que pueda llegar a constituirse éste como un instrumento de restricción competencial importante"²⁴⁷.

Como se ha dicho, no es objeto del presente trabajo una profundización en las especies contractuales de transferencia de tecnología sino, tan sólo aproximar de forma genérica de tal categoría y su contextualización en las cuestiones de la economía internacional, su desarrollo sostenible y la constitución de los mismos como elemento que fundamenta un grupo de sociedades de base contractual²⁴⁸.

Interesante aun es hacer referencia a los caracteres del contrato de franquicia, entendido como un "...contrato atípico, bilateral, sinalagmático, consensual, obligatorio, oneroso, celebrado por el franquiciador intuitu personae, de trato sucesivo y duración determinada, generalmente adhesivo, complejo y mercantil"²⁴⁹.

No trataremos de la franquicia con más detenimiento, pues no es este el objeto de nuestra tesis.

Finalmente, pese a haberse intentado ofrecer una tipología de las distintas prestaciones susceptibles de transferencia, no puede afirmarse que la tecnología se subdivide en una serie de compartimientos o sectores

²⁴⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (ed.): *Derecho del comercio internacional*. Eurolex, Madrid, 1996, p. 332-333.

²⁴⁷ HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora: *El contrato de franquicia de empresa*. Civitas ediciones, Madrid, 2000, p. 59 y ss.

²⁴⁸ Para profundizar en la franquicia en el contexto del derecho de la competencia vea: ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A.: *El contrato de franquicia*. McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 179 y ss.; MARTÍN TRILLA, Esther y ECHARRI ARDANAZ, Alberto: *La Franquicia – Aplicación Práctica y Jurídica*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p. 19 y ss.

²⁴⁹ RUIZ PERIS, Juan I.: *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*. Aranzadi Editorial, Navarra, 2000, p. 85.

independientes unos de otros, todo lo contrario, en la actividad práctica o en el comercio internacional, se manifiesta de forma compuesta o concomitante.

Por lo tanto, por una parte, lo normal es que un mismo contrato contemple, como ya se dijo, diversas prestaciones de las aquí analizadas y englobadas bajo una rúbrica común como contrato de transferencia de tecnología, contrato de servicios o contrato de asistencia técnica, sin que el título que las partes hayan querido otorgar al contrato tenga trascendencia alguna (habrá que analizar el contenido de cada prestación en concreto para poder determinar el régimen legal aplicable). Por otro lado, una prestación concreta puede comportar la realización de prestaciones adicionales. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de licencia de patente en el que, además de conferir al licenciatarlo el derecho de fabricar, deben suministrársele conocimientos (Know-how) y asesoramiento posterior para el perfecto desarrollo del producto a fabricar (asistencia técnica), con instrucciones precisas e incorporadas a un soporte (planos, fórmulas, etc.).

Concluyendo este punto tendremos varios tipos contractuales que fundamentan jurídicamente las prestaciones tecnológicas, figuras éstas que muchas veces existen concomitantemente y pueden generar una falta de competencia en el mercado. Además, serían estas formas las que podrán generar la concentración empresarial, por medio de un grupo de sociedades de base contractual.

b.5. Los acuerdos de transferencia de tecnología y los países de la periferia capitalista

1) El acceso a la tecnología, incorporada al capital o en los conocimientos, es una condición del ejercicio de las distintas actividades económicas y constituye un elemento determinante en la capacidad competitiva de las empresas. Los contratos de transferencia de tecnología constituyen la forma normal del acceso a ese factor de producción (la tecnología desarrollada). "Así, las inversiones a largo plazo en investigación y tecnología constituyen uno de los mecanismos fundamentales por medio de los cuales

una economía industrializada mantiene su tasa de conocimiento y su cuota de comercio internacional”²⁵⁰.

Gran parte de estos contratos son elaborados entre empresas originarias de países industrializados y tecnológicamente avanzados, permitiendo constituir una cooperación recíproca.

Los referidos contratos aproximan, con cierta frecuencia, empresas de desigual capacidad económica y tecnológica, principalmente empresas multinacionales y empresas nacionales. Siempre que la capacidad de negociación de la empresa adquirente y la empresa transferente sea desigual, estarán creadas las condiciones para el desequilibrio contractual.

A partir de lo anterior se presentan las cláusulas restrictivas (limitativas de la libertad de acción, en el plano de la producción o de la comercialización) o cláusulas abusivas onerosas, en cuanto a la determinación de los royalties que serán cobrados. Tal situación es agravada por la práctica común de transferencia de la tecnología por los paquetes tecnológicos, siendo difícil para el adquirente el conocimiento de todos los elementos que forman parte de la tecnología adquirida. Clara está la eterna dependencia económica y tecnológica del adquirente con relación al transferente. Todas esas restricciones, cuando se verifican a gran escala, son susceptibles de afectar incluso la independencia económica de los Estados, formalmente soberanos²⁵¹.

2) Por constatar las características especiales de estos tipos contractuales, sobremanera a partir del final de los años 60, en un número considerable de PVDs se adoptó legislación específica en el dominio de la transferencia de tecnología.

De una manera general, tales legislaciones (que tienen su base en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas) confieren poderes de

²⁵⁰ GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero: *Op. cit.*, p. 70.

²⁵¹ “El sistema financiero se internacionalizó. Y eso tuvo un efecto inmenso en el mundo, entre otras razones porque limitó, en la práctica, la capacidad de los Estados nacionales, incluso de los más poderosos, para regular los flujos de capital. Los bancos centrales resultaron pequeños ante la velocidad con que se realizan los flujos privados de transferencia de capital”. CARDOSO, Fernando Henrique: *La globalización y los desafíos de la democracia en el plano internacional*, en: *Foreign Affairs, Volumen dos, Número uno, primavera de 2002*. Itam, Ciudad de México, 2002, p. 109 y ss.

intervención a los Estados. La intervención, por ejemplo, podría estar caracterizada de forma múltiple: a) necesidad de autorización estatal para la celebración de contratos de transferencia de tecnología entre empresas nacionales y extranjeras; b) prohibición de introducción en los contratos de determinadas cláusulas previstas en ley; c) prohibición de introducción de condiciones restrictivas para el adquirente; d) imposición de introducción de cláusulas favorables a la empresa nacional o al país acogedor de la inversión (principalmente en materia de formación de recursos humanos, utilización de recursos locales, preservación del medio ambiente, etc).

3) No obstante, es sabido hoy que la simple intervención del Estado con el fin de limitar la realización de los contratos de transferencia de tecnología no es la estrategia más acertada, ya que genera un retraso aún mayor en el desarrollo tecnológico y social para los países de la periferia. De esta forma, tendrán los PVDs que buscar nuevos mecanismos de inserción internacional con el objetivo de acelerar su desarrollo económico y consecuente equilibrio social²⁵².

4) Para eso, uno de los caminos más seguros y con participación internacional efectiva, dada la preocupación del inversionista no solamente con sus intereses de capital sino también con el desarrollo de la actividad productiva en sí, es la creación de instrumentos de concentración empresarial por medio de los grupos de sociedades. Será el inversionista, no solamente un capitalista vinculado con la actividad, sino también un socio que pretende el mantenimiento y desarrollo de la misma para mayores beneficios de capital. Más aún, pretende el desarrollo de la economía del propio Estado receptor de las inversiones ya que procura una ampliación de su mercado de actuación. Así, los problemas confrontados con la simple actuación de una multinacional extranjera (no vinculación de las mismas a los proyectos sociales y de

²⁵² "La generalizada liberalización de los movimientos de capital, el intenso proceso de innovación financiera, a través del despliegue de nuevos productos para la traslación y cobertura de riesgo, el desarrollo de la informática y de las telecomunicaciones, con su capacidad para consumir órdenes y transacciones en tiempo real y, en fin, la acción de poderosos inversores institucionales con operaciones altamente apalancadas, son factores que han contribuido a diluir las fronteras nacionales, convirtiendo los mercados financieros en un espacio crecientemente diáfano e integrado a nivel internacional". En ese sentido: ALONSO, José Antonio: Estabilidad financiera y desigualdad internacional, en: *Economía Exterior*, núm. 18, otoño 2001. Madrid, 2001, p. 43 y ss.

desarrollo económico) en el Estado receptor no se producirán con los grupos de sociedades (por medio de la transferencia de tecnología) ya que, generalmente, presentan participación de empresas locales o nacionales²⁵³.

5) Por otro lado, la participación del Estado no ocurrirá como gestor pero tan solamente como fiscalizador de las actividades desarrolladas y, fundamentalmente, como generador de desarrollo económico y social por vía de los organismos de fomento de la actividad productiva²⁵⁴.

6) Finalmente, la concentración empresarial será mecanismo de transferencia de tecnología, ya que podrá el socio internacional hacer su aporte de capital por medio de la integralización de tecnología avanzada. Es importante subrayar aquí que no generará, como en las demás operaciones de transferencia de tecnología una dependencia tecnológica ya que el transferente dejará de practicar una mera operación de transferencia y recepción de royalties para integrarse en el proyecto constituido, ya que es el mismo socio de la nueva actividad empresarial que surge.

Queda pues clara la importancia del estudio de los contratos de transferencia de tecnología como mecanismo de constitución de los grupos de sociedades de base contractual, principalmente para los países en vías de desarrollo y, específicamente, para las actividades productivas constituidas en el seno del MERCOSUR.

4.2.2.2.c) Breves conclusiones respecto a la dependencia económica

Después de analizar la constitución del grupo de sociedades de base contractual, parece necesario destacar algunos datos apuntados hasta ahora.

La cuestión fundamental, que todavía aún no obtuvo una contestación definitiva, es la de saber si las relaciones de hecho de

²⁵³ Ejemplo sería la constitución de filiales comunes, tratado más adelante.

²⁵⁴ Ejemplo en Brasil es el BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, que participa como órgano que financia sin número de proyectos de instalación de multinacionales en Brasil en los sectores de telecomunicaciones, petróleo, etc. Tiene demostrado ser ésta una nueva forma de actuación del Estado.

dependencia intersocietarias deben ser consideradas como relevantes para los efectos de determinación de la existencia de una relación de dominio.

Entendemos que la resolución de esta problemática podrá ser más fácilmente comprensible si se tiene en cuenta una fundamental distinción entre dos tipos de influencia dominante a que, en abstracto, una sociedad puede estar sujeta.

a) Por un lado, las influencias internas o orgánicas, entendidas como aquéllas que se manifiestan dentro de la propia estructura organizativa de la corporación, ejercidas al nivel de sus órganos propios instituidos (máxime, la congregación de los socios y de la administración).

b) Por otro lado, las influencias externas, o de hecho, que tienen un origen exterior a la propia colectividad social, traduciendo una influencia generada al margen de la estructura.

a.1.) Entendemos que solamente la influencia interna u orgánica puede considerarse como jurídico-societario relevante, ya que los riesgos por ella generados son importantes para la sociedad. Inversamente, los riesgos asociados a la dependencia originada por una influencia externa o de hecho constituyen, a su vez, riesgos que se deben reputar como normales a la explotación de una actividad económica empresarial, inevitables en el contexto del orden económico de mercado, y cuya protección cabrá a otros ramos del Derecho (máxime, el Derecho de la Competencia).

El régimen jurídico, en materia de sociedades coligadas, y de las relaciones de dominio, constituye una reacción a aquello que podríamos designar como síndrome del caballo de Troya, generada por el fenómeno del control intersocietario. Así, habría una reacción contra los riesgos de la desregulación y desprotección de los entes sociales, originados por el hecho de estar expuesta una sociedad al ejercicio interno (en el seno de sus propios órganos de administración), de una voluntad e intereses sociales externos (pertenecientes a otra sociedad).

De hecho, en el marco de la sociedad mercantil individual y autónoma, existe una convergencia de los intereses de los socios, acreedores sociales, y administradores, sea cual sea la prosperidad de la empresa social.

En esa supuesta armonía, se fundamenta la autonomización jurídica de este centro de intereses, así como sobre la misma armonía reposa la construcción y disciplina de la propia estructura patrimonial y organizativa del ente colectivo (la sociedad)²⁵⁵.

La cuestión cambia cuando una sociedad puede verse expuesta a la intromisión, en su propio seno, de una voluntad e intereses empresariales extraños a su ente social²⁵⁶. En ese caso, desaparece el postulado de la armonía de los intereses, ya que el interés social sufre la competencia interna de un interés social externo. Desaparece, además, el postulado de la soberanía en la formación de la voluntad social (ya que la voluntad de la sociedad es el reflejo de una voluntad extra social). Por otra parte, serán introducidos cambios fundamentales en la estructura patrimonial y organizativa del ente concentrado; para el cual el legislador había construido toda una disciplina normativa teniendo por base la otrora armonía de intereses e independencia.

Es esta problemática la que parece pretender resolver el régimen jurídico en materia de sociedades coligadas, en cuanto régimen de protección específico de aquellos intereses que se ven afectados por un proceso de instrumentación de su empresa social, obtenido mediante la propia instrumentación del respectivo aparato organizativo.

b.1.) En cuanto a la influencia de carácter externo, resultante de factores exógenos a los órganos de poder instituidos en la sociedad, constituirá una materia que no será jurídico-societario relevante.

En realidad, la explotación de una empresa, constituida bajo la forma de sociedad o no, establece la relación con otras empresas o agentes económicos. Dicha relación puede conducir, en abstracto, tanto a un

²⁵⁵ Esto es en nada contrario a la natural diversidad de intereses individuales concretos de los varios socios, ni la inevitable existencia de mayorías y minorías en los órganos deliberativos. Son aspectos que hacen parte del normal funcionamiento de una organización que tenga por proceso de decisión el capital invertido por cada parte en la actividad (*one share – one vote*).

Todavía, la igualdad de miembros, mayoritarios o minoritarios, estará asegurada por la presupuesta armonía de intereses, ya que la mayoría se encuentra expuesta a los riesgos y desventajas eventualmente existentes para el interés general de rentabilidad y prosperidad social (máxime lucros) de las deliberaciones por ella misma tomadas. Véase: ANTUNES, J.: *Liability of Corporate Groups. Op. cit.*, p. 136 y ss.

²⁵⁶ En virtud de la posibilidad de, no solamente de individuos singulares, pero también de personas colectivas explotando una empresa (máxime, las sociedades mercantiles), se constituyeren como miembros de otras sociedades.

fortalecimiento como a un anquilosamiento de la respectiva autonomía económica.

En un universo económico sujeto a leyes de mercado, los sujetos económicos están expuestos a todo tipo de interdependencias, las cuales pueden condicionar el desarrollo económico autónomo de las respectivas estrategias empresariales. Las relaciones de dependencia económica de hecho, creadas entre empresas suministradoras y suministradas; acreedoras y deudoras; licenciadas y licenciatarias (de tecnología, patentes, marcas, etc.); concesionarias y agentes; transferente de tecnología y receptora de la misma tecnología; franquiciadoras y franquiciadas; además de las derivadas de las condiciones generales del mercado y de la competencia, constituyen circunstancias normales de la vida empresarial, y son determinantes para la constitución de un grupo de sociedades de base contractual.

Influencias dominantes de este tipo, ejercidas externamente a la sociedad dependiente económicamente de hecho, deben ser caracterizadas como riesgos normales de la actividad económica de la empresa, en un contexto de mercado abierto y competitivo. Tales riesgos, además, no se distinguen de los riesgos inherentes a las actividades de inversión, y a ellos están expuestos de modo igual todas las sociedades.

Ningún socio o acreedor social podrá reclamar una protección jurídico-societaria contra el riesgo de dependencia económica inherente al libre juego de las fuerzas del mercado. Exceptuada la protección contra tales riesgos que es efectuada por el Derecho de la Competencia, o por los principios generales del Derecho privado, ninguna otra protección existirá en un orden económico del mercado²⁵⁷.

Concluyendo, sí la influencia interna o orgánica, afecta solamente a una parte de los miembros del ente social dependiente (socios minoritarios), la influencia externa afecta a todos los socios. La ratio general de la disciplina legal en materia de dominio entre sociedades no reside en un objetivo de protección de los socios contra riesgos normales inherentes a la inversión de

²⁵⁷ En este punto se coloca la cuestión de la dependencia entre las empresas en un orden jurídico-económico de mercado. Es aquí donde emergen las dificultades de una articulación del derecho de las sociedades, el derecho de la competencia y el derecho económico.

capital por ellos realizado, o de las vicisitudes empresariales derivadas de un mercado abierto. Al contrario, reside en una reacción contra los riesgos asociados a la instrumentación de una sociedad por otra sociedad, la cual logró alcanzar una posición estratégica en el contexto del órgano directivo de la primera y, así, pasó a conducir la vida y la actividad de esa en el marco de una voluntad e interés extraño a la voluntad de la sociedad dependiente.

4.2.3. Grupos de base personal

Los grupos de base personal constituyen coligaciones de sociedades, en las cuales la unidad de dirección económica, que fundamenta la cohesión del grupo, resulta de la identidad o comunidad de los respectivos administradores.

Es importante distinguir dos situaciones en tales grupos:

1) En un primer caso, la unión de los dirigentes es consecuencia de una previa existencia de una red de participaciones sociales, que constituye la base de la unidad económica. Aquí, la comunidad de dirigentes no es la causa, sino solamente el resultado de estructuras de grupo basadas en las participaciones de capital, en las cuales la concentración de los poderes directivos en las mismas personas es una simple consecuencia del control directo o indirecto que la sociedad participante ejerce sobre las participadas. El grupo constituirá, con propiedad, un mero grupo de base societaria, en el cual coexiste, complementariamente, una comunidad de los miembros de los órganos de administración de la sociedad.

2) En el segundo caso, la unidad económica es fruto de la unión personal de los dirigentes. Aquí sí que, verdaderamente, existirá un grupo de sociedades personal, una vez que la unidad de dirección económica entre las empresas agrupadas resulta directamente de la propia comunidad de los directores. La estructura que sustenta el grupo y la unidad de la respectiva dirección, provienen de lazos personales, y no de lazos financieros entre las distintas sociedades componentes. Estos lazos personales existirán entre los directores o administradores (v.g., el caso del grupo norteamericano Rotschild, en el cual tres hermanos controlaban más de 500 sociedades), pero, también,

podrán existir entre los propios socios²⁵⁸. En estos casos, la comunidad de individuos responsables por la gestión de las sociedades podrá proporcionar a una de ellas un poderoso instrumento de dominio sobre las demás, ya que aseguraría una directa y automática interferencia en el seno del órgano social encargado de la conducción de los negocios sociales²⁵⁹.

Se debe subrayar que, aunque los grupos personales presenten una innegable realidad económica, el respectivo marco jurídico se revela prácticamente imposible, ya porque los administradores de derecho no son los mismos que de hecho (actuando los primeros por determinación y voluntad de los segundos)²⁶⁰; ya porque originan otros tipos de relaciones de coligación que camuflan las relaciones de origen personal²⁶¹.

Por todo esto, los legisladores nacionales raramente incorporan disposiciones específicas que contemplan tales tipos de grupos de sociedades. Excepciones patentes a ésta regla son, entre otras, el Derecho inglés, donde suelen estar extremadamente difundidos en la práctica societaria los acuerdos destinados a la comunión de los administradores de distintas sociedades (los llamados *interlocking boards of director*)²⁶². Y el Derecho holandés, que admite las llamadas cláusulas oligárquicas; disposiciones contenidas en los estatutos sociales que confieren a ciertos accionistas derechos especiales en la designación y elección de los miembros de los órganos de administración²⁶³.

Habrá que atender, aún, a las dificultades de la prueba de existencia asociadas a la utilización de un instrumento de dominio (grupo de sociedades personal). En efecto, la simple existencia de una comunidad de

²⁵⁸ Véase los casos del grupo alemán *Krupp*; o del portugués *Espirito Santo*, dominados por un control familiar. CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société para Actions*. *Op. Cit.*, p. 231.

²⁵⁹ Por ejemplo, cuando el Consejo de Administración de dos sociedades es constituido en todo o en parte por las mismas personas; o aún, cuando algunos miembros de la Dirección de la sociedad dominante son simultáneamente miembros del Consejo General de la sociedad dependiente; o un miembro del Consejo de Administración de la sociedad dominante asume las funciones de administrador-delegado en la sociedad dependiente, etc.

²⁶⁰ Véase: RIVES-LANGE, Jean: *La Notion de Dirigeant de Fait au Sens de l'art. 99 de la loi de 1967*, en: *RDS* (1975), 8. Chronic Dalloz, Paris, 1975, p. 41 y ss.

²⁶¹ GUYON, Y.: *Droit des Affaires*. *Op. cit.*, p. 562.

²⁶² Véase: DOLEY, P. C.: *The Interlocking Directorate*, en: 59 *AER*. 1979, p. 314-323; STOCKMAN, Franz; ZIEGLER, Rolf y SCOOT, John: *Networks of Corporate Power*. Polity Press, Cambridge, 1985, p. 89 y ss.

²⁶³ BIRON, Herman: *Les Clauses Oligarchiques en Droit Néerlandais*, en: *RPS* (1961). Paris, 1961, p. 237-286.

administradores, gerentes o directores de dos o más sociedades no es elemento suficiente para deducir cual de ellas es dominante y cual dependiente²⁶⁴. Por otro lado, deberá averiguarse, en el caso concreto, si la comunidad personal de dirigentes es la causa de un dominio intersocietario o, tan sólo, es el resultado de una situación de dominio preexistente, v.g., la utilización de los instrumentos de participación de capital detenta por un socio mayoritario común²⁶⁵.

Finalmente, habrá que discernir claramente, en el caso concreto, si la unión personal entre las sociedades no refleja antes un grupo de estructura paritaria u horizontal (o grupo de coordinación), en el cual las sociedades involucradas están sujetas a una dirección unitaria común sin que, todavía, haya dependencia entre las mismas²⁶⁶.

4.3. Grupos de subordinación y grupos de coordinación

Otra clasificación posible sería la referente a la distinción de los grupos de sociedades en grupos de subordinación y grupos de coordinación.

1) Grupos de subordinación o verticales son aquellos en los cuales las distintas sociedades agrupadas se encuentran en una relación jerárquica de dependencia. En los mismos, la dirección económica unitaria coexiste con la interdependencia de las sociedades.

La estructura del grupo reviste una naturaleza jerárquico-verticial. Así, en el seno de la estructura se verifica una subordinación forzada de todas las sociedades integrantes de una dirección económica común, unilateralmente

²⁶⁴ El caso de dos sociedades, al mismo tiempo, sean dominantes y dominadas es una hipótesis defendida por algunos. En ese sentido, véase: VENTURA, Raúl: *Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades*, en: 39 ROA (1979). Lisboa, 1979, p. 25/26.

²⁶⁵ Respecto al dominio *intersocietario* originado por la coincidencia del socio principal o mayoritario de las dos sociedades, véase: VANHAECKE, Michel: *Les Groupes de Sociétés*. LGDJ, Paris, 1962, p. 143 y ss.

²⁶⁶ Piénsese en el caso del grupo *Unilever*, que constituye un agrupamiento de una sociedad británica y una holandesa, cuya unidad de decisión resulta de un acuerdo destinado a la coincidencia de las personas que ocupan los respectivos cargos de administración (*equalisation agreement for common directors*); en el caso del grupo *Dunlop/Pirelli*, etc. Respecto al grupo *Unilever*, véase: TINDALL, Robert E.: *Multinational Enterprises – legal and management structures and interrelationship with ownership, control, antitrust, labor, taxation and disclosure*. Oceania Publications, New York, 1975, p. 59 y ss. Sobre el grupo *Dunlop/Pirelli*, véase: BAYER, Wilhelm: *Horizontal Groups and Joint Venture in Europe: Concepts and Reality*, en: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1999, p. 10 y ss.

definida y ejercida por una de entre las mismas (la sociedad madre). Los principales instrumentos jurídicos que permiten una estructura de estas características son el contrato de subordinación y la participación totalitaria²⁶⁷.

2) Por otro lado, grupos de coordinación, también llamados paritarios u horizontales, son aquellos en los cuales las distintas sociedades agrupadas, aunque bajo una dirección económica unitaria, se conservan unas independientes de las otras²⁶⁸.

Su estructura reviste una naturaleza horizontal, en el seno de la cual se realiza una transferencia voluntaria de las competencias decisorias de las sociedades independientes a una instancia superior de dirección, con la participación paritaria de todas las sociedades participantes. Tal instancia de dirección será responsable de la coordinación de las actividades empresariales de las sociedades agrupadas, así como de la definición de una política económica general del agrupamiento²⁶⁹. La forma institucional revestida en concreto por tal instancia, donde emana la dirección económica unitaria, puede traducirse tanto en un órgano especial de dirección creado para el efecto, como asumir otras modalidades "más discretas", v.g., las uniones personales de las administraciones de las sociedades involucradas; reuniones periódicas de los presidentes de los respectivos consejos de administración.

Finalmente, el protagonismo práctico y jurídico pertenece enteramente al modelo de los grupos de subordinación, donde está presente la mayor parte de los grupos existentes²⁷⁰.

²⁶⁷ RIPERT, George y ROBLOT, René: *Traité de Droit Commercial*, v. I. LGDJ, Paris, 1980, p. 550.

²⁶⁸ PEPE, Giorgio: *Il Gruppo di Imprese. Op. Cit.*, p. 20.

²⁶⁹ BAYER, Wilhelm: *Horizontal Groups and Joint Venture in Europe. Op. Cit.*, p. 3 y ss.; DEFALQUE, Philippe: *Le Groupe Horizontal de Sociétés et son Traitement en Droit de la Concurrence*, en: *Cahiers DrEu (1981)*. 1981, p. 437 y ss.; SACRISTÁN, Marcos. El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas, en: *RDM (1982)*, nº 165/166. Madrid, 1982, p. 375 y ss.

²⁷⁰ Además, opiniones hay en el sentido del encuadramiento de los grupos de coordinación (al lado de otras figuras como por ejemplo el contrato de consorcio; o las filiales comunes – *joint venture*; los carteles o acuerdos de no competencia), como instrumentos de cooperación societaria, antes que entre los instrumentos que sirven a la concentración empresarial. Véase: EMBID IRUJO, José: *Grupos de Sociedades y Accionistas Minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 160.

4.4. Grupos industriales y grupos financieros

Los grupos pueden clasificarse también por criterios económicos, tales como el tipo de integración económica obtenida (grupos verticales, horizontales o diversificados)²⁷¹, el tipo de organización administrativa (grupos con estructura funcional y geográfica)²⁷², o aún, finalmente, el tipo de actividad desarrollada por la sociedad líder del grupo, distinguiéndose entonces entre grupos industriales y grupos financieros²⁷³.

1) Los grupos industriales constituyen agrupaciones de sociedades que, teniendo por objeto el desarrollo de actividades económicas idénticas o complementarias, se encuentran subordinadas a la dirección económica ejercida por una de ellas (sociedad madre), que conserva en pleno su actividad industrial propia, apareciendo las restantes (sociedades filiales) como una simple prolongación o divisiones productivas formalmente independientes.

Apta para favorecer el crecimiento externo de la empresa, semejante estructura, una vez alcanzada cierta dimensión, experimenta necesidades de división del aparato productivo y comercial, que agilice la respectiva gestión y evite los problemas de centralización de las decisiones propias de la gran empresa monolítica²⁷⁴. En este momento, el grupo tiende a sufrir un cambio fundamental en su naturaleza, ya que, tornándose la gestión de la cartera de participaciones sociales cada vez más importante, así como cada vez más complejas las relaciones financieras de las sociedades agrupadas, la sociedad madre acaba por convertirse en una sociedad con objeto social puramente financiero.

²⁷¹ Véase, entre otros: JACQUEMIN, Alexis: *Le Groupe de Société...* Op.cit., p. 31 y ss.; GUYON, Y.: *Droit des Affaires. Op. Cit.*, p. 554.

²⁷² OTTERBECK, Lars: *The Management of Headquarters-Subsidiary Relationships in Multinational Corporations*. St. Martin's Press, New York, 1981, p 44.

²⁷³ En ese sentido, véase: SANCETTA, Giuseppe: *I Gruppi di Imprese Minori – Aspetti problematici nei processi di crescita*. Cedam, Padova, 1997, p. 11.

²⁷⁴ En el contexto de esos grupos, basados en una política de autofinanciamiento, las cuestiones técnicas de producción prevalecen, generalmente, sobre las cuestiones puramente financieras, ya que la estructura del grupo se desarrolla independientemente del juego de las participaciones sociales y del recurso al mercado bursátil. Véase, respecto a los grupos industriales: CASSANDRO, Emilio: *I Gruppi Aziendali*. Cacussi, Bari, 1988, p. 104 y ss.; CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration. Op. Cit.*, p. 211 y ss.; PEPE, G. Federico: *Holdings, Gruppi i Bilanci Consolidati*. Giuffrè, Milano, 1968, p. 48.; PERROUX, François: *La Notion de Groupe Industriel*. Dalloz, Paris, 1996, p. 1377.

2) Los grupos financieros emergen, de esta forma, como un estadio posterior relativo al tipo de agrupación precedente, que se caracteriza por el hecho de que la sociedad madre posee un objeto estatutario de carácter exclusivamente financiero. La cohesión global del grupo estará asegurada por la administración de la red de participaciones sociales detentadas por la sociedad madre en las sociedades filiales.

De esto modo, el elemento que distingue los grupos financieros de los industriales, es la diferente naturaleza del objeto y actividad del respectivo vértice jerárquico que, en los segundos, mantiene como regla general, su actividad industrial originaria. Ya en los primeros (grupos financieros), la actividad de la sociedad madre estará circunscrita a una gestión estratégica de la respectiva cartera de participaciones y, a través de ella, del propio grupo.

De entre los propios grupos financieros, podría procederse una distinción, derivada de la fisonomía de la sociedad líder del grupo. Así, esa será una sociedad holding (estando organizada en holdings sectoriales o subholdings), ya de naturaleza privada²⁷⁵, ya de naturaleza pública²⁷⁶. Además, es posible también su constitución en el sector bancario, siendo este el caso referido en los mayores grupos japoneses, tales como Sumitomo, Mitsubishi o Mitsui, cuyo número de filiales es, hoy por hoy, indeterminado, variando día a día²⁷⁷.

²⁷⁵ Véase el caso del grupo belga liderado por la *Société Générale de Belgique*, con sus casi 1300 filiales. Véase, doctrinalmente: DAEMZ, Herman: *The Holdings Company and Corporate Control. Op. cit., loc. Cit.*; LIBONATI, Berardino: *Holdings e Investment Trusts*. Giuffrè, Milano, 1977, p. 18.

²⁷⁶ Véase el caso del grupo portugués IPE (*Investimentos e Participações do Estado S.A.*), o del grupo italiano IRI (*Istituto per la Ricostruzione Industriale*).

²⁷⁷ Hoy por hoy, es indiscutible la importancia de las instituciones bancarias en el movimiento de concentración económica en general, y en el movimiento de constitución y organización de los grupos de sociedades en especial. Además, lo mismo es posible sea dando origen a auténticos grupos bancarios de sociedades (que poseen un centro de decisiones en un banco determinado que asegura el control del grupo), sea originando la situación de bancos de grupo (en el cual la institución bancaria funciona como un soporte financiero de las sociedades agrupadas). Véase, en ese sentido: HIRSH, Alain: *La Surveillance Administrative d'un Groupe Multinational: l'Exemple des Banques Multinationales*, en: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1982, p. 197 y ss.

Por otro lado, la estructura de los principales grupos japoneses constituye un buen ejemplo sobre la importancia de las instituciones bancarias para los grupos de sociedades. Así, generalmente, los grupos japoneses poseen su eje organizativo en una sociedad madre vinculada a un gran banco que coordina y asegura el financiamiento global del grupo y de las sociedades componentes del mismo. Véase, en ese sentido: ANTUNES, José Engracia:

Después de analizados los grupos de sociedades bajo una clasificación económica, parece necesario hacer un análisis, aunque breve, de sus diferencias con otros instrumentos de cooperación o concentración empresarial. Insistimos se trata de permitir una mejor comprensión del instrumento jurídico del grupo de sociedades. Además, es importante hacer tal diferenciación en este momento para que la misma pueda servir de base al entendimiento del grupo de sociedades en su dimensión jurídica, temática ésta que será abordada en el siguiente capítulo de nuestra tesis.

5. Breves distinciones entre algunos instrumentos de concentración y de cooperación empresarial con los grupos de sociedades

Después de analizado el grupo de sociedades bajo los aspectos económicos de internacionalización de la actividad empresarial, además de un importante estudio de su tipología, permitiendo contextualizar este instrumento jurídico como una especie más del genero concentración empresarial y no como el genero en sí, cumple subrayar, a seguir, las diferenciaciones básicas del grupo de sociedades con otros instrumentos de concentración empresarial, para que se vea mejor cualificado y definido este instrumento de concentración.

Importa decir que no haremos un análisis exhaustivo de todos los instrumentos de concentración existentes, ya que no es objeto de nuestra tesis doctoral además de prácticamente imposible de realizarlo. Imposible porque en la actualidad instrumentos de concentración existen tantas cuantas operaciones empresariales existen en el mercado. Así que, seguidamente, lo que haremos será un análisis comparativo del grupo de sociedades con los instrumentos de concentración que con éste puedan verse confundidos de forma más frecuente, los cuales son: 1) la fusión; 2) la escisión; 3) el holding, y; 4) la joint venture.

Finalmente, realizaremos un estudio aún más profundizado de la joint venture, ya que será este instrumento jurídico, en sus dos vertientes (corporated joint venture²⁷⁸ y uncorporated joint venture²⁷⁹), lo que puede ser

Structure and Organization of Japanese Multinational Enterprises: Some Features of Japanese Corporate Management. EC Commission, Brussels, 1988, p. 11 y ss.

²⁷⁸ Podría haber una confusión con el grupo de sociedades de base societaria.

con más frecuencia confundido con el grupo de sociedades. Es lo que pasamos a hacer.

5.1. Fusión²⁸⁰

En el seno de la UE, a partir de la Tercera Directiva relativa a la fusión de la S.A.²⁸¹ se promovió una armonización en la materia. Así, algunos elementos serían comunes en las legislaciones nacionales relativos a las fusiones. Los regímenes nacionales delimitan "... la fusión de sociedades mediante unos elementos comunes: la concepción procedimental, los elementos configuradores o efectos parciales, subsiguientes a la culminación del procedimiento trazado para la realización de la fusión – la extinción sin liquidación de alguna sociedad, la sucesión universal en todos los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas por parte de la sociedad absorbente o de nueva creación y el paso de los socios de las sociedades que se extinguen a la sociedad absorbente o la nueva, mediante la entrega a los mismos de acciones, participaciones o cuotas, en general de éstas – y las modalidades que puede revestir esa institución única – fusión por absorción o incorporación y fusión mediante creación de una nueva sociedad"²⁸².

²⁷⁹ Podría haber una confusión con el grupo de sociedades de base contractual.

²⁸⁰ Véase, para una profundización del estudio de la fusión, entre otros: BEGG, P. F. C.: *Corporate Acquisitions and Mergers*. Graham & Trotman, London, 1986, p.19 y ss.; WEINBERG, M. A.: *Take-overs and Mergers*. Sweet & Maxwell, London, 1979; BERCOVITZ, Alberto: La Fusión de Sociedades, en: *La Reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital*. Universidad Complutense, Madrid, 1987, p. 631 y ss.; BERTREL, Jean y JEANTIN, Michel: *Fusions et Acquisitions de Sociétés Commerciales*. Litec, Paris, 1989, p.47; CHEMINADE, Y.: *La Nature Juridique des Fusions*, en: *RTDC* (1970), 1970, p. 15-37; MARTIN, G.: *La Notion de Fusion*, en: *RTDC* (1978), 1978, p. 269-298; SANTAGATA, Carlo: *La Fusione fra Società*. Morano, Napoli, 1964, p. 153 y ss; TANTINI, Giorgio: *Transformazione e Fusione delle Società*, en: *Tratatto di Diritto Comérciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, v. VIII. Cedam, Padova, 1985; VENTURA, Raúl: *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*. Almedina, Coimbra, 1990, p. 5 y ss.; ANDREU MARTÍ, M^a del Mar: *La nulidad de la fusión de sociedades*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 2002, p.25 y ss.; VAÑO VAÑO, María José: *Fusión heterogénea y cesión global en el sector bancario*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, p. 41 y ss. Al respecto de la clasificación de la fusión véase, en especial: BIANCHI, Giorgio: *Le Operazioni di Fusione*. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 2000, p. 6 y ss.; al respecto de la naturaleza jurídica de la fusión, de entre otros, véase: SACARDULLA, Francesco: *La Transformazione e la Fusione delle Società*, en: *Trattato di Diritto Civile e Comérciale* (CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco y MENGONI, Luigi), volume XXX, t. 2. Giuffrè editore, Milano, 2000, p. 308-325.; al respecto del sistema de evaluación de los bienes de las sociedades en la fusión, véase: PALEA, Vera: *Il Rapporto di Cambio nelle Operazioni di Fusione e di Scissione*. Giappichelli Editore, Torino, 2000, p. 87-105.

²⁸¹ Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 09 de octubre de 1978 (Diario Oficial L 295 de 20.10.1978).

²⁸² LARGO GIL, Rita. *La fusión de sociedades mercantiles – fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2000, p.134.

La fusión de sociedades se diferencia del grupo de sociedades en varios aspectos, siendo los principales los siguientes:

1) En el plano del proceso y modalidades de la respectiva realización, en cuanto que la operación de constitución de un grupo de sociedades no se encuentra, necesariamente, subordinada a un proceso institucional a efectos de las formas que pueda asumir, la fusión pasa por la realización de un proceso jurídico imperativo, siendo las modalidades de esa realización determinadas por la ley.

2) Por otro lado, la fusión constituye una operación económico-jurídica de concentración intersocietaria que genera, por definición, la extinción de la personalidad colectiva de las sociedades involucradas, al paso que el grupo presupone justamente su manutención²⁸³. Esta diferencia de unidad o pluralidad jurídica de la empresa emergente²⁸⁴ es absolutamente fundamental para la comprensión del alcance diverso de estas dos técnicas jurídicas de concentración empresarial, en términos de eficiencia económica, financiera, organizativa y, hasta, jurídica.

“Un factor determinante en Europa para mantener las fusiones, es su estructura económica, existen 15 millones de PYMES frente a 5 en EEUU, que si bien desde el punto de vista de la creación de empleo y de las nuevas tecnologías, siguen teniendo un papel importante que desarrollar, también es necesario potenciar su concentración, y no sólo desde la perspectiva de la competitividad, incluso de su supervivencia, en un mercado fuertemente globalizado, al suponer entre otras ventajas un reducción en los costes empresariales de financiación y producción”²⁸⁵.

²⁸³ En la fusión absorción, la sociedad absorbida transmite la totalidad de su patrimonio para la sociedad absorbente, desapareciendo como ente jurídico. Por otro lado, en la fusión creación, las sociedades fusionadas se extinguen y transfieren todo el respectivo patrimonio para una nueva y distinta sociedad.

²⁸⁴ La fusión origina una empresa unisocietaria. A su vez, los grupos de sociedades crean una empresa plurisocietaria.

²⁸⁵ SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas. Las fusiones transfronterizas y el derecho de la competencia, en: Derecho de Sociedades, Volumen V, McGrawHill, Madrid, 2002, p. 5088.

5.2. Escisión²⁸⁶

En contraposición a la fusión de sociedades, la escisión de una sociedad es "...un procedimiento económico y jurídico de desconcentración empresarial, de especialización y racionalización empresarial, de regionalización de la empresa, o el mecanismo menos oneroso y traumático de separación de accionistas en sociedades muy personalistas con grupos o socios bien diferenciados e intereses contrapuestos"²⁸⁷.

A diferencia de la fusión, la escisión de sociedades constituye una técnica de desconcentración o descentralización societaria (demerger), que consiste en la operación jurídico-económica por la cual una única sociedad procede a la división de su propio patrimonio, total o parcialmente, con o sin extinción de la respectiva personalidad jurídica, siendo las partes escindidas transmitidas para una nueva sociedad o una sociedad ya existente²⁸⁸.

"Así, la escisión puede constituir un instrumento adecuado para la descentralización, desconcentración o especialización empresariales, motivadas por razones de racionalización económica o, incluso, como consecuencia de la ejecución de una política antimonopolística"²⁸⁹.

A través de semejante operación, una sociedad puede:

a) destacar tan solamente una parte de su patrimonio para con ella constituir una nueva sociedad (escisión-creación);

²⁸⁶ Véase, entre otros: MISHKIN, Walter: *Techniques in Corporate Reorganizations*. Publisher House, New York, 1972, p 46; SCHIPPER, K y SMITH, A.: *The Corporate Spin-Off Phenomenon*, en: *The Revolution in Corporate Finance*. Basil Blackwell, Oxford, 1986, p. 437-444.; SIEGEL, Harold: *When Corporations Divide: A Financial and Legal Analysis*, en: *79 HarvLR* (1966), 1966, p. 534-577.; ROJO, Angel: *La Escisión de Sociedades*, en: *La Reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital*. Universidad Complutense, Madrid, 1987, p. 663-710.; FERREIRA, Durval: *Cisão de Sociedades*. Almedina, Coimbra, 1985, p. 7 y ss.

²⁸⁷ FRAILE BARTALOMÉ, Gregorio y CLEMENTE CLEMENTE, Vicente: *Fusiones y Escisiones en las Sociedades Anónimas*. CISSPRAXIS, Valencia, 2001, p. 59.

²⁸⁸ Cuando enfrentamos la escisión con la fusión, caracterizando la última como una operación de concentración y la primera como de desconcentración, tomamos las expresiones en un puro sentido funcional, a fin de sugerir el diferente *modus operandi* de su realización. Es claro que, desde un punto de vista económico, las dos figuras deben considerarse verdaderas técnicas jurídicas de soporte de la concentración económica de las empresas. Una operará sobre todo en la fase de expansión pura de una empresa, la otra en una fase de respectiva reorganización interna. Véase, en ese sentido: CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*. *Op. Cit.*, p. 187 y ss.

²⁸⁹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando (dirigido por: URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Tomo IX – Transformación, Fusión y Escisión de la Sociedad Anónima, Volumen 3º, Escisión*. Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 19-20.

b) o puede disolverse, dividiéndose todo su patrimonio en distintas partes, destinadas a la constitución de nuevas sociedades (escisión-disolución);

c) o incluso promover la respectiva fusión con sociedades ya existentes (escisión-fusión)²⁹⁰.

En sus dos primeras modalidades, la escisión posee algunas similitudes con el grupo societario. Así, tratándose de una operación jurídico-económica que permite vehicular una lógica de reparto de una actividad económica originariamente unitaria entre varios entes societarios jurídicamente autónomos, puede constituir el embrión de la formación de un grupo de sociedades. Tal afirmación es reforzada por la circunstancia de que los socios de la sociedad seccionada vienen a dominar las sociedades, nuevas o ya existentes, destinatarias de las parcelas patrimoniales destacadas. Además, las operaciones de escisión-creación o escisión-disolución pueden constituir métodos alternativos funcionales de constitución de un grupo al mecanismo de dominio total originario²⁹¹.

Se debe subrayar todavía que, en sí misma, la escisión constituye una operación técnico-jurídica neutral. Se trata, tan sólo, de un proceso de descentralización jurídica, organizativa y patrimonial de una empresa unitaria,

²⁹⁰ Sobre las varias formas modernas de escisión, véase: EISENBERG, Melvin: *The Structure of the Corporation – A Legal Analysis*. Little Brown, Boston, 1975, p. 255 y ss.

²⁹¹ La operación de escisión, particularmente escisión-creación, constituye así un método de constitución de grupos societarios, alternativo al mecanismo de dominio total originario. Las dos figuras son idóneas para realizar la llamada expansión externa de la empresa, operando la transformación de una estructura originariamente unisocietaria en una estructura plurisocietaria.

Sin embargo, aunque exista esta identidad funcional, hay diferencias entre las dos figuras. Desde luego, en cuanto a los sujetos, al paso que la escisión simple puede ser operada por cualquiera tipo social, la constitución de una sociedad unipersonal solamente podrá ser operada bajo la forma de una sociedad anónima cuanto a la sociedad creada.

Después, al nivel de los respectivos presupuestos de creación. Así, al paso que en la escisión los bienes destacados deben ser determinados, los ingresos en la sociedad unipersonal pueden consistir en bienes de cualquier especie.

Finalmente, al nivel del régimen jurídico aplicable. Una primera diferencia tiene que ver con la posición relativa de los socios y administradores de la sociedad escindida y creadora, resultante de la operación en análisis. Al paso que en la escisión-creación las partes sociales en la nueva sociedad son atribuidas a los socios de la sociedad escindida, manteniendo estos un poder de intervención en la conducción de los negocios sociales de la nueva sociedad, en la operación de dominio total no pasará lo mismo, ya que las partes sociales pasarán a pertenecer, exclusivamente, a la propia sociedad creadora (lo que equivale a un refuerzo, por vía indirecta, de los poderes de los órganos de administración en detrimento del colegio de los socios). Véase, por todo lo dicho: ANTUNES, José Engrácia. *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários*. Op. Cit., p. 45 y ss.

sin determinar al respecto de las relaciones futuras de los entes emergentes²⁹², ni mucho menos la subordinación de todos ellos a una dirección económica unitaria, ejercida por la sociedad escindida.

5.3. Holding²⁹³

El concepto de holding es utilizado para designar aquellas sociedades que tienen como objeto la gestión de una cartera de títulos. Entre este sector general de sociedades con un objeto financiero, cabe distinguir dos tipos fundamentales, acordes con la finalidad subyacente de la ya aludida gestión.

1) Por un lado, existen sociedades que tienen por objeto la gestión de una cartera de participaciones con una simple finalidad de rentabilización de los capitales invertidos. Son éstas las llamadas sociedades financieras o sociedades de inversión²⁹⁴.

2) Por otro lado, hay sociedades que tienen por objeto la gestión de participaciones sociales con el objetivo de adquirir el control de las sociedades participadas, a través del ejercicio de los derechos sociales inherentes al capital detenido (máxime derecho al voto). Para este segundo tipo de sociedades se acostumbra a reservar en la doctrina especializada la denominación de sociedad holding²⁹⁵.

²⁹² Que suelen evolucionar en el mercado, o como entidades independientes, o como unidades dependientes entre sí.

²⁹³ Véase: DAEMZ, Herman: *The Holding Company and Corporate Control*. Op. y loc. Cit.; GALGANO, Francesco: *Qual è l'Oggetto Sociale della Holding?*, en: *Celm* (1986), 1986, 2, p.327-343; LIBONATI, Berardino: *Holding e Investment Trusts*. Op. y loc. Cit.; VENTURA, Raúl: *Participações Unilaterais de Sociedades em Sociedades e Sociedades Gestoras de Participações noutras Sociedades*, en: *XXIX RSI* (1980), 1980, p. 19-101.

²⁹⁴ HAMEL, Joseph: *Les Sociétés d'Investissement*. A.N.S.A. 128, Paris, 1960, p.22; SENN, Georges: *Les Sociétés de Investissement en Droit Français et Droit Comparé*. Sirey, Paris, 1956.

²⁹⁵ En el cuadro de las sociedades cuyo objeto social consiste en la gestión de una cartera de participaciones sociales, aquello que diferencia los dos tipos societarios referidos es el objetivo o finalidad subyacente a la gestión de la misma cartera de participaciones. En el primer caso, la gestión de las participaciones sociales constituye un fin en si misma, en el sentido de que la sociedad participante pretende tan solamente maximizar la rentabilización de la inversión de capitales hecha en las sociedades participadas, sea mediante la percepción de dividendos (beneficios), sea por la obtención de más vallas mediante la rotación de la cartera de títulos mobiliarios. Importante subrayar como punto característico de este tipo de participación el hecho de que la sociedad no pretende ninguna especie de control, pero, tan solamente, ganancias de capital.

En el segundo caso, por lo contrario, la gestión de participaciones sociales constituye un *medio en relación a un fin*, o sea, constituye un puro instrumento de control y gestión

El holding constituye un instrumento valioso de reorganización de los grupos de sociedades. Sin embargo, no puede confundirse con el propio grupo.

Mientras éste último constituye una forma organizativa (informal) de la actividad económica de la empresa moderna como empresa plurisocietaria; el holding representa tan sólo una forma organizativa (formal) de la respectiva cúspide jerárquica. En ese sentido, aparece como una de las modalidades jurídico-societarias posibles que puede revestir la sociedad madre de un grupo. Naturalmente, la adopción de la forma holding por una determinada sociedad constituye un fuerte indicio de la existencia de un grupo de sociedades, ya que su objeto contractual (constituido por la administración de participaciones sociales como forma indirecta del ejercicio de actividades económicas) está particularmente destinado a organizar el ejercicio de una dirección económica unitaria de la sociedad sobre sus participadas.

No obstante, se debe apuntar que nada puede ser inferido de tal circunstancia, ni en general ni en definitivo, en cuanto a la naturaleza e intensidad de las relaciones existentes de coligación intersocietarias, dependiendo todo en última instancia de la apreciación de las circunstancias de cada caso en concreto. Así, una sociedad holding podrá:

a) ser titular de una vasta estructura de situaciones de coligación intersocietaria, desde las relaciones de grupo propiamente dichas (por medio de participaciones totalitarias que le aseguren el dominio total de las participadas), hasta las relaciones de dominio (máxime, a través de participaciones minoritarias);

b) bien como las propias relaciones de simple participación (participaciones oscilantes entre un 10% y un 50%);

c) incluso gestionar participaciones irrelevantes desde el punto de vista de la aplicación de una disciplina especial de las sociedades coligadas.

indirecta de los negocios de las sociedades participadas. En el ámbito de las propias sociedades *holdings* podría, aún, procederse ulterior clasificación. Así, estarían distinguidas las *holdings* entre aquellas que tienen por objeto tan solamente la gestión de una cartera de participaciones sociales en otras sociedades como forma indirecta de ejercicio de actividades económicas (*holdings puras*), y aquellas que, además de tener las participaciones sociales y gestionar la cartera de participaciones, ejercen otras actividades, de naturaleza industrial o comercial, en el ámbito del respectivo objeto social (*holdings mixtas*).

5.4. Joint Venture

5.4.1. Aproximación a la materia

El desarrollo del mundo moderno induce, cada vez con mayor intensidad, a la realización de emprendimientos comunes (proyectos comunes).

La transnacionalización de las empresas, que les hace mirar al mundo como un único mercado, estimula en cierta medida la competencia (con la actuación internacional de los grupos) y exige formas asociativas nuevas para la conquista o el mantenimiento de determinadas áreas de dominio.

Tal objetivo implica un constante empeño de las empresas a favor de la disminución de los costes, con la obtención de una economía de escala. Además, el simple crecimiento de las actividades productivas, por medio del instrumento de concentración básico (fusión), puede generar, no una disminución de tales costes fijos sino, más aún, su incremento, derivado de un gigantismo de la actividad productiva²⁹⁶.

Por otro lado, la necesidad de una tecnología con innovaciones constantes, impone la necesidad de voluminosas inversiones en investigación, con riesgos elevados que una sola empresa no soportaría. Además, el volumen de información que requiere la actividad global y tecnológica se entiende mejor cuando las empresas actúan conjuntamente, en determinado sector de actividad. Es importante subrayar también que, el mejor control y formación de los mercados regionales actúa como característica fundamental para la búsqueda por los empresarios de nuevas formas asociativas^{297/298}.

El contrato de joint venture es, en los términos antes expuestos, una de esas formas de asociación. El joint venture se constituye bien mediante la asociación en una tercera corporación (incorporated joint venture – joint venture societária), bien por la constitución de consorcios de empresas (unincorporated joint venture – joint venture contractual). Podrá realizarse en

²⁹⁶ PEREIRA NETO, Mario: *Joint Ventures con a União Européia*. Aduaneiras, São Paulo, 1995, p. 33 y ss.

²⁹⁷ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões: *A Lei das S.A.*. Renovar, Rio de Janeiro, 1992, p. 98 y ss.

²⁹⁸ En el mismo sentido, todavía agregando la idea de permitir el emprendimiento común una sinergia psicológica entre los entes sociales, facilitando así la inserción comercial de los mismos en los países de acogida de la inversión, véase: LANGEFELD-WIRTH, Klaus: *Les Joint Ventures internationals*. GLN Joly editions, Paris, 1992, p. 7.

áreas estrictamente tecnológicas (v.g., investigaciones en biotecnología); en explotación mineral; entre empresas extranjeras y nacionales (para vencer barreras arancelarias); para movilizar capitales y realizar obras que requieren tecnologías no dominadas por una única empresa. Es precisamente por ese amplio ámbito de actuación que las joint ventures han alcanzado, hoy por hoy, un gran desarrollo, con fuerte presencia en el mercado mundial.

5.4.2. La joint venture y las relaciones internacionales

La joint venture aparece como una mezcla de la creación civilística y del interés práctico y consuetudinario del Common Law. Es, por lo tanto, una figura originada de la práctica de los negocios y de la propia jurisprudencia norteamericana^{299/300}.

La joint venture es una forma de cooperación entre empresas independientes. A pesar de existir dificultades a la hora de su definición jurídica, que podrían haber dificultado su adopción en las relaciones mercantiles internacionales de las empresas transnacionales, ha alcanzado una alta internacionalización. Más aún, la internacionalización de este contrato fue posible exactamente por la flexibilidad de su constitución, proporcionando su perfecta adecuación a los negocios internacionales (negocios éstos que demandan una elevada diversidad de formas jurídicas para su constitución).

Su internacionalización se promovió a través del desarrollo de la industria petrolífera y de minerales. Las actividades desarrolladas por estas sociedades en el extranjero no se cualificaban en la estricta operación de importación/exportación, la cual se asemejaba a una conversación entre vecinos (frente a frente), cada cual en su casa, en su territorio. Al contrario, las sociedades minerales y petrolíferas tuvieron que ir más allá de lo habitual, esto es, erigir en ese universo extraño (extranjero) las estructuras jurídicas susceptibles de acoger sus inversiones³⁰¹. A partir de ahí, la doctrina

²⁹⁹ Véase: BAPTISTA, Olavo y RIOS SIERRALTA, Aníbal: *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. Fondo Editorial, Lima, 1992, p. 185.

³⁰⁰ Véase al respecto del desarrollo internacional del contrato de *joint venture*: SIERRALTA RÍOS, Aníbal: *Joint Venture internacional*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 30-38.

³⁰¹ BONVICINI, Daniele: *Le joint venture: tecnica giuridica e prassi societaria*. Giuffrè, Milano, 1977, p. 8 y ss.

internacional tiene empeñado en definir la joint venture transnacional, buscando un entendimiento más amplio que el del Derecho anglosajón (originario).

Las internacional joint ventures pasan a ser entendidas como mecanismos de cooperación entre empresas, los cuales tienen un carácter contractual y sin forma específica. Poseen naturaleza asociativa (división de los medios y de los riesgos) presentando objetivos y duración limitados o ilimitados³⁰².

Ni siempre la consecución de los beneficios es el elemento esencial de la joint venture internacional. Es posible la existencia de joint ventures en que los beneficios no aparecen como un fin inmediato, sino meramente mediato. Esta posibilidad se encuentra presente en la creación de una unidad común de fabricación; centros comunes de investigación; centrales de compra; etc. Los co-ventures ganarán con la economía que podrá resultar de tales asociaciones y con la reducción de los costes que se observará³⁰³.

Otro elemento caracterizador de la joint venture originaria sería su carácter ad hoc. Tal punto no siempre estará presente en la internacional joint venture, una vez que perdió parte de su relevancia en la práctica comercial internacional. Así, los contratos asociativos para exploración de recursos naturales, que tendrían carácter duradero, conduciendo a una instalación estable de la empresa en el mercado dónde está localizada la inversión podría constituirse bajo la forma de internacional joint venture³⁰⁴.

Podremos concluir este punto afirmando que, en su internacionalización, la joint venture pasó a ser más flexible que en su origen anglosajona. A su vez, tal flexibilización transformó el entendimiento del instituto aún más difícil, bien como su definición definitiva.

"En el ámbito internacional se tomó el nombre y el concepto global de la joint venture corporation, pero no la naturaleza jurídica de la joint venture original, imposible de trasladar al campo internacional, al no poder contraponerla a la partnership. Pese a ello, tras esa fase de

³⁰² BASSO, Maristela: *Joint venture*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1994, p. 35 y ss.

³⁰³ BAPTISTA, Luiz Olavo y DURAND-BARTHEZ, Pascal. *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*. Op. cit., p. 63 y ss.

³⁰⁴ ASTOLFI, Andrea: *Contratto Internazionale de Joint Venture*, en: *Revista delle Società*, ano 22. Milano, 1977, p. 844.

internacionalización sí quedaron algunos de sus rasgos, los más característicos: flexibilidad, control conjunto y deber de fidelidad³⁰⁵.

Pasemos al análisis de algunas conceptualizaciones de la international joint venture.

5.4.3. Disciplina de la joint venture

La joint venture, en el sentido que es entendida hoy, deriva, en gran medida, de un desarrollo de tal figura a partir de la postguerra³⁰⁶. En virtud de su flexibilidad y facilidad de constitución, la definición de la joint venture continúa en constante evolución³⁰⁷. La figura, en el campo internacional, carece de una disciplina unitaria.

1) En una perspectiva europea, vista bajo la óptica del Derecho inglés, el sugestivo nombre joint venture implica exteriorizar el esfuerzo comercial de dos o más partes. El término sería utilizado para indicar cooperación entre dos o más partícipes; cooperación, de la cual, el primer efecto sería la creación de medios para facilitar la unión de intereses o cambio de recursos³⁰⁸.

2) Otra forma de definir las joint ventures será teniendo en cuenta el local de constitución del emprendimiento común: si se trata de un país con economía avanzada o si es un país en vías de desarrollo³⁰⁹.

a) De esta forma, en la primera hipótesis, países de economía avanzada, la joint venture constituye, generalmente, un instrumento de concentración de los inversionistas (los inversionistas tendrán la posibilidad de recurrir a un nuevo instrumento jurídico para concentrar su capital).

b) Por otro lado, en los PVDs, las joint ventures conforman instrumentos de cooperación industrial esenciales para la realización de finalidades económicas de creciente importancia, tales como la ampliación del

³⁰⁵ MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge: *La sociedad conjunta – Joint venture corporation*. Editorial Civitas SA, Madrid, 1998, p. 100.

³⁰⁶ HERZFELD, Edgar: *Joint ventures*. Second edition, Jordans, Bristol, 1991, p. 3 y ss.

³⁰⁷ LE PERA, Sergio: *Joint ventures y otras formas de cooperación entre empresas independientes*. La Ley, Buenos Aires, 1977, p. 71.

³⁰⁸ KLING, Edward y BURLEY, Stephen: *Joint venture in Europe*. Butterworths, London, 1991, p.1 y ss.

³⁰⁹ Entre otros: STRENGER, Irineu: *Contratos Internacionais do comércio*. 2 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 351 y ss.

mercado laboral, la actualización tecnológica, la producción en economía de escala, etc. Además, sería una forma de reglamentación de los inversionistas extranjeros, con el fin de favorecer la participación local (del receptor de inversiones) en la gestión del emprendimiento que se crea, garantizando su presencia en el ámbito de desarrollo nacional.

3) Finalmente, no solamente en los países de economía avanzada sino también en los PVDs, la joint venture es definida también como acuerdos comerciales entre empresas, con vocación para la realización de las más variadas formas de colaboración e interrelación económica. Tales acuerdos pueden poseer una naturaleza puramente contractual (unincorporated joint venture – consorcio de empresas) o, inversamente, dar origen a la creación de un nuevo ente societario (incorporated joint venture – joint venture societaria). Pueden ser celebrados entre empresas pertenecientes a un mismo país o, como es más frecuente, entre empresas de nacionalidad distinta. Pueden versar sobre múltiples sectores de actividad económica, de la producción y de la I&D hasta la colaboración tecnológica y administrativa³¹⁰.

Algunos puntos caracterizadores³¹¹ de la joint venture serán:

- a) origen y carácter contractual;
- b) derecho de los partícipes, independientes entre sí, a la gestión conjunta;
- c) naturaleza asociativa;
- d) objeto y/o duración determinados;
- e) carácter no formal del contrato;
- f) facilidad de su constitución.

4) Después de analizadas innumerables definiciones propuestas y ya con la certeza de no ser ésta definitiva en virtud de la flexibilidad y facilidad de constitución de tal instrumento, podríamos aventurar que la international joint venture es un acuerdo de cooperación (sin forma propia – incorporated

³¹⁰ ANTUNES, José A. Engracia: *Os grupos de sociedades. Op. Cit.*, p. 71-72.

³¹¹ En ese sentido: BAPTISTA, Luiz Olavo: (1981) *Les joint venture dans les relations internationales*. Paris II, p. 87-88 (Tesis de doctoramiento – Université de Droit d'économie et des Sciences Sociales de Paris).

joint venture), o de asociación (corporated joint venture), entre dos o más personas, físicas o jurídicas, de Derecho público o privado. Los partícipes pueden ejercer la administración conjunta del emprendimiento y tienen el deber de búsqueda de un objetivo común. Además, actúan en la expectativa de beneficios, no necesariamente inmediatos, pero sí, con frecuencia siendo tales beneficios meramente mediatos. Finalmente, puede constituirse entre personas nacionales o extranjeras, siendo la segunda hipótesis la más frecuente.

5.4.4. Tipología

Derivada de la flexibilidad de constitución de la joint venture, existiría una clasificación de sus tipos. A saber:

a) En cuanto al punto de vista organizativo: – incorporated joint venture y unicorporated joint venture³¹²;

b) según los sectores de actividad: – manufactureras; exploración de recursos naturales; agrupaciones bancarios; agrupaciones para construcción de obra cierta; investigación y producción común; de inversiones; de servicios y; comerciales³¹³;

c) en cuanto a forma de concentración: horizontal y vertical³¹⁴;

d) en cuanto al grado de participación en dominante; participativa e independiente³¹⁵.

A efectos del objeto de nuestra tesis, el que más interés genera es el primer tipo de joint venture.

5.4.4.1. Respecto al punto de vista organizativo

En cuanto al tipo organizativo, existirían básicamente dos especies de joint venture utilizadas por los inversionistas internacionales.

³¹² BONVICINI, Daniele: *Le joint venture: tecnica giuridica e prassi societaria*. Op. Cit., p. 181 y ss.

³¹³ MORAES NETO, Deraldo Dias de: Joint venture, *Revista do Mestrado em direito da UFBA*. Universidade Federal da Bahia, Salvador, n. 3, jul. 1992/jun. 1993, p. 248-251.

³¹⁴ CHULIÁ VICENTE, E. y; BELTRÁN ALANDETE, T.: *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Volumen I, cuarta edición, José Maria Bosch editor, Barcelona, 1999, p. 206 y ss.

³¹⁵ LAMY FILHO, Alfredo y; PEDREIRA, José Luiz Bulhões: *Op. cit.*, p. 353 y ss.

a) Incorporated joint venture (o joint venture corporation)

Está definida como contrato societario³¹⁶ entre dos o más empresarios que se obligan a reunir esfuerzos y recursos con el fin de ejercer en conjunto un determinado emprendimiento económico o empresa. Los elementos que lo caracterizan como especie de contrato de sociedad son³¹⁷:

1) los contratantes son empresarios – personas físicas (que ejercen la actividad mercantil en nombre propio) o sociedades empresarias;

2) el contrato es el instrumento jurídico que permite a las partes ejercer la actividad empresarial;

3) estará delimitada en el contrato de constitución de la joint venture el aporte de capital (inversión) realizado por cada partícipe en el negocio jurídico común;

4) estará definida en el contrato de constitución de la joint venture no solamente la repartición de los beneficios sino también la forma de asunción de las pérdidas;

5) existe el interés de los partícipes de que la asociación alcance sus objetivos, en razón de lo que ejercen o controlan la gestión del proyecto común.

El contrato deberá tratar de las siguientes materias³¹⁸:

a) modelo legal de la sociedad adoptada;

b) derecho de preferencia para los partícipes cuando se produzca la retirada de uno de los socios;

c) derecho de voto en las deliberaciones sociales y protección de la minoría;

d) composición y atribución de los órganos de gestión.

³¹⁶ Con todos los reflejos de ahí derivados tales como la calificación de ese negocio jurídico como plurilateral. Para profundizar en la materia, véase: ASCARELLI, Tullio: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Editora Bookseller, Campinas, 2001, p. 372/452.

³¹⁷ BASSO, Maristela: Op. cit., p. 48.

³¹⁸ ASTOLFI, Andrea: Evoluzione e qualificazione degli accordi di joint-venture, en: *Le Joint-Ventures – Profili Giuridici e Modelli Contrattuali*. E.G.E.A. S.p.A., Milano, 1997, p. 11 y ss.

A su vez, los instrumentos jurídicos que van a regular el proyecto común en forma de corporation deben comprender³¹⁹:

I) un acuerdo de bases que funcione como marco jurídico, en el cual serán definidas las condiciones del negocio además de los otros instrumentos que deberán ser firmados;

II) el estatuto social de la compañía existente o a ser constituida;

III) un acuerdo de accionistas conteniendo las estipulaciones no reglamentadas en el estatuto social.

Aspecto importante a expresar es el de que, dependiendo del objeto y de las peculiaridades de la joint venture, deberá contener contratos de transferencia de tecnología, ofrecimiento de mano de obra, servicios de administración o comercialización, etc.³²⁰

Además, existen entendimientos en el sentido de que con la expresión incorporated joint venture se indica una sociedad por acciones. La Sociedad Anónima tendría como característica la responsabilidad limitada, teniendo por objeto la ejecución de un contrato subyacente de joint venture. En tal contrato estarían determinadas las modalidades de inversión, los movimientos de los accionistas, las actividades que a cada uno de ellos es confiada "pro-cuota", las cláusulas que deberían constar de los estatutos sociales³²¹. Así que la sociedad sería el instrumento que permitiría la ejecución del contrato de joint venture.

Sin embargo, no se puede garantizar que la incorporated joint venture se constituirá bajo la forma de una S.A. Lo que sí podremos decir es que, el contrato de joint venture, en su acuerdo de bases, además de estipular el propio objetivo común a ser buscado por los co-ventures, determinará también la persecución de este objeto por intermedio de la constitución de una sociedad mercantil. Por lo tanto, será el contrato de sociedad el instrumento para la realización de la joint venture, además de determinante de su propia

³¹⁹ En ese sentido: BAPTISTA, Luiz Olavo y DURAND-BARTHEZ, Pascal: Op. Cit., p. 47 y ss.

³²⁰ OTAEGIN, Julio C.: *Concentración societaria*. Editorial De Palma, Buenos Aires, 1990, p. 141.

³²¹ ASTOLFI, Andrea: Contratto Internazionale de Joint Venture, en: *Revista delle Società*. Ano 22, 1977, p. 847.

existencia³²², pero no podremos determinar, con carácter general, cual será el tipo societario escogido por los co-ventures.

Por fin, la joint venture corporation es definida como una organización común, revestida de la forma societaria y poseída por otra sociedad.

Tal definición se limitaría a describir el fenómeno, bajo la óptica económica, de la coligación de empresas por la participación en la sociedad común. Sin embargo, no hace un análisis jurídico de tal tema, dejando de considerar una característica esencial de la incorporation joint venture. En el concepto de joint venture corporation debemos considerar no sólo el aparato societario de base (carácter instrumental), sino también todo el acuerdo, estatutario o extra estatutario, que manipulamos en el esquema típico³²³.

De esta forma, considerando el caso bajo una perspectiva dinámica, se debe entender el concepto a examen como la operación de futuro miembro, en una sucesión cronológica bien precisa, desde el preliminar contrato de joint venture hasta la operatividad de la joint venture corporation. Considerando el caso bajo una perspectiva estática, se debe entender por joint venture corporation la compleja disciplina entre las partes, regulada por la norma de Derecho societario, la regla jurisprudencial y el pacto contenido en el contrato de constitución de la venture. Finalmente, tendremos así una definición de joint venture corporation que no va a limitarse al mero fenómeno societario, pero a todos los acuerdos que darán soporte para la existencia del propio contrato de joint venture.

b) Unincorporated joint venture (non corporated joint venture o consorcio)³²⁴

La elaboración de las unincorporated joint ventures en la práctica mercantil internacional nació de la dificultad de conciliar la estructura societaria disciplinada por las normas del orden público con la voluntad de las partes que contraían acuerdos de colaboración. Otro elemento preponderante será el de la

³²² VENTURA, Raúl: Primeiras notas sobre o contrato de consórcio, *Revista da Orden dos Advogados*. Lisboa, ano 41, 1981, p. 619-620.

³²³ BONVICINI, Daniele: *Op. cit.*, p. 181-182.

³²⁴ ELLISON, Julian y KLING, Edward: *Joint Ventures in Europe*. Second Edition, Butterworths, London, 1997, p. 11 y ss.

consecuente incertidumbre acerca de la validez de los pactos extra sociales o cláusulas estatutarias atípicas elaboradas por los co-ventures.

Por esto, la contractual joint venture es instrumento elástico y siempre mutable, en los términos de las exigencias del mercado o del momento, evitando las nacionalizaciones, y consagrando el régimen directo y personal de las relaciones internas³²⁵.

La contractual joint venture estaría definida como una asociación de intereses en la que los riesgos son compartidos aunque no se forme una persona jurídica independiente. No se forma una sociedad conjunta en la cual los socios poseen capital proporcional a la inversión hecha³²⁶. Está basada en un simple contrato entre los co-ventures, que establece una seguridad mínima para las partes³²⁷.

Aunque maleable, es posible la identificación de algunos elementos comunes. Así, tendríamos³²⁸:

- a) origen contractual de la asociación (agreement);
- b) subsistencia de un fin común de naturaleza económica (business commun purpose), generalmente búsqueda de lucro (expectation of profit);
- c) comunidad de intereses entre los asociados (community of interest, joint interest);
- d) búsqueda de una singular operación de negocios o realización de un único proyecto (single transaction specific venture);
- e) contribución en efectivo (dinero), bienes en especie, crédito, obras, servicio, conocimientos, etc., para la empresa conjunta (contribution);
- f) reconocimiento a cada asociado del derecho de recíproco control e intervención en la conducción del negocio (joint control, right of mutual control);

³²⁵ STRENGER, Irineu: Op. Cit., p. 354.

³²⁶ BASSO, Maristela: Op. Cit., p. 51.

³²⁷ HEWITT, Ian y PICOT, Gerhard: *Joint Ventures in English and German Law*. Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 16 y ss.

³²⁸ FERRAZ, Daniel Amin: *Joint Venture e Contratos Internacionais*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2001, p. 129 y ss.

g) presencia de una relación fiduciaria entre los miembros (fiduciary relationship);

h) atribución del derecho de participación en los beneficios económicos comunes (sharing of profits).

Finalmente, debe constarse la existencia a cerca de una de regulación jurídica de dicho contrato en algunos países. Así, el ordenamiento jurídico brasileño reguló el contrato de consorcio de empresas (unincorporated joint venture) por la Ley nº 6404, de 15 de diciembre de 1976, arts. 278/279. A su vez, el ordenamiento jurídico portugués reguló la materia en el Decreto-Ley nº 231/81, de 28 de julio³²⁹.

En España, a diferencia de otros países de su entorno (como el caso de Italia y Portugal)³³⁰, el Consorcio no está contemplado como figura asociativa con regulación propia³³¹. Sin embargo, el Instituto de Comercio Exterior (ICEX) lleva impulsando una política activa de promoción de los Consorcios de Exportación, estando definidos como agrupaciones de distintas empresas con el fin de promover sus ventas en mercados exteriores, mediante un compromiso de actuación conjunta³³².

³²⁹ En el Derecho positivo brasileño, el consorcio no será dotado de personalidad jurídica y los partícipes solamente tendrán que obligarse según las condiciones previstas en el contrato. Característica esencial será la exclusión explícita de responsabilidad solidaria de los integrantes, lo que deja los acreedores sin protección. Para profundizar en el estudio de tal figura véase: BAPTISTA, Luiz Olavo: Grupos e consórcios, en: *Revista de Direito Público*. Nº 65, ano XVI, jan/mar, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983.

Conforme el Decreto-ley nº 231/81, para el Derecho portugués consorcio es el contrato por el cual dos o más personas, singular o colectivas, que ejercen actividad económica se obligan a, de forma concertada, realizar cierta actividad o efectuar cierta contribución con el fin de perseguir cualquiera actividad prevista en dicho Decreto-ley (art. 1º del Decreto-Lei). Para profundizar en el estudio del consorcio en el derecho portugués véase: PITA, Manuel António: Contrato de consórcio, *Revista de Direito e Estudos Sociais*. Ano XXX, Almedina, Coimbra, 1988, p. 200.

³³⁰ En Italia Ley 240/1981, de 21 de mayo, posteriormente modificada por leyes sucesivas que contemplan y actualizan el régimen de subvenciones del Ministerio de Comercio Exterior para consorcios de exportación. En Portugal, como arriba referido, la regulación del Consorcio aparece con el Decreto-Ley n.º 236/81, de 28 de julio.

³³¹ Aunque haya sido creado con tal denominación y por leyes especiales determinados entes como el *Consorcio de Compensación de Seguros*, regulado por Ley de 16 de diciembre de 1954, o el *Consorcio de Promoción Comercial de Cataluña (COPCA)*, creado por el Decreto n.º 236/1987 de 13 de julio, de la Generalitat de Catalunya.

³³² Los Consorcios de Exportación se inician en España en 1983 por el antecesor del actual ICEX, el entonces denominado Instituto Nacional de Fomento a la Exportación (INFE), dentro de un programa de apoyo a la exportación española, tras constatar que la dimensión de las empresas exportadoras podría ser un obstáculo para aprovechar las oportunidades de la demanda potencial, preferentemente de países desarrollados. Los requisitos para su creación serían:

Los consorcios de exportación en España pueden ser de tres tipos:

1) Consorcios en origen y en destino: los primeros creados en España para abordar mercados exteriores; los segundos formados en el exterior por empresas españolas, que ya exportan y quieren profundizar en un mercado o área geográfica.

2) Consorcios de venta y Consorcios de promoción: según aborden aspectos de la comercialización y venta en el exterior, o aspectos puramente promocionales.

3) Consorcios sectoriales o multisectoriales: según estén integrados por empresas del mismo sector o pertenecientes a sectores diversos.

-
- 1) tener personalidad jurídica propia, independiente de las sociedades que lo componen - esta condición impuesta por el ICEX determina que necesariamente el consorcio debe recurrir a una de las formas de Sociedad previstas en el Derecho Mercantil Español (Regular Colectiva, artículos 125 a 144 del Código de Comercio; Comanditaria Simple, arts. 145 al 150 del Código de Comercio; Comanditaria por Acciones, arts. 151 al 169 del Código de Comercio; Anónima, Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; De Responsabilidad Limitada, Ley 2/1995 de 23 de marzo);
 - 2) si se trata de consorcios constituidos en España, deberán estar formados por un mínimo de cuatro empresas fabricantes o con producto o servicio propios españoles (excepcionalmente se admite con tres empresas). Ninguna de estas empresas podrá tener una participación superior al 25% del Consorcio, salvo en aquellos Consorcios formados por tres empresas, en los que no podrá superar el 33%;
 - 3) en el caso de que tenga filial en el exterior, ésta deberá estar participada por el Consorcio en un porcentaje superior al 50%;
 - 4) si es un Consorcio constituido en el exterior, el número mínimo exigible será de tres empresas españolas, no pudiendo tener ninguna de ellas participación superior al 33%;
 - 5) se admite la participación de un socio financiero (entidad financiera, comercializadora) español o extranjero, limitada su participación a niveles del menor socio fabricante español;
 - 6) no son admitidas participaciones cruzadas en el capital de las empresas que integran el Consorcio;
 - 7) tienen que presentar un Plan de Actuación en el exterior para cuatro años, con objetivos cuantificables por mercados;
 - 8) deben tener un Plan de Viabilidad económico-financiero a cuatro años;
 - 9) informar si han recibido, van a recibir o han solicitado alguna ayuda a Comunidades Autónomas u otros organismos públicos o privados;
 - 10) estar corriente de sus obligaciones fiscales, laborales y de seguridad social - tanto el Consorcio como sus partícipes;
 - 11) en el caso de Consorcios de nueva creación o que solicitan ayuda por primera vez, el ICEX realizará un análisis sobre la viabilidad del Consorcio y su adecuación a las condiciones y finalidad del programa con carácter previo a su aprobación.

También en la UE existe un mecanismo de apoyo para la creación de empresas conjuntas transnacionales³³³, quedando entendidas como toda forma de consorcio, asociación o empresa conjunta en sentido estricto, que forma parte de la industria, servicios, comercio o artesanía³³⁴.

5.4.5. Breves conclusiones respecto a la joint venture y su análisis comparativo con el grupo de sociedades

El término joint venture, como ya se ha dicho antes, se generalizó en la práctica internacional para designar un amplísimo sector de acuerdos mercantiles entre empresas, con vocación de realizar las más variadas gamas de colaboraciones e interrelaciones económicas.

Tales acuerdos pueden poseer una naturaleza puramente contractual (unincorporated joint venture) o, inversamente, dar origen a la creación de un nuevo ente societario (incorporated joint venture). Pueden ser celebrados entre empresas pertenecientes a un mismo país o, como es más frecuente, entre empresas de nacionalidad distinta. Pueden versar sobre múltiples sectores de la actividad económica, de la producción o hasta de la colaboración tecnológica y administrativa³³⁵.

³³³ Recientemente, y por decisión de la Comisión Europea de 5 de noviembre de 1997 (DO nº L 310, del 13 de noviembre de 1997) se ha aprobado el proyecto *Joint European Venture* (JEV) destinado a subvencionar hasta 50% de los gastos realizados en la creación de empresas conjuntas transnacionales en el interior de la Unión Europea, y hasta el 10% de la inversión realizada. Los requisitos para tal son: a) la *joint-venture* debe estar integrada por un mínimo de dos PYMEs establecidas en Estados miembros diferentes; b) debe tener por objeto una actividad económica nueva, en la que los socios participen activamente.

Finalmente, quedan excluidas las transferencias de actividades ya existentes (pretende el proyecto crear nuevas actividades y nuevos puestos de trabajo en la UE), las adquisiciones de empresas y la *joint venture* en que uno de los partícipes tenga más del 75% de participación.

³³⁴ En el ordenamiento jurídico portugués existe, aún, la constitución del Agrupamiento Complementario de Empresas (ACE), que tiene puntos semejantes al Consorcio pero con este no se confunde. Así, sería o ACE una cooperación contractual entre empresas ya constituidas y que, manteniendo su personalidad jurídica propia, no pueden tener como fin principal la búsqueda del lucro. Además, son constituidos mediante escritura pública, adquiriendo personalidad jurídica con su inscripción en el registro mercantil. Véase: SANTOS NETO, Correia dos: *Agrupamentos complementarios de empresas*. Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 22 y ss. Legislación portuguesa - Ley nº 4/73, de 4 de junio; Decreto-Lei nº 430/73, de 25 de agosto.

³³⁵ Véase, de entre otros: BROWN, J. T.: *International Joint Ventures Contracts in English Law*, en: *DPCI* (1979), nº 2, 1979, p. 193-244; FRIEDMANN, W.G. y BEGUIN, J.P.: *International Business Joint Ventures in Developing Countries*. Columbia University Press, New York, 1971, p. 3 y ss.; JAEGER, Walter: *Joint Venture: Origine, Nature, Developments*, en: *4 Washburn Law Journal* (1964), nº 1, 1964, p. 9-44; PROPERSI, Antonio: *Le Joint Ventures – Gli Accordi Fra Imprese*. Buffetti, Roma, 1987, p. 67; PEREIRA, Amorim: *O Contrato de Joint Venture*. ICEP, Lisboa, 1988.

La figura de la joint venture, aunque no se confunda con el grupo de sociedades, se entrecruza con el mismo y de forma específica con el caso de las llamadas filiales comunes (incorporated joint venture)³³⁶.

Así, por un lado, la constitución de filiales comunes constituye una forma privilegiada de implantación de los grupos de sociedades multinacionales. Lo mismo ocurre por los obstáculos legales impuestos a las inversiones extranjeras por los sistemas de licencias nacionales (máxime, si se exige una participación mínima de capitales autóctonos)³³⁷. Además, por las condiciones económicas propias de las empresas involucradas, los grupos son obligados a garantizar su presencia en los mercados locales, a través de la creación de empresas comunes con los partícipes nacionales³³⁸. Por otro lado, la filial común constituye un instrumento de colaboración de los propios grupos societarios entre sí³³⁹.

Finalmente en cualquiera de los casos, constituida y controlada por dos o más empresas sociales, la filial común dará siempre origen a problemas de dominio intersocietario (en particular siempre que las participaciones sean igualitarias, generando problemas de dominio múltiple horizontal). Esto es lo que pasamos a analizar a continuación.

6. El grupo de sociedades y las relaciones de dominio múltiple

El Derecho de las sociedades reposa tradicionalmente en el postulado de la independencia de la sociedad mercantil. Constituida la sociedad mercantil individual y autónoma, aparece compuesta por una pléyade de socios individuales y gestionada por administradores independientes, que pretenden la maximización de las ganancias sociales.

³³⁶ PINHEIRO, Luís de Lima: *Joint Venture – Contrato de Empreendimento Comum em Direito Internacional Privado*. Edições Cosmos, Lisboa, 1998, p. 186 y ss.

³³⁷ WALLACE, Cynthia D.: *Legal Control of the Multinational Enterprise*. Op. cit., p. 121 y ss.

³³⁸ Principalmente por el hecho de que, generalmente, la empresa extranjera posee la capacidad tecnológica o comercial, pero no tiene el conocimiento necesario del mercado local, necesitando de la empresa nacional. Véase: ASTOLFI, ANDREA: *Il Contratto Internazionale di Joint Venture*. Op. Cit., p. 843 y ss.

³³⁹ JEANTIN, Michel: *La Filiale Commune, Moyen de Colaboration entre Sociétés et Groupes de Sociétés*. Libraries Techniques, Paris, 1976, p. 46.

La masiva emergencia del fenómeno del control intersocietario, surgida en la secuencia del movimiento de la concentración económica de nuestros días, viene a cambiar profundamente esta situación.

Efectivamente, se verifica que el capital social de numerosas sociedades no se encuentra disperso en pequeños inversionistas singulares, sino en las manos de otras personas colectivas que desarrollan una actividad económico-empresarial. Tales personas colectivas, máxime otras sociedades mercantiles, procuran, a través de sus participaciones de capital, asegurar el ejercicio de un dominio y control sobre la gestión de otras empresas societarias, hasta entonces independientes. En éste sentido, la creación de un estatuto de dependencia intersocietaria puede constituir una fuente de graves desequilibrios y contradicciones para las sociedades controladas.

Estos problemas pueden surgir en dos planos:

1) Por un lado, a nivel de estructura patrimonial y organizativa de la propia sociedad dependiente, así como de otros destinatarios jurídico-societarios que con ella están en contacto (los respectivos socios, o los acreedores sociales).

2) Por otro lado, a nivel de la propia eficacia de las normas jurídico-societarias en general, ya que el dominio intersocietario es susceptible de ser utilizado como instrumento de incumplimiento de las normas que fueron concebidas originariamente para regular la situación de entes independientes (el Derecho societario tradicional).

Además, en general, las relaciones de dominio entre sociedades revestirán un carácter directo y bilateral. Así, una sociedad (dominante) ejerce directa e inmediatamente una influencia dominante sobre otra sociedad (dependiente). Se trata, pues, de relaciones establecidas directamente de sociedad a sociedad (relaciones directas), involucrando solamente a dos entes jurídico-societarios (relaciones bilaterales).

No obstante, la realidad societaria es mucho más rica.

En realidad, son frecuentes los casos en que la relación de dominio asume una configuración variada. Tal hecho ocurre por ser distintas las sociedades involucradas, además del ejercicio de la influencia dominante

generar efectos divergentes de aquéllos generados en una situación normal de dominio individual (sociedad individual).

Así, tendremos:

a) En la medida en que la influencia de dominio es ejercida indirectamente por la sociedad dominante, a través de la interposición de una tercera sociedad tendremos un dominio múltiple vertical;

b) Si la influencia de dominio múltiple es ejercida conjuntamente por la sociedad dominante y otra sociedad dependiente tendremos una situación de dominio múltiple horizontal; y,

c) Finalmente, cuando la influencia de dominio es ejercida simultáneamente por distintas sociedades tendremos una situación de dominio y dependencia plurilaterales.

Esas formas de dominio estarán subdivididas en tres categorías: dominio múltiple vertical; dominio múltiple horizontal y dominio dependencia plurilaterales. Pasemos a un análisis muy breve de esas distintas formas de dominio en el seno del grupo de sociedades.

a) Con la designación dominio múltiple vertical³⁴⁰ pretendemos abarcar todos aquellos casos en que una sociedad ejerce una influencia dominante sobre otra sociedad, la cual, a su vez, ejerce un mismo tipo de influencia sobre una tercera sociedad (y así sucesivamente), estableciendo una cadena vertical de dominio³⁴¹.

³⁴⁰ La problemática del dominio múltiple vertical constituye un único aspecto de las relaciones de coligación intersocietaria de carácter vertical o piramidal, ya que reporta tan solamente a las relaciones de dominio entre sociedades. Las relaciones de coligación vertical entre sociedades existen, todavía, relativamente a todo tipo de sociedades coligadas, abarcando igualmente las sociedades en relación de participación simples y recíprocas, las sociedades en relación de grupo, bien como las sociedades que establezcan, entre si, diferentes tipos de relación de coligación o cooperación.

³⁴¹ Ejemplificando: Si la sociedad A detenta un 60% del capital social de la sociedad B y esta, por su turno, detiene un 60% del capital de la sociedad C, entonces estaríamos delante de un caso de dominio múltiple vertical, donde A domina directamente B e indirectamente C. Así, la misma sociedad (madre), está simultáneamente en relación de dominio con una sociedad (filial) y aún, en virtud del efecto piramidal asociado a la influencia indirecta, tiene relación de dominio indirecto con una sociedad dependiente de su filial (que en nuestro ejemplo será la sociedad C).

b) Con la designación dominio múltiple horizontal, pretendemos abarcar aquellos casos en que una sociedad se encuentra dominada directa y simultáneamente por otras dos sociedades que son, entre sí, independientes.

Bajo el punto de vista económico, la filial común constituye un instrumento privilegiado de cooperación entre empresas, traduciendo la situación de una empresa que es constituida o controlada por dos o más empresas diferentes e independientes entre sí. Así, pretenden realizar determinados objetivos comunes, tales como la cooperación en diversas áreas de la producción; obtención del servicio de apoyo a las respectivas actividades productivas propias; o el simple objetivo de realización de las ganancias conjuntas; etc³⁴².

Bajo un punto de vista jurídico, la filial común posee relevancia no solamente para el Derecho de la Competencia³⁴³, sino también, siempre que las empresas involucradas revistan la forma societaria, para el propio Derecho de las sociedades.

En cuanto al dominio múltiple horizontal, podríamos decir también que la problemática jurídico-societaria de fondo, subyacente en tales relaciones, consiste en saber si será admisible que una sociedad esté sujeta, simultáneamente, al ejercicio de una influencia dominante por parte de dos sociedades recíprocamente independientes. En otras palabras, si es admisible la dependencia plural³⁴⁴. Prototipo de esta situación es el caso de las filiales 50:50 (fifty-fifty subsidiaries), sociedad cuyo capital social es detentado total e igualmente por dos otras sociedades.

³⁴² Cumple subrayar que son varios los instrumentos jurídicos que permiten un tal objetivo de cooperación interempresarial, tales como: el contrato de *unincorporated joint venture* (consorcio de empresas); o el contrato de grupo paritario; etc.

³⁴³ Véase: CORDEIRO, António Robalo: *As Coligações de Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência*. Op. Cit., p. 82 y ss.; BALEKJIAN, UAE H.: Parent and Subsidiary Companies Under European Competition Law, en: *Legal Aspects of International Business Transactions*. Elsevier Science, North-Holland, 1984, p. 379 y ss.

³⁴⁴ Hay que distinguir, todavía, los casos de dependencia plural *impropia* y dependencia plural *propia*. Los primeros son consecuencia de relaciones de dominio múltiple vertical, que no suscitan dudas, como arriba hemos visto (ejemplo: A domina B y esta domina C. Luego, C es dependiente, simultáneamente, de A y B). Los segundos, de los cuales nos ocupamos ahora, reflejan una situación distinta, ya que las sociedades dominantes son independientes entre sí (ejemplo: A y B detentan, cada una, un 50% del capital de C. ¿Podría considerarse que en este caso C es dependiente de A y B?).

c) Finalmente, cumple señalar que la pluralidad de sujetos de una relación de dominio, ya sea de sujetos activos (sociedades dominantes), ya sea de sujetos pasivos (sociedades dependientes), puede originar la formación de dominio y dependencia plurilaterales. Así, son posibles situaciones de dominio-dependencia simultáneo. En estos casos, la sociedad A domina a la sociedad B y esta, a su vez, domina a la sociedad C. De esta forma, en este caso, la sociedad B es, simultáneamente, dominante (relativamente a C) y dependiente (en relación a A). También caben situaciones de dependencia plural. Así, en el mismo ejemplo, la sociedad C es, al mismo tiempo, dependiente de la sociedad A y dependiente de la sociedad B.

Otra posibilidad es la existencia de situaciones de dominio plural. Por ejemplo, la sociedad A detenta una mayoría de votos en las sociedades B, C y D, siendo dominante, por eso mismo, en relación a todas ellas.

En conclusión, es significativo mencionar la necesidad del entendimiento del grupo de sociedades desde una perspectiva económica para un acercamiento a la delimitación de esta figura jurídica.

Hasta aquí queda demostrada la utilización del instrumento del grupo de sociedades como el mecanismo más utilizado, por los operadores del mercado, para las inversiones internacionales. Volvemos a afirmar que el grupo de sociedades es, en este momento, el instrumento jurídico por excelencia que permite con mayor fluidez la internacionalización del capital.

En el siguiente capítulo realizamos el análisis de esta figura bajo la óptica jurídica, buscando su real comprensión y, posteriormente, nos será posible llegar al análisis de la necesidad de control de este fenómeno por el Derecho de la Competencia, con sus debidos reflejos en el MERCOSUR, alcanzándose así el objeto de nuestra tesis.

CAPÍTULO III – LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL ORDEN JURÍDICO

1. Aproximación a la materia

El grupo de sociedades, suplantando las tradicionales formas de empresa individual (explotada por una persona singular y regulada por el clásico Derecho Mercantil) y de la empresa unisocietaria (explotada a través de una única sociedad mercantil y cuya regulación procedió del tradicional Derecho de las Sociedades Mercantiles), constituye una técnica jurídica alternativa de organización de la empresa moderna mediante la cual un conjunto más o menos amplio de sociedades mercantiles, jurídicamente independientes, son sometidas a una dirección económica unitaria y común, ejercida por una de estas sociedades (la sociedad madre) sobre las demás sociedades (dichas sociedades filiales)³⁴⁵.

El estudio del Grupo de Sociedades bajo la perspectiva jurídica es tan importante como su análisis bajo la óptica económica.

En la actualidad, la mayor parte de las concentraciones empresariales ocurren bajo la forma del grupo de sociedades. La disciplina de sus elementos esenciales lo entenderá como una pluralidad de empresas que gravitan alrededor de un núcleo concentrado de mando³⁴⁶.

En verdad, el grupo de sociedades operó una revolución de las estructuras económico-organizativas de las empresas tradicionales (por medio de la progresiva sustitución de la estructura unisocietaria por la plurisocietaria), produciendo importantes consecuencias en el plano de las estructuras jurídicas de la respectiva organización³⁴⁷. Tales consecuencias ocurren en dos planos diferentes.

³⁴⁵ ANTUNES, José A. Engracia: *A Aquisição Tendente ao Domínio Total – da sua Constitucionalidade*. Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 13-14.

³⁴⁶ VEDOVE, Giampaolo Dalle: *Concentrazioni e Gruppi nel Diritto Antitrust*. CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova, 1999, p. 98.

³⁴⁷ ROSSI, Guido: Il Fenomeno del Gruppi ed il Diritto Societario: un Nodo da Risolvere, en: *I Gruppi di Società, Volume Primo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, p.17 y ss.

Dentro del propio Derecho societario se debe tener en cuenta que el Derecho de las sociedades, desde su origen hasta nuestros días, es el Derecho de la sociedad individual e independiente. Toda la construcción jurídico-societaria está basada en un modelo de sociedad entendido como un ente económico y jurídicamente autónomo, desarrollando su respectiva actividad empresarial en la ejecución de la voluntad social definida, soberanamente, por la colectividad social. El objeto exclusivo de esta rama del Derecho es: la disciplina de los distintos aspectos relativos a la constitución, funcionamiento, organización, administración y disolución de la sociedad comercial en sí misma.

La irrupción de los grupos de sociedades, pasando la era atomística a la era molecular de las sociedades, desencadenó una crisis sin precedentes en los cuadros jurídico-societarios tradicionales, ya que el postulado de referencia en que estaban asentados (la supuesta autonomía del ente societario y su estatuto de sociedad independiente) está en total oposición con aquello que constituye el trazo distintivo de la nueva realidad de los grupos de sociedades (el fenómeno del control intersocietario y su estatuto de sociedad coligada o dependiente).

En los grupos, la sociedad que se pretende regular es más que una entidad soberana y autónoma, al ser un componente organizativo de una unidad más amplia, constituida por varias sociedades económicamente dependientes, cuya actividad empresarial no es perseguida por la ejecución de las respectivas voluntades sociales propias, con una estrategia unitaria determinada por el núcleo dirigente del grupo, ejercidos en la búsqueda del interés general del todo económico.

Tal divergencia entre el Derecho y la realidad se arriesga a crear una laguna jurídica, arrastrando consigo peligrosas consecuencias de desregulación para todos los destinatarios jurídico-societarios (socios, acreedores sociales, administradores, trabajadores, Estado).

El reto global lanzado por los grupos de sociedades al marco clásico del Derecho de las sociedades determina, en la actualidad, el entendimiento de que éstos son el corazón de todos los problemas que depara

el Derecho de las sociedades, ya que no existe una regulación propia de los mismos³⁴⁸.

Actor social, económico y político fundamental en la modernidad (al lado del individuo y del Estado), entendemos que la empresa es un objeto privilegiado de atención de los más variados cuadrantes jurídicos, desde aquellas nuevas ramas que en ella encuentran su principio fundamental, tales como el Derecho industrial, el Derecho de la competencia o el Derecho fiscal, incluso los mismos reductos seculares de la vieja sistemática románica, como lo es el Derecho de las obligaciones o el Derecho penal. Todas estas ramas, en mayor o menor grado, tienen a la empresa como destinatario de las respectivas regulaciones, tramitando la aprehensión normativa de esa realidad económico-social a través del recurso al instituto central de la personalidad jurídica³⁴⁹. Siempre fueron destinatarios de sus propias normas, bien una persona singular (en el caso de la empresa individual), o bien una persona colectiva (en el caso de la empresa societaria).

El surgimiento del grupo de sociedades, caracterizado como una nueva forma de organización de la empresa moderna, logró romper con ese paralelismo existente entre la identidad económica y la identidad jurídica de la empresa. Además, generó una distorsión en todas las facti-species normativas e, indirectamente, determinó la ineficacia de los instrumentos precedentes. Así, por un lado, la realidad económica de la empresa de grupo es constituida por el propio grupo, unidad multijurídica de acción económica y social. Por otro lado, jurídicamente el grupo no existe, persistiendo la ley dirigida a las distintas entidades societarias individuales que lo componen, siendo destinatarios de los respectivos instrumentos de organización de las estructuras económicas más variadas que las plasman y absorben. El grupo tendrá como características

³⁴⁸ ANTUNES, J. A. Engracia: *Les Groupes de Sociétés et la Crise du Modèle Légal Classique de la Société Anonyme*. EUI Working Paper (Law nº 92/24), Florence, 1992, p. 23.

³⁴⁹ Para profundizar en las cuestiones puestas por la persona jurídica y la deformación actual de tal instituto, en virtud de las modernas formas de organización de la empresa, véase: CASTRO Y BRAVO, Federico de: *La persona jurídica*. Segunda Edición, Reimpresión 1991, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 21-43.

esenciales la dirección económica unitaria y la diversidad de personalidades jurídicas de los miembros componentes³⁵⁰.

Esta discrepancia entre estructuras económicas y jurídicas (al contrario de la empresa individual y colectiva, la empresa de grupo representa un sujeto económico al cual no corresponde un sujeto jurídico) es, naturalmente, fuente de una peligrosa divergencia entre norma y realidad, entre Derecho y hecho social, amenazando la eficacia de sus comandos normativos y permitiendo su no cumplimiento gracias a la típica estructura poli-céntrica de la empresa de grupo.

2. El grupo de sociedades y el Derecho de las sociedades

2.1. El fenómeno del control intersocietario

2.1.1. El arquetipo legal de la sociedad individual

El Derecho de las Sociedades es tradicionalmente el Derecho de la sociedad individual e independiente.

El Derecho societario regula las sociedades mercantiles partiendo de un modelo de sociedad autónoma, o sea, construye toda la respectiva disciplina jurídica a partir del postulado previamente asumido por el legislador de que la sociedad constituye una entidad jurídica y económica autónoma, cerrada en sí misma, e inmune a las influencias exteriores. Además, la sociedad ejerce independientemente su actividad económica empresarial, en la actuación de una voluntad social propia, conformada en el contexto de los respectivos órganos y en la búsqueda de un interés social también propio.

1) Así por un lado, la corporación tiene un poder soberano de decisión sobre el gobierno y el destino social. La propia colectividad social posee el poder de autodeterminación en la definición de las grandes líneas orientadoras de la conducción de los negocios sociales y de la estrategia económica de la empresa social.

³⁵⁰ PETER, Henry: *L'action Révocatoire dans les Groupes de Sociétés*. Helbing & Lichtenhahn, Genève, 1990, p.38.

2) Por otro lado, la actividad de la corporación es desarrollada en homenaje a un interés general y común, en el cual vienen a convergir a los intereses particulares de la propia sociedad como unidad económica empresarial, de los socios, así como de los acreedores sociales (el interés en la prosperidad y rentabilidad social)³⁵¹.

Este paradigma legal de la sociedad mercantil se reveló decisivo en la conformación del sentido y objeto propios de esta rama del Derecho. Positivamente, ello explica la razón por la cual su objeto se confinó a la disciplina de los varios aspectos relativos a la constitución, funcionamiento y disolución de la sociedad mercantil. Negativamente, tal arquetipo explica la

³⁵¹ Lo que se pretende decir sobre el interés social es que tal concepto debe ser entendido como un *contenido mínimo*. Por un lado, ante la característica pluralidad del gremio social, no se desconoce la circunstancia de los socios pudieren perseguir intereses individuales distintos en la misma sociedad. En realidad, ocurrió la sustitución de la tradicional concepción monista de la sociedad mercantil como una colectividad homogénea de socios (persiguiendo un interés ideal común), por una mirada de la misma sociedad como un ente plural, cuyos miembros aparecen como portadores de intereses divergentes (véase: CHAYES, E.: *The Modern Corporation and the Rule of Law*, en: MASON, Edward (ed.), *The Corporation in the Modern Society*. Harvard UP, Cambridge, 1967, p. 25 y ss.; PAILLUSSEAU, Jean: *La Société Anonyme - Technique d'Organisation de l'Entreprise*. Librairies Sirey, Paris, 1967, p. 38 y ss.). Importante subrayar la confluencia, en el seno de la sociedad, de una multiplicidad de intereses individuales distintos y, hasta, antagónicos. Los socios persiguen una pluralidad de intereses diferentes (Véase: CORREIA, António Ferrer: *Lições de Direito Comercial, vol. II*. Coimbra Editora, Coimbra, 1968-1975, p. 42 y ss.). Ahora, por otro lado, aunque de esta virtual diversidad de los intereses concretos de los socios, la verdad es que todos esos intereses encuentran un denominador común: el interés común en la prosperidad y rentabilidad de la empresa social (de la cual depende la maximización de los dividendos a distribuir o valorizar el patrimonio social). Eso resultaría de la propia naturaleza del acto constitutivo de la sociedad. En realidad, es evidente que cada uno de los participantes de este acto es dirigido por un interés individual, que es su propio interés y, eventualmente, diferente de los intereses de los demás participantes, no es menos evidente que en el contrato de sociedad hay, por lo menos, un interés común a todos los socios, cual sea, el interés en la exploración de la empresa colectiva en los términos de proporcionar un mayor rendimiento posible.

A propósito de la distinción entre interés social (interés común) e interés individual de los socios, el concepto de interés social es *per se* un concepto neutro. Es interés social todo interés que pueda ser incluido en el esquema causal del contrato social, sea el interés de la maximización de las ganancias, sea el interés de maximización de la eficiencia productiva de la empresa. Inversamente, constituirá interés extra-social todo interés extraño a la causa del contrato social. La mayoría puede votar de acuerdo con su propia voluntad, ella es libre para perseguir una política de eficiencia productiva con sacrificio del interés al dividendo o, inversamente, una política de grandes dividendos con sacrificio de la eficiencia productiva pero, siempre deberá elegir el interés a perseguir de entre aquellos que incorporan la causa del contrato social. No podrá la mayoría abusar de su propia posición de poder para realizar particulares intereses extra-sociales (Véase, en ese sentido: GALGANO, Francesco: *La Società per Azioni*, en: GALGANO, F.: *Tratado di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, Tomo V*. 2ª edición, Cedam, Padova, 1988, p. 148 y ss.).

Finalmente, el interés común de los socios en la prosperidad y rentabilidad de la empresa social está en línea con el interés de los propios acreedores sociales, ya que es de esta prosperidad y rentabilidad que depende la conservación del patrimonio social, principal garantía de la satisfacción de sus derechos.

razón por la cual un sector de la práctica societaria moderna, consistente en lo esencial en el fenómeno de las relaciones jurídicas y económicas de interdependencia entre entes sociales supuestamente autónomas (conducente a la formación de los grupos de sociedades), haya sido ignorado por esta rama, por justamente traspasar las fronteras de un objeto definido en términos individuales.

2.1.2. El fenómeno del control de sociedades por sociedades

Basado originalmente en un modelo de sociedad autónoma y soberana, el Derecho societario ha venido aceptando gradualmente, en su propio seno, mecanismos de control intersocietario que, justamente, vendrían a sujeción tal soberanía, así como llevarían a la destrucción de esa autonomía.

Semejante contradicción interna de esa rama del Derecho, además de conducir a resultados ambivalentes (la independencia de la sociedad, protegida por un conjunto de normas jurídicas, que se vuelve ineficaz por normas de igual dignidad que, paradójicamente, potencian su estatuto de dependencia intersocietaria), constituye el origen último de aquel vacío existente entre el Derecho y la realidad³⁵².

Un caso muy frecuente de ello viene dado por las participaciones intersocietarias de capital. En realidad, el sistema legal entra en crisis siempre que sea otra sociedad (o persona colectiva desarrollando una actividad económico-empresarial), y no solamente simples socios singulares, que detentan una participación en el capital de la sociedad mercantil. El orden jurídico permite que cualquier persona, singular o colectiva, participe del capital de otra sociedad y ejerza los derechos sociales (normalmente derecho de voto) inherentes a tal participación. Haciendo uso de esa facultad, lo que normalmente sucederá es que la sociedad participante querrá, en el marco de la sociedad participada, expresar su voluntad social y perseguirá su interés social propio. Esta voluntad e intereses sociales no solamente se opondrán a la

³⁵² PAILLUSSEAU, Jean: *Les Fondements du Droit Moderne des Sociétés*, en: SJ (1984), I-doctrine, p. 3148; SCHMITTHOFF, Clive M.: *Commercial Law in a Changing Economic Climate*. 2 edition., Sweet & Maxwell, London, 1981, p. 26 y ss.

voluntad y a los intereses de la sociedad participada, sino que también, en el caso de que la participación sea mayoritaria, los mismos se sobrepondrán³⁵³.

O sea, una sociedad constituye un sujeto de derecho al que el legislador concedió una autonomía jurídica, patrimonial y organizativa en homenaje a la realización de los fines propios para las que nació, poseyendo una voluntad y un interés social que le son propios y autónomos. Excepcionalmente el orden jurídico permite la participación de otras sociedades miembros de la colectividad social, generando en sí misma ciertos efectos. El ente social sufre la influencia en su propio seno (interno) de una voluntad y de intereses extraños (externos). La participación de sociedades en sociedades origina así, para la sociedad participada, una situación institucional de subordinación de la respectiva voluntad e intereses sociales a la voluntad e intereses ajenos³⁵⁴. De ahí emana una virtual crisis del modelo, sobre el cual reposan las bases normativas del Derecho de las Sociedades³⁵⁵.

2.1.3. Del control intersocietario al grupo societario: la dirección económica unitaria

La dirección económica unitaria será un elemento esencial de la caracterización del grupo de sociedades.

“Las empresas se agrupan con el vínculo más sólido que existe, con un vínculo más firme y eficaz que un puro pacto convenido entre ellas: participando las unas en el capital de las otras y sometiéndose a una dirección económica unitaria. Los grupos constituyen así auténticas organizaciones de base financiera, en las que la autonomía económica de las empresas agrupadas desaparece totalmente y la autonomía jurídica es en la mayoría de los casos más formal y aparente que real”³⁵⁶.

³⁵³ Cuando, por ejemplo, una sociedad siderúrgica participa del capital social de una sociedad de explotación de minerales, lo hace con el fin de asegurarse el suministro de la materia prima de la sociedad participada a precios más bajos y, de ese modo, persigue intereses opuestos a los de la sociedad explotadora y a los de los socios de la misma, que pretenden realizar los precios más elevados posibles.

³⁵⁴ Véase, de entre otros: VENTURA, Raúl: *Grupos de Sociedades – Una Introdução Comparativa a Propósito de um Projeto Preliminar de Directiva da CEE*. Op. Cit., p. 34 y ss.

³⁵⁵ CHANDLER, Alfred: *Strategy and Structure: Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*. MIT Press, Cambridge, 1962, p. 30.

³⁵⁶ URÍA, Rodrigo: Teoría de la concentración de empresas, en: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, 1949, nº 2, p. 335.

El grupo societario constituye una nueva forma de organización de la empresa moderna, donde la pluralidad de entes societarios, que jurídicamente son distintos, son sometidos a una dirección económica unitaria. Fueron, precisamente, los mecanismos de control intersocietario los que brindaron la posibilidad jurídica y la consistencia práctica a tal forma de organización empresarial. Son ellos los que permiten la creación de su típica red piramidal de lazos intersocietarios (pluralidad jurídica), así como, gracias a los mismos mecanismos de control intersocietario es que la sociedad madre controla toda la unidad de acción y estrategia, responsable por la cohesión y supervivencia económica de la empresa plurisocietaria (unidad económica)³⁵⁷.

Además, sobre todo en el ámbito de los grupos societarios de mediana y gran dimensión, son frecuentes los casos en los que la relación de dominio asume distinta configuración, por la existencia de distintas sociedades involucradas. Así, el ejercicio de la influencia dominante diverge de la situación general, ya sea porque tal influencia es ejercida indirectamente por la entidad dominante a través de la interposición de un tercer sujeto (dominio múltiple vertical), ya sea porque tal influencia es ejercida conjuntamente por distintas sociedades dominantes sobre la empresa dependiente (dominio múltiple horizontal), ya sea porque tal influencia es ejercida simultáneamente por y/o sobre distintas entidades o empresas (dominio y dependencia plurimos)³⁵⁸.

La intersección más significativa entre los fenómenos de control intersocietario y el grupo de sociedades se debe a su propia dirección unitaria (central direction; direzione unitaria)³⁵⁹.

“La anterior indicación permite poner de manifiesto el hecho de que el grupo no surge ex nihilo, sino que es, en muchos casos, el resultado de un proceso económico, iniciado con la obtención del control de una sociedad, a través de diferentes técnicas jurídicas, y el posterior ejercicio de una dirección

³⁵⁷ BLUMBERG, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Procedural Problems in the Law of Parent Corporations*. Little, Brown and Company, Boston, 1983, p. 14.

³⁵⁸ ANTUNES, José A. Engracia: *Participações Qualificadas e Domínio Conjunto. A propósito do caso António Champalimaud - Banco Santander*. Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, p. 74-75.

³⁵⁹ LEMME, Giuliano: *Il Governo del Gruppo*. Cedam, 1997, Padova, p. 64 y ss.

económica unificada, que es la circunstancia verdaderamente identificadora del grupo”³⁶⁰.

La dirección unitaria surge para designar el proceso de transferencia de las atribuciones decisorias propias de las distintas sociedades agrupadas a la respectiva sociedad madre, además de la consecuente centralización del poder de dirección, vinculada al propio dirigente del grupo (sociedad madre), sobre la actividad empresarial de las sociedades filiales.

a) Desde un punto de vista económico, la dirección unitaria traduce, fundamentalmente, la existencia de una política económico-empresarial común y general para el conjunto de las sociedades agrupadas (corporate planning process). Tal dirección unitaria incide sobre los diversos aspectos sectoriales del grupo y sobre su respectivo funcionamiento³⁶¹, asegurando la correcta coordinación de las actividades en las distintas sociedades componentes y permitiendo la cohesión económica de todo el conjunto a través de la sumisión de las respectivas políticas económicas individuales a una política económica general, emanada del núcleo dirigente del grupo³⁶². Claro está que el contenido concreto de la política económica general varía de grupo en grupo.

Desde luego, podríamos hablar del ejercicio de una dirección unitaria a nivel de la política comercial de las sociedades agrupadas. Si es cierto que una unidad de la política comercial constituye la condición mínima de la existencia del grupo³⁶³ (sino estaríamos ante la presencia de coligaciones intersocietarias en que las sociedades participadas persiguen una mera

³⁶⁰ EMBID IRUJO, José Miguel: Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos, en: *I Gruppi di Società, Volume Secondo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 1218.

³⁶¹ Unidad de la política comercial, de la política de producción y ventas, de la política financiera, de la política laboral, de la política de inversiones, de la política de gestión.

³⁶² Regla general, el líder del grupo será la sociedad madre (*group headquarter; cappo-gruppo; société-mère*), pero, no necesariamente. Así, v.g., en los grupos paritarios o de coordinación, la definición de la política común del grupo pertenece no a la sociedad madre pero, sí, a las varias sociedades madres independientes unas de las otras. Otro ejemplo sería el de los grupos de subordinación con estructura compleja, funcional o geográfica, en los cuales la definición de la política económica general resulta de un trabajo de conjunto entre la sociedad madre y las varias sociedades intermedias, espécimen de sub-*holdings* sectoriales, responsables por un área geográfica o segmento de mercado.

³⁶³ BOUCOURECHLIEV, Jeanne: *Compte Rendue d'une Enquête sur 32 Groupes Français*, en: *CREDA, Les Groupes de Sociétés – une Politique Législative*. Librairies Techniques, Paris, 1975, p. 33.

finalidad de inversión y colocación de capitales), cierto es también que ella constituye un dominio que escapa, con frecuencia, a la autonomía de la sociedad filial. Además, gracias a fenómenos tales como la internacionalización del consumo, de los consumidores en masa, y de las posibilidades publicitarias (asociada a la creciente movilidad de los consumidores), la política comercial no es más (o no puede ser) objeto de una decisión centralizada³⁶⁴.

Así, el grupo pasa a tener una imagen uniforme, con frecuencia mundial, condicionando su estrategia de marca³⁶⁵, de ventas³⁶⁶, incluso la propia producción de la sociedad agrupada³⁶⁷, con la creación de servicios centrales del propio grupo, que monopolizan toda la decisión de explotación de nuevos mercados, su publicidad y su promoción.

Otro elemento característico de la dirección unitaria de cualquier grupo de sociedades constituye la unidad de política financiera.

La centralización de las decisiones financieras, además de ser una forma de control particularmente eficaz y difundido en el seno de los grupos, constituye, en la coetaneidad, un instrumento imprescindible de la respectiva organización. Las prácticas y políticas financieras, solamente se transforman en eficaces y funcionales cuando son coordinadas por un segmento de la organización que tenga una visión de conjunto sobre la actividad general del grupo, que será ejercido por la sociedad madre³⁶⁸.

El proceso de expansión de un grupo societario genera una necesidad creciente de centralización de la función financiera junto al núcleo directivo del grupo, promocionando la pérdida de la autonomía originaria existente en las sociedades filiales. La centralización financiera es una función

³⁶⁴ CHANNON, Derek y JALLAND, Michael: *Multinational Strategic Planning*. Macmillan, London, 1979, p. 258; BRANDT, W. y HULBERT, J. M.: *Headquarter Guidance in Marketing Strategy in Multinational Subsidiary Corporations*, en: *CJWB*. 1977, p. 7-14.

³⁶⁵ Estandarización de los dibujos, señales distintivos, embalajes, nombre comercial.

³⁶⁶ Identidad de prestaciones, distribución geográfica de mercados.

³⁶⁷ Por ejemplo, resultante de la imposición de fabricación de un nuevo producto, elemento esencial de una campaña publicitaria que el grupo, con implantación multinacional, pretende seguir en un determinado país.

³⁶⁸ BROOKE, Michael y REMMERS, H. Lee: *The Strategy of Multinational Enterprise*. Second Edition, Pitman, London, 1978, p. 89-71; AGGARWAL, Roy: *Financial Policies for the Multinational Company*. Praeger, New York, 1976, p. 63 y ss.; CAVES, Richard: *Multinational Enterprise and Economic Analysis*. Cambridge, 1982, p. 92; ROBBINS, Sidney y STOBAUGH, Robert: *Money in the Multinational Enterprise – a Study in Financial Policy*. Longmen, London, 1974, p. 49 y ss.

clave del gobierno social³⁶⁹, transformando las sociedades filiales, y todas las principales fuentes de financiamiento³⁷⁰, totalmente dependientes de la dirección del grupo³⁷¹.

Dentro del contexto de los grupos de sociedades con una estructura organizativa bastante centralizada, nos veremos frecuentemente confrontados con el desarrollo de una política de gestión unitaria. Tal gestión se traduce en la existencia de un control indirecto de la administración de las sociedades agrupadas, obtenido mediante una planificación³⁷² o una

³⁶⁹ Afectación de las ganancias distribuidas, constitución de reservas, inversiones, créditos. El proceso de multinacionalización del grupo, con el desarrollo de las relaciones comerciales intragrupo entre las diversas filiales con sede en diferentes territorios, hace que los problemas fiscales y monetarios asociados a esas mismas relaciones pasen, rápidamente, para el primer plano, reclamando una armonización y centralización de la política financiera global del grupo, visando la gestión del riesgo de las fluctuaciones monetarias, la planificación de los regímenes tributarios apropiados, y la evaluación de la estrategia de inversión internacional. En ese sentido, véase: CHANNON, Derek y JALLAND, Michael: *Multinational Strategic Planning*. Op. cit., p. 42.

³⁷⁰ La dependencia ocurre tanto en las fuentes de financiamiento por emisión de capital, como en las fuentes de crédito bancario, como en el recurso al propio grupo, como por autofinanciamiento.

El financiamiento por emisión de capital es la fuente financiera más procurada en el cuadro de la sociedad individual. En el caso de una sociedad filial es objeto de una decisión exclusiva de la sociedad madre. En las filiales extranjeras, la sociedad madre casi nunca hace uso de este tipo de financiamiento por el riesgo de la multicotación.

A su vez, el financiamiento mediante recurso al crédito bancario está doblemente condicionado. Por un lado, la operación de préstamo depende de la aprobación previa del *staff* financiero central del grupo y, de otro lado, la importancia de los créditos concedidos por la banca será siempre en función de la reputación gozada por la sociedad madre junto a los medios financieros y bancarios. Además, frecuentemente las filiales están obligadas a negociar tan solamente con una única entidad bancaria, que ejerce las funciones de banco del propio grupo.

En cuanto al recurso al propio grupo, debido a la celebración de contratos entre los miembros de ese mismo grupo, constituye un mecanismo indirecto y camuflado de financiamiento, extremadamente utilizado en este dominio. Así, por ejemplo, la sociedad madre celebra con sus filiales contratos de préstamo a tasas de interés favorables, creando para estas últimas un agravamiento de su dependencia en relación a aquellas. Regla general, las filiales jamás dispondrán de liquidez para rembolsar el crédito en caso de que el acreedor lo pretenda exigir.

Finalmente, el propio autofinanciamiento (por medio de la incorporación de las ganancias anuales apuradas por la filial) depende, en larga medida, de la política financiera general adoptada por el núcleo dirigente del grupo. Esto resulta, sobretudo, uno de los objetivos fundamentales procurados por la centralización política financiera, asegurando una más eficiente distribución de los recursos financieros de todo grupo, canalizándoles para las filiales más prometedoras. Véase, por todos: OHL, Daniel: *Les Prêts et Avances entre les Sociétés d'un Même Groupe*. Librairies Techniques, Paris, 1982, p. 54.

³⁷¹ RICKS, David: *International Dimensions of Corporate Finance*. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1978, p. 85 y ss.; VERDIER, Bernard: Une Illustration du Contrôle Multinational: la Politique Financière des Entreprises Multinationales, en: GOLDMAN, B. y FRANCESKAKIS, P.: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. Librairies Techniques, Paris, 1977, p. 164 y ss.

³⁷² La planificación del medio y largo plazo constituye un instrumento importante de la estrategia de expansión del grupo, abarcando los grandes objetivos y líneas de orientación establecidos por la dirección del grupo, usualmente para un horizonte temporal de tres a cinco

fiscalización³⁷³ de la actividad económica del conjunto, o incluso, como es frecuente, por medio de la centralización de determinadas funciones de interés general para todas las sociedades agrupadas junto a la sociedad madre, o de una sociedad filial creada exclusivamente para tales efectos (servicios comerciales uniformes, máxime marketing y distribución, servicios comunes de I&D)³⁷⁴.

b) Bajo el punto de vista jurídico, no es sencillo ubicar el concepto de la realidad explicitada en este análisis.

Ante estas dificultades, los esfuerzos están concentrados no tanto en la definición de lo que es la dirección unitaria, sino en la determinación de aquello que debe ser considerado como su contenido mínimo. En otras palabras, la cuestión crucial consiste en determinar el límite mínimo de centralización de las competencias decisorias empresariales, bajo la cual existirá una simple relación de dominio intersocietario, mientras se podrá hablar

años, sujeto a revisión anual. Véase: BURSK, E. C.: *Financial Control of Multinational Operations*. Financial Executives Research Foundation, New York, 1971, p. 89; LEBEN, Charles: Les Manifestations du Contrôle Multinational dans la Gestion: les Centres de Profit, en: GOLDMAN, B. y FRANCESKAKIS, P.: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. Librairie Techniques, Paris, 1977, p. 140.

³⁷³ La fiscalización de la gestión de las sociedades filiales es asegurada, entre otros mecanismos, a través de la exigencia de la elaboración de los balances y presupuestos individuales (*operating budget, capital budget*) que son objeto de análisis por los escalones jerárquicamente superiores del grupo; a través de la apreciación global de los niveles de rentabilidad de estas sociedades (*taux de rentabilité*); así como a través de la consolidación de las cuentas del grupo, que es una tarea exclusiva de los servicios de contabilidad centrales de la sociedad madre. Véase: BROOKE, Michael y REMMERS, H. Lee: *The Strategy of Multinational Enterprise*. *Op. cit.*, p. 115; CREDA (*Centre des Recherches et Études du Droit des Affaires*). *Les Groupes de Sociétés – Une Politique Législative*. Librairies Techniques, Paris, 1975, p. 35.

³⁷⁴ En una época en la que la competencia entre las empresas se transformó en una competencia por la innovación tecnológica, antes que por los precios, y en que su supervivencia depende del dominio del Know-how tecnológico necesario al dominio de la producción y del mercado, la estrategia, la coordinación y el control de los esfuerzos de investigación son naturalmente fundamentales. Ora, tanto por razones financieras (v.g., los enormes costes de pesquisa en tecnología punta), así como razones técnicas (v.g., el manejo de ciertas tecnologías genera el dominio de un know-how disperso, no poseído por una única empresa), la sociedad filial no dispone de cualquier autonomía en este territorio, estando las funciones de I&D centralizadas en la sociedad madre. Es sencillo comprender como, sobremanera en los grupos de sociedades que operan en sectores *high tech*, la centralización de las aludidas funciones acentúa la dependencia de la gestión de las filiales, al mismo tiempo en que aumenta los medios de presión de que dispone la sociedad madre, deteniendo esta las posibilidades de expansión del restante del grupo. Véase: CHANON, Derek y JALLAND, Michael: *Multinational Strategic Planning*. *Op. cit.*, p. 320.

en una dirección unitaria, por consiguiente, de una verdadera relación de grupo³⁷⁵.

Del acervo de posiciones existentes, es posible entrever dos acepciones distintas del concepto de dirección unitaria.

1) En primer lugar, una acepción restrictiva del concepto, se entiende que la existencia de una dirección unitaria es condición necesaria y suficiente para la centralización de la política financiera, o sea, es el ejercicio de un poder de dirección central, estando en directa relación con el área de las finanzas de las sociedades filiales³⁷⁶.

2) Por su parte, a través de una acepción amplia del concepto, se entiende que la existencia de la dirección unitaria es condición suficiente, aunque no necesaria, para la centralización de la política financiera. O sea, estaremos ante una dirección unitaria no sólo por existir una centralización en el área de las finanzas, sino también porque la sociedad madre tiene un poder de dirección central sobre cualquiera de las otras áreas funcionales de la gestión empresarial de las sociedades filiales³⁷⁷. En este segundo caso es necesario que la centralización pueda repercutir en la sociedad subordinada, retirándole su independencia económica.

2.2. El futuro Derecho del grupo de sociedades

La vida y el funcionamiento de una sociedad perteneciente a un grupo societario nada tiene que ver con el modelo clásico de la sociedad mercantil individual, así como con los marcos jurídico-dogmáticos tradicionales del Derecho de las Sociedades (received legal model of the corporation, société

³⁷⁵ ANTUNES, J. A. Engracia: *Liability of Corporate Groups – Autonomy and Control at Parent-Subsidiary Relationships*. *Op. cit.*, p. 194 y ss.

³⁷⁶ Partiendo de la identidad funcional entre la empresa del grupo (empresa plurisocietaria) y la empresa unisocietaria, las competencias en materia de gestión financiera son indelegables por los administradores o directores de una sociedad individual en los escalones jerárquicos inferiores. Además, la centralización de las decisiones financieras deberá ser vista como el reducto último e inalienable de los poderes del núcleo dirigente de la empresa plurisocietaria.

³⁷⁷ Tales como las áreas de producción, ventas, personal, comercial, organización o logística, I&D, etc.

anonyme typique)³⁷⁸. Tal hecho ha generado una crisis en el modelo jurídico societario.

Las consecuencias de la aludida crisis, que actualmente representan vacíos legales a integrar por un futuro Derecho de los grupos de sociedades, son analizadas en el plano de la sociedad filial, en el plano de la sociedad madre y, finalmente, en el ámbito del propio grupo de sociedades. Continuaremos con el análisis de los puntos ya citados anteriormente.

2.2.1. La sociedad filial

La integración de una sociedad en un grupo societario, generada por la creación de un estatuto de dependencia, y de la subordinación a una dirección económica unitaria exterior, constituye una fuente de graves peligros para los distintos destinatarios jurídico-societarios. Estos peligros existen no sólo para la propia empresa social, sino también para los socios minoritarios, así como para los acreedores sociales.

2.2.1.1. Protección de la sociedad

La integración de una sociedad en un grupo origina, desde luego, la pérdida de la autonomía económico-patrimonial. La lógica económica que acompaña a la dirección económica unitaria deja de ser, para la sociedad filial, rentable desde el punto de vista individual, y pasa a ser la lógica de su contribución para la supervivencia y éxito global del propio grupo.

Los patrimonios de las sociedades filiales dejan, así, de poseer un valor en sí mismos, pasando a ser administrados por órganos independientes y con vistas a la realización de una voluntad individual, con intereses y objetivos propios, para luego transformarse en elementos económicos en el seno del grupo, en interés del propio grupo³⁷⁹.

Entre los patrimonios de las sociedades agrupadas, se han establecido canales de comunicación similares a los ya existentes dentro de los

³⁷⁸ EISENBERG, Melvin A.: *The Structure of the Corporation – A legal analysis*. Little, Brown, Boston, 1975, p. 1; SAUVAIN, Anne Petit-Pierre: *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*. George, Genève, 1972, p. 53.

³⁷⁹ LANDERS, William: *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*, en: 42 UchLR (1975), 1975, p. 589-652; BLUMBERG, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Tort, Contract and other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations*. Little, Brown and Company, Boston, 1987, p. 81.

departamentos o divisiones de una misma sociedad, a través de los cuales se realizan transferencias patrimoniales. Tales transferencias son canalizadas por medio de instrumentos y prácticas verdaderamente consolidadas, tales como:

- 1) transferencias de activos de una sociedad del grupo a otra sociedad del mismo grupo³⁸⁰;
- 2) transferencias de capitales (capital circulante o reserva de capital)³⁸¹;
- 3) transferencia de actividad³⁸²;
- 4) transferencias de personal³⁸³;
- 5) transferencia de beneficios; etc.

Con el objetivo de ofrecer una idea más precisa del efecto disolvente de la autonomía patrimonial producido por las prácticas arriba referidas, conviene centrarse en el caso de las transferencias intragrupos de beneficios.

Tal tipo de transferencia consiste en la operación por medio de la cual las ganancias realizadas por una sociedad del grupo están, de acuerdo con la estrategia financiera global, transferidas para otra sociedad o sociedades del mismo grupo. Así, numerosos contratos son concluidos entre la sociedad madre y sus filiales, tales como:

³⁸⁰ Las transferencias de activos sociales pueden ser ascendentes (procesándose de la filial para la sociedad madre – *upstream transfers*), o descendentes (procesándose de la sociedad madre para la filial – *downstream transfers*). Tales instrumentos jurídicos constituyen, en estos momentos, en un fenómeno común y característico de la vida interna de los grupos de sociedades. Véase: WOOLDRIGE, Francis: *Groups of Companies – The Law and Practice in Britain, France and Germany*. Institute of Advanced Legal Studies, London, 1981, p. 139 y ss.; FABRITIUS, A.: *Parent and Subsidiary Corporations Under U.S. Law – A Functional Analysis of Disregard Criteria*. EUI Working Paper (nº 86/233), Firenze, 1986, p. 147.

³⁸¹ Por ejemplo, las transferencias de capitales operadas en una cesión de acciones voluntariamente sobrevaluadas o subvaluadas. Véase: BOUCOURECHLIEV, Jeanne: *Compte Rendue d'une Enquête sur 32 Groupes Français*, en: *CREDA, Les Groupes de Sociétés – une Politique Législative*. Op. cit., p. 48; RICKS, David: *International Dimensions of Corporate Finance*. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1978, p. 85 y ss.

³⁸² En estos casos la sociedad madre encuentra el medio de suplantar la filial en su propio sector de actividades. Véase: GERMAIN, Michel: *Sociétés Dominantes et Sociétés Dominées en Droit Français et Allemande*, en: *Droit des Sociétés*. Librairies Sirey, 1985, p. 7.

³⁸³ Al respecto de las operaciones de transferencia de trabajadores entre las filiales de un grupo (*détachement du travailleur*), véase: LYON-CAEN, Antoine: *Droit du Travail et Entreprises Multinationales*, en: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. Librairies Techniques, Paris, 1977, p. 269 y ss. En cuanto a esta materia la misma será desarrollada en apartado propio, en el presente capítulo.

1) contrato de licencia técnica y de asistencia técnica, por medio de los cuales la sociedad madre transmite a las sociedades filiales conocimientos tecnológicos relativos al respectivo proceso productivo, así como en los términos de condiciones fijadas unilateralmente por la sociedad líder del grupo (v.g., royalties exacerbadas)³⁸⁴;

2) contratos de prestación de servicios: a cambio de esta prestación de servicio de apoyo en el área de gestión, gestión financiera, relaciones públicas, ventas, etc., la filial queda obligada a aportar una cierta cantidad de su volumen anual de negocios, la llamada *contrat service charge*,³⁸⁵

3) contratos de exclusividad, por medio de los cuales la filial queda obligada a suministrar a la sociedad madre a bajo precio, o, inversamente, la sociedad filial queda obligada a recibir el suministro exclusivamente de otros miembros del grupo³⁸⁶;

4) contratos de préstamo ante la sociedad dominante, que crean una dependencia a veces total de la filial deudora.

Además de estos medios contractuales indirectos y camuflados de transferencia de beneficios, mediante los cuales la dirección del grupo procede a la repartición y a la redistribución planificada de las reservas financieras en su interior, suelen llevarse a cabo transferencias ocultas de dividendos por medio del recurso al sistema de precios de cesión y venta interna³⁸⁷, así como al sistema de repartición geográfica de mercados.

No podemos sorprendernos que se haya afirmado que el grupo quita de la sociedad su respectiva sustancia, permitiendo aplicar entre los

³⁸⁴ Para una profundización en estos tipos contractuales, ya tratados en esta tesis, y su relación con los grupos de sociedades, véase la Primera Parte, capítulo 2.

³⁸⁵ VIANDIER, Alain: *Les Opérations à L'Intérieur du Groupe*, en: *I Grppi di Società, Volume Terzo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 2347.

³⁸⁶ O sea, escoger su contraparte comercial dentro del mercado interno del grupo, aunque pueda encontrar condiciones de oferta y procura más ventajosas fuera del mismo.

³⁸⁷ Respecto a este importantísimo sistema de transferencia oculta de ganancias, tanto por su impacto en la práctica de los grupos de sociedades, como por la dificultad de su control, véase: OECD. *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*. Paris, 1984, p. 7 y ss.; PLASSCHAERT, Sylvain: *Transfer Pricing and Multinational Corporations*. Saxon House, Farnborough, 1979, p. 29 y ss.

patrimonios activo y pasivo de las sociedades que lo componen una especie de traducción financiera del principio de los vasos comunicantes³⁸⁸.

La infracción de la autonomía patrimonial de la sociedad filial no se revela tan sólo en el plano de la independencia en cuanto a los activos y pasivos patrimoniales, sino también en su propio capital social. Así, el capital social como es sabido, en el modelo normativo de la sociedad independiente, está protegido por el principio del capital intangible (respetando no sólo su constitución, sino también su manutención).

Por un lado, la formación del capital social de las sociedades filiales está comúnmente amenazada por la conocida práctica de la subcapitalización. De hecho, la constitución de filiales con capital insuficiente, además de ser un eficaz medio de refuerzo del poder de control de la sociedad madre sobre las filiales, permite la conducción hacia el exterior (acreedores sociales) del riesgo de ciertas actividades económicas³⁸⁹. Aunque conocida en el contexto de las sociedades independientes, sin embargo es en el marco de los grupo societarios donde tal práctica se difundió, estando cualificada como el punto fundamental para la aplicación de la teoría de la disregard doctrine (levantamiento del velo social; desconsideração da personalidade jurídica; disregard of corporate entity)³⁹⁰.

Por otro lado, el tradicional principio del capital intangible está asegurado por una serie de normas legales imperativas que pierden su eficacia en el marco del grupo de sociedades. Así, las normas de prohibición de la suscripción y adquisición de acciones propias son, frecuentemente, inútiles por la práctica de las participaciones recíprocas, que producen un efecto de anulación (nullificazione) del capital social de las sociedades financieramente

³⁸⁸ CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*. Op. Cit., p. 275. Los grupos de sociedades reposan sobre una combinación de dependencia económica de los patrimonios de las sociedades agrupadas y de su independencia jurídica. Tal combinación destruye el propio fundamento de la autonomía patrimonial. CHAMPAUD, Claude: *Les Méthodes de Groupement des Sociétés*, en: 19 RTDC (1967), p. 1020.

³⁸⁹ GALGANO, Francesco: *La Società per Azioni*, en: GALGANO, F.: *Tratado di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Tomo V, 2ª edición. Op. Cit., p. 8.

³⁹⁰ BUXBAUM, Richard: *The Formation of Marketable Shares Companies*, en: *IECL, vol. XIII (Business and Private Organizations)*. Tübingen, 1974, p. 70. La teoría del levantamiento del velo será tratada en apartado propio, abajo, donde profundizaremos la temática.

coligadas³⁹¹. Además, las normas relativas a la prohibición de la restitución de las inversiones de los socios, así como la prohibición de distribución oculta de dividendos, se revelan ineficaces en virtud de la constante manipulación y transferencia de los beneficios operados entre las sociedades agrupadas, obedeciendo a una estrategia financiera o fiscal de la sociedad madre³⁹².

De todas formas, la verdadera garantía de los acreedores sociales vendrá constituida no solamente por el capital social, sino también por el capital patrimonial. "La verdadera garantía para los acreedores es el patrimonio de la sociedad, su solvencia. Por ello el capital cumple su función de garantía sólo indirectamente, a través de su productividad, en cuanto que permite el desarrollo de la actividad empresarial y en su caso la producción de unos beneficios que consolidan y robustecen el patrimonio social"³⁹³.

2.2.1.2. Protección de los socios minoritarios

Los efectos derrivados de una situación de control intersocietario, en general, y de la integración de una sociedad en un grupo de sociedades, en particular, no se limitan a la propia empresa social, sino que se extiende también al círculo de los respectivos socios y de los propios acreedores sociales.

Los individuos extraños a la dirección del grupo son los que más afectados se encuentran por la contradicción entre el Derecho positivo y la realidad económica de los grupos. Tal contradicción resulta del hecho de que los medios de que disponen los socios extraños al núcleo dirigente del grupo, y

³⁹¹ Por ejemplo, si una sociedad A suscribe 1 millón del capital emitido por la sociedad B y esta, por su turno, justamente con esos mismos fondos, suscribe 1 millón en el aumento del capital de la sociedad A, tales operaciones corresponden a un puro juego de escrituras, siendo el valor de garantía del capital de ambas sociedades reducido al montante correspondiente al producto de las participaciones cruzadas. Véase: GUYON, Yves: *Droit des Affaires*. 5ª ed., Economique, Paris, 1988, p. 561; PRENTICE, D. D.: A Survey of the Law Relating to Corporate Groups in the United Kingdom, en: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1982, p. 8.

³⁹² CORREIA, Luís Brito: *Direito Comercial, Volume II*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1989, p. 337 y ss.; CORREIA, Luís de Brito: Grupos de Sociedades, en: *FDL, Novas Perspectivas do Direito Comercial*. Almedina, Coimbra, 1988, p. 387y ss.

³⁹³ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina: *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias*. Editorial Comares, Granada, 2001, p. 61.

los acreedores sociales, se encuentran vinculados a la sociedad aislada³⁹⁴.

En cuanto al conjunto de los socios, hay que tener en cuenta que la estructura del grupo acaba por romper la situación de supuesta igualdad y homogeneidad de la posición jurídica de los asociados de las sociedades agrupadas³⁹⁵. La entrada de la sociedad en un grupo genera, invariablemente, una ruptura de la igualdad entre los socios³⁹⁶.

En realidad, en el marco de la sociedad independiente, tal homogeneidad permanece intocable y cada socio es titular de un conjunto de derechos individuales de contenido idéntico (derecho a los beneficios; participación social; información; transmisión de títulos), los cuales podrán variar de acuerdo al montante de capital detentado por cada uno, en los términos de alguna estipulación contractual.

Sin embargo, con la integración de una sociedad en un grupo, se abre camino a una heterogeneidad básica en el conjunto social, que se ve escindido en dos clases de socios, con posición jurídico-patrimonial y organizativa íntegramente distinta. a) Por un lado tenemos a los socios internos o controladores, que persiguen una estrategia de maximización del rendimiento global del grupo y; b) por otro lado existen los socios externos o inversionistas, que persiguen una estrategia de colocación y rentabilidad de sus ahorros junto al mercado de capitales³⁹⁷.

Esta dicotomía sociológica origina una discriminación profunda del respectivo estatuto, en el ámbito de la posición jurídico-patrimonial (derecho a los beneficios). En realidad, si la empresa social, en virtud de su situación de dependencia, dejara de buscar su propia voluntad y dejara de ejecutar sus

³⁹⁴ SAUVAIN, Anne Petit-Pierre: *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*. Op. cit., p. 28.

³⁹⁵ La homogeneidad de la posición jurídica de los asociados ya fue reglamentada en el derecho comunitario. Véase la 2ª Directiva Comunitaria sobre sociedades (77/91/CEE del Consejo, de 13/12/1976, alterada por la Directiva 92/101/CEE, también del Consejo, de 23/11/1992). Véase, aún: VENTURA, Raúl: *Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades*, en: *Documentação e Direito Comparado*. BMJ, Lisboa, 1981, p. 133.

³⁹⁶ SCHMIDT, Dominique: *Les Droits des Minorités dans la Société Anonyme*. Librairies Sirey, Paris, 1969, p. 160; BÉJOT, Michel: *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne*. Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 177 y ss.

³⁹⁷ D'ALLESSANDRO, F.; AMATUCCI, A.; CANDI, A. y FANELLI, G.: *La Disciplina dei Gruppi di Società nella Novella del 1974*. Giuffrè, Milano, 1978, p. 183 y ss.

propios intereses, para pasar a ver reflejada en su seno la expresión de la voluntad y los intereses de otra empresa social, entonces tendríamos que admitir que dejará de contar con las ganancias que podría aspirar en una situación de independencia.

Constituyendo el grupo, además de una unidad económica, una unidad patrimonial compuesta por una serie de canales de comunicación entre las estructuras patrimoniales de las varias sociedades que lo componen, las cuales realizan permanentes transferencias de bienes de capital³⁹⁸, puede igualmente ocurrir que la sociedad filial, no obstante la buena marcha de los respectivos negocios sociales, no venga a contabilizar beneficio alguno en el respectivo balance anual³⁹⁹.

Es verdad que los socios externos o minoritarios, desaparecido el interés por el cual legítimamente esperaban que su capital fuera administrado, pueden ver reducido o eliminado su derecho básico a los beneficios periódicos. Sin embargo, los socios controladores se beneficiarán, siempre, de los efectos derivados de la permeabilidad de los patrimonios de las sociedades agrupadas, ya que esto les permite maximizar los beneficios globales del grupo, por medio de la distribución de los recursos financieros existentes en el seno de la organización para las filiales más prometedoras⁴⁰⁰.

Además, la posición jurídico-organizativa de los socios sufre un duro golpe. Los derechos de participación en la vida social (máxime, el derecho al voto), aunque formalmente existentes, pierden cualquier consistencia

³⁹⁸ EISENBERG, Melvin A.: *The Structure of the Corporation*. *Op.cit.*, p. 308; EISENBERG, Melvin A.: *The Governance of Corporate Groups*, en: *I Grppi di Società, Volume Secondo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 1187 y ss.

³⁹⁹ El socio interno, sociedad madre, decide transferir todos los lucros de la sociedad filial (socio externo) a otra filial del mismo grupo, por razones financieras o fiscales. Así, cuanto mayor la ganancia realizada por el grupo, en virtud de la aplicación de los recursos financieros en las filiales más prometedoras, corresponde la *volatización* de los lucros líquidos apurados en el balance, así como la privación de los socios externos de los dividendos esperados. Además, cuando las cuentas anuales registren resultados positivos, ni así está garantizado que los socios externos o minoritarios estarán protegidos, ya que la sociedad madre podrá privar los mismos de parte sustancial de los dividendos, mediante el ejercicio de la facultad de proseguir una política de reservas exacerbadas o de una eventual celebración de un contrato de atribución de beneficios (tema ya abordado en la Primera Parte, Capítulo 2).

⁴⁰⁰ Véase: BEZARD, P.; DABIN, L.; ECHARD, J.F.; JADAUD, B.; y SAYAG, A.: *Les groupes de sociétés – une politique législative, Etudes du Centre de Recherche sur le Droit des Affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris*. Librairies techniques, Paris, 1975, p.66 y ss.

material. Las deliberaciones sociales de la Asamblea General revisten un mero carácter declaratorio de las decisiones adoptadas previamente, junto al núcleo dirigente del grupo, fuera de la sociedad controlada⁴⁰¹. El derecho de voto de los socios minoritarios se transforma, en el caso del grupo de sociedades, en un derecho sin sentido, así como las prerrogativas de control y supervisión de la administración social devienen perfectamente utópicas⁴⁰².

Finalmente, sobre todo en los casos en que la situación de dependencia intersocietaria haya sido originada por operaciones de cesión privada de lotes de control, los socios minoritarios pueden verse transformados en prisioneros de auténticos títulos ficticios, sin valor real en el mercado secundario⁴⁰³.

2.2.1.3. Protección de los acreedores sociales

De lo expuesto hasta ahora, es posible prever cuál es la posición de los acreedores sociales, además de existir la posibilidad de que ésta sufra una completa ruptura. Los supuestos tradicionales con relación a la realidad material de sus derechos (tales como la autonomía patrimonial del ente social e intangibilidad del capital social), son cuestionables por la típica permeabilidad patrimonial existente.

Esta permeabilidad de los patrimonios sociales es una característica esencial de la vida interna del grupo de sociedades, además de ser una forma de expresión, tanto en el plano material, como en la unidad de dirección económica. Hay que destacar que la permeabilidad generará un vacío

⁴⁰¹ Véase: SINAY, Henri: *Vers un Droit des Groupes de Sociétés*, en: GP (1967). 1967, p. 73. Ciertamente, un fenómeno idéntico encontramos en las relaciones de mayoría-minoría en el contexto de las sociedades independientes. Todavía, existe una diferencia fundamental entre las dos situaciones. Así, en el caso de las sociedades independientes, el interés social constituye la regla base de las decisiones de la mayoría social (excepto en los casos excepcionales de abuso de derecho de voto del socio mayoritario). Sin embargo, en el caso de un grupo de sociedades nos enfrentamos a un conflicto inevitable, diríamos institucionalizado, entre los intereses exteriores y generales del grupo y el interés particular o interno de la filial.

⁴⁰² EISENBERG, Melvin A.: *The Structure of the Corporation – A Legal Analysis*. Op. cit., p. 310.

⁴⁰³ BERR, Claude: *La Place de la Notion de Contrôle dans le Droit des Sociétés*, en: *Mélanges en l'Honneur de Daniel Bastian, I (Droit des Sociétés)*. Librairies Techniques, Paris, 1974, p. 7.

en el instituto de garantía del crédito, transformando el derecho del acreedor en una casi ficción⁴⁰⁴.

La emergencia presente en los grupos de sociedades viene a cambiar el sentido de la distribución de los riesgos empresariales, tal como estos son considerados en la conformación tradicional del Derecho de las sociedades (*rischio di impresa*)⁴⁰⁵. En el contexto de una sociedad aislada, la dirección de esos riesgos, existentes para los acreedores sociales, y que son inherentes al beneficio de la responsabilidad limitada de los socios, aparece compensado por las garantías a favor de los mismos acreedores, tales como la autonomía patrimonial perfecta, el capital social, el crédito preferencial en una quiebra, etc. Sin embargo, en el contexto del grupo de sociedades, ocurrirá una conducción de tales riesgos para los acreedores sociales, sin haber ninguna contrapartida para los mismos.

La transferencia de los riesgos empresariales es inadmisibles, teniendo un distinto impacto conforme al tipo de acreedor social. Se abre paso a una discriminación en el seno de los acreedores sociales⁴⁰⁶, exponiéndose ello de la siguiente forma:

⁴⁰⁴ Los derechos de los acreedores están limitados al acervo patrimonial de la filial deudora. La permeabilidad entre las filiales del grupo puede reducir sus garantías, generando un vacío del instituto de la garantía patrimonial.

Los peligros típicos a que están expuestos los acreedores sociales pueden ser divididos en dos categorías esenciales. Por un lado tenemos la afectación de la posición de los acreedores en general. Tal afectación se traduce en los riesgos advenidos de la dirección económica unitaria para el acervo patrimonial y financiero de las sociedades filiales, acervo este que constituye la única garantía de los mismos acreedores. Por otro lado, hay que ver la posición del acreedor individual, cuyo crédito tiene su fuente en un negocio o relación jurídica concreta con la sociedad filial. Así, por ejemplo, imagínese el caso de la violación de una obligación de no competencia que pesa sobre una filial de un grupo, por medio de la acción de otra filial del mismo grupo. Véase: KOPPENSTEINER, Hans Georg: *La Protection des Créanciers au Sein des Groupes Internationaux de Sociétés*, en: *Les Groupes de Sociétés*. Sémin, Genève, 1973, p. 21.

⁴⁰⁵ ROSSI, Guido: *Persona Giuridica, Proprietà e Rischio d'Impresa*. Giuffrè, Milano, 1967, p. 63 y ss.

⁴⁰⁶ La distinción entre acreedores voluntarios e involuntarios se basa en la naturaleza de la participación del acreedor en la relación jurídico-crediticia. El banco que ha hecho el préstamo o el suministrador que vendió mercaderías a la sociedad tuvieron una voz activa en la formación de la relación de crédito emergente. A su vez, el consumidor de un producto defectuoso vendido por la sociedad no tiene margen de elección en el surgimiento de la relación crediticia indemnizatoria, no teniendo cualquier control ni sobre la existencia, ni sobre sus términos. Véase: LANDERS, William: *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*. *Op. cit.*, p. 589 y ss. ; POSNER, Richard: *The Rights of Creditors of Affiliate Corporations*, en: 43 *UchLR* (1976), 1976, p. 499 y ss.

a) Por un lado, tenemos los acreedores involuntarios (máxime los consumidores y los trabajadores), que soportan las consecuencias negativas del efecto traslativo de los riesgos de la actividad, sin ninguna posibilidad de evitar o negociar los términos de tal traslado.

Así, la víctima de un producto defectuoso distribuido por la filial de un grupo de la industria farmacéutica tendrá su crédito indemnizatorio limitado al acervo patrimonial de la sociedad filial misma. Suele ocurrir, sin embargo, que por la disminución patrimonial originada por las transferencias intragrupo, el patrimonio de la filial podrá ser insuficiente para la satisfacción del crédito⁴⁰⁷.

Una empresa que soportaría íntegramente los riesgos de la respectiva explotación, en lo que respecta a su actividad económica y está siendo desarrollada por medio de una única sociedad, puede eludir tal responsabilidad, exteriorizando los riesgos empresariales e impidiendo que los acreedores sociales puedan alcanzar su patrimonio, a través de la simple manipulación de la forma jurídica de la organización. Con tal objetivo, pasa la

⁴⁰⁷ Los accidentes ocurridos con las filiales del grupo *Union Carbide* en India (caso *Bhopal*) o del grupo *Standard Oil* en Francia (el caso *Amoco Cadiz*) constituyen dos ilustraciones de esta realidad.

El asunto BHOPAL - A) Los hechos: En la noche de 2 de diciembre de 1984 se produjo un escape de gas letal llamado isocianato de metilo en la ciudad india de Bhopal. El accidente se produjo en una fábrica de productos químicos, la sociedad *Union Carbide India*, filial del grupo norteamericano *Union Carbide U.S. Co. (UCC)*.

Como consecuencia del accidente murieron cerca de 3.000 personas y más de 30.000 sufrieron lesiones de las más diversas gravedades.

Los principales daños presentes fueron los siguientes:

+ Daños a la salud – ceguera, desórdenes gastrointestinales, abortos espontáneos, defectos genéticos en la descendencia y daños al sistema inmunológico;

+Daños ambientales – contaminación de las aguas.

B)La solución del caso

El caso concluyó con una transacción extrajudicial. No ocurrió un pronunciamiento respecto al levantamiento del velo, aunque en la práctica lo mismo haya ocurrido. Así, la UCC (matriz de la transnacional, con sede en los Estados Unidos) fue quien pagó las indemnizaciones establecidas en el acuerdo.

Aunque el valor de los daños personales y patrimoniales provocados se elevasen a los 3.300 millones de dólares, los herederos de las víctimas apenas encontraron en el acervo patrimonial de la filial deudora lo suficiente para satisfacer menos del 3% de los respectivos créditos (100.000 millones de dólares). Véase: *Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India in December 1984*, 634 F.Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986); *aff'd and mod.* 809 F. 2d 195 (2nd Cir. 1987); SYMPOSIUM, *The Bhopal Tragedy: Social and Legal Issues*, en: 20 *Tex Int.L.J.* (1985), p. 267 y ss.

Para el caso **AMOCO CADIZ** véase, arriba, nota del capítulo 2, Primera parte, apartado 4.2.2.1."a".

sociedad a desarrollar sus actividades por medio de una red de centros de imputación jurídica autónomos. El grupo surge, así, como una especie de mecanismo que permite exteriorizar la responsabilidad de la empresa respecto a la sociedad civil en general⁴⁰⁸.

b) En oposición a lo dicho anteriormente, encontramos a los acreedores fuertes o voluntarios (tales como los bancos, los grandes suministradores) que se encuentran en posición de exigir, generalmente, formas suplementarias o colaterales de garantía para los respectivos créditos⁴⁰⁹. Así, los perjuicios provocados por el fenómeno de los grupos traspasan frecuentemente el círculo de los acreedores privados, extendiéndose a los propios acreedores públicos, máxime el fisco⁴¹⁰.

Finalmente, esta técnica de distribución de los beneficios fiscales, tratando de localizarse en aquellos lugares donde la fiscalidad es más tenue, genera consigo misma perjuicios considerables para algunas de las sociedades involucradas, tales como elevadas pérdidas de operaciones tributables para los Estados acreedores, además de la imposibilidad de control de tal desplazamiento del capital^{411/412}.

⁴⁰⁸ En el seno de un grupo de sociedades, el beneficio de la responsabilidad limitada de los socios, típico de las sociedades de capitales, cambia enteramente de significado. Así, en virtud del llamado efecto piramidal resultante de la red de participaciones financieras que vincula las sociedades agrupadas, acaba por introducir una casi irresponsabilidad delante terceros. Véase: BLUMBERG, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, Including the Law on Corporate Guaranties*. Little, Brown and Company, Boston, 1985, p. 8.

⁴⁰⁹ Por ejemplo, las difundidas *letters of confort*, por medio de las cuales la sociedad madre garantiza personalmente los acreedores de las filiales. Véase: CANNUZZI, Sergio: *Unico Azionista, Gruppi, Lettres de Patronage*. Giuffrè, Milano, 1979, p. 163 y ss.

⁴¹⁰ Ejemplo serían los precios de transferencia (*prix de transfer; transfer pricing*), práctica que constituye un elemento central de la estrategia tributario-financiera de los grupos de sociedades con implantación multinacional y que pretenden reducir la carga fiscal global soportada por el grupo, mediante una sobrefacturación o una subfacturación realizada en las operaciones de venta efectuadas entre las sociedades agrupadas, aprovechando las disparidades fiscales entre los países de acogida. Véase: LAZARUS, Claude: *Le Régime Fiscal des Prix de Transfer*, en: GOLDMAN, B. y FRANCESKAKIS, P.: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. Librairies Techniques, Paris, 1977, p. 236 y ss.; ABREU, Miguel T.: *Os Preços de Transferência no Contexto Internacional*, en: *18 O Fisco* (1990). Lisboa, 1990, p. 9 y ss.

⁴¹¹ Instrumentos más utilizados para los flujos de capitales, con la intención de huir del fisco, por parte de la sociedad controladora del grupo serían la venta de productos semiacabados, la venta de materia prima, los acuerdos de transferencia de tecnología, los acuerdos de asistencia técnica, etc. Para una sistematización de los más importantes canales a través de los cuales se procesa la transferencia de dividendos y lucros en el interior de los grupos de sociedades puede ser encontrada en: PLASSCHAERT, Sylvain: *Transfer Pricing and Multinational Corporations. Op. Cit.*, p 3 y ss.

2.2.2. La sociedad madre

Durante mucho tiempo había una convicción generalizada de que los problemas originados por el fenómeno de los grupos a la concepción tradicional del Derecho de las sociedades quedaban restringidos al plano de las sociedades filiales.

Otra perspectiva viene ganando fuerza desde la mitad de los años 1970. La hitórica perspectiva de "arriba para abajo" fue dando paso a una nueva perspectiva de "abajo para arriba". El centro de las atenciones deja de ser la sociedad filial y pasa a constituir el propio vértice jerárquico del grupo, la sociedad madre.

En realidad, se constató rápidamente que los efectos provocados por el grupo societario no se confinaban a las sociedades filiales, sino que se hacían sentir en la propia sociedad líder del grupo, enfrentándose con algunos principios básicos de la respectiva organización y funcionamiento.

2.2.2.1. Protección de los socios

Un primer dominio donde el impacto del fenómeno de los grupos se hace sentir es el de los socios de la sociedad madre. No sólo en lo relativo a su constitución, sino también en el plano de la dirección y funcionamiento, la estructura del grupo es susceptible de provocar alteraciones en la posición jurídica de los socios⁴¹³.

⁴¹² Ejemplificando. Determinado grupo de sociedades posee una filial en el país X (sociedad A), donde la tasa del impuesto sobre las sociedades es de un 50% y, otra sociedad (sociedad B), que comercializa los bienes producidos por la primera sociedad en el país Z, a una tasa de impuesto de un 30%. Si A suministra sus productos a B al precio normal del mercado, supongamos 100, siendo el respectivo precio de coste de 70, y B revende los mismos productos al precio de 120, precio máximo posible en el mercado del país Y, entonces por cada unidad del producto vendido el grupo sufrirá un tributación global de 21: Lucro de A: $30 (100 - 70) \times 50\% = 15$; Lucro de B: $20 (120 - 100) \times 30\% = 6$; Materia tributable total del grupo : $15 + 6 = 21$. Si, inversamente, la sociedad A subfactura sus ventas y suministrar sus productos a la sociedad B por un precio por debajo del valor de mercado, supongamos 80, entonces tendremos una realidad muy distinta y, aunque la sociedad A realice un lucro más pequeño, el grupo sufrirá una imposición tributable global más pequeña (17). Así: Lucro de A: $10 (80 - 70) \times 50\% = 5$; Lucro de B: $40 (120 - 80) \times 30\% = 12$; Materia tributable global del grupo: $5 + 12 = 17$.

⁴¹³ Respecto a los efectos de los grupos de sociedades a las sociedades madres, de entre otros, véase: ANTUNES, José A. Engracia: *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários*. UCP, Porto, 1993, p. 22 y ss.; FRANÇA, Maria A.: *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*. AAFDL, Lisboa, 1990, p. 125 y ss.

En cuanto al plano de la formación de un grupo, está lejos de ser indiferente a los asociados de una empresa colectiva la reorganización de la superestructura jurídica, operada en el sentido de que deje de estar organizada bajo la forma de una única sociedad singular, para transformarse en la sociedad madre de un grupo con distintas sociedades filiales, a que se transfieren parcelas patrimoniales o sectores de la actividad de aquella.

Por ejemplo, observemos el caso de una determinada empresa societaria individual que resuelve utilizar una parte de los bienes sociales para crear una nueva sociedad (cuyo capital ella detenta integralmente), o utiliza entonces una parte de los bienes sociales a los efectos de adquirir la totalidad del capital de la sociedad ya existente. A primera vista, una decisión así generaría un simple cambio en la superestructura jurídico-organizativa de la empresa colectiva, que dejaría intactos los derechos corporativos, con una naturaleza organizativa y patrimonial de los asociados de la sociedad única, convirtiéndose en sociedad madre. Sin embargo, un análisis más atento demuestra que el resultado de tal concentración no generará seguridad para los asociados.

Desde luego, bajo la óptica del estatuto jurídico-organizativo, tal transformación originará una subversión legal de la distribución de las competencias entre los respectivos órganos sociales, que viene a resaltar los poderes del Consejo de Administración, con la consecuente pérdida de las atribuciones de la Asamblea General de los socios. Aunque las atribuciones legales de este órgano se mantengan formalmente inalteradas, la verdad es que tales atribuciones perderían su razón de ser con relación a las partes de la empresa global que fueron transferidas a las sociedades filiales. Será el propio órgano de administración de la sociedad madre el que pasará a tener la responsabilidad del gobierno absoluto de las partes, ya que es al órgano de administración de la sociedad madre a quien compete el ejercicio de los derechos sociales inherentes al capital detentado por esta sociedad en las sociedades filiales. Además, le compete al mismo (órgano de administración de la sociedad madre) el ejercicio del poder de dirección, derivado del dominio total que detenta del grupo de sociedades.

La constitución de un grupo de sociedades genera la afectación de los derechos de participación social de los socios⁴¹⁴. En el contexto de la estructura empresarial unisocietaria, los socios ejercen los derechos de participación social relativos a toda la empresa. Sin embargo, en el contexto de la estructura plurisocietaria (grupo de sociedades), los socios pierden tales derechos en beneficio de los órganos de administración, ahora destacados en las sociedades filiales.

Bajo la óptica del estatuto jurídico-patrimonial, la constitución del grupo expone a los socios de la sociedad madre a eventuales consecuencias negativas que podrán sobrevenir de obligaciones legales⁴¹⁵.

Bajo la óptica del funcionamiento y dirección del grupo societario, no son menores los efectos disfuncionales que esa estructura organizativo-empresarial es susceptible de producir sobre la posición de los socios de la sociedad madre.

Por lo tanto, la adquisición y gestión de las participaciones sociales detentadas por una determinada sociedad anónima en otras sociedades constituye, generalmente, una atribución de los respectivos órganos de la administración. Las participaciones son bienes sociales cuya administración está sujeta a la competencia exclusiva de los administradores o directores. Así, una intervención de los socios solamente puede ser regulada por la vía estatutaria y en circunstancias muy excepcionales⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Derecho de voto, derecho de información, derecho de elección, así como derecho de destitución de los demás órganos sociales, deliberación sobre las materias fundamentales de la vida social, v.g., fusión, escisión, disolución.

⁴¹⁵ Por ejemplo, en un grupo constituido por dominio total, tendríamos como obligaciones negativas para los socios de la sociedad madre las obligaciones impuestas a la sociedad dominante del pago de indemnizaciones y compensaciones a los socios minoritarios de la sociedad dominada; la responsabilidad directa e ilimitada delante los acreedores sociales de la sociedad dominada; el deber de la sociedad dominante de compensación de las pérdidas anuales en relación a la dominada. Cuanto a las contrapartidas y responsabilidades impuestas a la sociedad madre en la secuencia del nacimiento de una relación de grupo, lo desarrollaremos en apartado propio, nº 2.2.2.3., Primera Parte, Capítulo 3.

⁴¹⁶ Las circunstancias que permitirían la participación de los socios son: decisión de participación en sociedades con objeto distinto del grupo; participación en sociedades de responsabilidad ilimitada. Véase: ANTUNES, José A. Engracia: *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários. Op. Cit.*, p. 66 y ss.; MATOS, Albino: *Participação de Sociedades de Responsabilidade Limitada em Sociedades de Responsabilidade Ilimitada*, en: *VI RevN (1986)*. 1986, p. 583 y ss.; VENTURA, Raúl: *Participações Unilaterais de Sociedades em Sociedades, e Sociedades Gestoras de Participações noutras Sociedades*, en: *XXIX RSI (1980)*. 1980, p. 19 y ss.; FANELLI, Giuseppe:

Además, el ejercicio del poder de dirección practicado por la sociedad madre constituye una atribución exclusiva del respectivo órgano de administración, que tendrá el derecho de emitir instrucciones vinculantes a las sociedades filiales⁴¹⁷.

Concluyendo, siempre que la actividad económica de una empresa deja de realizarse en el contexto de una estructura unisocietaria para serlo bajo una estructura plurisocietaria, entonces ésta actividad económica estará depositada en las manos de los administradores o directores de la sociedad líder del grupo, independientemente de las repercusiones de tales decisiones en el ámbito de las sociedades filiales, además de las repercusiones para la propia sociedad madre y sus socios.

En realidad, no es difícil imaginar toda una serie de decisiones relativas a la vida y gestión de las filiales que pueden generar efectos en la

Limiti e Condizioni di Legittimità delle Partecipazioni di Società ad Altre Imprese, en: *RDC (1960)*, I. 1960, p. 52 y ss.; GALGANO, Francesco: *Diritto Commerciale – II (Le Società)*. Zanichelli, Bologna, 1990, p. 209 y ss.; GUERRA, Pietro: *La Società di Partecipación*. Giuffrè, Milano, 1957, p.44 y ss.; STOLFI, Caterina: In Tema di Partecipazioni di una Società di Capital ad una Società per Persone, en: *RivDCom (1970)*, II. Roma, 1970, p. 110 y ss.; BAUDEU, Georges: *Les Sociétés Liées par une Participation en Capital*. Librairies Techniques, Paris, 1973, p.40 y ss.; BERR, Claude: Participations et Filiales, en: *Jurisclasseur Sociétés*. N° 165, 3, p. 165 y ss.; GUYON, Yves: *Droit des Affaires. Op. Cit.*, p. 327 y ss.; JEANTIN, Michel: *Droit des Sociétés*. Montchrestien, Paris, 1989, p. 135 y ss.

⁴¹⁷ El titular puede dar instrucciones, y el poder de dirección que ello traduce, es de la propia sociedad directora de grupo. Todavía, en el contexto de los grupos verticales o bicéfalos pueden surgir problemas. En cuanto a los grupos verticales (caracterizados por la existencia de una pirámide de contratos de subordinación entre las sucesivas sociedades: A y B, B y C), puede ocurrir la incertidumbre de saber si la sociedad madre es o no titular de un derecho directo de dar instrucciones para las filiales de las filiales (¿podría A dar instrucciones para C?). Entendemos que en estos casos la sociedad líder del grupo apenas posee el derecho de dar instrucciones en relación a la sociedad filial directa (en nuestro ejemplo la sociedad B), pudiendo interferir en la sociedad C solamente de forma indirecta. Así, no puede la sociedad madre dar instrucciones directamente a la filial de su filial, todavía puede alcanzar tal fin de control cuando realiza instrucciones a su filial y esta a la sociedad vinculada indirectamente a la sociedad madre (A realiza instrucciones para B y esta realiza las mismas instrucciones para C). La admisión de un derecho directo de dar instrucciones de A para C acabaría por generar el exterminio del derecho (deber) de control de licitud de las instrucciones recibidas en los que están investidos los órganos de administración de la sociedad subordinada B. Ya en el caso de los grupos que cuentan con dos o más sociedades madres, ambas o todas las sociedades directoras poseen el derecho de dar instrucciones a la sociedad subordinada común, aunque nada excluye que tal derecho pueda ser ejercido solamente por una de ellas, en los términos del contrato o de otro instrumento jurídico que asegure la coordinación de la posición jurídico-activa y pasiva de las sociedades directoras.

Finalmente, cumple subrayar que, aunque la dirección del grupo esté determinada por la atribución del órgano de administración de la sociedad madre, no está excluida la posibilidad de que, en determinadas materias específicas de la gestión de las sociedades filiales, tales como aumentos de capital, alineación de activos patrimoniales significativos, distribución de lucros, constitución de sociedades filiales de las filiales, pueda exigir la consulta y el consentimiento de la propia Asamblea General de la sociedad madre.

situación de los socios en la sociedad madre. Así, cuando los grupos constituidos por medio del dominio total, los administradores o directores de la sociedad madre decidieren, por medio de la Asamblea General, proseguir una política de autofinanciación, tal hecho afectará a la proporción de los dividendos percibidos por los socios de la sociedad madre, sin que los mismos tengan cualquier palabra al respecto del asunto, como sería usual en una sociedad singular. Además, si los mismos administradores o directores, en el ejercicio del poder de dirección que es inherente a la relación de grupo entre la sociedad madre y la filial, decidieren celebrar un contrato de subordinación o una convención de transferencia de beneficios entre la sociedad filial y una tercera sociedad, la cadena jerárquica de las relaciones intersocietarias expondrá la sociedad madre a riesgos financieros significativos (v.g., si la filial de la filial registrar pérdidas anuales o quiebra, la sociedad madre será solidaria e ilimitadamente responsable ante los acreedores sociales de la filial de la filial). Por otro lado, si los órganos de administración decidieren alienar o realizar un gravamen sobre el patrimonio de la sociedad filial, los socios de la sociedad madre no tendrán posibilidad alguna de impedir tal hecho, aunque el capital invertido sea de ellos⁴¹⁸.

Concluyendo, a través de esta reorganización de la superestructura jurídica de la empresa (paso de la estructura unisocietaria a la plurisocietaria), las decisiones fundamentales para la vida y el destino de la empresa global pasarán a estar concentradas en las manos de la administración de la sociedad madre, que así se transforma en el verdadero órgano de cúpula para el grupo interno. Sin embargo, en virtud de la cadena de lazos financieros y de normas específicas aplicables a la relación de grupo (comunicabilidad de las pérdidas y deudas sociales de las filiales a la sociedad madre), los efectos de esas mismas decisiones sobrepasan el círculo de las

⁴¹⁸ Así mismo en el contexto de los llamados grupos de hecho, donde la ley no prevé obligaciones al cargo de la sociedad madre, la estructura empresarial plurisocietaria no dejará, jamás, de reflejarse en la situación de la sociedad líder y de los respectivos asociados. Así, tales reflejos pueden ser notados en los casos de una mal andadura de los negocios sociales de las filiales, en la desvalorización de las respectivas inmovilizaciones financieras; así como de los respectivos resultados líquidos a distribuir.

propias sociedades donde fueron tomadas, para repercutir directamente sobre la sociedad madre y, sobre la posición de los respectivos socios⁴¹⁹.

2.2.2.2. Protección de los acreedores sociales

La estructura del grupo de sociedades produce, generalmente, un efecto de degradación de las garantías de los acreedores de las sociedades filiales.

Para asegurar la protección de los respectivos intereses, se han ido desarrollando mecanismos de tutela, no sólo de naturaleza contractual (v.g., las llamadas declaraciones de garantía)⁴²⁰, sino también de naturaleza jurisprudencial (v.g., mediante técnicas de levantamiento del velo social de las sociedades agrupadas)⁴²¹ e, incluso, mecanismos de tutela de naturaleza normativa (v.g., la responsabilidad ilimitada de la sociedad madre ante los acreedores de las respectivas sociedades filiales, previstos en el Derecho portugués y el Derecho brasileño)⁴²². Todos estos mecanismos desembocan, por vía dispositiva o imperativa, en una abolición del privilegio de la responsabilidad limitada en el interior de los grupos societarios.

Estas vías de solución parecen íntegramente justas. Si, por definición, la sociedad madre controla la dirección de los negocios de las sociedades filiales, obteniendo de ahí beneficios y sinergias resultantes, es

⁴¹⁹ GAUTHIER, Thierry: *Les Dirigeants et les Groupes de Sociétés*. Litec (Librairie de la Cour de Cassation), Paris, 2000, p. 391 y ss.

⁴²⁰ Las declaraciones de garantía (*lettres de patronage, letters of confort*) constituyen instrumentos de naturaleza jurídico-negocial, por medio de los cuales una sociedad madre (o sus administradores o socios mayoritarios) afianza, total o parcialmente, los créditos concedidos a una de las sociedades filiales, variable el valor jurídico de tales declaraciones de caso a caso. Véase: ZANDA, Gianfranco; LAGHI, Enrico y ROMAGNOLI, Ilaria: *Le Lettere di Patronage: Problemi di Contabilizzazione*. G.Giappichelli, Torino, 1998, p. 15 y ss.

⁴²¹ El levantamiento del velo de la sociedad o la desconsideración de la personalidad jurídica (*disregard of legal entities.; superamento dello schermo della personalità giuridica*) constituye, inicialmente, un instrumento de carácter jurisprudencial que, en inobservancia al principio fundamental de la separación entre una persona colectiva y los respectivos asociados, atribuye a estos últimos una determinada conducta o responsabilidad imputable a la persona colectiva. En el caso de los grupos de sociedades esto significa la imputación a la sociedad madre de la responsabilidad por las consecuencias derivadas de ciertos actos que, aunque practicados formalmente por las sociedades filiales, son imputables al control material de la líder del grupo. Véase: DOBSON, Juan: *Lifting the Veil in Four Countries: the Law of Argentina, England, France and United States*, en: 35 *ICLQ* (1986). 1986, p. 839 y ss. Profundizaremos el estudio de la *disregard doctrine*, en el apartado 2.2.4., abajo.

⁴²² En el Derecho portugués art. 501º del Código das Sociedades Comerciais, Decreto-Ley nº 262/86, de 02 de septiembre de 1986, DR nº 201/86 I, 02/09/1986; en el derecho brasileño: Art. 2º, § 2º de la Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Ley nº 5.452, de 1 de mayo de 1943, DOU de 09 de agosto de 1943 y; art. 28, VIII, del Código de Defesa do Consumidor, Ley nº 8.078, de 11 de septiembre de 1990, DOU de 12/09/1990.

natural que deba soportar los riesgos y las pérdidas de la actividad. Así, la asociación de los elementos de poder de dirección y responsabilidad a nivel del grupo, evita la manipulación de la forma jurídica (paso de la estructura unisocietaria para la estructura plurisocietaria) y, a su vez, evita que el beneficio de la responsabilidad limitada pueda ser utilizado por la empresa como estrategia para evadir la responsabilidad por las consecuencias de su propia acción, frustrando los derechos de los acreedores.

Sin embargo, este régimen automático de responsabilidad directa e ilimitada de la sociedad madre puede generar efectos más negativos de los que pretende remediar. Por lo tanto, la protección de los acreedores de cada sociedad filial del grupo podría ser obtenida por medio del sacrificio de los acreedores de todas las demás filiales del grupo, así como de los acreedores de la propia sociedad madre. De hecho, un régimen de esta índole implicaría poner a disposición de los acreedores sociales de cualquiera de las sociedades agrupadas, no sólo los respectivos bienes propios, sino también, en caso de que éstos no fueran suficientes para liquidar las deudas, el patrimonio de la sociedad madre y del grupo como un todo. Así, los acreedores de filiales saludables tendrían indirectamente que subsidiar las deudas de filiales dolientes, y podrían incluso tener sus derechos de crédito insatisfechos, en el caso de que todo el grupo sea arrastrado a una situación de insolvencia, como consecuencia de una catástrofe financiera ocurrida en una de las filiales.

Tal protección adjudicada a los acreedores de las sociedades filiales podría convertirse en excesiva, ya que en algunos casos se estaría ofreciendo protección al crédito cuyo origen no puede ser imputado al control ejercido por la sociedad madre⁴²³ y, como consecuencia, ofrecer a los acreedores de una sociedad filial una tutela superior a aquella que es adjudicada a los propios acreedores de una sociedad independiente.

A los efectos de llamar la atención, y dada las graves repercusiones que las soluciones de protección de los acreedores sociales basadas en la perspectiva tradicional de la sociedad filial puede producir a los

⁴²³ Siempre que la quiebra de la filial ocurrió en virtud de un incendio, o en virtud de una alteración imprevisible del mercado, o porque el bien producido por la filial se transformó en obsoleto, etc.

acreedores de la sociedad madre, la nueva perspectiva nos lleva a la necesidad de constituir un régimen jurídico de protección de los acreedores sociales del grupo, entendido el grupo como un ente en sí mismo⁴²⁴.

2.2.2.3. La responsabilidad por las deudas de la sociedad subordinada⁴²⁵

La celebración de un contrato de subordinación no es indiferente a la situación jurídica de los acreedores sociales de la sociedad subordinada.

En realidad, cumple subrayar que en el contexto de las sociedades de capitales independientes, el beneficio de la responsabilidad limitada de los respectivos socios genera una transferencia de los riesgos de la explotación de la actividad para los terceros, acreedores sociales. Justamente porque los acreedores poseen como única garantía de los respectivos créditos las garantías resultantes del propio patrimonio de la sociedad, tienen a su favor la constitución de un capital intangible y un derecho exclusivo sobre el patrimonio social.

Tal situación cambia radicalmente cuando una sociedad pierde su independencia y pasa a constituirse en un simple componente de una organización económica plurisocietaria que la engloba (el grupo de sociedades), manifestándose este aspecto de la siguiente forma:

1) Por un lado, la constitución del grupo de sociedades genera una disminución del valor de garantía ofrecido por el capital social a los acreedores sociales.

2) Por otro lado, la permeabilidad existente entre los patrimonios de las sociedades agrupadas podrá afectar la garantía única de sus créditos (por ejemplo, la sociedad directora puede legítimamente afectar el acervo patrimonial de la sociedad subordinada a la realización de intereses ajenos a esta, así como dirigirlle instrucciones vinculantes perjudiciales)⁴²⁶.

⁴²⁴ ANTUNES, José A. Engrácia: *Liability of Corporate Groups – Autonomy and Control at Parent-Subsidiary Relationships*. Kluwer, Deventer, 1993, p. 352 y ss.; OECD: *Responsibility of Parent Corporations for the Debts of Their Subsidiaries*. Paris, 1983.

⁴²⁵ KOPPENSTEINER, Hans George: *La Protection des Créanciers au Sein des Groupes Internationaux de Sociétés*. Op. Cit., p. 1 y ss.

⁴²⁶ Véase la exposición de motivos del Proyecto de Directiva Comunitaria en materia de grupos (PDC 1984, Doc. III/1639 – 84/CEE, p. 44 y ss.). Establece que la sociedad dominante obtiene,

Por todas las razones antes expuestas, es necesaria la creación de un sistema donde los acreedores de la sociedad subordinada posean una protección adicional. Así, es necesario la derogación del principio jurídico societario tradicional de responsabilidad limitada de los socios, consagrando de esta forma y en favor de los acreedores sociales una garantía adicional de los respectivos créditos, consistente en la responsabilidad personal, ilimitada y accesoria de la sociedad directora por todas las deudas y obligaciones de la sociedad subordinada que hayan sido constituidas antes de la celebración, durante la vigencia y, hasta al término del contrato de subordinación⁴²⁷.

“La empresa de grupo en su conjunto carece de personalidad jurídica y, por tanto, de responsabilidad, que, como es sabido, está vinculada a un sujeto que la asume. En la empresa de grupo, la sociedad dominante ejerce el poder de dirección y, como consecuencia de ello, se entiende que sobre ella ha de recaer, en principio, la mencionada responsabilidad”⁴²⁸.

El problema que se nos plantea es el de determinar cual la naturaleza jurídica de la responsabilidad de la sociedad directora.

Una interpretación posible consistiría en calificar la responsabilidad de la sociedad directora, por las deudas de la sociedad subordinada, como una responsabilidad solidaria. A favor de esta interpretación hay algunos argumentos.

1) En primer plano, está conforme a los dos requisitos esenciales de la solidaridad pasiva: a) por un lado, el deber de prestación integral (puede el acreedor social exigir la satisfacción de la totalidad de su crédito, alternativamente, a la sociedad directora o a la sociedad subordinada) y; b) por otro lado, el efecto extintivo recíproco de la satisfacción (la prestación

en virtud del dominio, el derecho a someter la otra sociedad a su dirección, así como utilizar la sociedad dominada para los propios fines de la dominante. No es necesario que la dominante tenga en efecto los intereses de la sociedad subordinada, aunque una instrucción sea perjudicial a esta última, y quede justificada la instrucción por los intereses de todo el grupo.

En tal sistema, los acreedores de la sociedad tienen necesidad de una protección particular, ya que las disposiciones del derecho de las sociedades en materia de afectación del patrimonio social son suspensas por el funcionamiento del propio grupo.

⁴²⁷ Como ya hemos hecho referencia, estas son las previsiones del art. 501º de la ley portuguesa de sociedades; del art. 2º, § 2º de la ley laboral brasileña, así como del art. 28, VIII, de la ley de consumo brasileña.

⁴²⁸ GIRGADO PERANDONES, Pablo: *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Marcial Pons, Madrid, 2002, p.26.

efectuado por cualquiera de las sociedades libera a la otra parte ante el acreedor común).

2) En un segundo aspecto, la responsabilidad de la sociedad directora por las deudas de la sociedad subordinada tiene dos características esenciales: es ilimitada y es accesorio⁴²⁹.

2.2.3. Organización jurídica del grupo: de la sociedad a la metasociedad

El grupo de sociedades, forma organizativa de la gran empresa moderna (empresa plurisocietaria), alternativa al modelo tradicional de sociedad mercantil individual (empresa unisocietaria), constituye una entidad económica en sí misma que, igual que la sociedad singular, debe ser constituido, gestado y fiscalizado, debe presentar cuentas, debe organizar relaciones (internas) entre los respectivos miembros constituyentes, así como relaciones (externas) del todo con terceros y que, en su momento, pasa por un proceso de liquidación⁴³⁰. Por todo esto, el grupo de sociedades necesita de una regulación propia, con principios propios y un sistema jurídico propio⁴³¹.

2.2.3.1. ¿Personificación del grupo?

Una forma de proveer tal organización con una regulación jurídica sería atribuirle una personalidad jurídica propia y separada de las sociedades componentes (madre y filiales), pasando así el grupo a constituir un nuevo sujeto de derechos⁴³².

Si la empresa como tal ha de merecer o no personalidad jurídica constituye una vieja cuestión. Dado que el grupo en su conjunto decididamente representa una empresa, la pregunta también le afectaría. "La personalidad jurídica del conjunto no debiera, por otra parte, excluir la de sus miembros aislados, de la misma forma que la de un holding no le priva de ella a las organizaciones miembros....

⁴²⁹ Véase el apartado 4.2.2.1. a), capítulo 2, primera parte, donde la materia ya fue desarrollada.

⁴³⁰ PETTITI, Priscilla: *Il Marchio di Gruppo, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, nº 173. Doot. A. Giuffrè Editore, 1996, Milano, p. 37.

⁴³¹ LUTTER, M.: *Lo Sviluppo del Diritto dei Gruppi in Europa*, en: 42 RS (1981). 1981, p. 659.

⁴³² En ese sentido, de entre otros, véase: BERLE, Adolf: *The Theory of Enterprise Entity*, en: 47 CLR (1947). 1947, p. 343-358; DESPAX, Michel: *L'Entreprise et le Droit*. LGDJ, Paris, 1956.

Bien, es cierto que la personalidad jurídica – que por cuanto sé, no se defiende en la actualidad por nadie – no aportaría demasiado desde ninguna de las perspectivas del problema. Con todo, al menos ofrecería la posibilidad de realizar – con motivo de la promulgación de normas (legales o contractuales) – la conexión con la totalidad también de una manera formal⁴³³.

Sin embargo la defensa de la teoría de la personificación del grupo, hoy por hoy, se encuentra abandonada.

Así, la personificación legal del grupo representa un antagonismo total con la propia figura, ya que el grupo es un fenómeno híbrido, que combina unidad económica y diversidad jurídica. Por eso mismo, la constitución de personalidad jurídica del grupo generaría la destrucción de la típica pluralidad jurídica asegurada por la existencia de este fenómeno. Atribuyendo personalidad jurídica al grupo, el sistema jurídico no estaría organizando su existencia sino, al contrario, estaría eliminando su existencia, ya que un grupo con personalidad jurídica dejará de estar calificado como tal y pasará a constituir un espécimen de fusión operada ex lege⁴³⁴.

Además, la personificación del grupo es inadecuada por la inconsistencia con la práctica organizativa de los mismos. De hecho, la idea de personificación parte de una visión del grupo como una variable de la empresa unisocietaria altamente centralizada, un espécimen de supersociedad cuyo vértice jerárquico ejerce un control completo, no gozando las partes de cualquier tipo de autonomía.

Sin embargo, los grupos constituyen una realidad multiforme, con una gran variedad de grados de centralización, que va desde los grupos compuestos por filiales detentadas en un 100%, con una profunda integración económica, hasta los grupos que tienen una estructura descentralizada (v.g., grupos diversificados) cuyas filiales actúan dotadas de elevada autonomía de decisión, quedando limitada la sociedad madre a intervenir en materias

⁴³³ DRUEY, Jean Nicolas: El Derecho de grupos suizo, *RdS, Doctrina, Varia*, 1994.3. 1994, p.160.

⁴³⁴ Tal estrategia de regulación (personificación del grupo) no soluciona cualquier de los problemas fundamentales de organización del mismo. El núcleo de esta organización jurídica no está en la forma jurídico-dogmática que le atribuye como actor social, pero antes en la concreta disciplina de los distintos aspectos relacionados con su respectiva constitución, funcionamiento, financiación y disolución.

estratégicas para la supervivencia, liquidez y maximización lucrativa del grupo (máxime centralización financiera)⁴³⁵. Bajo esta perspectiva, personificar significaría determinar para el grupo una limitación legal, destruyendo la típica combinación entre la pluralidad jurídica y la unidad económica que constituye su fuente última de flexibilidad organizativa y sinergia económicas ya comprobadas, en función del análisis comparativo con la tradicional estructura unisocietaria.

2.2.3.2. Organización del grupo

Otra línea de solución para la regulación del grupo ha empezado a surgir con fuerza en el orden jurídico internacional.

Dicha línea consistiría en disciplinar los distintos aspectos relativos a la vida, funcionamiento, organización y disolución del grupo societario, sin necesidad de recurrir a su autonomización como sujeto de derecho. La máxima de esta vertiente es **organización jurídica**, antes que **personificación jurídica** del grupo.

La superestructura jurídica de la empresa multisocietaria, poco a poco, se va erigiendo, sin necesidad de una intervención directa del legislador sino, a través de la conjugación casual de las distintas intervenciones normativas puntuales originadas por las necesidades prácticas.

Por un lado, se puede verificar una creciente disciplina jurídica de la constitución del grupo societario⁴³⁶ en las numerosas normas jurídicas que regulan las operaciones de adquisición de partes sociales en el capital de las sociedades, ya sea por negocio privado (v.g., las llamadas ventas de lote de

⁴³⁵ CHANDLER, Alfred: *Strategy and Structure – Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*. MIT Press, Cambridge, 1962, p. 382 y ss.; WILLIAMSON, Oliver: *The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes*, en: *3 Journal of Economic Literature* (1981). 1981, p. 1537 y ss.; OTTERBECK, Lars (ed.): *The Management of Headquarters-Subsidiary Relationships in Multinational Corporations*. St. Martin's Press, New York, 1981, p. 32 y ss.; TEUBNER, Gunther: *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*. Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 86 y ss.

⁴³⁶ Sin hablarse en aquellos preceptos que regulan mecanismos jurídicos específicos predispuestos para tal efecto, v.g., el contrato de subordinación, el contrato de grupo paritario, las participaciones totalitarias (todas de la ley portuguesa), así como el contrato de dominio y la integración (de la ley alemana). Véase: LUTTER, Marcus y ZÖLLNER, Wolfgang: *Il Diritto delle Imprese Collegate in Germania*, en: *I Gruppi di Società, Volume Primo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 245 y ss.

acciones, cessions de contrôle)⁴³⁷, o por el mercado público bursátil, con especial referencia a las normas en materia de ofertas públicas de adquisición (OPA)⁴³⁸. Tal regulación, aunque motivada por el mercado de capitales, acabó por transformarse en parte integrante de una futura disciplina relativa a la creación y expansión de los grupos de sociedades, en virtud de la naturaleza financiera de los mecanismos de control intersocietario que son la base de la construcción del grupo⁴³⁹.

Por otro lado, aunque de forma incipiente, es posible prever la gradual emergencia de aspectos fundamentales de una futura disciplina de la organización y funcionamiento de los grupos societarios, tanto en el plano interno (relaciones entre miembros, estructura patrimonial-financiera, administración e fiscalización del grupo), como en el plano externo (relaciones del todo y de las sociedades componentes con terceros, publicidad). Elementos de esa disciplina pueden percibirse en aquellas normas consagradas por órdenes jurídicos que reglamentan la materia de los grupos de forma específica, y que llevan al Consejo de Administración o Dirección de la sociedad madre, a la posición de verdadero órgano de administración para todo el grupo⁴⁴⁰; que convierten a la Asamblea General de la sociedad madre en

⁴³⁷ Véase, de entre tantos: COLOMBO, Giovanni: *La Cessione dei Pacchetti di Controllo: Considerazione per una Discussione*, en: *RS (1978)*. 1978, p. 1443 y ss.; LEMPEREUR, Charles: *Cessions de Majorité et Protection des Actionnaires Minoritaires en Droit Comparé*, en: *RPS (1978)*. 1978, p. 91 y ss.; OPPETIT, Bruno: *Les Cessions de Droit Sociaux Emportant le Transfer du Contrôle d'une Société: Essai de Synthèse*, en: *96 RS (1978)*. 1978, p. 631 y ss.; VENTURA, Raúl: *Participações Unilaterais de Sociedades em Sociedades, e Sociedades Gestoras de Participações noutras Sociedades*. *Op. Cit.*, p. 19 y ss.

⁴³⁸ Véase: MALAN, François: *Les Offres Publiques d'Achat (O.P.A.)*. LGDJ, Paris, 1969, p.83 y ss.; VENTURA, Raúl: *Estudos Vários Sobre Sociedades Anónimas*. Almedina, Coimbra, 1992, p. 105-335; WEINBERG, M. A.: *Take-Overs and Mergers*. 4ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1979, p.15 y ss.

⁴³⁹ LUTTER, Marcus: *The Law of Groups of Companies in Europe: A Challenge for Jurisprudence*, en: *Forum Internationale*, vol. I (1983), nº 1. 1983, p. 12.

⁴⁴⁰ Conforme poder de dirección consagrados por la ley alemana (§§ 308, 309 AktG); portuguesa (arts. 503º y 504º CSC) y comunitaria (arts. 13, 24 y 25 PDC). En virtud del poder que detenta la sociedad directora de emitir instrucciones vinculantes respecto a toda y cualquier materia de gestión de la sociedad agrupada (y del correspondiente deber de cumplimiento de la misma por parte de su órgano de administración), se puede imaginar que el contrato de subordinación genera una transferencia de plano de las atribuciones legales del Consejo de Administración de la sociedad filial para la líder del grupo. O sea, que el órgano de administración de la sociedad madre pasaría a constituir un nuevo órgano en el contexto de la estructura jurídico-organizativa de la sociedad filial, que vendría a ocupar el lugar del órgano propio de la sociedad filial. Pero no es eso lo que ocurre. Todo lo que la relación de grupo viene a legitimar es, en el plano del derecho, la posibilidad de una sociedad (la sociedad madre) conducir desde fuera el sentido de actuación de los órganos de administración de la sociedad filial. Los órganos de administración de la filial permanecen como poseedores originarios de los

una posición equivalente al de órgano deliberativo de todo el grupo⁴⁴¹; que legitiman la supremacía del interés del grupo sobre el interés social particular de las distintas sociedades constituyentes.

En lo que respecta a las relaciones externas existen ciertos elementos que están presentes en las normas que consagran un régimen de responsabilidad del propio grupo por las deudas de sus miembros⁴⁴². Además, existe el creciente recurso jurisprudencial a los principios generales en materia del abuso de derecho (sobre todo en el marco de la desconsideración de la personalidad jurídica)⁴⁴³, o en materia de responsabilidad por confianza y protección de la apariencia (que permiten vincular todo el grupo a las consecuencias de los negocios celebrados por sus miembros individuales, con base en la protección de terceros que creyeron en la apariencia de unidad del grupo)⁴⁴⁴.

El sentido que se pretende dar con esta evolución se ve reafirmado por la presencia de dos aspectos complementarios que debemos tener en cuenta. Ellos son:

a) Por un lado, la disciplina jurídica de los grupos empresariales que se transformó cada vez más independiente de la naturaleza o de la forma jurídica particular de las entidades componentes.

b) Por otro lado, la importancia central del grupo en la vida económica y social de nuestros días explica la irrupción de sucesivas

poderes que la ley les confiere para la administración de la sociedad, aunque ahora vinculados a la voluntad e interés de una sociedad ajena. Aunque el Consejo de Administración de la sociedad madre opere como un verdadero órgano de administración de todo el grupo, sin embargo jamás ocupará la posición jurídica formal de los órganos de administración de las sociedades filiales. Además, está vedada la posibilidad de la sociedad directora (líder del grupo) ser investida con poderes generales y originarios de representación de las sociedades filiales en el tráfico jurídico. Véase: IMMENGA, Ulrich: *The Law of Groups in the Federal Republic of Germany*, en: *Groups of Companies in the EEC (dirigido por Eddy Wymeersch)*. Walter de Gruyter, New York, 1993, p. 85 y ss.

⁴⁴¹ Véase: ANTUNES, José A. Engracia: *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários*. Op. Cit., p. 65 y ss, 121 y ss., 156 y ss.

⁴⁴² Véase, para la ley alemana, §§ 302, 322 AktG; para la ley portuguesa, art. 501º CSC; y para el derecho comunitario, art. 29 PDC.

⁴⁴³ Véase: BARBER, Diamond: *Piercing the Corporate Veil*, en: *17 Willamete LR (1971)*. 1971, p. 371 y ss.; GILLESPIE, John: *The Thin Corporate Line: Loss of Limited Liability Protection*, en: *45 NDLR (1969)*. 1969, p. 363 y ss.

⁴⁴⁴ BLUMBERG, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Problems of Parent and Subsidiary Corporation under Statutory Law of General Application*. Little, Brown and Company, Boston, 1989, p. 296 y ss.

intervenciones reglamentarias de naturaleza interdisciplinaria, incluso incidentes sobre los más diversos aspectos de la respectiva existencia y funcionamiento, que viene a contribuir con su organización jurídica global.

Así, las normas jurídico-contables, las cuales, sobrepasando los estrechos horizontes de las sociedades individuales, están exigiendo la presentación de cuentas consolidadas del grupo⁴⁴⁵, como forma de suministrar al público una correcta visión de la situación patrimonial global⁴⁴⁶. Las normas jurídico-laborales, que procuran instituir órganos representativos de los trabajadores a nivel de la empresa global del grupo, antes que de las sociedades individuales, buscan de esta forma asegurar la eficacia de sus propias normas⁴⁴⁷. Las normas jurídico-bancarias, que tratan el grupo como una unidad a los efectos del acceso al mercado bancario⁴⁴⁸. Las normas jurídico-fiscales, que tratan el grupo como un único sujeto para ciertos efectos de imposición tributaria (v.g., para efectos de tributación por el lucro consolidado, eliminando la doble tributación)⁴⁴⁹. Finalmente, las normas desde el punto de vista del Derecho de la competencia, ven al grupo como una única empresa a los efectos de la determinación de la existencia de prácticas anticompetenciales y abuso de la posición dominante⁴⁵⁰.

La relación existente entre el Derecho de la competencia y los grupos de sociedades es un punto fundamental en nuestra tesis. Entendemos que el Derecho de la competencia en la conyuntura actual es el mecanismo

⁴⁴⁵ Véase: FOSSATI, Emilio: *Direzione e Controllo nei Gruppi Aziendali*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 175 y ss. Hace especial referencia a la consolidación de las cuentas del grupo en el Derecho italiano.

⁴⁴⁶ Véase, para el Derecho portugués, el Decreto Ley nº 238/91, de 02 de julio de 1991, que ha hecho la recepción para el Derecho portugués de la 7ª Directiva CEE de 13 de julio de 1983, en materia de armonización del derecho de las sociedades (cuentas consolidadas).

⁴⁴⁷ Por ejemplo, el *comité d'entreprise de groupe* francés (art. 439-1, *Code du Travail*), véase: CHARALON, Yves: *Le Comité de Groupe*. Librairie Sirey, Paris, 1983, p.48 y ss. Además, la llamada *single employer doctrine* norteamericana (Título VII del *Discrimination Act.*), véase: *Lindsey v. Heidelberg Eastern Inc.*, 470 F. Supp. 1181 (1979 D.C.N.Y.). Volveremos a la cuestión del derecho laboral y el grupo de sociedades en el apartado 3.3, Primera parte, capítulo 3, más adelante.

⁴⁴⁸ Por ejemplo, la Ley francesa de 1984 (Loi 84-46 du 24 janvier 1984). Véase su análisis en: HIRSCH, Alain: *La Surveillance Administrative d'un Groupe Multinational: L'Exemple des Banques Multinationales*, en: HOPT, K: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1982, p. 197 y ss.

⁴⁴⁹ Al respecto de los grupos de sociedades y el derecho fiscal, destinamos un apartado propio: 3.2, Primera Parte, capítulo 3, más adelante.

⁴⁵⁰ MACH, Oliver: *L'Entreprise et les Groupes de Sociétés en Droit Européen de la Concurrence*. George, Genève, 1974, p. 24 y ss.

más seguro de control de la actuación de los grupos de sociedades y de su actuación en el orden mundial. Además, entendemos la necesidad del reconocimiento mutuo del Derecho de la competencia en EE.UU., la UE. y MERCOSUR. Así que, no sólo analizaremos el Derecho de la competencia en estos espacios geográficos, sino también la necesidad de reformulación del Derecho de competencia del MERCOSUR, ya que será este mecanismo esencial para el control de los grupos de sociedades transnacionales actuantes en ese espacio geográfico.

Además, asumimos que el Derecho de la competencia del MERCOSUR será esencial para el desarrollo de la integración en este bloque regional⁴⁵¹.

En resumen, en este momento podrá afirmarse que, ya ha empezado la elaboración de un sistema jurídico-organizativo propio del grupo de sociedades, como una forma alternativa de organización de la empresa moderna, a nivel mundial⁴⁵².

2.2.4. La teoría del levantamiento del velo y su aplicabilidad a los grupos de sociedades

2.2.4.1. Origen y evolución

La posibilidad de actuar por medio de las personas colectivas tiene límites. Hay normas prohibitivas que imponen el levantamiento del velo social, intentando así promocionar mayor seguridad jurídica y justicia patrimonial. Debemos contar con reglas de tipo formal o procesal para contener, cuando sea necesario, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y de la personalidad colectiva.

En otras palabras, la existencia de las personas colectivas permite limitar la responsabilidad patrimonial y liberar a los administradores y a los

⁴⁵¹ Como he dicho, tal temática será desarrollada en la tercera parte de nuestra tesis.

⁴⁵² Véase, por todos: BLUMBERG, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Procedural Problems in the Law of Parent and Subsidiary Corporations*. Op. cit., (1983); BLUMBERG, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, including the Law on Corporate Guaranties*. Op. cit., (1985); BLUMBERG, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Tort, Contract and other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations*. Op. cit., (1987); BLUMBERG, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Problems of Parent and Subsidiary Corporation under Statutory Law of General Application*. Op. cit., (1989).

agentes sociales de las consecuencias de los actos imputables al ente colectivo. Ante la presencia de ciertos límites específicos, debido a las deudas ante el ente colectivo, algunas personas se sienten obligadas a responder por tales deudas, salvo cuando los actos no repercutan en el patrimonio social.

1) Encontramos, en primer lugar, un obstáculo terminológico. En el Derecho anglosajón (específicamente el norteamericano), se utiliza el término *disregard of corporateness*. Ya en el Derecho brasileño, o el Derecho portugués, se utiliza la expresión *desconsideração da personalidade jurídica*⁴⁵³. Son expresiones distintas para la designación de un mismo instituto jurídico, que algunas veces ya ha generado confusión en la doctrina.

En España, la teoría es llamada doctrina del levantamiento del velo social. “La doctrina del levantamiento del velo va a ser formulada como tal por el Tribunal Supremo ya en los años ochenta. La primera sentencia en la que se alude a la posibilidad de investigar el fondo real de la persona jurídica sin detenerse en la forma es la de 8 de enero de 1980. Este fallo, aunque no la alude expresamente, constituye el precedente doctrinal del que arranca la luego más perfeccionada construcción jurisprudencial de la teoría del levantamiento del velo, descrita en la Sentencia de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800), dictada en reclamación de responsabilidad civil extracontractual”⁴⁵⁴.

Otros términos son utilizados para identificar el mismo instituto jurídico, tales como: penetración de la personalidad jurídica⁴⁵⁵; superación de la personalidad jurídica⁴⁵⁶; levantamiento de la personalidad colectiva⁴⁵⁷. Utilizaremos las expresiones de forma indistinta, como sinónimas, aunque demos preferencia a las terminologías “levantamiento del velo social”, “desconsideración de la personalidad jurídica” o *disregard doctrine*.

⁴⁵³ Véase: ASCENSÃO, José Oliveira: *Lições de Direito Comercial*. Vol. I, Parte Geral, Almedina, Coimbra, 1986/87, p. 472; OLIVEIRA, Lamartine Correia de: *A dupla crise da pessoa jurídica*. Editora Saraiva, São Paulo, 1979, p. 294 y ss.

⁴⁵⁴ BOLDÓ RODA, Carmen: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 212.

⁴⁵⁵ CARVALHO, Orlando de: *Teoria geral do Direito civil – Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*. Universidade de Coimbra, Coimbra, 1976, p. 46.

⁴⁵⁶ TELLES, Inocêncio Galvão: *Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades*. ROA 1979, Lisboa, 1979, p. 513-562.

⁴⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes: *Do levantamento da personalidade colectiva*. Diário da Justiça, n. IV, Lisboa, 1989-1990, p. 147-161.

2) El levantamiento del velo social se remonta a los propios orígenes del ordenamiento norteamericano, posterior a la independencia, a finales del siglo XVIII. La Constitución Federal norteamericana limita, en su art. 3º, 1, a la jurisdicción federal en lo que respecta las controversias que puedan surgir entre los ciudadanos de diferentes Estados. Se nos plantea un interrogante: En cuanto a las personas colectivas específicamente, ¿cuándo podría pretender la competencia de los tribunales federales para la solución de conflictos en los casos que se involucren a las personas colectivas?

Para dar respuesta a la anterior interrogante esbozaremos lo siguiente:

Durante el siglo XIX, se multiplicaron las decisiones. Estas decisiones estaban basadas en la buena fe, impidiendo situaciones en las que una persona colectiva era utilizada para perjudicar a terceros, especialmente a los acreedores sociales. A tales efectos eran responsabilizadas las personas que actuaban por intermedio de la sociedad, principalmente los socios.

Así, el levantamiento del velo social norteamericano nació por razones procesales. Es importante subrayar que, tal teoría se conformó antes de que existiera el propio concepto de personalidad jurídica fundamentado. Como tal, toda la materia del levantamiento del velo social radica en fórmulas muy vagas: *disregard the corporate fiction*; *piercing the corporate veil*⁴⁵⁸. Además, vagos son los contenidos y los supuestos de la desconsideración de la personalidad jurídica.

La persona colectiva es un factor fundamental del ordenamiento jurídico, aunque no sea absoluto. La forma por la que se expresa tal limitación es poco clara⁴⁵⁹.

Se puede considerar que, por definición, el levantamiento del velo deberá mantenerse como una fórmula indeterminada, que sea capaz de afrontar posibles eventualidades que, indudablemente, el legislador no puede

⁴⁵⁸ HAMILTON, Robert W.: *Cases and materials on corporations, including partnerships and limited partners*. West Publishing Company, Saint Paul, 1976, p. 374.

⁴⁵⁹ EASTERBROOK, Frank H. y FISCHER, Daniel R.: *Limited Liability and the Corporation*, 52 *UchLR*. Chicago, 1985, p. 89-117. Se tratan de representantes de la escuela de Chicago, seguidora del método de análisis económico del Derecho. Así, mucho más involucrados en la idea de limitación de la responsabilidad del que en el levantamiento del velo social.

prever con total seguridad y de antemano. Además, en el espacio jurídico norteamericano, la personalidad colectiva tiene un alcance más pequeño del que representa el mismo instituto jurídico en la familia del Civil Law.

3) En el Derecho europeo, la más antigua decisión con relación al levantamiento del velo social se dictó en Londres, en 1897⁴⁶⁰. El caso trataba de una empresa constituida con veinte mil acciones. El fundador de la sociedad distribuyó acciones entre cada uno de sus familiares. La sociedad se tornó insolvente. En el proceso de liquidación fueron recaudados los bienes particulares de los socios. La defensa alegó la incomunicabilidad del patrimonio social y la intangibilidad del capital social. Tales teorías fueron rechazadas en la decisión final, determinando el levantamiento del velo social⁴⁶¹.

El levantamiento del velo social se presenta como un instituto que surgió para explicar las distintas soluciones de desconsideración de la personalidad jurídica, establecidas a los efectos de solucionar los problemas derivados del sistema de la personalidad colectiva. Desde sus orígenes encontramos una multiplicidad de casos concretos.

Los problemas básicos derivados de la personalidad jurídica serían la confusión de las esferas jurídicas, la subcapitalización y el perjuicio provocado a terceros con el abuso de la personalidad jurídica, cuestiones que a continuación pasamos a explicar brevemente:

a) La confusión de las esferas jurídicas se verifica en aquellos casos en que, por inobservancia de las reglas societarias, no queda claro la separación entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios.

b) Por otro lado, se verifica una subcapitalización relevante cuando, a efectos del levantamiento del velo social, una sociedad ha sido constituida con un capital insuficiente. La insuficiencia es medida en función del

⁴⁶⁰ SERICK, Rolf: *Forma e Realtà della Persona Giuridica*. Dott Giuffrè Editore, Milano, 1966.

⁴⁶¹ Para una profundización de la evolución histórica de la teoría del levantamiento del velo social, así como su recepción por el ordenamiento jurídico europeo continental, de entre tantos, véase: CORDEIRO, António Menezes: *Da boa fé no Direito Civil*. Almedina, Coimbra, 1995, p. 1232; ABREU, Coutinho de: *Do abuso do Direito – Ensaio de un criterio em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*. Almedina, Coimbra, 1983, p. 105-106; PINTO, Carlos Alberto da Mota: *Teoria geral do Direito civil*. 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 127, nota 1.; ASCENSÃO, José de Oliveira: *Direito Comercial, vol. IV, Sociedades comerciais*. Almedina, Coimbra, 1993, p. 57 y ss.; ASCENSÃO, José de Oliveira: *Direito civil, Teoria geral, vol. I*. Almedina, Coimbra, 1997, p. 277-279.

propio objeto o en función de la actuación de la sociedad surgiendo, de esta forma, como técnicamente abusiva.

Es necesario apuntar, a efectos del levantamiento del velo, la diferencia existente entre b.1) la subcapitalización nominal y b.2) la subcapitalización material. b.1) En la primera, la sociedad tiene un capital formalmente insuficiente para el objeto o para los actos a que se destina, pudiendo incluso recurrir a capitales ajenos. B.2) En la subcapitalización material hay una efectiva insuficiencia de fondos, propios o ajenos. En rigor, sólo la segunda forma es importante para el levantamiento del velo social.

c) El perjuicio a terceros se verifica siempre que la personalidad colectiva sea utilizada de forma ilícita o abusiva, para perjudicar a estos mismos terceros en la relación jurídica. No es suficiente la presencia de un perjuicio, causado a terceros a través de una persona colectiva. Para producir el levantamiento del velo social será necesario que la práctica de la sociedad o de sus socios sea contraria a las normas o a los principios generales, incluyendo la ética de los negocios.

En otras palabras, el abuso del instituto de la personalidad colectiva es una situación de abuso de derecho, a través de la utilización de una persona colectiva. El comportamiento que suscita el levantamiento del velo social se caracteriza por atentar contra la confianza legítima existente entre las partes. El abuso de la personalidad colectiva traduciría la utilización de las prerrogativas de la persona colectiva fuera de los objetivos que llevaron la ley a concederla⁴⁶².

2.2.4.2. Teorías explicativas del levantamiento – Teoría subjetiva, teoría objetiva y teoría de la aplicación de la norma

Dentro de las teorías explicativas del levantamiento del velo social encontramos distintas sistematizaciones. Entre las más frecuente se destacan:

- 1) teoría subjetiva;
- 2) teoría objetiva;
- 3) teoría de aplicación de las normas.

⁴⁶² ALPA, Guido y ZATTI, Paolo: *Diritto civile e commerciale*, vol. I. Giuffrè, Milano, 1990, p. 180 y ss.

1) La teoría subjetiva⁴⁶³ determina que la autonomía de la persona colectiva deberá ser alejada en cuanto ocurra un abuso de su forma jurídica. Deberá existir un abuso consciente de la persona colectiva, no siendo suficiente para la aplicación de la teoría subjetiva el hecho de que la norma jurídica de responsabilidad y garantía de terceros no sea aplicable.

En otras palabras, la sociedad, por medio de la actuación de sus administradores, practica un determinado acto o negocio jurídico. La sociedad es insolvente, ya que no cuenta con patrimonio suficiente para el cumplimiento de la obligación. Por el principio del capital social intangible, el patrimonio personal de los socios no puede verse afectado por las obligaciones de la sociedad. Los socios evitan, de esta forma, asumir las responsabilidades por la inejecución o ejecución defectuosa de los negocios jurídicos practicados por la sociedad⁴⁶⁴. La fase subjetiva surge, así, como un episodio natural en la evolución general de la idea del levantamiento del velo social. Están presentes aquí todos los elementos de la responsabilidad civil.

2) La teoría objetiva resulta del rechazo de los elementos subjetivos del levantamiento del velo social. Una vez que haya sido abandonada la intención del agente, el levantamiento del velo social exigirá la ponderación de los institutos en juego. Aunque en contra de la intencionalidad normativa (que pretende dar seguridad jurídica para las partes involucradas en el negocio jurídico), la misma seguridad fuera aislada por la invocación de la personalidad, esta debería ser levantada. Además, con la adopción de la teoría objetiva del levantamiento del velo, el levantamiento mismo deja de constituir una sanción para aquellos que manipulan el ordenamiento jurídico y la personalidad colectiva, pasando a ser una mera consecuencia del no cumplimiento de la norma legal.

Hoy por hoy, estarían calificados dentro de la teoría objetiva todos los casos de concentración empresarial (en especial el grupo de sociedades). Afectada la responsabilidad de las partes, por la no aplicabilidad de la

⁴⁶³ SERICK, Rolf: *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles – El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, p. 82 y ss.

⁴⁶⁴ Por ejemplo, será muy difícil negar el levantamiento del velo cuando alguien de forma consciente y con abuso, venga a manipular la personalidad colectiva para perjudicar personas ajenas.

intangibilidad del capital social y de la vinculación patrimonial de los entes del grupo, se aplicaría la teoría del levantamiento del velo social y todo el patrimonio del grupo respondería por las obligaciones asumidas. En otras palabras, la mera existencia de una concentración empresarial ya será determinante de la aplicación de la teoría objetiva del levantamiento del velo social.

3) La teoría de la aplicación de las normas, sería nada más que una subespecie de la teoría objetiva. Según tal orientación, el levantamiento no produciría ningún problema general de la personalidad colectiva sino, tan sólo, una cuestión de aplicación de distintas normas. El abandono de las reglas de personalidad jurídica sería una mera consecuencia de la aplicación de las normas que así determinasen, o sea, el levantamiento del velo social. En otras palabras, habría levantamiento del velo social siempre que, por exigencia de una norma preferencial, no tuviese aplicación una norma propia de la personalidad colectiva⁴⁶⁵.

Sea cual sea la explicación dogmática encontrada para la teoría del levantamiento del velo social, no tenemos duda de su capacidad de facultar soluciones adecuadas para los problemas derivados, en algunos casos, de la limitación de la responsabilidad. En el presente, se nos hace imposible olvidar que la mayor aplicabilidad de la teoría del levantamiento del velo social ocurre en el dominio de los grupos de sociedades (en concreto, generada por la dificultad de aplicación del principio de la responsabilidad limitada de forma absoluta en estos casos).

A partir de estas premisas, es necesario hacer el análisis del levantamiento del velo en los grupos de sociedades, y del principio del deber de lealtad.

2.2.4.3. El levantamiento del velo en los grupos de sociedades y el deber de lealtad

Continuando con lo ya citado antes, el levantamiento del velo social tiene especial acogida en el dominio de los grupos de sociedades.

⁴⁶⁵ Generalmente las normas en materia fiscal que determinan el levantamiento del velo social están calificadas en la teoría de la aplicación de las normas.

La existencia de los grupos, y su fuerte presencia, acabó por imponerse a los legisladores. A partir de aquí, diversas regulaciones legales han establecido los regímenes específicos para las relaciones que se establezcan entre los grupos. Esos regímenes implican, muchas veces, que se ignore la presencia formal de entes jurídicos distintos. Recordemos que solamente podremos hablar del levantamiento del velo cuando esté aislada la personalidad jurídica de la sociedad.

1) La jurisprudencia alemana de finales del siglo XX dio pasos importantes en el establecimiento (con base en las exigencias del sistema) de las reglas que, en el seno del grupo de sociedades, trascienden la personalidad colectiva⁴⁶⁶.

Distintos principios fueron utilizados (para perfeccionar lo que resultaría del simple Derecho estricto), teniendo en común el recurso al sistema de la buena fé o a otros principios generales del Derecho.

Dos áreas se derivan de la evolución anterior:

- a) la responsabilidad de los socios y administradores por medio de acciones que imponen el deber de lealtad;
- b) la responsabilidad patrimonial por medio de la presencia de los grupos.

Continuando el estudio de esta evolución, encontramos que el análisis de la jurisprudencia es inevitable. Así que, analicemos dos casos que fueron muy importantes para la caracterización del levantamiento del velo social en el civil law:

a) El caso Holzmüller

I.F. Müller & Sohn, AG, de Hamburgo, se dedicaba, desde su fundación, en 1916, al comercio de maderas. A partir de 1967 fue,

⁴⁶⁶ Las referencias hechas en relación al Derecho alemán pueden ser encontradas en: SERICK, Rolf; WITZ, Claude y LITAUDON, Anne-Marie: *Les suretes reyes mobilières en droit allemand: vue d'ensemble et principes généraux*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990; SERICK, Rolf; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y CARRASCO PERERA, Ángel: *Garantías mobiliarias en derecho alemán: perfiles y principios*. Editorial tecnos, Madrid, 1990; FABRIO, Johannes: *La giurisprudenza della Corte Federale tedesca sulla direzione unitaria nel grupo di fatto qualificato*. GiurComm II, 1994, p. 358 y ss.; CORDEIRO, António Menezes: *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*. Ed. Almedina, Coimbra, 2000, p. 131 y ss.

paralelamente, constituida una empresa de trasbordo, en el puerto de Hamburgo, empresa que se desarrolló económicamente, transformándose en el negocio principal de la sociedad anónima.

En 1972, su objeto estatutario fue ampliado, por medio de una decisión de la Asamblea General. Así, quedó determinado que la sociedad anónima podría constituir empresas, adquirirlas o participar en otras sociedades, pudiendo transferir su establecimiento total o parcialmente para tales sociedades. De este modo, por escisión, podría I.F. Müller tornar jurídicamente autónomo el emprendimiento portuario, aunque ya lo era desde el punto de vista material. Inmediatamente después de la alteración estatutaria, la administración de la sociedad fundó otra sociedad en comandita por acciones, la cual quedó en el poder de la sociedad anónima.

El capital social de la sociedad portuaria ascendía a los 4,8 millones de DM, quedando la sociedad anónima con un capital de 3,2 millones de DM. Los estatutos de la sociedad en comandita por acciones concedían, a la administración, un capital de 2,4 millones de DM, en relación al cual fue pactado una posible exclusión de la preferencia de adquisición de acciones de la sociedad anónima.

Frente a este hecho, un accionista con un 7,8% del capital de la sociedad anónima intentó una acción contra la sociedad, consistente en declarar la ineficacia de la transferencia del establecimiento portuario. A tales efectos argumentaba que con tal transferencia, habría ocurrido una elevación del capital social de la empresa portuaria sin la participación del accionista minoritario de la sociedad madre, suprimiendo su derecho de preferencia en la suscripción del capital.

Esta acción no obtuvo acogida ni en Primera Instancia⁴⁶⁷ ni en Segunda Instancia⁴⁶⁸. Sin embargo, el BGH cambió la decisión. En esta oportunidad entendió la más alta instancia jurisdiccional alemana que, en decisiones de especial gravedad para la sociedad, tal como la alienación de su

⁴⁶⁷ Entendió el Tribunal que la acción era admisible y que la transferencia era eficaz. Además, no habría ninguna pretensión de retorno, ningún derecho de adquisición del accionista minoritario, ni ningún derecho de preferencia. Hamburg 1-Out-1979, AG 1980, 199-202.

⁴⁶⁸ Entiende el Tribunal que, a lo sumo mucho, habría un problema de protección de empresas pero, jamás, un problema en la actuación del socio de la sociedad dominante. OLG Hamburg 5-Set.-1980, JZ 1981, p. 231-234.

principal establecimiento a una sociedad filial, la dirección puede quedar, excepcionalmente, obligada a atender a la asamblea general⁴⁶⁹.

La decisión del BGH cambió radicalmente la interpretación existente hasta entonces respecto al deber de lealtad, y la interpretación de la posibilidad de dirección de una sociedad madre en el seno de un grupo. Estaba en juego el riesgo existente de una decisión en el universo sensible de las sociedades mercantiles.

Por lo tanto, el deber de lealtad, derivado de la buena fe o, genéricamente, de la propia existencia de una sociedad con fines propios y comunes, ha venido a imponerse, en detrimento de la personalidad colectiva.

El beneficio que el deber de lealtad puede representar en el dominio del levantamiento del velo social es muy profundo. A tales efectos, la personalidad colectiva no debe detener los vínculos de lealtad que se establezcan entre las distintas figuras existentes en el espacio societario. Ya sea por vía de la confianza suscitada, o por inserciones funcionales, existen vínculos específicos entre las sociedades y los socios, cuyo respecto puede ser judicialmente desencadenado, en detrimento de la lógica de la independencia societaria.

b) El caso Autokran

Los grupos de sociedades (para efectos de responsabilidad colectiva) son calificados como tales cuando, por la presencia de una sociedad claramente dominante o, por la presencia de conflictos de intereses, los mismos grupos ponen en causa todo el sistema del Derecho societario.

El problema no existe si el grupo se enmarca en alguna precisión legal. Sin embargo, cuando tal integración legal no ocurre, la ubicación en el sistema societario genera situaciones donde el levantamiento del velo será necesario.

El problema se planteó por primera vez en el 16 de septiembre de 1985, ante el Tribunal Federal Alemán, en el célebre caso Autokran.

⁴⁶⁹ BGH 25-Fev.-1982, BGHZ 83 (1982), p. 123-144.

La demandante (sociedad filial del grupo), junto a otra sociedad filial concluyó, desde 1974 hasta mediados de 1976, con siete sociedades de responsabilidad limitada, contratos de locación financiera, por medio de los cuales les cedieron 39 grúas móviles de un fabricante japonés. Durante años, los alquileres pactados fueron pagados sin problemas.

En 1977, surgieron ciertas discrepancias entre las partes. Las sociedades locatarias invocaron la presencia de vicios en las grúas y rechazaron el cumplimiento de los contratos de leasing. La demandante rescindió, sin previo aviso, por escrito del 5 de octubre de 1978, todos los contratos y recuperó las grúas. Al curso del 1979, la demandante obtuvo, por vía de los alquileres en atraso, sentencias contra las distintas sociedades locatarias, en un total superior a 700.000 DM. En la subsiguiente ejecución apenas consiguió recuperar 44.000 DM. Todas las sociedades locatarias quedaron sin ningún patrimonio.

La contraparte demandó al Grupo, como socio de las siete sociedades invocando, sobre todo, el levantamiento del velo social. Su pedido se limitaba a 500.000 DM, apoyándose en primer término, en pretensiones ya tituladas contra las sociedades locatarias; en segundo término, en los alquileres aún no solicitados; y en tercer término, en una indemnización por los daños causados en las grúas cuando se dio su devolución por las sociedades locatarias.

En Primera Instancia se acogió a la demanda, salvo en la pequeña parcela de los beneficios. El Tribunal de Apelación rechazó la acción. El BGH, a su vez, entendió que podría haber una relación de grupo entre las partes. Además de los socios, miembros de una familia, detener un 90% del capital de las sociedades locatarias, su gerencia era reafirmada por un de los demandados. El BGH entendió que habría en el caso concreto un grupo de hecho.

En ciertas condiciones, la ley previa la responsabilidad de la empresa dominante. Para las sociedades por cuotas no de forma expresa. Sin embargo, sería posible la aplicación analógica de los §§ 303 y 322/2 AktG⁴⁷⁰.

El BGH lanzó dos líneas de entendimiento importantes a partir de estos casos: I) la línea de la aplicación, por analogía, a las sociedades por cuotas, en situación de grupo de hecho, de las reglas sobre los grupos de sociedades y; II) la regla de aplicación, de esas mismas normas, para el caso de las empresas dominantes constituidas por personas singulares.

2) Después del análisis del levantamiento del velo en los grupos de sociedades y el deber de lealtad, profundizaremos algunas discusiones en cuanto al entendimiento doctrinal del levantamiento del velo social.

A tales efectos, el estudio de la disregard doctrine en los grupos de sociedades, se limita, generalmente, al examen de los grupos de subordinación, caracterizados por la unidad de control y dirección. Lo mismo es afirmado ya que en los grupos de subordinación ocurriría un choque entre las nociones de control societario y el instituto de la personalidad jurídica.

La existencia de una unidad de control sobre una pluralidad de empresas, formalmente autónomas, se caracteriza como elemento ideal para el grupo. Se utiliza la personalidad jurídica de las empresas aisladas para negar su propia existencia y eximirse de responsabilidad. La hipótesis más relevante de disregard of corporate entity es aquella derivada de la relación entre las sociedades controladora y controladas⁴⁷¹.

En realidad, la autonomía de las unidades que componen el grupo, o sea, su personalidad jurídica, aliada a la idea de control de una de las empresas sobre las demás, posibilita que la existencia de un interés común entre las distintas empresas componentes del grupo quede cubierta por el velo de la persona jurídica y solamente cuando sea levantado el velo, se constate que la realidad subyacente es la de un grupo de sociedades⁴⁷². La

⁴⁷⁰ El § 303 AktG determina la protección de los acreedores, en situaciones de *Kozer*; el § 322 AktG establece la responsabilidad de la sociedad dominante.

⁴⁷¹ VERRUCOLI, Piero: *Il Superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*. Giuffrè, Milano, 1964, p. 101.

⁴⁷² MAGANO, Octávio Bueno: *Os Grupo de Empresas no Direito do Trabalho*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, p. 98.

desconsideración de la personalidad jurídica en los grupos de sociedades trae transparencia para lo que puede parecer turbio⁴⁷³.

Sin embargo, se debe subrayar que la existencia de un control entre dos empresas formalmente distintas no puede, aisladamente, llevar a la conclusión de que contiene una falta de autonomía patrimonial entre ellas, permitiendo que se aplique el levantamiento del velo social. Así, la comunidad de intereses económicos se presenta como un factor esencial para que se proceda a la unificación jurídica de la sociedad dominante con sus filiales. El interés común, o sea, la unidad de interés entre las distintas empresas componentes del grupo, es el factor básico para afirmar la unidad del propio grupo⁴⁷⁴.

3) Concluyendo, entendemos que la determinación de un interés común, sumada a la noción de control, puede funcionar como fundamento básico para la desconsideración de la personalidad jurídica de las empresas agrupadas. Resáltese, además que también en las hipótesis de levantamiento del velo social, es necesario examinar cada caso en concreto, no siendo posible llegar a una sistematización general, ya que la noción de control solamente choca con la personalidad jurídica en determinados casos, prevaleciendo, a priori, el reconocimiento a las sociedades controladas de una personalidad jurídica independiente de la sociedad madre.

2.2.4.4. La teoría del levantamiento del velo social en el Derecho Internacional Privado

La perspectiva internacional privatista tiene gran importancia en la aplicación del levantamiento del velo social.

Así, las personas colectivas se mueven, cada vez más, fuera de sus fronteras de origen, y ello determina que puedan darse múltiples hipótesis: ¿Puede la sociedad con sede en un país generar situaciones de levantamiento del velo social por actos practicados en otros países?; ¿Puede un grupo conformar sociedades en distintos países?; ¿Qué ley se aplica para solucionar

⁴⁷³ RAMALHETE, Clóvis: Sistema de legalidade na desconsideração da personalidade jurídica, *Revista Forense*, 293: 79 – 83, jan./mar., Rio de Janeiro, 1986, p. 80.

⁴⁷⁴ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de: Grupo Econômico e Direito do Trabalho, *ADT – Advocacia Trabalhista*, COAD, 3(24): 186-79, São Paulo, 1988, p. 186.

los conflictos que de ahí se derivan? O, más precisamente, ¿cómo determinar la ley aplicable?

Con carácter general, los conflictos de leyes en cuanto a las obligaciones contractuales son, hoy por hoy, regulados por el Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales⁴⁷⁵. Sin embargo el Convenio no se aplica a la materia societaria, por determinación de su art. 1º, nº.2, "e". De esta forma, la solución de la ley aplicable a un conflicto derivado de la existencia de un grupo de sociedades es aun más difícil de solucionar.

La inaplicación del Convenio de Roma a las sociedades y los grupos, determina que las personas colectivas están reguladas, en principio, por la ley de su sede o su administración efectiva⁴⁷⁶. En abstracto, existen dos orientaciones: la teoría de la constitución y la teoría de la sede. En los términos de la primera, la realidad social sería regulada por la ley del local de constitución de la persona jurídica. En los términos de la segunda teoría, imperaría la ley de la sede de la sociedad mercantil o, en caso de duda, la de la sede efectiva.

El levantamiento del velo social trata de evitar que, bajo el velo de la personalidad colectiva, los agentes puedan evadir situaciones de responsabilidad que les serían imputables⁴⁷⁷. Bajo la óptica del levantamiento del velo social, tendría aplicación la ley personal de la sociedad. Sin embargo, apelar siempre a la ley personal de la sociedad permitiría, a las personas colectivas instaladas en paraísos fiscales contornear, sencillamente, cualquier forma de responsabilidad de los socios para con terceras personas.

El entendimiento de la materia del levantamiento del velo, en estos momentos, genera distintas interpretaciones.

⁴⁷⁵ Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones Contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993. Corrección de errores, BOE núm. 189, de 9 de agosto de 1993). Véase: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago; ESPLUGUES MOTA, Carlos; RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Legislación de Derecho Internacional Privado*. Quinta edición, Editorial Comares, Granada, 2002, p.141 y ss.

⁴⁷⁶ PINHEIRO, Luís de Lima: *Direito internacional privado*. Almedina, Coimbra, 2001, p. 67 y ss.

⁴⁷⁷ En último análisis, sería siempre posible recorrer al orden público internacional. Véase, en ese sentido: SANTOS, António Marques dos: *As normas de aplicação imediata no Direito internacional privado. Esboço de uma teoria peral*. Vol. I, Almedina, Coimbra, 1990, p. 171 y ss.

Así, la capacidad de las personas colectivas, salvo que el propio levantamiento del velo no obligue a buscar otra entidad, se regulará por la ley personal de la sociedad. Sin embargo, el levantamiento no implica la existencia de una ley aplicable a priori. Además, la determinación de la responsabilidad se regirá por la propia ley aplicable a la situación considerada. Como cuestión preliminar tendremos que conocer cual es el hecho que generó el daño y, consecuentemente, generó la aplicabilidad de la desconsideración de la personalidad jurídica.

La afirmación anterior se adecúa perfectamente a las normas y valores en juego. La misma reafirma las consideraciones hechas sobre la naturaleza del levantamiento del velo social. Efectivamente, el levantamiento del velo social existe como instituto de encuadramiento, delimitando negativamente la personalidad colectiva en beneficio de situaciones materiales subyacentes. Finalmente, las situaciones materiales subyacentes son el requisito esencial para la búsqueda de la determinación de la ley aplicable.

Después de estas breves líneas sobre la teoría del levantamiento del velo social y de su vinculación con los grupos de sociedades, pasemos al análisis de los actuales intentos de regulación de la materia de los grupos.

2.3. La respuesta del moderno Derecho de las Sociedades: modelos de regulación jurídica de los grupos de sociedades

El surgimiento del grupo de sociedades, con su cristalización organizativa, derivada del fenómeno del control intersocietario, generó una laguna entre el Derecho y la realidad⁴⁷⁸. Con el objetivo de tapar esa carencia e integrar esta nueva realidad en el Derecho de las sociedades vigente, podrían los legisladores desarrollar dos alternativas de solución.

1) Una consistiría en promover la prohibición de la adquisición por sociedades de la participación en el capital de otras sociedades. Imposibilitando que una sociedad mercantil se conforme como miembro de otra

⁴⁷⁸ Este foso entre realidad y derecho, introducido en el derecho de las sociedades por el fenómeno de los grupos de sociedades, así como la consecuente necesidad de una intervención en la materia, es hoy por hoy asegurado por una larga doctrina. Véase, de entre otros: PAILLUSSEAU, Jean: *Les Fondements du Droit Moderne des Sociétés*, en: SJ (1984), I-doctrine, p. 3148; SCHMITTHOFF, Clive: *Commercial Law in a Changing Climate*. 2 edition, Sweet & Maxwell, London, 1981, p. 64 y ss.; LA ROSA, Antonio Pavone: *I Gruppi di Società – Ricerca per un Studio Critico*. Il Mulino, Bologna, 1983.

sociedad, se elimina así el problema del control intersocietario. Tal opción fue abandonada tempranamente. Por un lado, porque era completamente irreal por el carácter estructural e irreversible asumido por el movimiento de concentración empresarial en las economías modernas. Por otro lado, porque los mecanismos de participación societaria⁴⁷⁹ son tan amplios que hace que el legislador sea incapaz de prohibir todas las formas de participación.

2) Se viene desarrollando otra opción para la tentativa de solución de los problemas derivados de los grupos de sociedades y la inadecuación del Derecho societario a tales casos. Se entiende la necesidad de creación de un sistema jurídico que permita un equilibrio entre los distintos intereses en causa, intereses éstos que serían básicamente dos:

a) las necesidades prácticas de la empresa moderna de disponer de estructuras económico-organizativas aptas que permitan una dinámica expansionista;

b) así como existencia de necesidades jurídicas de sumisión del grupo al control del Derecho.

Ante la indiferencia⁴⁸⁰ o inaplicabilidad⁴⁸¹ del Derecho societario clásico a la materia de los grupos de sociedades, se podría elaborar una regulación jurídica para este fenómeno. Tal regulación podrá ser realizada por dos maneras íntegramente distintas:

i) Por un lado, la laguna de reglamentos existente podría ser solucionada por medio de las llamadas regulaciones parciales⁴⁸². Este tipo de estrategia reglamentaria, que es la dominante en el plano del Derecho comparado, traduce la tentativa de disciplinar los distintos problemas levantados por la constitución y funcionamiento de los grupos de sociedades y el recurso a los institutos clásicos del Derecho de las sociedades (v.g., los

⁴⁷⁹ Por ejemplo, contratos, lazos personales, cláusulas estatutarias, etc.

⁴⁸⁰ JADAUD, Bernard: *La Vaine Recherche d'une Définition du Groupe en Droit Français*, en: *CREDA, Les Groupes de Sociétés – Une Politique Législative*. Librairies Techniques, Paris, 1975, p. 228.

⁴⁸¹ SAUVAIN, Anne Petit-Pierre: *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*. *Op. Cit.*, p. 44.

⁴⁸² KEUTGEN, Guy: *Le Droit des Groupes de Sociétés dans la CEE*. Vander Éditeur, Louvain, 1973, p. 97 y ss.

mecanismos de abuso de derecho de la mayoría⁴⁸³; el principio de la separación patrimonial⁴⁸⁴; de la solidaridad pasiva⁴⁸⁵; la doctrina de la sociedad de hecho o ficticia⁴⁸⁶, etc.). Es posible, aún, regular los grupos de sociedades por medio de regulaciones parciales, y aplicar el recurso al Derecho privado en general (v.g., teoría de la apariencia⁴⁸⁷; la doctrina de la simulación o extensión de la quiebra en Francia⁴⁸⁸; teoría del socio oculto en Italia⁴⁸⁹; la teoría de la agency y de la disregard of corporate entity en los países anglosajones⁴⁹⁰, etc.)⁴⁹¹.

Sin embargo, constituyendo el grupo, por definición, un fenómeno que ha provocado una crisis en el modelo legal clásico de sociedad⁴⁹², es evidente la insuficiencia de tal tipo de solución. La regulación parcial sería, tan sólo, una apariencia de solución.

ii) Una segunda vía de solución que los legisladores tienen para reglamentar, de alguna forma, los grupos de sociedades es por medio de la llamada regulación global. Será esta una estrategia de desarrollo de una

⁴⁸³ GERMAIN, Michel: *Sociétés Dominantes et Sociétés Dominées en Droit Français et Allemande. Op. Cit.*, p. 91 y ss.

⁴⁸⁴ CONTIN, Rápale: *L'Arrêt Fruehauf et l'Évolution du Droit des Sociétés*, en: Chr.D. (1968). 1968, p. 45.

⁴⁸⁵ SAUVAN, Anne Petit-Pierre: *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés. Op. Cit.*, p. 107 y ss.

⁴⁸⁶ TEMPLE, Henri: *Les Sociétés de Fait*. LGDJ, Paris, 1975, p.94 y ss.

⁴⁸⁷ Tres son las justificaciones para la teoría de la apariencia: no crear sorpresas a la buena fe en las transacciones del comercio jurídico; no obligar los terceros a una verificación preventiva de la realidad de lo que evidencia la apariencia; no transformar más lenta, fatigante y costosa la actividad jurídica. Véase: GOMES, Orlando: *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1967, p. 96.

⁴⁸⁸ VANHAECKE, Michel: *Les Groupes de Sociétés*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1962, p. 293 y ss.; COPPENS, François: *L'Extension de Faillite au Maître de la Société*, en: *Travaux de la Quatrième Journée d'Études Juridiques Jean Dabin*. Bruylant, Bruxalles, 1969, p. 185 y ss.; OPPETIT, Bruno y SAYAG, Alain: *Méthodologie d'un Droit des Groupes de Sociétés*, en: *RevS (1973)*. 1973, p. 583 y ss.

⁴⁸⁹ BIGIAMI, Walter: *L'Imprenditore Occulto nella Società di Capitali e il suo Fallimento in Estensione*, en: *Giul (1959)*, I, n° 2. 1959, p. 166 y ss.; VERRUCOLI, Piero: *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Giuffrè, Milano, 1964, p. 177 y ss.

⁴⁹⁰ Véase el apartado 2.2.4., arriba, en éste capítulo, que trata de la *disregard doctrine* o levantamiento del velo social.

⁴⁹¹ Algunas de esas regulaciones parciales han previsto normas esparcidas específicamente enderezadas a la disciplina de los aspectos concretos de la problemática de los grupos. Lo mismo ocurre con la materia relativa a las participaciones recíprocas, para la cual buena parte de los órdenes jurídico-societarios, vinculados a la estrategia de regulación parcial (v.g., Italia, Francia, Inglaterra y España) desarrollaron una disciplina propia.

⁴⁹² ANTUNES, José A. Engrácia. *Les Groupes de Sociétés et la Crise du Modèle Légal Classique de la Société Anonyme. Op. Cit.*, p. 33 y ss.

disciplina normativa propia y específica para la problemática de los grupos en el marco general del Derecho de las sociedades.

Se inscriben en ese sector el Derecho alemán (Ley de las Sociedades por Acciones de 1965)⁴⁹³, el Derecho brasileño (Ley de Sociedades Anónimas de 1976), el Derecho portugués (Código de las Sociedades Mercantiles de 1986) o el Derecho húngaro (Código Mercantil de 1989)⁴⁹⁴. En estos órdenes jurídicos, el legislador previó expresamente un sistema de normas que tiene la problemática de la constitución y del funcionamiento de los grupos de sociedades como objeto propio. Además, como *iure constituendo* tenemos los casos del Derecho francés (Propuesta Cousté) y comunitario (Propuesta de Novena Directiva Comunitaria). Así que, en el seno de los Estados que componen la UE solamente Alemania y Portugal tienen un régimen jurídico propio para los grupos de sociedades.

“El tratamiento normativo de los grupos de sociedades es claramente insatisfactorio e insuficiente. De hecho, con la excepción del ordenamiento jurídico alemán y del portugués, los restantes ordenamientos jurídicos pertenecientes a los Estados miembros de la Unión Europea no contienen una regulación societaria completa de los grupos de sociedades”⁴⁹⁵.

2.3.1. Sociedades en relación de participaciones recíprocas

Nos encontramos ante una relación de participación recíproca cuando una sociedad detenta una participación de un 10% del capital de otra sociedad y, esta última detenta, a su vez, simultáneamente, una participación del mismo porcentaje en el capital de la primera.

La participación recíproca, en estos momentos, ha adquirido una extraordinaria difusión en el mundo de las sociedades de capitales. Está especialmente difundida en el sector de las sociedades aseguradoras, de las sociedades que explotan actividades económicas complementarias y en el

⁴⁹³ Para un análisis del derecho alemán de los grupos, véase: HOPT, Klaus J.: *Le Droit des Groupes de Sociétés. Expériences Allemandes, perspectives Européennes*, *Revue des Sociétés*. Éditions Dalloz, Paris, 1987, p. 371-390.

⁴⁹⁴ SCHMITTHOFF, Clive M. y WOOLDRIDGE, Frank: *Groups of Companies*. Sweet & Maxwell, London, 1991, p. 13.

⁴⁹⁵ AGUILAR GRIEDER, Hilda: *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Servicios de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001, p. 49.

marco de la cooperación transnacional de las sociedades. El suceso de las participaciones recíprocas es sencillamente explicable en virtud de su utilización como instrumento financiero privilegiado de la cooperación y coligación entre sociedades.

Siempre que dos sociedades posean estrechos lazos económicos, en virtud de los cuales cada una de ellas esté interesada en la buena marcha de los negocios de la otra sociedad, qué mejor garantía podrán encontrar las mismas sociedades, con vistas a asegurar la estabilidad y continuidad de esos mismos lazos, que establecer un entrecruzamiento de participaciones en los respectivos capitales⁴⁹⁶.

Aún antes de la problemática general de los grupos de sociedades, se había suscitado la atención del legislador y de la doctrina en cuanto al tema de las participaciones recíprocas. Aunque, hoy por hoy, solamente cuatro países tienen una ley general sobre los grupos de sociedades (Alemania, Brasil, Hungría y Portugal)^{497/498}, son numerosos los ordenamientos jurídicos que poseen legislación esparcida para la forma particular de coligación intersocietaria por medio de participaciones recíprocas.

Entre los países que poseen legislación sobre coligación intersocietaria por medio de participaciones recíprocas se destacan: a) Francia, participations réciproques o croisées⁴⁹⁹; b) Italia, partecipazione incrociate⁵⁰⁰, c) Inglaterra, cross-shareholdings⁵⁰¹, y d) España⁵⁰².

⁴⁹⁶ Así, por ejemplo, una sociedad extractora de una determinada materia prima, interesada en garantizar la estabilidad y renovación de los contratos de suministro que posee con otra sociedad transformadora de la misma materia prima, recurrirá con frecuencia al entrecruzamiento de las participaciones sociales como medida de prevención contra el riesgo de que, cuando terminado el contrato de suministro, la sociedad transformadora pretenda abastecerse de otras fuentes. Véase: VANHAECKE, Michel: *Les Groupes de Sociétés. Op. Cit.*, p. 94; VENTURA, Raúl: *Participações Recíprocas de Sociedades em Sociedades, Separata da RSI, Tomo XXVII, nº 153-156*. Julho-dezembro de 1978, p. 17.

⁴⁹⁷ ANTUNES, José A. Engracia: The Law of Affiliated Companies in Portugal, en: *I Grppi di Società, Volume Primo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 355 y ss.

⁴⁹⁸ Hay autores que, todavía, entienden de la influencia del Derecho alemán en la constitución de un sistema propio para los grupos de sociedades en Croacia y Eslovenia. Véase: RONDINONE, Incola: *I Gruppi di Imprese fra Diritto Comune e Diritto Speciale*. Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 60-62.

⁴⁹⁹ Artículos 358, 359 y 482, loi juillet 1966; loi 85/705, du 12 juillet 1985 y loi 89/531, du 2 août 1989. Véase: FLORÉS, G. y MESTRE, J.: *La Réglementation de l'Autocontrôle (Réglementation de la loi 85-705 du 12 juillet 1985)*, en: *RevS (1985)*. 1985, p. 755 y ss.; MAZEAUD, Léon: *Les Effects de l'Interdiction des Participations Réciproques sur les*

Finalmente, aunque esté asegurada la necesidad de la existencia de una disciplina jurídica específica para la empresa plurisocietaria, nada se dijo en cuanto a la forma concreta de la respectiva construcción. A estos efectos, se perfilan tres concepciones fundamentales en cuanto al sentido concreto de esta disciplina: 1) el de concebir la disciplina de los grupos como un Derecho de las sociedades filiales (con vocación para la protección de las sociedades inferiores o dependientes, respectivos socios y acreedores sociales); 2) como un Derecho de la sociedad madre (destinado a regular la distribución de competencias legales a nivel del vértice jerárquico del grupo); 3) o, finalmente, como un Derecho del propio grupo (conducente a la consagración de la empresa plurisocietaria como una nueva forma jurídica de la empresa moderna, al lado de las tradicionales empresas individuales y de las empresas unisocietarias).

2.3.2. Sentido general de los modelos existentes

Todos los legisladores que, en el plano del Derecho comparado, consagraron una regulación específica para el fenómeno de los grupos de sociedades, lo hicieron en los términos de la primera filosofía de regulación. Así, el sentido general que preside el Derecho de los grupos es básicamente el de un derecho protector de la sociedad filial, de sus respectivos socios y de los acreedores sociales. O sea, está vigente el sentido de constitución de una disciplina jurídica de protección y compensación de los destinatarios jurídicos-

Souscriptions et Aquisitions d'Actions, en: *JS (1944)*. 1944, p. 52 y ss.; MICHAUD, P.: *La Réglementation des Participations Croisées et de l'Autocontrôle des Sociétés*, en: *GP (1985)*. 1985, p. 4 y ss.; GUYON, Yves: *Le Droit des Groupes de Sociétés (Droit français)*, en: *I Grppi di Società, Volume Primo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 195 y ss.

⁵⁰⁰ Artículos 2359 y 2360 del Codice Civile; Legge nº 216, de 7/7/1974 y d.p.r. nº 30, de 10/2/1986. Véase: FANNELI, Giuseppe: *Le Partecipazione Sociali Reciproche*. Giuffrè, Milano, 1957; FERRI, Giuseppe: *Partecipazioni Reciproche*, en: *Enciclopedia del Diritto, Voce Partecipazioni Reciproche*. Giuffrè, Milano, 1989, p. 22 y ss.; PASTERIS, Carlo: *Il Controllo nelle Società Collegate e le Partecipazione Reciproche*. Giuffrè, Milano, 1957.

⁵⁰¹ Section 23 Companies Act. 1989; Section 129 Companies Act. 1989. Véase: FARRAR, John: *Company Law*. 3 edition, Butterworth, 1991, p. 236 y ss.; GOWER, Laurence: *The Principles of Modern Company Law*. 5 edition, Stevens & Sons, London, 1992, p. 212 y ss.

⁵⁰² Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE núm. 310, de 27 de diciembre, con corrección de errores en el núm. 28, de 1 de febrero de 1990). Véase, en especial, los artículos 82 a 88; artículo 41 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE núm. 71, de 24 de marzo). Véase: FLORES DOÑA, María de la Sierra: *Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital*. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 292 y ss.

societarios cuyo estatuto e intereses se vean afectados por la creación y subsistencia de una relación de coligación intersocietaria.

Este sentido general que se asocia a la regulación jurídica de los grupos de sociedades está orientado por dos coordenadas fundamentales:

1) La primera consiste en el reconocimiento jurídico de la constitución y organización del grupo de sociedades. Además de las formas jurídicas clásicas de organización de la empresa (empresa explotada por una persona singular o por una persona colectiva, la sociedad mercantil), el legislador viene a legitimar a la empresa de grupo en el plano del Derecho. Por lo tanto, esta disciplina consiste en la legitimación del ejercicio de un poder de dirección de la sociedad madre sobre las sociedades integrantes del grupo⁵⁰³, además de la legitimación de la primacía de los intereses del grupo como unidad económica sobre los intereses individuales de las sociedades participantes⁵⁰⁴.

2) La segunda coordenada consiste en el establecimiento de un régimen jurídico destinado a la protección de las sociedades filiales o agrupadas, así como de los respectivos socios y acreedores sociales, cuya posición jurídica haya sido afectada en la secuencia de distorsiones originadas por la legitimación de una situación de dependencia intersocietaria. En este sentido general convergen todas las leyes (o proyectos de leyes) existentes sobre la materia, los cuales comulgan de aquellas coordenadas o principios básicos de regulación.

Mayores discrepancias se plantean en cuanto a la fisonomía que podrán revestir tales regulaciones. En el plano del Derecho comparado, existen dos modelos fundamentales y alternativos de disciplina jurídica de los grupos de sociedades: el modelo contractual y el modelo orgánico⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Sumisión de la voluntad social de las sociedades filiales a la voluntad de la sociedad líder del grupo, que goza de la facultad de dar instrucciones vinculantes, aunque perjudiciales a las sociedades controladas. Respecto a las instrucciones vinculantes, véase el apartado 4.2.2.1.a), Primera Parte, Capítulo II, arriba.

⁵⁰⁴ Sumisión del interés social propio de las sociedades filiales al interés del grupo de sociedades.

⁵⁰⁵ Sobre este modelo de disciplina de los grupos de sociedades, véase: CERRAI, Alessandro: *I Gruppi di Società nel Diritto Comunitario*, en: LA ROSA, Antonio Pavone: *I Gruppi di Società – Ricerca per un Studio Critico*. Il Mulino, Bologna, 1983, p. 451 y ss.; DABIN, Léon: *Les Systemes Rigidez du Type Konzernrecht*, en: CREDA, *Les Groupes de Sociétés – Une*

2.3.3. El modelo contractual del Derecho alemán

En este modelo, que sería el único vigente hasta la fecha, una vez que a él se vinculan, cada uno con sus peculiaridades, los ordenamientos alemán y brasileño, "la aplicación del régimen jurídico del grupo no está directamente conectada a la constatación del ejercicio de la dirección unitaria, sino que es resultado de la conclusión, entre la sociedad dominante y la dependiente, del llamado contrato de dominación, en la AktG, o de la convención, de acuerdo con el Derecho brasileño. En ellos se plasma la sumisión de la sociedad dependiente a la sociedad dominante. Tales instrumentos contractuales, que revisten el carácter de un contrato de organización, tienen como finalidad establecer las bases que harán posible el funcionamiento ulterior de la nueva entidad que resulte del agrupamiento de sociedades. Sólo la adopción de estos instrumentos contractual-organizativos por la ley legitima el ejercicio del poder de dirección y la eventual causación de perjuicio a la sociedad dependiente, como consecuencia de las instrucciones que le haya impartido la sociedad dominante"⁵⁰⁶.

El modelo contractual⁵⁰⁷ se caracteriza por regular el fenómeno de los grupos de sociedades a partir de la naturaleza del instrumento jurídico utilizado para la respectiva constitución del grupo.

Este modelo acaba por promover una tajante separación de la realidad de los agrupamientos societarios en dos tipos de grupos, los llamados grupos contractuales (o grupos de derecho) y los llamados grupos de hecho⁵⁰⁸:

Politique Législative. Librairies Techniques, Paris, 1975, p. 147 y ss.; IANNUZZI, Mario: *Considerazione Critiche sulla più Recente Evoluzione dei Lavori della Comunità Europea in Tema delle Società per Azioni e dei Gruppi*, en: 41 RS (1973). 1973, p. 633 y ss.

⁵⁰⁶ EMBID IRUJRO, Jose Miguel: *Grupos de Sociedades y Accionistas Minoritarios – La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, p. 165-167.

⁵⁰⁷ Adoptado por la ley alemana (§§ 15-22, 291-328 *Aktiengesetz* de 6/09/1965); por la ley brasileña (artículos 243-277, *Lei de Sociedades Anônimas*, n.º. 6004, de 15/12/1976) y por el proyecto de ley francés sobre grupo de sociedades (Propuesta *Coûté*, Proposition de Loi n.º 1055 sur Les Groupes de Sociétés et la Protection des Actionnaires, du Personnel et des Tires, proyecto originario de 19/02/1970, última versión de 1978).

⁵⁰⁸ Sobre la distinción entre grupos contractuales y grupos de hecho, como clasificación derivada de la adopción de este modelo legal de regulación, véase: COMPARATO, Fabio Konder: *Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions*, en: RS (1978). 1978, p. 845 y ss.; PIRAS, Antonio: *I Gruppi di Società nel Diritto Tedesco e Brasiliano*, en: LA ROSA, Antonio Pavone: *I Gruppi di Società – Ricerca per un Studio Critico*. Il Mulino, Bologna, 1983, p. 263 y ss.; PAILLUSSEAU, Jean: *Faut-Il en France Réglementer un*

1) Los primeros, los grupos contractuales, son aquéllos cuya constitución y organización deriva de la utilización de un instrumento jurídico específico, expresamente previsto en la ley para los efectos de la creación del grupo. El grupo será constituido por la emisión de una declaración formal de integración societaria⁵⁰⁹ y, sobre todo, por la elaboración de un contrato especial de constitución de la agrupación (contrato de constitución del grupo de sociedades)⁵¹⁰.

Solamente aquellos grupos que son constituidos teniendo como base uno de estos modelos de regulación jurídico-organizativos, taxativamente dispuestos por el legislador, son considerados verdaderos grupos a los efectos de la ley. Así, solamente a este tipo de grupo (denominados contractuales en homenaje a la naturaleza de su más importante instrumento de creación, el contrato de dominio) se le va a aplicar el régimen jurídico excepcional concebido para los grupos de sociedades.

2) En cuanto al segundo tipo de grupos, grupos de hecho, comprenden todas aquellas situaciones de agrupación o coligación entre sociedades que no hayan sido creadas y organizadas teniendo como base uno de esos instrumentos enumerados arriba, o sea, todos aquellos casos en que el poder de dirección ejercido por la sociedad madre sobre las filiales tiene origen en mecanismos de naturaleza distinta de las previstas en ley (por ejemplo, participaciones mayoritarias, comunidad personal de los administradores de ambas sociedades, disposiciones estatutarias, dominio económico, etc.).

De la misma forma en que el poder de dirección (no teniendo como fuente el modelo jurídico-organizativo expresamente previsto por la ley), constituye un simple poder de hecho y no un poder legal, así también el grupo societario, en esos casos, será llamado grupo de hecho y no grupo de

Droit des Groupes de Sociétés? (à propos de la proposition Cousté), en: *JPC* (1971), I, 2401 bis. 1971, p. 237 y ss.

⁵⁰⁹ Designada por *Eingliederung* en la Ley alemana (§§ 319-327 AktG); llamada de *Intégration* en la Ley francesa (arts. 47-56 del Proyecto Cousté) y llamada *Subsidiária Integral* en la Ley brasileña (arts. 251-253 de la Ley de Sociedades Anónimas).

⁵¹⁰ Contrato este que será llamado *Beherrschungsvertrag* en la Ley alemana (§§ 291, I y 293-308 AktG); *Contrat d’Affiliation* (arts. 7-33 del Proyecto Cousté) o Contrato de *Convenção de Grupo* (arts. 265-277) en la Ley de sociedades anónimas brasileña.

derecho⁵¹¹. Tales grupos de hecho no constituirán verdaderos grupos a efectos de aplicación del régimen jurídico excepcional explicitado anteriormente, estando los mismos regulados por las normas relativas a las llamadas relaciones de dominio y de dependencia entre sociedades.

La disciplina de estas relaciones (relaciones de dominio y dependencia entre sociedades) estarán bajo la alzada de las reglas generales del Derecho común de las sociedades, lo que significa el reconocimiento de la primacía de la voluntad e intereses sociales propios de la sociedades involucradas. Sin embargo, a este marco jurídico se adicionó un conjunto de disposiciones especiales que permiten reforzar la eficacia de la aplicación de esas reglas jurídico-societarias comunes, además de ofrecer una protección adicional a la sociedad dependiente de hecho, a sus respectivos socios y a los acreedores sociales⁵¹².

De lo expuesto hasta ahora, podremos concluir que el modelo contractual, cuya filosofía general subyacente está basada en la constatación de la diversidad de fuentes de poder de dirección intersocietario y de la naturaleza multiforme de los grupos, constituye un modelo de carácter dualista y dispositivo (flexible).

El modelo es dualista porque disciplina a la realidad del control intersocietario a la luz de una separación entre dos sectores de la misma realidad. Por un lado hay una situación de dominio-dependencia, que se asigna a aquellos casos en que una sociedad tiene la posibilidad de ejercer una influencia dominante sobre otra sociedad, siendo aplicables a tales efectos las normas generales del Derecho de las sociedades. Por otro lado, la situación de

⁵¹¹ ALESSI, Ricardo: *La disciplina del Gruppi Multinazionali nel Sistema Societario Italiano*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 15 y ss.

⁵¹² Entre estas disposiciones se puede referir aquellas que consagran la prohibición de la sociedad dominante ejercer su poder (de hecho) de dominio sobre la sociedad dependiente en un sentido perjudicial u opuesto al interés social de la dominada, además de previsión de sanciones de indemnización o compensación a cargo de la dominante en beneficio de la dependiente, causados en virtud de la violación de la prohibición prevista; aquellas que pretenden asegurar una amplia transparencia y publicidad a las relaciones intersocietarias, consistentes en un deber de presentación en la Asamblea General de la sociedad dependiente de informes anuales al respecto de las operaciones y relaciones negociables ocurridas entre la sociedad dominante y la sociedad dependiente; normas que permiten el control del informe presentado por la sociedad dominante por el Consejo General de la sociedad dependiente; finalmente, normas que prevean responsabilidad especial a los administradores, tanto de la sociedad dominante, como de la sociedad dependiente, por los perjuicios resultantes de la relación de dependencia (para la sociedad dependiente).

grupo propiamente dicha, que se aplica a aquellos casos en que un conjunto de sociedades está subordinado a una dirección económica común, ejercida por una de las sociedades y en virtud de un contrato de dominio de integración, a los cuales es aplicable un régimen jurídico específico, que consagra el reconocimiento de la supremacía del poder de dirección de la sociedad dominante y de la supremacía del interés del grupo⁵¹³.

Aunque haya diferencias, se debe subrayar que las categorías de dependencia y grupo de sociedades no están totalmente separadas. La realidad económica de las sociedades demuestra que la situación de dependencia constituye una situación intermedia, de transición, entre la situación de sociedad individual y la situación de la sociedad de grupo. Desde el punto de vista dinámico, se puede decir que la situación de dominio-dependencia es una fase embrionaria de la formación de un grupo de sociedades⁵¹⁴.

2.3.4. El modelo orgánico del Derecho comunitario

El reflejo de los grupos de sociedades en el Derecho comunitario de las sociedades es doble. Así, "por un lado, en el ámbito de la armonización del Derecho societario, en la séptima directiva (83/349/CEE), de 13 de junio de 1983, relativa al tratamiento contable – por vía de consolidación – de las uniones y grupos de sociedades, y en el proyecto de novena directiva, hasta ahora sin carácter oficial, que contiene lo que pudiéramos llamar el régimen material del grupo de sociedades. Por otro lado, el grupo es objeto de consideración en el ámbito del Derecho uniforme de sociedades, en concreto

⁵¹³ No se puede, así, confundir la situación de dependencia con la situación de grupo. Al paso que en la mera dependencia lo que existe es una posibilidad de ejercicio de una influencia dominante sobre una sociedad (poder meramente de hecho y potencial), sin embargo, en el caso de los grupos de sociedades estará presente la legitimación de un poder de dirección de una sociedad sobre la otra (poder legal y efectivo). Además, en una mera relación de dependencia, la sociedad dominante debe perseguir, en el cuadro de la sociedad dependiente, no su propio interés, pero, tan solamente, debe buscar el interés de la propia sociedad dependiente. Todavía, en una situación de grupo de sociedades (grupo de derecho), lo que existe es la constitución de una nueva unidad económica, resultante de la subordinación de distintas sociedades a un poder de dirección unitario ejercido por la sociedad dominante y estando esta misma sociedad legitimada a perseguir su propia voluntad, en el seno de la sociedad dependiente.

⁵¹⁴ HIRSCH, Alain: *La Surveillance Administrative d'un Groupe Multinational: L'Exemple des Banques Multinationales*. Op. Cit., p. 60.

en el proyecto de reglamento sobre el estatuto de sociedad anónima europea, de 13 de mayo de 1975⁵¹⁵.

El modelo orgánico, adoptado por el proyecto de Estatutos de la Sociedad Anónima Europea (versión 1975)⁵¹⁶ y por el proyecto de Novena Directiva Comunitaria relativa a los grupos de sociedades (versión originaria de 1974/1975)⁵¹⁷, disciplina el fenómeno de los grupos societarios a partir de la constatación de la existencia de un conjunto de sociedades subordinadas a una dirección económica unitaria y común, independiente del origen de esa dirección. Para que el régimen jurídico específico aplicable a los grupos de sociedades entre en vigor es suficiente la verificación de la mera existencia del grupo como unidad económico-empresarial, siendo indiferente la naturaleza del instrumento utilizado en la respectiva constitución. En otras palabras, lo determinante es la existencia de un poder de dirección central, independiente de la fuente de tal poder⁵¹⁸.

La diferencia fundamental entre el modelo orgánico y el modelo contractual reside en la respectiva aplicación. En la medida en que el modelo contractual encuentra el eje reglamentario en un principio contractual, el modelo orgánico encuentra su fundamento en un principio de hecho, en los términos del cual la vigencia del respectivo régimen deriva de la mera existencia del grupo, sin importar cual sea la naturaleza de los instrumentos de su constitución (v.g., participaciones de capital, contratos, uniones personales, etc.).

⁵¹⁵ EMBID IRUJO, José Miguel: *El régimen jurídico de los grupos de sociedades en la C.E.E.* Fundación Juan March, Serie Universitaria, nº 237, Madrid, 1987, p. 8.

⁵¹⁶ Hoy por hoy fue adoptado en el seno europeo el Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). El reglamento, al contrario de lo que hacía el proyecto, no trata la cuestión de los grupos de sociedad con profundidad, remitiendo tal análisis para las legislaciones nacionales de los Estados Miembros, en los términos de sus arts. 35 y 36. Entrará en vigor en 8 de octubre de 2004, en los términos de su art. 70.

⁵¹⁷ Proyecto preliminar de 9ª Directiva Comunitaria (PDC) basada en el art. 54, § 3, alinea g, del Tratado de Roma, en materia de armonización del derecho de las sociedades, relativa a las coligaciones de empresas a los grupos de sociedades (la versión originaria de esta propuesta es de 1974/1975 – EEC Doc, XI/328/74 – E, Parte I. Parte II, EEC Doc, XV/593/75-E).

⁵¹⁸ ALQUIER, Charles: *La Notion de Groupe Européen de Sociétés*. Librairies Sirey, Paris, 1976; DEROM, Patrick: *The EEC Approach to Groups of Companies*, en: 7 *VJIL* (1976). 1976, p. 565 y ss.; KEUTGEN, Guy: *Le Droit des Groupes de Sociétés dans la CEE*. *Op. Cit.*, p. 67 y ss.

El funcionamiento de este modelo de regulación es estrictamente dependiente del propio concepto de grupo de sociedades. A tales efectos se prevé un sistema de presunciones que funcionan como índices reveladores de su existencia, tales como la influencia dominante y la dirección unitaria⁵¹⁹. Además, es necesaria la realización de un procedimiento judicial especial de declaración de la existencia del grupo, cuya instauración se puede iniciar a petición de los socios, o de los acreedores sociales o de los trabajadores de la sociedad dependiente⁵²⁰.

Podremos concluir que, al contrario del modelo contractual (que refleja un carácter dualista y flexible), el modelo orgánico constituye un modelo unitario e imperativo (rígido). De hecho, es unitario porque acaba por reconducir todo el fenómeno del grupo de sociedades a una única categoría, el grupo de derecho (lo mismo ocurre por fuerza del sistema de presunciones antes referido). Por otro lado, es imperativo ya que la aplicación del respectivo régimen jurídico no está dependiente de la voluntad o iniciativa de la sociedad madre, pero sí de la propia realidad económica verificada en cada situación concreta.

Es cierto que el modelo orgánico garantiza una mayor eficacia en la aplicación del régimen jurídico, además del mejor seguimiento de los objetivos subyacentes (protección de las sociedades dependientes, de los respectivos socios y de los acreedores sociales) al impedir que la sociedad madre pueda engañar al sistema legal mediante un simple juego de los instrumentos de creación de la dirección unitaria y de organización del grupo. Sin embargo el modelo también acaba por generar un marco legal de gran rigidez para la actividad y funcionamiento del grupo, además de una considerable inseguridad jurídica derivada de la ausencia de una jurisprudencia o de una doctrina sólida sobre el propio concepto jurídico-económico del grupo de sociedades⁵²¹.

⁵¹⁹ RODIÈRE, R.: *Réflexions sur les Avant-Projets d'une Directive de la Commission des Communautés Européennes concernant les Groupes de Sociétés*, en: *RDS (1977), Chr.* 1977, p. 137 y ss.

⁵²⁰ Previsión hecha en el antiguo Anteproyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, ya referido, art. 225.

⁵²¹ La rigidez del modelo orgánico está basada en una cierta desconfianza con relación al comportamiento de las sociedades dominantes, de quien, en el cuadro del modelo opuesto, se

3. Breve aproximación al tratamiento del grupo de sociedades en otras ramas del Derecho

El punto crucial de la problemática de los grupos de sociedades está en la tensión existente entre la unidad económica y la pluralidad jurídica que subyace en ellos. El grupo, aunque constituya una unidad de acción y decisión económica, no es tratado como un verdadero centro de imputación jurídica. Lo mismo significa que, al paso que de hecho la empresa de grupo actúa como un sujeto de acción económica, en el plano jurídico lo que existe son distintas sociedades individuales que lo componen, no siendo el grupo reconocido como un sujeto de derechos.

Esta discrepancia existente entre la situación de hecho y la situación de derecho, que es característica de la estructura empresarial plurisocietaria⁵²², genera para el orden jurídico problemas de difícil solución.

Todas las ramas jurídicas que, directa o indirectamente, disciplinan la actividad económica de la empresa, lo hacen con referencia a los modelos de imputación jurídico-normativo que tienen por destinatario una entidad dotada de personalidad jurídica, sea ella singular (máxime el empresario individual) o colectiva (máxime la sociedad mercantil). Los grupos de sociedades no poseen personalidad jurídica propia, pero sí lo poseen las sociedades que lo componen. Así que, tendremos una peligrosa divergencia entre la norma y la realidad, poniendo en duda la consecución de los propios objetivos subyacentes a los comandos normativos concretos⁵²³.

hace depender la aplicación del específico régimen jurídico de los grupos. Esta desconfianza, todavía, no siempre es justificada, ya que no siempre el objetivo de la sociedad dominante es el de expropiar las sociedades dependientes, como no siempre los intereses de estas sociedades están en conflicto con el interés general del grupo. En ese sentido, véase: LUTTER, Marcus: *The Law of Groups of Companies in Europe: a Challenge for Jurisprudence*. Op. Cit., p. 21; BEJOT, Michel: *La Protection des Actionnaires Externes dans les Groupes de Sociétés en France et en Allemagne*. Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 21 y ss.; LA ROSA, Antonio Pavone: *La Responsabilità da Controllo nei Gruppi di Società*, en: *RS (1984)*. 1984, p. 416; IANNUZZI, Mario: *Considerazione Critiche sulla più Recente Evoluzione dei Lavori della Comunità Europea in Tema delle Società per Azioni e dei Gruppi*. Op. Cit., p. 658 y ss.

⁵²² GUYON, Yves: *Droit des Affaires*. Op.cit., p. 552.

⁵²³ Por ejemplo, si una sociedad filial, en la secuencia de la instrucción directa de la cúpula jerárquica del grupo o de una filial intermedia, practica un determinado acto violador de los preceptos del derecho de la competencia (v.g., imponer precios mínimos o practicar condiciones de venta discriminatorias), del derecho laboral (v.g., despedir injustamente el

“El ordenamiento jurídico no ha sido ajeno a la importancia de los grupos de sociedades ni a los múltiples problemas que arroja. Así ha nacido un conjunto normativo que la doctrina ha sistematizado bajo la denominación de Derecho de los grupos de sociedades, que aglutina normas procedentes de diversos sectores del Derecho, principalmente Derecho de sociedades, Derecho de defensa de la libre competencia, Derecho fiscal y Derecho del trabajo, pero también Derecho bancario, Derecho de seguros, Derecho del Mercado de Valores..”⁵²⁴

La naturaleza e inventario de los distintos problemas que la existencia del grupo de sociedades puede generar en las muchas áreas del Derecho es materia que, por su variedad y complejidad, exige un tratamiento monográfico. No es lo que se pretende aquí, ya que lo que más nos interesa en este momento de nuestra tesis es tener una base doctrinal de la figura del grupo de sociedades para, posteriormente, hacer su vinculación con el Derecho de la competencia. Así que, a continuación, solamente procuramos ofrecer un marco general de algunos problemas derivados de la existencia del grupo de sociedades, verificando en que medida el sujeto económico grupo de sociedades viene obteniendo una paralela consagración como sujeto de derecho en el contexto de las ramas del Derecho más pertinentes a la respectiva actividad.

3.1. Los grupos de sociedades y el Derecho de la competencia

Es importante subrayar que no desarrollaremos, en mayor profundidad, la cuestión del grupo y el Derecho de la competencia en este momento, ya que dedicaremos los capítulos siguientes de ésta parte y la tercera parte de esta tesis para este análisis, siendo la misma una referencia fundamental en nuestro trabajo. Cumple referir que pretendemos demostrar la necesidad de construcción de un Derecho de la competencia más efectivo en el seno del MERCOSUR para el desarrollo de este espacio comunitario (tal tema

trabajador, en el cuadro de una operación de reorganización global del grupo), o del derecho de las obligaciones (v.g., no cumplir obligaciones derivadas de determinado contrato), los terceros afectados por tal comportamiento solamente podrán hacer valer sus derechos, en principio, contra la sociedad filial en concreto y en el límite de su acervo patrimonial.

⁵²⁴ MASSAGUER, José: La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídico-societarios), *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, 1989, p. 283.

será abordado en la tercera parte de nuestra tesis) siendo este su objeto esencial.

3.2. Los grupos de sociedades en el Derecho Contable y el Derecho Fiscal

Los grupos de sociedades en el plano del Derecho fiscal y del Derecho contable poseen incidencias muy importantes, que dieron origen a regulaciones normativas autónomas⁵²⁵.

“En el campo del Derecho comunitario europeo, como es sabido, desde los años setenta la Comisión Europea inició los estudios para elaborar un Derecho comunitario de las cuentas anuales, que hasta hoy se ha plasmado en dos Directivas generales, la Cuarta, de 25 de julio de 1978 (78/660/CEE), y la Séptima, de 13 de junio de 1983 (83/349/CEE), en materia de sociedades, sobre cuentas individuales de sociedades de capital y cuentas consolidadas, respectivamente, y en dos Directivas especiales, sobre cuentas anuales de entidades bancarias, de 8 de diciembre de 1986 (86/635/CEE), y de entidades aseguradoras, de 19 de diciembre de 1991 (91/674/CEE)”⁵²⁶.

Desarrollaremos a continuación ambos aspectos.

1) En el plano del Derecho contable, el grupo de sociedades pasó a tener relevancia en función de la necesidad de contabilización del traspaso patrimonial y de la consolidación de las cuentas.

La contabilización del traspaso patrimonial es necesaria. El traspaso patrimonial es derivado de la propia operación de concentración, con

⁵²⁵ Véase: LOUSA, Maria: *A Tributação pelo Lucro Consolidado*, en: 355 CTF (1989). 1989, p. 59 y ss.; LOUSA, Maria: *A Consolidação Fiscal numa Perspectiva Comunitária*, en: 359 CTF (1990). 1990, p. 177 y ss.; JADAUD, Bernard: *L'Impôt et les Groupes de Sociétés*. Berger-Levrault, 1970, p.47 y ss.; LA ROSA, Salvatore: *I Gruppi di Società nel Diritto Tributario*, en: LA ROSA, Antonio Pavone (ed.): *I Gruppi di Società*. Muligno, Bologna, 1983, p. 203 y ss.; FROMMEL, Sylvie N.: *Filiales et Succursales en Droit Fiscal Comparé*, en: *RevS* (1975). 1975, p. 26 y ss.; COSTA, Carlos B.: *A Contabilidade e a Auditoria dos Grupos de Empresas*. Rei dos Livros, Lisboa, 1990, p.15 y ss.; SABATO, Franco: *Il Bilancio Consolidato di Gruppo*, en: *Il Gruppo d'Imprese nella Realtà Giuridica Italiana*. Cedam, Padova, 1987, p. 17 y ss.; UCKMAR, Victor: *Gruppi e Disciplina Fiscale*, en: *I Gruppi di Società, Volume Terzo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 2237 y ss.

⁵²⁶ VICENT CHULIÁ, Francisco: *Nuevas estrategias en el Derecho de sociedades europeo, Derecho de los Negocios, Año 8, Número 76*. Madrid, 1997, p. 21.

inversiones mutuas de capital por parte de las sociedades participantes del grupo.

El Derecho contable debe aspirar a reflejar la imagen fiel de esa nueva entidad resultante de la concentración empresarial con independencia de la calificación jurídica que pueda merecer la causa subyacente (principio de irrelevancia de la forma jurídica).

Así, deberían contabilizarse por los mismos criterios la constitución de una nueva unidad de decisión económica como consecuencia de la adquisición de un paquete de control de otra sociedad (constitución de un grupo de sociedades respetando la pluralidad jurídica de las entidades integrantes) y la que entraña la desaparición jurídica de la entidad titular del patrimonio objeto de sucesión universal (caso de nuestras fusiones y escisiones).

“El traspaso patrimonial inherente a la operación de combinación de empresas se debe registrar en los libros de la nueva unidad. El que goce o no ésta de una nueva personalidad jurídica o continúe su personalidad es cuestión, a nuestros efectos contables, también irrelevante”⁵²⁷.

En cuanto a la consolidación de las cuentas, otras cuestiones deben ser analizadas, entre ellas la designación de un conjunto de operaciones contables que buscan proceder a la agregación de las cuentas individuales del conjunto de las empresas pertenecientes al grupo. Tales operaciones serían la suma de los saldos de las cuentas constantes en cada rúbrica del balance, la demostración de los resultados y la eliminación de los valores correspondientes a las operaciones realizadas entre las sociedades agrupadas.

El objetivo de esta técnica es el de darle una adecuada ubicación contable a la nueva realidad de la empresa del grupo. Así, pretende suministrar a todos los interesados (socios actuales y futuros, acreedores, inversionistas, trabajadores, Estados, público en general) una imagen global de la situación patrimonial y financiera de la unidad económica del grupo⁵²⁸, permitiendo al

⁵²⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: *Las Reservas Atípicas. Las reservas de capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles*. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 340.

⁵²⁸ Dada la estrecha interdependencia entre las sociedades agrupadas (relaciones comerciales estrechas, financieras y patrimoniales, cuyos valores serán siempre distintos de aquellos que

núcleo dirigente del grupo una gestión y planificación financiera interna más racional del todo.

Los métodos contables fundamentales son tres: a) consolidación integral (global); b) consolidación proporcional y c) equivalencia patrimonial⁵²⁹. Seguidamente expondremos cada uno de ellos:

a) El método de consolidación integral es el más común, propuesto como un método básico en el ámbito de la Séptima Directiva Comunitaria sobre las cuentas consolidadas (art. 18)⁵³⁰.

Consiste en la elaboración del balance y de la cuenta de resultados consolidados por medio de la simple agregación de todos los elementos homónimos del balance y de las cuentas individuales de la empresa madre y de las empresa filiales, evidenciándose los derechos de los terceros en las filiales. Teniendo como punto de referencia la propia sociedad madre (parent company concept), el método de consolidación integral fundamenta las cuentas consolidadas del grupo como una extensión de las cuentas de la propia sociedad madre, mientras vértice jerárquico del grupo⁵³¹.

b) El método de consolidación proporcional⁵³², elabora las operaciones de consolidación de las cuentas de la misma manera que las realizadas por el método de la consolidación global, excepto en lo que concierne a la forma de agregación o combinación de los elementos de las cuentas de la sociedad madre y de las respectivas sociedades filiales. Así, al contrario de lo que pasa con el método de consolidación integral, en el método proporcional la consolidación está hecha en base a la proporción de la

existirían en caso de que se tratase de sociedades independientes), las cuentas individuales de las distintas sociedades jamás podrían propiciar a los interesados una mirada fiel de la situación económica y financiera del grupo, ni así mismo una mirada profunda de la realidad de las sociedades componentes del mismo grupo.

⁵²⁹ Véase: OECD. *Les Méthodes de Consolidation des Comptes dans les Pays de l'OCDE*. Paris, 1987.

⁵³⁰ Séptima Directiva CEE, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas (83/349/CEE. Diario Oficial L 211 de 03/08/1983). Véase, aun: WOOLDRIDGE, Frank: Aspects of Regulation of Groups of Companies in European Laws, en: *European Company Laws – A comparative Approach*. (editado por: DRURY, Robert R. y XUEREB, Peter G.), Dartmouth, Sydney, 1991, p. 109 y ss.

⁵³¹ MOONITZ, Maurice: *The Entity Theory of Consolidated Accounts*. American Institute of Certified Public Accountants, New York, 1961, p. 10 y ss.

⁵³² Adoptado por la 7ª Directiva Comunitaria, citada, en los casos de *joint venture* (art. 32).

participación detentada por la sociedad madre en el capital de las respectivas sociedades filiales.

Partiendo de un “concepto de propiedad” (ownership concept), el método de la consolidación proporcional verifica las cuentas consolidadas como el reflejo de los elementos que constituyen el patrimonio del grupo. Así, los elementos del balance y de las cuentas de las sociedades filiales abarcadas por la consolidación deben ser considerados apenas en la proporción correspondiente al porcentaje de participación detentado por la sociedad madre en cada una de las sociedades filiales⁵³³.

c) En cuanto al método de la equivalencia patrimonial⁵³⁴, podremos decir que consiste en una reapreciación de las participaciones detentadas por la sociedad madre en el capital de las sociedades filiales, por medio del análisis en el balance de la sociedad madre del valor contable de las partes sociales detentadas en los capitales de las empresas filiales⁵³⁵. Este método es aplicable al caso específico de aquellas empresas (llamadas asociadas) no incluidas en el ámbito de la consolidación de las cuentas hechas por los dos métodos anteriores pero que, todavía, tienen una gestión y política financiera dependiente de una de las empresas del grupo. Tal influencia o dependencia de una empresa del grupo se presume siempre que la empresa del grupo detente, directa o indirectamente, una participación en el capital de la asociada de un 20% o más del mismo capital (generando derecho de voto).

2) Por otro lado, no son menos relevantes las incidencias de los grupos en el Derecho fiscal.

Tradicionalmente, y por contraposición al Derecho societario, en el Derecho fiscal el legislador asumió, desde muy temprano, una posición basada en el realismo y la transparencia en el tratamiento de las formas de ejercicio de la actividad empresarial⁵³⁶.

⁵³³ LOUSA, Maria: *Considerações sobre a Tributação dos Grupos de Sociedades*, en: 350 CTF (1988). 1988, p. 229 y ss.

⁵³⁴ 7ª Directiva Comunitaria, citada, art. 33.

⁵³⁵ FEUILLET, Pierre: *La Consolidation des Comptes*, en: *RevS (1985)*, nº 3. 1985, p. 599 y ss.

⁵³⁶ SQUIRES, Michael B.: *Tax Planning for Groups of Companies*. Butterworths, London, 1990, p. 88 y ss.

En el Derecho español ha pasado lo mismo, siendo el Derecho fiscal el primero a preocuparse con la regulación de los grupos de sociedades.

“Al igual que en tantas otras materias, la legislación fiscal ha sido adelantada en el reconocimiento legal de los Grupos de sociedades. Prescindiendo de algunos antecedentes de interés⁵³⁷, se puede decir que el punto de partida está representado por el Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública, el cual autoriza que la sociedad de un Grupo de sociedades, previo acuerdo adoptado por la Juntas Generales de las sociedades integrantes de ese Grupo (art. 32), solicite al Ministerio de Economía y Hacienda que la base imponible y los demás elementos determinantes del Impuesto de Sociedades sean calculados conjuntamente para todas las sociedades del Grupo, mediante consolidación de los balances y de las cuentas de resultados de las sociedades que lo forman (art. 31)”⁵³⁸.

Se puede afirmar que fue el Derecho fiscal quien ha introducido una mirada económica o unitaria del grupo, apareciendo el mismo regulado como una única empresa, abandonándose así la idea de pluralidad jurídica de la respectiva estructura y elevándose el grupo como un centro autónomo de imputación de las normas jurídicas, perfectamente distinto de los entes societarios individuales que lo componen.

Para el Derecho fiscal, la realidad económica material del grupo suplanta su realidad jurídica formal. Aunque exista la individualidad jurídica de las sociedades integrantes del grupo, es el propio grupo como un todo, y no sus miembros individuales, quién constituye el sujeto de las obligaciones jurídico-fiscales⁵³⁹.

⁵³⁷ Ley de 10 de noviembre de 1942 (nota del autor).

⁵³⁸ ROJO, Angel: Los Grupos de Sociedades en el Derecho Español, en: *La disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi*. Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale – Convegni di studio Problemi attuali di diritto e procedura civile, nº 14, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p.104 y ss.; ROJO, Angel: Los grupos de sociedades en el Derecho español, *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, 1996, p. 457-458.

⁵³⁹ Véase: PINSON, Pierre: *La Fiscalité des Groupes en France*. Dalloz, Paris, 1985, p. 635 y ss.; BLANQUER UBEROS, Roberto; HERNÁNDEZ CRESPO, Carlos Miguel y ALONSO UREBA, Alberto: *La reforma del derecho español de sociedades de capital: reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades*. 1996, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid,

La atribución de la subjetividad jurídico-tributaria al grupo posee incontestables ventajas, las cuales se traducen en una reducción de la carga fiscal global soportada por el conjunto de las sociedades agrupadas, gracias a la compensación de los lucros y perjuicios fiscales entre estas mismas sociedades, gracias a la eliminación de la doble tributación, así como la ocurrencia de ciertas oportunidades fiscales, v.g., reintegraciones, amortizaciones, exenciones⁵⁴⁰, deducciones a la colecta, etc.

3.3. Los grupos de sociedades y el Derecho laboral

Importantes son, también, las relaciones entre los grupos de sociedades y el Derecho laboral⁵⁴¹.

El fenómeno de los grupos de sociedades, mientras empresa de estructura plurisocietaria (o empresa de segundo grado), que se traduce en la subordinación de un conjunto de empresas unisocietarias (jurídicamente distintas) a un centro de dirección común, viene a introducir una tensión entre la unidad y la pluralidad a nivel de la relación laboral, susceptible de implicar una pérdida de la eficacia de las normas existentes en el marco de la empresa independiente.

1987, p. 737 y ss.; MORSE, Geoffrey: *Taxation of Companies*. 4 ed., Stevens & Sons, London, 1987, p. 1733 y ss.

⁵⁴⁰ En España, "en cuanto al régimen tributario de los dividendos procedentes de filiales residentes en países con los que hemos suscrito un CDI *tributación exclusiva en el Estado fuente*, el marco internacional requiere la eliminación del fenómeno intersocietario internacional en sede de la matriz española perceptora de los beneficios. En estos supuestos, la medida unilateral y la conveniada atienden al problema de la DII, aunque las técnicas articuladas en la medida unilateral han sido depuradas de tal forma que, salvo alguna excepción, la medida unilateral supera la regulación internacional". Véase, en ese sentido: GARCÍA MACHANCOSES, Esther: *La tributación de los beneficios percibidos por las matrices españolas procedentes de las filiales en el extranjero*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p.190. Véase además, v.g., el Convenio Hispano-Brasileño de 14/11/1974, BOE de 31/12/1975, para evitar la doble imposición tributaria.

⁵⁴¹ Véase: BRICOLA, M. Rudan: *Il Gruppo di Imprese nella Giurisprudenza Lavoristica*, en: *Celm* (1986), 3, p. 741 y ss.; DESPAX, Michel: *Groupes de Sociétés et Contrat de Travail*, en: *DrSoc* (1961). 1961, p. 596 y ss.; MAZZOTTA, Orondo: *Divide et Impera: Diritto del Lavoro e Gruppi di Imprese*, en: *Il Gruppo nella Realtà Giuridica Italiana*. Cedam, Padova, 1990, p. 120 y ss.; OPPETIT, Bruno: *Groupes de Sociétés et Droit du Travail*, en: *RevS* (1973). 1973, p. 69 y ss.; CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *La problemática Jurídico-laboral de los grupos de sociedades*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, p. 99 y ss.; BLUMBERG, Phillip I. y STRASSER, Kurt A.: *The Law of Corporate Groups – Problems of Parent and Subsidiary Corporations Under Statutory Law Specifically Applying Enterprise Principles*. Little, Brown and Company, Boston, 1992, p. 950 y ss.; KNAPP, Blaise: *La protection des travailleurs des sociétés membres du groupe*, en: *Colloque international sur Le Droit international privé des groupes de sociétés*. Centre d'études juridiques européennes, Genève, 1973, p. 147-198.

El problema central es el siguiente: ¿en que medida las relaciones laborales protagonizadas por una sociedad perteneciente a un grupo societario deberán ser objeto de una regulación específica en relación a las sociedades independientes? ¿Deberán las normas y los institutos jurídico-laborales concebidos para la protección del trabajador ser reinterpretados a nivel del grupo, tomado este como empresa unitaria?⁵⁴² Ante tales interrogantes procederemos las respuestas pertinentes.

1) En un primer plano donde el grupo coloca varias interrogantes es en la relación individual de trabajo⁵⁴³.

a) Así, ya en el momento de la cesación del contrato de trabajo. Es necesario tener en cuenta que, en el contexto de la sociedad de grupo, la supervivencia del vínculo laboral está expuesta a peligros especiales. Además de los riesgos comunes, los que surgen como consecuencia de las propias condiciones del mercado sobre la suerte de la entidad empleadora, el contrato laboral se ve – en el seno del grupo – expuesto a los riesgos particulares derivados de la integración de la misma entidad en una organización económica más amplia, y de su subordinación a un centro de decisión exterior. Así, la estabilidad del vínculo laboral no está vinculada tan sólo a la capacidad competencial de la sociedad filial (entidad empleadora) sino también estará la estabilidad del vínculo laboral condicionada por los eventuales efectos negativos del estatuto de dependencia intersocietaria, ya que las transferencias de los beneficios, de bienes de capital entre las sociedades del grupo, aumentarían los riesgos de quiebra de algunas de ellas⁵⁴⁴. Además, la

⁵⁴² Cualquier futura regulación tendrá que armonizar dos intereses contrapuestos: de un lado, el interés del grupo en lo que respecta el principio de la autonomía jurídica de las empresas constituyentes y de la respectiva calidad de unidades independientes de imputación jurídica. De otro lado, el interés del trabajador en que la eficacia protectora de la norma jurídica-laboral no se vea ilusionada por medio del juego con la forma jurídica de la entidad empleadora, así como que los institutos jurídicos concebidos para su protección sean redimensionados a nivel del grupo como un todo. SAVATIER, Jean: *Les Groupes de Sociétés et la Notion d'Entreprise en Droit du Travail*. Librairie Économique et Sociale, Paris, 1974, p. 527 y ss.

⁵⁴³ MAGNO, Paolo: *Sulla Prestazione di Lavoro Nell'Ambito dei Gruppi di Imprese*, en: *RGL (1977)*, II. 1977, p.406; VACARIÉ, Isabelle: *Les Groupes de Sociétés et les Relations Individuelles de Travail*, en: *DrSoc (1975)*. 1975, p. 23 y ss.

⁵⁴⁴ Ejemplo sería el famoso caso Badger, en Bélgica. En este caso, después de la quiebra de la sociedad belga Badger Belgium, dominada en un 100% por la sociedad madre norteamericana Badger Company Inc., el tribunal constató la existencia de un pasivo social de alrededor de 205 millones de francos belgas para un activo inferior a los 100 millones de francos belgas. Véase: BANPLAIN, Roger: *The Badger Case and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Kluwer, Deventer, 1977, p. 13 y ss.

estabilidad de la relación laboral sufrirá las vicisitudes internas del propio grupo como unidad económica global, bastando con pensar en casos como los despidos colectivos ocurridos en la secuencia de movimientos de reorganización y reestructuración del grupo, la eliminación de filiales no rentables, o la racionalización de los efectivos resultante de una política de personal global perseguida por el núcleo dirigente del grupo⁵⁴⁵.

b) Después, el grupo societario produce importantes implicaciones en cuanto a ciertos derechos de los trabajadores cuya sustancia depende estrictamente de la conservación, por parte de la empresa empleadora, de la respectiva independencia, no solamente de naturaleza organizativa (v.g., derechos de co-participación en la administración de la sociedad)⁵⁴⁶, sino también de naturaleza patrimonial (v.g., derechos a una cuota de los dividendos sociales, derechos relativos a la jubilación, etc.)⁵⁴⁷.

Efectivamente, tales derechos vivirán siempre bajo la potencial amenaza de perder su contenido, en virtud de la pérdida de la autonomía organizativa y patrimonial de la sociedad filial, ocurrida por la intervención en la vida social de una dirección exterior y por la competencia de los intereses de la propia sociedad con los intereses externos (de todo el grupo y de la sociedad madre). Podría decirse que los trabajadores poseen un riesgo semejante al de los socios minoritarios o externos.

c) Un punto importante a subrayar en la vinculación de la relación individual de trabajo y de los grupos de sociedades es el problema de la

⁵⁴⁵ Todavía algunas legislaciones tienen una disciplina especial en materia de despidos en el seno de los grupos de sociedades con implantación multinacional. Así, en el derecho francés, se reconoce a los trabajadores de la sociedad madre francesa transferidos para filiales con sede en el extranjero, en caso de despido, un derecho de regreso y reintegración en los cuadros de la sociedad madre. Véase, para el caso francés: RAMOS, Rui Moura: *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*. Almedina, Coimbra, 1991, p. 47 y ss.

En el caso brasileño, la CLT (*Consolidação das Leis do Trabalho, citada*) hace previsión, en su artículo 2º, 2, de la responsabilidad solidaria por todas las obligaciones laborales de todos los miembros del grupo, además del derecho de regreso de los trabajadores a la sociedad madre, cuando hayan sido transferidos.

⁵⁴⁶ HOPT, Klaus: *Problèmes Fondamentaux de la Participation en Europe*, en: *RTDC (1981)*. 1981, p. 401 y ss.; SERENS, M. Nogueira: *Co-Gestão – Que Futuro?, Separata do BFDUC (nº especial)*. Coimbra, 1980, p. 94 y ss.

⁵⁴⁷ BÉCANNE, Nicole: *L'Actionariat des Salariés*, en: *La Documentation Française, nº 3866*. Paris, 1972, p. 3866 y ss.; GUYON, Yves: *La Distribution Gratuite d'Actions aux Salariés*, en: *JCP (1981), I. 1981*, p. 3006 y ss.

movilidad del trabajador en el seno del grupo⁵⁴⁸. En efecto, constituyendo el grupo un espécimen de empresa unitaria que coordina la actividad económica de las distintas sociedades, es frecuente la transferencia de los trabajadores, sobre todo en aquellos grupos con implantación multinacional, de una sociedad del grupo para otra sociedad del mismo grupo, con la cual no posee el trabajador ningún vínculo laboral⁵⁴⁹. "A este respecto, se ha de reparar en que la movilidad intragrupo va a suponer una alteración de las relaciones laborales clásicas entre empresario y trabajador, al desdibujar el ámbito de la prestación laboral, con la conseguida ambigüedad sobre el destinatario de la prestación de servicios y la incertidumbre del trabajador sobre quién actúa como empresario. En este sentido, se ha visto que frente a la clásica relación bilateral de trabajo, la prestación de trabajo para varias empresas del grupo puede conformarse, en determinados supuestos, como una relación a tres bandas, de modo que existan varios polos de autoridad actuando sobre una misma relación laboral. Sin embargo, en estos casos, se aprecia una particular inclinación de la jurisprudencia a simplificar la relación compleja que se produce en los fenómenos de circulación en el seno del grupo, en una típica relación laboral bilateral donde existiría un único nexo contractual entre el trabajador por un lado, y el grupo o las empresas receptoras en su conjunto, por otro"⁵⁵⁰.

Esta práctica, que implicaría la coexistencia de dos polos patronales, cuando no está prevista convencionalmente⁵⁵¹, genera numerosos interrogantes. Así que puede plantear dudas desde el marco jurídico-dogmático en el caso concreto (que puede ser caracterizado distintamente: desplazamientos temporales⁵⁵², cesión ocasional⁵⁵³, etc.), hasta dudas en cuanto a los mecanismos destinados a la corrección de las eventuales

⁵⁴⁸ MELIADÒ, Giuseppe: *Il Rapporto di Lavoro nei Gruppi di Società – Subordinazione e Impresa a Struttura Complessa*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 127 y ss.

⁵⁴⁹ Véase: KAPP, B.: *La Protection des Travailleurs des Sociétés Membres du Groupe: le Droit International Privé des Groupes de Sociétés*. Georg, Genève, 1973, p. 149 y ss.

⁵⁵⁰ ESTEVE SEGARRA, Maria Amparo: *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 140.

⁵⁵¹ Son usuales las llamadas cláusulas de transferencias, contenidas en los contratos individuales de trabajo de los trabajadores de las sociedades agrupadas.

⁵⁵² BRANCA, Giorgio: *La Prestazione di Lavoro in Società Collegate*. Giuffrè, Milano, 1965, p. 77.

⁵⁵³ COIMBRA, António: *Grupo Societário em Relação de Domínio Total e Cedência Ocasional*, en: *XXXII RDES (1990)*. 1990, p. 115 y ss.

disfunciones provocadas en la relación individual de trabajo (v.g., recurso a las figuras de la novación o de la cesación de la posición contractual⁵⁵⁴, principio de la igualdad de tratamiento entre los trabajadores de las diferentes sociedades componentes del grupo, de la desconsideración de la personalidad jurídica⁵⁵⁵, etc.)⁵⁵⁶.

2) Un segundo plano donde la presencia del grupo societario se hace sentir es el de las relaciones colectivas de trabajo⁵⁵⁷. Para no hablar de los casos en que su estructura policéntrica es utilizada como instrumento de fraude al conjunto de disposiciones legales⁵⁵⁸, el grupo viene constituyéndose en un objeto de creciente atención, ya sea desde las materias relativas a las convenciones colectivas de trabajo⁵⁵⁹, pasando por las organizaciones laborales colectivas (en particular la constitución laboral de la empresa, que puede ser asegurada a nivel del grupo)⁵⁶⁰, hasta los propios conflictos colectivos, en especial la huelga⁵⁶¹.

Alguna manifestación normativa ha habido en materia de Derecho colectivo laboral y grupo de sociedades. La UE ya reguló la materia de los comités de los trabajadores de empresas europeas o grupos de dimensión

⁵⁵⁴ MAZZOTTA, Orondo: *Rapporto di Lavoro, Società Collegate e Statuto dei Lavoratori*, en: *RTDPC (1973)*. 1973, p. 757 y ss.

⁵⁵⁵ Tratado en el apartado 2.2.4., arriba.

⁵⁵⁶ La estructura del grupo no produce efectos solamente sobre la posición jurídico-activa del trabajador, teniendo igualmente incidencia sobre sus obligaciones. Imaginemos, por ejemplo, en la extensión a nivel del grupo de los deberes de no competencia que tienen los empleados de las sociedades individuales componentes del grupo (por fuerza del deber de lealtad que tienen los trabajadores).

⁵⁵⁷ DESPAX, Michel: *Groupes de Sociétés et Institutions Représentatives du Personnel*, en: *JCP (1972)*, I. 1972, p. 2465 y ss.

⁵⁵⁸ Piénsese, por ejemplo, en los casos en que una empresa unisocietaria promueve la repartición artificial de su actividad económica y patrimonial global a dos o más sociedades filiales para evitar que ninguna de ellas tenga un número superior a determinados trabajadores y, así, no estén obligadas a constituir órganos especiales de representación de los trabajadores.

⁵⁵⁹ DUBOIS, Jean-Pierre: *Multinational Enterprises and Collective Bargaining at International Level*, en: *11 CMLR (1974)*. 1974, p. 141 y ss.

⁵⁶⁰ En Francia, el art. L. 439-I del *Code de Travail* (reforma de 1982) hace previsión del llamado *comité de groupe*. Véase: CHARALON, Yves: *Le Comité de Groupe. Op. Cit.*, p. 84.

⁵⁶¹ Sobre algunas manifestaciones curiosas del problema en el contexto de los grupos con implantación multinacional (v.g., la llamada *grève de solidarité internationale*), véase: DAVIES, P.: *Labour Law and Multinational Groups of Companies*, en: HOPT, K.: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1982, p. 215 y ss.

europea, Directiva 94/45/CE del Consejo⁵⁶², la cual ya fue traspuesta por España.

“No obstante, en el año de 1994 el Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobó la Directiva 94/45 sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que ha sido introducida en nuestro ordenamiento en el año de 1997, a través de la Ley 10/1997, de 24 de abril, y cuya importancia puede destacarse desde la perspectiva del desarrollo de las relaciones laborales supranacionales y desde la óptica de la propia organización colectiva en los grupos de empresas que analizamos”⁵⁶³.

3.4. Los grupos de sociedades y el Derecho internacional privado

La dimensión internacional de la actividad y de la estructura organizacional de los grupos de sociedades (de que la llamada empresa multinacional constituye la más clara emanación), provoca importantes problemas en el Derecho Internacional Privado, cuya complejidad y amplitud justificarían su estudio.

Entre estos problemas, solamente a título de referencia, cumple subrayar las cuestiones generadas por el grupo de sociedades en materia de nacionalidad de las respectivas sociedades filiales, así como en materia de determinación de la ley aplicable a las relaciones entre estas sociedades y la sociedad madre (conflicto de normas)⁵⁶⁴.

“Adelantamos que, para nosotros, es aceptable referirnos al concepto de nacionalidad partiendo de la premisa de que la nacionalidad de las

⁵⁶² Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un Comité de Empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria (DO nº L 254 de 30/09/1994).

⁵⁶³ HERRERA DUQUE, María Jesús: *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*. Editorial CISS, S.A., Valencia, 2000, p. 68.

⁵⁶⁴ Véase, de entre tantos: BOGGIANO, Antonio: *Sociedades y grupos multinacionales*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 173 y ss.; FAWCETT, J. J.: *Jurisdiction and Subsidiaries*, en: *JBL (1985)*. 1985, p. 1625 y ss.; CONFORTI, Benedetto: *Le imprese internazionali*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. Verona, 1970, n. 2, p. 240 y ss.; CAPOTORTI, Francesco: *Consideración sui conflitti di leggi in materia di società*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. Verona, 1965, n. 4, p. 630-636.

sociedades no es idéntica a la de las personas físicas ni produce las derivaciones correspondientes a la caracterización clásica de tal vocablo. Ello debe ser así pues la cuestión en la materia societaria está siempre referida a dificultades tales como los conflictos de leyes, el goce de derechos, la protección diplomática, los tratados, etc. En suma, se relaciona con el tema de la dependencia o relación originaria de una sociedad con un ordenamiento jurídico dado”⁵⁶⁵.

1) El fenómeno de los grupos multinacionales suscita nuevas incidencias en relación al problema de la nacionalidad de las sociedades mercantiles⁵⁶⁶. Sin pretender profundizar en el viejo debate sobre la cuestión de la legitimidad de la aplicación de tal atributo normativo a las personas colectivas⁵⁶⁷, parece innegable que el concepto de nacionalidad posee implicaciones importantes en la vida de las sociedades integrantes de grupos multinacionales. Esta implicación se daría en tres planos:

a) Así, desde luego, para el llamado Derecho de los extranjeros. Aunque existe una equiparación con los nacionales en el tratamiento de los extranjeros en cuanto al gozo de los derechos privados, todavía existen ciertos derechos de carácter público o privado que estarán, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos occidentales, reservados únicamente a los nacionales, sean éstos personas físicas o colectivas⁵⁶⁸.

b) A los efectos de la aplicación de los Convenios Internacionales. La determinación de la nacionalidad de una sociedad es presupuesto del

⁵⁶⁵ ROVIRA, Alfredo L.: *Sociedades Extranjeras*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 12.

⁵⁶⁶ ROLFE, Silvio: *Les Sociétés Internationales. Leur Droits et Responsabilités*. Rapport pour le XXXIème Congrès de la C.C.I., Paris, 1969, p. 78 y ss.

⁵⁶⁷ Véase: GIMÉNEZ ARTIGUES, Fernando: *La nacionalidad de las sociedades mercantiles*. Bosch, Barcelona, 1949; LOUSSOUARN, Yves: La Nationalité des Sociétés, en: *Travaux du Comité Français de Droit International Privé* (1966-69). Dalloz, Paris, 1970, p. 205 y ss.

⁵⁶⁸ Ejemplo de tal situación sería la del impedimento de inversión extranjera directa en determinados sectores de la actividad productiva, v.g., explotación de petróleo, inversión en medios de comunicación de masa, banca (generalmente en este sector la inversión extranjera puede ocurrir, todavía no puede ser mayoritaria y ni tener un impacto en el mercado arriba de determinadas cotas de participación que serían no determinantes del mismo mercado), etc. Además, aquellos autores que contestan la legitimidad de la atribución de nacionalidad a las personas colectivas, reconocen la necesidad de una distinción entre sociedades nacionales y extranjeras para los efectos arriba demostrados (véase: MACHADO, João Baptista: *Lições de Direito Internacional Privado*. 2ª ed., Almedina, Coimbra, 1982, p. 344-346).

reconocimiento de la capacidad de gozo de los derechos previstos en instrumentos internacionales a los nacionales de los Estados contratantes⁵⁶⁹.

c) Finalmente, a los efectos de la protección diplomática. También aquí la determinación de la nacionalidad de una sociedad surge como presupuesto necesario para el ejercicio por un Estado de acciones en beneficio de sus nacionales que hayan sufrido un daño, en violación del Derecho Internacional, por parte de otro Estado⁵⁷⁰.

2) Además, la aparición de grupos societarios transnacionales ha puesto en causa, por fuerza de su propia naturaleza multiforme, los dos pilares básicos del propio instituto, la idea de personalidad jurídica y la idea de vinculación.

a) En cuanto al instituto de la personalidad jurídica, se puede afirmar que sufre, en nuestros días, una completa redimensión ante de los grupos de sociedades. Sobrepasando los propios términos del debate tradicional entre las teorías de la realidad o de la ficción de la personalidad jurídica de los entes colectivos, así como de la consecuente polémica en cuanto a la aplicabilidad del atributo de la nacionalidad a las sociedades

⁵⁶⁹ En el cuadro de aquellos convenios internacionales que erigieron el criterio del control en atributivo de la nacionalidad, la estructura jerárquica de los grupos multinacionales, así como la utilización de sociedades intermedias (*sociétés de relais*) entre la sociedad madre y la sociedad filial cuya nacionalidad se trata de apurar, puede colocar problemas de difícil resolución. Véase: VIGNES, Daniel: *La Protection des Actionnaires dans les Conventions Internationales Bilatérales*, en: *La Personalité Moral et ses Limites*. LGDJ, Paris, 1961, p. 211 y ss.

⁵⁷⁰ Véase: BASTID, Suzanne: *La Nationalité des Sociétés et la Protection Diplomatique*, en: *Travaux du Comité Français de Droit International Privé (1966-69)*. Dalloz, Paris, 1970, p. 247 y ss.; BINDSCHIEDLER, Daniel: *La Protection Diplomatique des Sociétés et des Actionnaires*, en: *100 Revue de la Société des Juristes Bernois (1964)*. 1964, p. 141 y ss.; HOCHPIED, Jean-Pierre: *La Protection Diplomatique des Sociétés et des Actionnaires*. Pédone, Paris, 1965.

La complejidad de esta problemática fue tratada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* (1970). La sociedad Barcelona Traction Light and Power, Ltd., constituida y con sede en Canadá, creyó un conjunto de catorce filiales canadienses y españolas, con el objetivo de la exploración de determinadas concesiones en Cataluña. Aquella sociedad era, ella misma, una sociedad controlada por una sociedad belga (Sidro), a su vez controlada por otra sociedad del mismo país (Sofina). Todavía, en la secuencia de las ventas forzadas impuestas por el Estado español de las filiales de Barcelona Traction, esta vendría a declarar su quiebra, teniendo el Estado belga reclamado, con suceso, junto al TJI la condena del Estado español por los daños causados a los accionistas belgas de aquella sociedad. Para profundizar el estudio del caso Barcelona Traction, véase: CHARPENTIER, J.: *L'Affaire Barcelona Traction devant la Cour Internationale de Justice*, en: *AFDI (1970)*. 1970, p. 307 y ss.; MANN, Frederick: *The Protection of Shareholders Interests in the Light of the Barcelona Traction Case*, en: *AJIL (1973)*. 1973, p. 259 y ss.

mercantiles⁵⁷¹, la verdad es que la emergencia del fenómeno de los grupos de sociedades trae consigo los nuevos elementos de disolución de la personalidad jurídica.

Por un lado, la crisis del modelo legal clásico de la sociedad mercantil como persona colectiva (concebido este modelo para el caso de las sociedades autónomas e independientes), al punto de ser posible afirmar que la integración de una sociedad en el seno de un grupo de sociedades acaba por disolver la sustancia de todos los principales atributos normativos de la respectiva personalidad jurídica⁵⁷².

Por otro lado, el creciente reconocimiento de la unidad económica del grupo como unidad jurídica en sí misma, como un sujeto de derecho autónomo y distinto de las sociedades que lo componen, sea en el ámbito del Derecho interno, sea en ámbito del Derecho comunitario (v.g., Derecho fiscal, Derecho de la competencia), pone en duda al instituto clásico de la personalidad jurídica⁵⁷³.

b) Además, el vínculo jurídico-político de un sujeto de derecho a un determinado Estado⁵⁷⁴ (que el concepto de nacionalidad en su acepción lata busca designar), vínculo que, en el caso particular de las personas colectivas, máxime sociedades mercantiles, viene siendo determinado por el recurso a los distintos criterios o elementos de conexión (destacándose en el Derecho comparado los criterios de la incorporación, de la sede social y del control)⁵⁷⁵,

⁵⁷¹ SANTOS, António Marques dos: *Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público*. Livraria Almedina, Coimbra, 1985, p. 11 y ss.

⁵⁷² Véase: ANTUNES, José A. Engrácia. *Les Groupes de Sociétés et la Crise du Modèle Légal Classique de la Société Anonyme*. Op. y loc. Cit.; OLIVEIRA, José Lamartine: *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. Op. Cit., p. 568 y ss.

⁵⁷³ Respecto a los complejos problemas de conflicto de leyes generados por la coexistencia del grupo de sociedades y de las respectivas sociedades constituyentes del mismo, como centros autónomos de imputación jurídica, véase: LÉVY, Laurent: *La Nationalité des Sociétés*, en: *LGDJ*. Paris, 1984, p. 46 y ss.

⁵⁷⁴ TERRÉ, François: *Réflexions sur la Notion de Nationalité*, en: *RCDIP* (1974). 1974, p. 203 y

ss.

⁵⁷⁵ Respecto al criterio de la incorporación, la sociedad tiene la nacionalidad de un dado país, si fuera constituida, creada, incorporada, según el derecho de ese país. Para un Estado que adopte este criterio como único y exclusivo, son nacionales todas las sociedades que nacieron como personas jurídicas por fuerza del derecho de este Estado, cualquiera que sea el lugar de su sede social, del centro de exploración, del ejercicio de su actividad mercantil o industrial, cualquiera que sea la nacionalidad de sus socios, accionistas o administradores, o cualquiera que sea el sitio donde la sociedad fue constituida. Una sociedad puede así constituirse en Inglaterra o EE.UU. y eventualmente beneficiarse de la protección diplomática,

independientemente de tener cualquier vínculo efectivo con la vida económica de estos países. Este último aspecto revela el mayor inconveniente de la teoría de la *incorporation*. En efecto, tal criterio permite la atribución de la nacionalidad a una sociedad que puede ser del todo ajena a la vida jurídica y económica de un Estado. Además, la eventual combinación de este criterio con el de la sede estatutaria permite atribuir *charters of convenience*, o sea, nacionalidades ficticias a sociedades que procuran ciertos países refugio con objetivos de evasión fiscal.

A su vez, mediante el criterio de la sede social, una sociedad tendría la nacionalidad de un Estado si en él tuviera su sede social. La sede social puede ser entendida de dos formas: sede estatutaria (la sede que es designada en los estatutos de la sociedad o en el pacto social, independiente que la administración se encontrara situada en ese país) y sede real (o sea, sede no ficticia, no fraudulenta). La idea básica del criterio de la sede social es la vinculación efectiva, de carácter territorial, entre la sociedad y un dado Estado. La sociedad debe tener la nacionalidad del Estado donde se encuentran sus órganos vitales de dirección, donde está implantado el centro del sistema de comunicaciones, el lugar donde se toman las principales decisiones, donde esté localizada la administración principal de la sociedad.

Mientras la sede estatutaria, así como el criterio de la incorporación, corresponde a la consagración del principio de la autonomía de la voluntad de los fundadores de la sociedad (en materia de fijación de la nacionalidad), el criterio de la sede real genera una vinculación cierta y efectiva de la sociedad con el Estado, evitándose los inconvenientes que pueden resultar del hecho de la sociedad tener la nacionalidad de un Estado con el cual no tiene cualquier vinculación real, así como la falta de efectividad, que podrá impedir el ejercicio de la protección diplomática de la aludida sociedad.

El criterio de la sede social no es un criterio exclusivo de atribución de nacionalidad a las sociedades. Generalmente es un criterio que está agregado a la incorporación o al ejercicio del control del ente colectivo por nacionales del Estado en cuestión.

Otro elemento de conexión para la determinación de la nacionalidad de las sociedades es el del control social. Así, será la sociedad nacional de un dado Estado siempre que el control social sea ejercido por personas, físicas o colectivas, nacionales del mismo Estado.

El control puede surgir como elemento exclusivo de atribución de nacionalidad y en este caso solamente las sociedades controladas por nacionales son nacionales. Todavía, puede tal criterio, como es más frecuente, surgir no como un elemento exclusivo pero sí como un elemento necesario, aunque no suficiente, de la atribución de la nacionalidad de la sociedad. Así, en este segundo caso, se exige, para la atribución de la nacionalidad de la sociedad, además del control por nacionales, la constitución según el derecho del país de acogida (*incorporation*) y/o la localización de la sede social en el Estado de cuya nacionalidad se pretenda adquirir. Por tanto, el criterio del control no tiene vocación para ser un elemento de conexión básico de atribución de la nacionalidad de las sociedades, al contrario de lo que pasaría con los criterios de incorporación y sede social.

Finalmente el criterio del centro de decisiones, el cual procura responder a la compleja problemática de los grupos de sociedades, los cuales se caracterizan por una unidad de dirección económica, no obstante la pluralidad de entes personificados, jurídicamente autónomos. Por un lado, podría pensarse que el centro de decisión, en el caso del grupo de sociedades, equivaldría a la sede real de la sociedad madre. Todavía, lo mismo puede no ocurrir, ya que puede no haber coincidencia entre el país de la sede real de la sociedad madre y el país de la localización del centro de decisión. Por otro lado, el centro de decisión no se identifica con el control, criterio que puede ser considerado excesivo e insuficiente para la determinación de la nacionalidad de los grupos de sociedades. Excesivo porque una sociedad bajo control extranjero puede tener su centro de decisión en el país donde está implantada, no dependiendo de instrucciones de cualquier otra sociedad localizada en el extranjero. Insuficiente porque una sociedad fijada en el extranjero e independiente de cualquier vinculación con una empresa instalada en el territorio nacional no podría dejar de ser considerada extranjera, aunque fuera controlada por nacionales radicados en el país extranjero. En otras palabras, el control sería excesivo en el primer caso porque consideraría como extranjera una sociedad que en realidad es nacional. Sería insuficiente en el segundo caso porque, solamente la localización del centro de decisión en el territorio nacional (y no el control por los nacionales) podría hacer de la sociedad referida en ese ejemplo una sociedad nacional.

Además, la noción de centro de decisión puede ser de difícil determinación práctica, tanto o más de que la definición de sede social o control social. Imagínese el caso de los

la emergencia del fenómeno del control transnacional de sociedades sobre sociedades no ha dejado de generar nuevas dudas. Es que, si bajo la perspectiva formal, cada sociedad integrada en un grupo tiene la nacionalidad del país donde fue constituida, donde posee la respectiva sede social, o de las personas, individuales o colectivas, que la dominan (en los términos del criterio vigente en el país del foro), bajo el punto de vista sustancial la realidad es muy distinta.

Así, por un lado, la unidad económica plurisocietaria en que las sociedades filiales surgen como instrumentos de realización de una estrategia e intereses empresariales exteriores (sociedad madre), el grupo multinacional viene a restar cualquier sentido al eventual vínculo entre sus sociedades filiales y los respectivos Estados de acogida. Todo lo contrario, casos célebres como el de la sociedad Fruehauf en Francia demuestran la evidencia de que las filiales de grupos multinacionales pueden funcionar como verdaderas representantes de los propios poderes públicos del Estado de acogida de la sociedad madre⁵⁷⁶.

Por otro lado, los grupos multinacionales acentuaron la insuficiencia de los criterios clásicos de atribución de la nacionalidad, pensados para el caso de sociedades independientes y aisladas. El criterio de la incorporación, reflejando el principio de la autonomía de la voluntad en esta

grupos de sociedades con estructura compleja, que poseen filiales de filiales: A, sociedad norteamericana, controla una sociedad B, su filial en Londres y, esta, a su vez, controla una sociedad C, con sede en Francia. ¿Cuál es la nacionalidad de C? O, con otras palabras, ¿dónde se encuentra su centro de decisión, en EE.UU. o Inglaterra?

Finalmente, atiéndase a los casos de existencia de múltiples combinaciones de participación en el capital de las filiales (participaciones cruzadas, *joint ventures*, etc.), que transforman el criterio de difícil aplicabilidad. Sobre los distintos criterios de conexión, véase, de entre tantos: LÉVY, Laurent: *La Nationalité des Sociétés. Op. Cit.*, p. 181 y ss.; BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: *La transferencia internacional de sede social*. Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1997, p. 47-85.

⁵⁷⁶ En este célebre caso de la jurisprudencia francesa, la sociedad *Fruehauf France S.A.*, constituida y con sede en Francia, fue instruida por la respectiva sociedad madre, de origen norteamericano, a rescindir un contrato de suministro de componentes automotores firmado con una empresa alemana (empresa alemana que compraba los componentes y vendía los mismos a una empresa china). La determinación de rescisión del contrato de suministro ocurrió a fin de dar cumplimiento a la prohibición entonces impuesta por el gobierno norteamericano de la existencia de relaciones comerciales con China, país con el cual, en aquel momento, no tenía relaciones diplomáticas. Véase: CONTIN, Raphaël: *L'Arrêt Fruehauf et l'Évolution du Droit des Sociétés, Chr.D. (1968)*. 1968, p. 45; PEPE, Giorgio Schiano di: *Il Gruppo di Imprese, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n° 112*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 58 y ss.

materia, sirve solamente a los países exportadores de sociedades⁵⁷⁷, y posibilita a los grupos prevalerse del beneficio de la protección diplomática y de los derechos consagrados en tratados internacionales celebrados por el Estado acogedor de la sociedad madre relativamente a un sin fin de sociedades filiales que no poseen ningún vínculo económico o político efectivo con aquél Estado (el Estado acogedor de la sociedad madre)⁵⁷⁸.

Así, el principal argumento en contra de la adopción del criterio de la incorporación sería el que en este modelo normativo "... la autonomía de la voluntad puede ejercitarse de forma fraudulenta. La libertad de decidir el lugar de constitución de la sociedad puede ejercitarse para perjudicar los intereses de terceros (el Estado, los trabajadores, los acreedores, etc.) o incluso de los propios socios en las sociedades de capital dominadas por los administradores"⁵⁷⁹.

El criterio de la sede social, en cuya base encontramos el propósito de asegurar un mayor realismo al atributo de la nacionalidad (al exigir una vinculación territorial entre un ente social y un Estado), también no conduce a resultados satisfactorios en el caso de los grupos de sociedades. Constituyendo las sociedades filiales operadores empresariales dependientes de la estrategia económica central delineada por la sociedad madre, parece evidente que, en buena parte de los casos, la administración real o principal de estas sociedades se identifica más con el sitio de la sede de la sociedad madre

⁵⁷⁷ BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul: *Droit International Privé*, tome I. 6 ed., LGDJ, Paris, 1974, p. 258.

⁵⁷⁸ Tal criterio de conexión permite a los grupos multinacionales el recurso a las llamadas *charters of convenience*. Su utilización en el ámbito de una zona económica unificada permite a una sociedad madre constituida o con sede fuera de la misma región beneficiarse de las ventajas reservadas a las sociedades nacionales de ese espacio geográfico (v.g., si una sociedad norteamericana pretende beneficiarse del cuadro jurídico general fijado por la UE en materia de libertad de establecimiento y circulación, le basta con constituir una filial en uno de los Estados miembros que adopte tal criterio de conexión, como Holanda o Inglaterra. Véase: GOLDMAN, Berthold: *La Nationalité des Sociétés dans la CEE*, en: *Travaux du Comité Français de Droit International Privé (1966-69)*. Dalloz, Paris, 1970, p. 216 y ss. La adopción de tal criterio permite, aún, a la misma sociedad madre tener acceso a los regímenes tributarios más benéficos. Véase, cuanto a este punto, el apartado 3.2. del presente capítulo, arriba.

⁵⁷⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 2002, p. 55.

de que con el lugar de la sede de las propias sociedades filiales. Así, el realismo de tal elemento de conexión es nuevamente puesto en causa⁵⁸⁰.

El elemento de conexión del control, conforme al cual la atribución de la nacionalidad debe ser decidida por referencia a la propia nacionalidad de las personas naturales, o colectivas, que dominan el respectivo capital o gobierno social, acaba por revelarse también inadecuado al caso de los grupos de sociedades. Además de la relativa inseguridad jurídica que puede generar (la libertad de transmisión del capital de las sociedades anónimas, las frecuentes cesiones de control societario, y la variación de las fracciones de capital que permiten asegurar el dominio de una sociedad, comprometen la estabilidad del vínculo de nacionalidad), la verdad es que su rígida aplicabilidad en el terreno de los grupos conduciría a resultados excesivos, imponiendo su lógica estricta de regressus ad infinitum, con el desmantelamiento de la cadena de control intersocietario hasta los propios individuos singulares que detentan el capital de la sociedad del topo (lo que se revelaría extremadamente difícil, sino imposible, en el caso de ciertos grupos multinacionales con organigramas intersocietarios complejos, además de inadecuado en el caso de los grupos altamente descentralizados)⁵⁸¹.

En fin, los nuevos criterios conjugados para enfrentar los problemas de la determinación de la nacionalidad colocados por los grupos multinacionales⁵⁸² parecen carecer de la necesaria seguridad. Así, si la respectiva aplicación no presenta problemas en el caso de los grupos multinacionales de pequeña dimensión, lo mismo no ocurre en el caso de los grupos horizontales o bicéfalos (v.g., Unilever, Royal Dutch-Shell), de los grupos organizados según estructuras geográficas (v.g., grupos con holdings

⁵⁸⁰ Estamos aquí refiriéndonos al caso de la sede real y efectiva. Es evidente que el criterio de la sede estatutaria es pasible de inconvenientes propios de los criterios que, como el de la incorporación, divulgan el principio de la voluntad de las partes. Véase: LOUSSOUARN, Yves: *La Condition des Personnes Morales en Droit Internationale Privé*, en: 96 RCADI (1959), I. 1959, p. 475.

⁵⁸¹ BATIFFOL, Henri: Observations sur le Problème de la Nationalité des Sociétés, en: *Studio in Memoria di Angelo Saffra, I*. Cedam, Pádua, 1962, p. 73 y ss.; LOUSSOUARN, Yves y VERDÍN, Jean-Denis: *Droit du Commerce International*. Sirey, Paris, 1969, p. 266.

⁵⁸² Es el caso del criterio del centro de decisión, que asocia la nacionalidad de cada una de las sociedades filiales al Estado donde se localiza el núcleo dirigente del grupo, o sea, es el medio político, jurídico y económico en el cual son definidas las grandes líneas de la respectiva acción del grupo. Véase: GOLDMAN, Berthold: *La Nationalité des Sociétés dans la CEE*. Op. Cit., p. 242.

intermedias responsables por áreas geográficas)⁵⁸³, de sociedades filiales comunes (joint venture corporation)⁵⁸⁴, o de grandes grupos dotados de complejas redes de coligación intersocietaria, donde la identificación del verdadero centro de decisiones se torna tarea muy compleja o casi imposible⁵⁸⁵.

3) Otro importante plano de intercesión de los grupos de sociedades y del Derecho Internacional Privado surge en materia de conflictos de leyes. Correspondiendo, por definición, las relaciones entre la sociedad madre y las sociedades filiales a las situaciones internacionales, la cuestión de la determinación del derecho aplicable (choice of law) a tales relaciones es una verdadera cuestión previa y esencial para la formación y funcionamiento de los grupos multinacionales⁵⁸⁶.

Esta cuestión es particularmente importante para los Estados de acogida de las sociedades filiales (host-state), donde los problemas jurídicos pueden ser tan difíciles como relevantes. Así, la cuestión es, a saber, ¿cuál es el orden jurídico que debe disciplinar las relaciones entre las sociedades agrupadas, entre los respectivos socios y los acreedores sociales? ¿Estará la sociedad madre extranjera sujeta a los deberes fijados por la ley de la sociedad filial (v.g., deberes de comunicación de participación)? ¿Podrá la sociedad

⁵⁸³ HOMMELHOFF, Meter: Società Holding e Direzione del Gruppo, en: *I Gruppi di Società, Volume Secondo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, p.1408 y ss.

⁵⁸⁴ "Con la expresión *joint venture corporation* se ha querido frecuentemente indicar una sociedad por acciones constituida con accionistas locales de los países receptores de la inversión y teniendo por objeto la organización de la ejecución de un subyacente contrato de *joint venture*, en el cual se han precisado las modalidades de actuación de la inversión, los aportes de los accionistas, las actividades cuya ejecución le ha sido a él confiada *pro-quota*, las cláusulas para insertar en el estatuto de la sociedad, instrumento de actuación del contrato que permite a los *co-ventures* gozar del beneficio de la responsabilidad limitada". Véase: ASTOLFI, Andrea: *El contrato internacional de joint venture*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 35.

⁵⁸⁵ LEBEN, Charles; LAZARUS, Claude y LYON-CAEN, Antoine: *Entreprises Multinationales et Droit National*, en: GOLDMAN, B. y FRANCESKAKIS, P.: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. Librairies Techniques, Paris, 1977, p. 218 y ss.

⁵⁸⁶ El núcleo dirigente de los grupos de sociedades multinacionales, atento a la diversidad de las legislaciones jurídico-societarias nacionales, tiene tal diversidad como un factor estratégico en el momento de organización del propio grupo. Véase. KOZYRIS, Graham: *Corporate Wars and Choice of Law*, en: *57 DLJ (1985)*. 1985, p. 1 y ss. Característico de esa importancia constituye el famoso caso *Bhopal*, en el cual la petición de indemnización introducido por el gobierno indiano junto a los tribunales norteamericanos contra la sociedad Union Carbide Co. U.S., no vendría a ser apreciado, por el hecho del referido tribunal haber declarado incompetente con bases en el *forum non conveniens*. En relación al asunto *Bhopal*, véase nota de pie de pagina del apartado 2.2.1.3., Primera Parte, Capítulo 3.

madre extranjera recurrir a los eventuales instrumentos jurídicos de coligación intersocietario previstos en las legislaciones de las sociedades filiales (v.g., contratos de subordinación)? ¿Cómo es posible asegurarse el cumplimiento de la ley del país de acogida por la sociedad madre extranjera?

Estos problemas adquieren una especial importancia en el contexto de aquellos países que preveen una disciplina jurídico-sustantiva propia aplicable al fenómeno del control intersocietario y de los grupos de sociedades⁵⁸⁷.

De todas formas, semejantes problemas implicarán la determinación previa de la ley del estatuto personal de las sociedades filiales, cuestión que no puede ser confundida con la anteriormente analizada. Así, dada la habitual coincidencia entre los criterios reguladores del estatuto personal y los atributos de la nacionalidad de las sociedades (en los países del Common Law, el criterio de la incorporación; en los países de la Civil Law, el criterio de la sede social), la confusión entre los dos conceptos es recurrente. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico-dogmático, la verdad es que se tratan de cuestiones perfectamente distintas, no impidiendo en teoría que una sociedad sea regulada en cuanto a su estatuto personal por la ley de un Estado y posea la nacionalidad de otro Estado⁵⁸⁸.

“La identificación entre nacionalidad y estatuto personal de la sociedad quiebra, sobre todo, a partir de la primera guerra mundial, durante la cual pasaron a considerarse como extranjeras sociedades que, de acuerdo con los criterios de la constitución y sede eran nacionales: pero que, sin embargo, estaban controladas por extranjeros. El componente político del concepto de nacionalidad, aplicado a las sociedades, rompió la conexión de éste con la *lex societatis*...”⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Como ya enunciado, el caso de Alemania, Brasil y Portugal.

⁵⁸⁸ CORREIA, António Ferrer: *Lições de Direito Internacional Privado – Aditamentos, I e II*. Coimbra Editora, Coimbra, 1973, p. 107; SANTOS, António Marques dos: *Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público*. Op. Cit., p. 51 y ss.

⁵⁸⁹ ARENAS GARCÍA, Rafael: *Derecho de los Negocios*. Año 7, Número 70/71, La Ley, Madrid, 1996, p. 11-12.

3.5. Los grupos de sociedades y el Derecho industrial

En el ámbito de la propiedad industrial, los grupos de sociedades encuentran repercusión en el Derecho de marcas y en el Derecho de patentes⁵⁹⁰.

En el Derecho de marcas, tres cuestiones son las fundamentales para el análisis:

1) En primer lugar, la admisibilidad de la existencia de una marca de grupo (group trademark), problema que posee distintas incidencias. Por un lado, puede plantearse el interrogante de si la realidad económica de control intersocietario no deberá ser considerada en la conformación e interpretación jurídica del propio régimen legal de marcas. Así, es importante saber, si será posible o no la utilización simultánea de una misma marca por distintas sociedades pertenecientes a un mismo grupo de sociedades. Además, también es importante saber, si una sociedad filial podrá valerse de las prerrogativas de exclusividad del uso de una marca en el caso de que el usurpador sea otra sociedad filial del mismo grupo⁵⁹¹.

Por otro lado, una cuestión distinta es la de conocer si el propio grupo de sociedades podrá, mientras tanto, ser titular de una marca. El problema se plantea desde el momento en que, en términos generales, la adquisición de la titularidad de un derecho a la marca está vinculada al supuesto de existencia de la personalidad jurídica del solicitante. Solamente puede efectuar registro de una marca y ser titular del respectivo derecho un sujeto dotado de una esfera jurídica propia, o sea, una persona jurídica singular o colectiva. El grupo de sociedades, constituido solamente como una unidad económica pero no jurídica, carece de la necesaria subjetividad legal, por eso negándose al mismo el derecho de ser titular de la marca, por lo que apenas podrá ser requerida por las sociedades componentes individualmente^{592/593}.

⁵⁹⁰ Sobre las relaciones del derecho de propiedad industrial y los grupos de sociedades, véase: BURST, Jean-Jacques: *Le Groupe de Sociétés et les Droits de la Propriété Industrielle*, en: *Dix Ans du Droit de l'Entreprise*. Librairies Techniques, Paris, 1978, p. 253 y ss. Además, véase el Capítulo 2, Primera Parte, de nuestra tesis, Grupo de Sociedad e transferencia de tecnología.

⁵⁹¹ Véase: FRANCESCHELLI, Remo: *Utilizzazione di Marchi Identici da Parte di Imprese Collegate*, en: *Studi Riuniti di Diritto Industriale*. Giuffrè, Milano, 1972, p. 305 y ss.

⁵⁹² Véase: CHAVANNE, A. y BURST, J.J.: *Droit de la propriété industrielle*. 5ª ed., Librairies Sirey, Paris, 1998, p. 424 y ss.

2) En segundo lugar, la marca colectiva es sugerida como un posible expediente para evadir los referidos obstáculos en la existencia de una marca del grupo. Tal marca se encuentra limitada al caso de los organismos de coordinación económica y corporativa, generando una limitación para su utilización. Otra vía, especialmente importante para los grupos multinacionales, es la llamada marca comunitaria⁵⁹⁴.

3) En tercer lugar, un último problema será el de apurar la eventual aplicabilidad de la disciplina contenida en el art. 5, C, 3 del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial⁵⁹⁵, al caso de los grupos de sociedades. La cuestión es aún controvertida. Así, una corriente entiende que debe haber una interpretación literal del precepto legal. De esta forma, se considera que bajo el punto de vista de la respectiva historia legislativa, además de la propia letra del Convenio, la expresión copropietarios se debe entender abarcando, tan solamente, a los cotitulares del derecho de propiedad de la marca.

Contra esta corriente, se entiende que tal expresión engloba, también, el caso de las empresas pertenecientes a un mismo grupo, por ser ésta la interpretación más conforme con las finalidades materiales del precepto en causa. Tal solución no podría dejar de poseer relevancia práctica para los grupos con implantación multinacional, al impedir a los Estados signatarios del Convenio la posibilidad de que estos obstaculicen al registro o a la protección del uso simultáneo de una marca común por las distintas filiales de un grupo,

⁵⁹³ Una duda en este contexto que podría aún subsistir es la de la admisibilidad de la adquisición de una marca por las llamadas sociedades gestoras de participaciones sociales, las llamadas sociedades *holding* (utilizadas con frecuencia como vértice organizativo de los grupos de sociedades). El Derecho francés permite tal posibilidad.

⁵⁹⁴ Reglamento (CE) 40/94, de 20 de diciembre de 1993, reformado por el Reglamento (CE) 3288/94 del Consejo de 22 de diciembre de 1994. Para profundizar en la marca comunitaria, véase el apartado 4.2.2.2.b, b.4, Primera parte, Capítulo 2, arriba. Véase: ESPLUGUES MOTA, Carlos; PALAO MORENO, Guillermo; ESPINOSA CALABUIG, Rosario y FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique: *Legislación básica del Comercio Internacional*. 3ª Edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 165 y ss.

⁵⁹⁵ Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, de 20 de marzo de 1883, Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en la Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967. Véase: ESPLUGUES MOTA, Carlos; PALAO MORENO, Guillermo; ESPINOSA CALABUIG, Rosario y FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique: *Op. Cit.*, p. 121 y ss.

desde que tal uso no contrarie el interés público, no induciendo al público a error.

También en el Derecho de las patentes se puede constatar el impacto de la realidad de los grupos, especialmente relativo a las materias de transmisión y licencia de exploración de inventos⁵⁹⁶.

Su importancia deriva de la circunstancia de que, mientras mecanismo privilegiado de la transferencia de tecnología, la patente constituye un instrumento de expansión de los grupos multinacionales para los países en vías de desarrollo, siendo muy utilizado por los grupos, en virtud de no involucrar inversión extranjera directa⁵⁹⁷.

La utilización de la licencia de explotación como instrumento de control intersocietario en el contexto de los grupos de sociedades tiene influenciado los preceptos básicos del propio instrumento contractual, principalmente en materia del ámbito territorial de validez del mismo (normalmente limitado al país donde está localizada la licencia), del precio (v.g., royalties calculadas con bases en el volumen de negocios de la sociedad licenciada, por medio de los cuales se camuflan los flujos financieros y los lucros intra grupo), de su habitual vinculación a los acuerdos de asistencia técnica (que, con frecuencia, funcionan como un medio indirecto de la sociedad madre controlar la gestión y los resultados de la sociedad licenciada), y al término del contrato (son comunes las cláusulas que atribuyen a la sociedad propietaria un derecho de denuncia unilateral en el caso de la sociedad licenciada pasar a ser objeto de control por parte de otra empresa)⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ Véase el apartado 4.2.2.2.b, b.4, Capítulo 2, Primera Parte.

⁵⁹⁷ KOPELMANAS, L.: *Pratiques Suivies en Matière de Transfert Commercial des Connaissances Techniques des Entreprises des Pays Avancés aux Entreprises de Pays en Voie de Développement*. ONUDI, Document ID/WG, 1964.

⁵⁹⁸ LYON-CAEN, Antoine: *Les Manifestations Juridiques du Contrôle Multinacional*. Op. Cit., p. 80 y ss. El Tribunal de Justicia Europeo entendió que, con bases en los arts. 30 y 36 del Tratado de Roma, el titular de una patente válida y registrada en uno de los Estados miembros no podrá impedir la introducción de los productos protegidos en otro Estado miembro cuando esta introducción haya sido realizada con el consentimiento del titular. A efectos del grupo de sociedades, se entiende que la introducción de un producto patentado por una filial en otro Estado, presupone el consentimiento de la sociedad madre. Véase. Para una profundización en la patente, y los contratos de licencia de exploración de patentes, véase: apartado 4.2.2.2.b., b.4, Primera Parte, Capítulo 2.

3.6. Los grupos de sociedades y otras ramas de la ciencia jurídica

Forma organizativa privilegiada de la empresa moderna, el grupo de sociedades está condenado a atravesar los más diversos sectores del Derecho, particularmente aquellos que disciplinan la actividad económica de la empresa, entre ellas el Derecho bancario, el Derecho de las obligaciones y otros. Pretendemos aquí hacer una breve síntesis de la vinculación del grupo de sociedades con estas ramas del Derecho.

1) Así, en el Derecho bancario, es posible constatar la creciente atención dedicada a las cuestiones relativas al fenómeno de la coligación Intersocietaria y los grupos^{599/600}. Entre otros aspectos, es importante subrayar las materias relativas al licenciamiento de las instituciones de crédito, al funcionamiento de los bancos comerciales y de inversiones, donde el control intersocietario es tenido en cuenta para distintos efectos⁶⁰¹, v.g., incompatibilidades de los miembros de los órganos de administración⁶⁰², prohibición de concesión de créditos y garantías a empresas controladas⁶⁰³, deberes especiales de comunicación de participaciones sociales en instituciones de crédito, reglas de fiscalización y consolidación de las cuentas de los grupos bancarios⁶⁰⁴, etc.

⁵⁹⁹ HIRSCH, Alain: *La Surveillance Administrative d'un Groupe Multinational: l'Exemple des Banques Multinationales*. Op. Cit., p. 197 y ss.; LOUSSOUARN, Y.: La Responsabilité des Groupes Bancaires Internationaux pour leur Filiales, en: *35 Travaux H. Capitant*. 1986, p. 429 y ss.; D'ANTONIO, Alfonso: *La Crisi del Gruppo Creditizio*, en: *6 DBMF (1992)*. 1992, p. 3 y ss.; TAORMINA, Fernando: Gruppo Societario e Gruppo Creditizio. Vigilanza sul Gruppo Creditizio, en: *Notiz. Legisl. Med. Centr. (1990)*, IX. 1990, p. 39 y ss.

⁶⁰⁰ En Italia, por ejemplo, solamente un 16% de la actividad total del sistema bancario no es desarrollada en el seno del grupo. Véase. PADOA-SCHIOPPA, Tommaso: Il Gruppo Bancario nell'Ordenamento Creditizio, en: *I Gruppi di Società, Volume Primo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 508.

⁶⁰¹ BLANDINI, Antonio: Direzione Unitaria e Responsabilità nei Gruppi – Riflessioni a proposito del gruppo bancario, *Quaderni della Rivista di Diritto dell'Imprese*, n° 9. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 96 y ss.

⁶⁰² RESTUCCIA, Giuseppe: L'Ammnistrazione Straordinaria delle Società del Gruppo Bancario, en: *La Crisi del Gruppo Bancario (dirigido por BAVETTA, Giuseppe)*, Il Diritto della Banca e della Borsa – studi e dibattiti, n° 23. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1997, p.75 y ss.

⁶⁰³ OHL, Daniel: *Les Prêts et Avances entre Sociétés d'un Même Groupe*. op. Cit., p. 68; VIANDIER, Alain: *Les Opérations Financières au Sein des Groupes de Sociétés*, en: *SJ (1985)*. 1985, p. 177 y ss.

⁶⁰⁴ Séptima Directiva CEE, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas (83/349/CEE. Diario Oficial L 211 de 03/08/1983), que ha venido a exigir la presentación de cuentas consolidadas siempre que una institución de crédito detenga participación igual o

2) En el Derecho de las obligaciones, los grupos de sociedades generan complejos problemas en materia contractual. La combinación de la actividad externa unitaria del grupo empresarial con su estructura plurijurídica genera cuestiones tales como la identificación de la verdadera parte contractual, la dificultad de imputación de las conductas contractuales, dificultades de responsabilizar la sociedad madre por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de contratos celebrados por una de sus sociedades filiales, dificultades de adopción del instituto de la compensación intragrupo de créditos y deudas, etc. Además, los grupos tienen aún generado nuevos instrumentos contractuales (v.g., contrato de grupo paritario) e influenciado algunos de los contratos tradicionales (v.g., en materia de contratos laborales, contratos de licencia, etc.).

3) También en las ramas tradicionalmente aisladas de la problemática de la empresa, no deja el grupo de generar un impacto importante. Así, en el Derecho penal, el fenómeno de las coligaciones intersocietárias no dejó de merecer alguna atención⁶⁰⁵.

La dimensión transnacional de la actividad de los grupos motiva la creciente atención jurídico-penalista, en virtud de la multiplicación de las incidencias criminales de la respectiva actividad, por medio de delitos de corrupción, de evasión y fraude fiscal, de violación de las normas de Derecho ambiental⁶⁰⁶, generando el despuntar de un Derecho penal internacional,

superior a un 50% en otra institución equivalente. Para una profundización en la consolidación de las cuentas, véase, arriba, el apartado 3.2., del presente capítulo.

⁶⁰⁵ Véase: BOULOC, Bernard: *Droit Pénale et Groupes d'Entreprises*, en: 109 *RevS* (1988). 1988, p. 181 y ss.; LÉAUTE, J.: *La Reconnaissance de la Notion de Groupe en Droit Pénale des Affaires*, en: *JCP* (1973), I. 1973, p. 2251; LEIGH, N.: *The Criminal Liability of Corporations and Other Groups*, en: 9 *OLR* (1977). 1977, p. 247 y ss.; TIEDEMANN, Klaus y MARTY, Delmas: *La Criminalité, le Droit Pénale et les Multinationales*, en: *SJ* (1978), I. 1978, p. 2935.

⁶⁰⁶ Véase los casos Amoco-Cádiz (citado en el apartado 4.2.2.1. "a", Primera Parte, Capítulo 2) y Bhopal (citado en el apartado 2.2.1.3., Primera Parte, Capítulo 3). Además de estos, presente aún el caso Seveso.

El asunto SEVESO

A) Los hechos

En 10 de julio de 1976 se rompió la válvula de seguridad de un reactor utilizado para la producción de triclorofenol (TCF) de la sociedad ICMESA – Industrias Químicas de Meda SA, provocando la producción de una nube tóxica. La sociedad tenía su sede en Meda, pequeña ciudad situada a 20 Km. al norte de Milán, Italia. Tal sociedad pertenecía al grupo transnacional suizo GIVAUDAN-HOFFMAN La ROCHE.

El accidente provocó los siguientes daños:

* contaminación de 1807 hectáreas en los municipios de Seveso, Meda, Cesano Maderno y Desio (los cuales forman parte de un distrito de Lombardia);

designadamente por medio de la elaboración de los llamados códigos de conducta relativamente al funcionamiento y actividad de los grupos multinacionales (máxime en el ámbito de la OCDE y de la ONU)⁶⁰⁷.

4. Breves conclusiones

Después de analizada la cuestión del grupo de sociedades, como instrumento jurídico privilegiado de captación de la inversión internacional, no solamente en su ámbito económico, sino también en su ámbito jurídico, ha llegado el momento de analizar el control de dicho instrumento.

Como he referido anteriormente, el Derecho de la competencia será el mecanismo más efectivo, en nuestra coetaneidad, para realizar tal control. Se hace imprescindible hacer un análisis del Derecho de la competencia en EE.UU. y en la UE, para entonces, en la tercera parte de nuestra tesis, promocionar el estudio del Derecho de la competencia en MERCOSUR, con sugerencias de su adecuación a las necesidades urgentes de este nuevo bloque regional.

* la exposición de productos químicos a unas 37.000 personas – estas sufrieron desde quemaduras en la piel hasta cáncer. Ocurrió la legalización del aborto;

*4% de los animales locales de granja murieron y 80.000 fueron muertos para evitar la contaminación de la cadena alimentaria.

El 10 de septiembre de 1982, 41 bidones que contenían tierra contaminada cruzaron por carretera la frontera de Francia sin la manifestación de su origen ni de su contenido.

En 19 de mayo de 1983 volvieron a encontrar el material tóxico abandonado en el pueblo francés de Anguicourt-Le-Sart. Solamente en junio de 1985 tales sustancias fueron tratadas en Basilea, por cuenta de HOFFMAN La ROCHE.

B)La solución del caso

Las cuestiones relativas a la indemnización de daños se resolvieron a través de transacciones extrajudiciales y en consecuencia no hay ninguna decisión judicial acerca de las materias de jurisdicción competente, ley aplicable y levantamiento del velo social.

Las responsabilidades fueron asumidas por GIVAUDAN-HOFFMAN La ROCHE y sus subsidiarias (filiales).

⁶⁰⁷ HORN, Norbert: *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*. Vol. I, Kluwer, Deventer, 1980, p. 36 y ss.

SEGUNDA PARTE:

**EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO
MECANISMO DE CONTROL DE LA ACTUACIÓN
DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES: UN
ANÁLISIS EN LOS EE.UU. Y LA UE**

CAPÍTULO I – DEL CONTROL DE LA COMPETENCIA EN GENERAL: LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA Y DE LOS PRECIOS (LA REGULACIÓN PRIVADA DEL MERCADO)

1. Aproximación a la materia

1.1. Competencia ilícita y falta de competencia (competencia desleal)

La forma tradicional de protección de la competencia es representada por la represión de la competencia ilícita y de la competencia desleal.

a) En el primer caso, se trata de reglas destinadas a impedir o reprimir formas de competencia particularmente intolerables⁶⁰⁸. b) En el segundo caso, la competencia desleal, trata de prevenir los casos en que el comportamiento de los sujetos económicos ofende las reglas de la moralidad y lealtad de la competencia⁶⁰⁹. Abarca todo acto u omisión, no conforme a los principios de honestidad y de buena fe existentes en el comercio, susceptibles de generar perjuicio a la empresa de un concurrente, por la usurpación total o parcial de su clientela⁶¹⁰. Además, una regulación más orgánica de la competencia desleal no significa que ésta tenga, necesariamente, total autonomía jurídica, ya que podrá estar regulada conjuntamente con otras materias⁶¹¹.

Finalmente, la disciplina de la competencia desleal no se confunde con el moderno Derecho de la competencia⁶¹². Es un instituto paralelo que trata o que estudia no la protección en sí misma del sistema del mercado,

⁶⁰⁸ Ejemplo de esta situación sería el de la calificación del monopolio como crimen, la alteración fraudulenta de los precios, etc.

⁶⁰⁹ XAVIER, Vasco da Gama Lobo: *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 138, Lisboa, 1987.

⁶¹⁰ CORREIA, Ferrer: Propriedade industrial, registro do nome do estabelecimento, concorrência desleal, *Revista de Direito e Estudos Sociais*. Ano VI, 1-3, Lisboa, 1987, p. 139.

⁶¹¹ Véase el caso de Portugal, donde la competencia desleal está regulada en el Código de Propiedad Industrial, en los términos del art. 260 de este diploma legal, aprobado por el Decreto-Ley nº 16/95, de 24 de enero.

⁶¹² CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía López de y ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político*. Editorial Comares, Granada, 2001, p. 52-53.

sino la protección de los agentes económicos contra las actuaciones de sus concurrentes contrarias a los principios de deontología profesional⁶¹³.

1.2. Sistemas de defensa de la competencia

En sentido estricto, por legislación de defensa de la competencia se entiende el conjunto de leyes que trata la protección del mercado contra las restricciones a la competencia, imputables no sólo a comportamientos aislados de los sujetos económicos, sino también a los comportamientos coligados de los grupos de empresas, independientemente de su forma jurídica, además de las restricciones imputables al ejercicio abusivo de posiciones de dominio por parte de una empresa o empresas preponderantes en el mercado (así como el respectivo control de las operaciones de concentración).

En un intento de agrupar las distintas experiencias de defensa de la competencia en sistemas típicos, se distinguen, en cuanto al tipo de prohibición de prácticas restrictivas de la competencia, dos modelos de sistemas: aquéllos que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia por producir un daño potencial en la economía de mercado, y aquellos que reprimen tan sólo las prácticas que se traducen en un daño efectivo al mercado⁶¹⁴.

1) Sistema de daño potencial: busca privilegiar una noción estructural de competencia y busca evaluar la competencia como un bien en sí misma (teoría de la competencia-condición). Por este motivo es que se establece una prohibición genérica y a priori de todos los acuerdos y prácticas susceptibles que afectan a la estructura de la competencia libre en el mercado, combatiéndose así la concentración por medio de la prohibición de las prácticas que a ella puedan conducir⁶¹⁵. Este sistema se abstrae de los resultados efectivos de las restricciones a la competencia, para centrar su atención en el peligro que tales restricciones representan.

2) Sistema de daño efectivo: tiende a privilegiar los comportamientos efectivos de los agentes económicos. La competencia es un

⁶¹³ CORDEIRO, R.: As coligações de empresas e os direitos português e comunitário da concorrência, *Revista de Direito e Estudos Sociais*. Ano XXIX, nº 1, Lisboa, 1997, p. 87; ASCENSÃO, Oliveira. *Concorrência Desleal*. AAFDL, Lisboa, 1994.

⁶¹⁴ XAVIER, Vasco da Gama Lobo: *Op. Cit.*, p. 74.

⁶¹⁵ MARTINS, T.: *Capitalismo e Concorrência*. Coimbra, Centelha, 1973, p. 35 y ss.

bien entre tantos otros y no un bien en sí mismo (teoría de la competencia-medio). Así que, como tal, la competencia puede, en ciertas circunstancias, ser aislada en nombre de la protección de otros bienes o de la realización de otros fines socialmente relevantes. Este sistema no pretende, en abstracto, combatir los acuerdos, oligopolios, monopolios u otros factores de dominio del mercado a través de los cuales se manifiesta la concentración empresarial. Busca, solamente, reprimirlos cuando, por la existencia de particulares condicionalismos, se revelen perjudiciales al interés general, declarando ilícitos los acuerdos o prácticas que produzcan efectos negativos en la competencia, no justificados por otras razones.

El sistema de daño potencial tiende aún, en lo que respecta al control y técnica de la prohibición, a adoptar un control previo de las prácticas restrictivas de la competencia, por un órgano administrativo o jurisdiccional, que podrá declarar nula determinada práctica de concentración. Por otro lado, el sistema de daño efectivo tiene su base en un control a posteriori de tales prácticas, ya que, en rigor, solamente entonces podríamos verificar los efectos de la concentración en el mercado.

Un ejemplo clásico del sistema del daño potencial es el de la legislación norteamericana. En julio de 1890, fue publicada la Sherman Act., la primera ley anti-trust común a todos los Estados de la Federación que, aun hoy, permanece en vigor. Algunos años después de su promulgación, fue complementada por el Federal Trade Commission Act (1914), por el Clayton Act (1914), y por la ley Webb-Pomerene (1918). La rigidez que caracteriza tal legislación, en particular la Sherman Act., fue, en la práctica, atenuada por la jurisprudencia, en los casos sometidos a la apreciación de los tribunales norteamericanos, fundamentalmente con la introducción de la regla de la razón (rule of reason)⁶¹⁶. De esta forma, ciertos acuerdos son considerados nocivos por naturaleza a la libre competencia y, por lo tanto, objeto de una interdicción a priori, mientras en relación a otros acuerdos los tribunales podrán, después

⁶¹⁶ Hasta 1904, la Ley Sherman fue poco utilizada, siendo el control antitrust llevado a cabo sin ningún rigor técnico. Sintomática fue, todavía, su invocación como forma de justificar las persecuciones contra los sindicatos de trabajadores. Véase: PARENT, J.: *La concentration industrielle*. PUF, Paris, 1973, p. 204.

de ser apreciados, considerar como razonables en la medida que puedan contribuir al incremento de la competencia futura⁶¹⁷.

En el sistema de prohibición del daño potencial con control a posteriori tenemos, por ejemplo, el sistema creado en Francia. Este sistema distingue entre las buenas y las malas coligaciones y generaliza la práctica del balance económico, comportando un examen casuístico de las situaciones de hecho. No es un sistema que pretenda una condena automática de las prácticas de no competencia, sino un sistema que instituye un juicio de oportunidad relativo a comportamientos ya ocurridos. El sistema comunitario tiene características híbridas, lo mismo sucede con el sistema brasileño, como veremos más adelante.

2. Evolución histórica de la competencia

2.1. Perspectiva histórica

En las modernas sociedades capitalistas, en que el sistema económico se fundamenta en una idea de libertad de iniciativa económica y de mercado⁶¹⁸, con la derivada libertad de emprender actividades económicas⁶¹⁹, la preocupación por la tutela de la competencia tiene un papel importante y decisivo. Valores como los de la libertad económica y de la autonomía privada, traducidos en las leyes como autorregulación de los intereses de los hombres⁶²⁰, se entrechocan con valores de protección de la competencia. Aunque sean compatibles tales conceptos con una concepción ideal de mercados en competencia perfecta⁶²¹, se entrechocan con la idea de

⁶¹⁷ ALVES, J. Caseiro: *Lições de Direito Comunitário da Concorrência*. FDUC, Coimbra, 1989, p. 9. El derecho de la competencia en EE.UU. será desarrollado en apartado propio, más adelante.

⁶¹⁸ DOERN, G. Bruce y WILKS, Stephen: *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*. Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 1.

⁶¹⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Principios de derecho público económico*. Segunda edición, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 221.

⁶²⁰ CARVALHO, Orlando de: *Teoria Geral do Direito Civil*. Centelha, Coimbra, 1981, p. 16.

⁶²¹ Conforme al pensamiento económico clásico, sólo hay *competencia perfecta*, cuando un mercado cumple cinco condiciones: a) atomicidad; b) transparencia; c) homogeneidad de los productos; d) movilidad de los factores de producción; e) ausencia de barreras para la entrada. Véase, en ese sentido: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: El Derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática, en: *Derecho Europeo de la Competencia* (CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar – Coordinadores). Editorial Colex, Madrid, 2000, p. 148-155.

competencia en la vida económica nacional e internacional, buscando cada cual la eliminación del otro como valor decisivo.

Hoy en día a la hora de solucionar este conflicto de conceptos no siempre se puede pasar por un mero análisis de cual sea la mejor alternativa a aplicar. Por un lado, la sobrevaloración de la autonomía de la voluntad privada (libertad contractual) puede conducir a la cartelización y eliminación de la rivalidad comercial, o a la destrucción del competidor económico. Por otro lado, la protección del valor de la competencia como bien supremo, puede conducir a la eliminación del valor opuesto (la libertad de contratar), lo que traería un cuestionamiento profundo de otro bien esencial de las sociedades modernas: la autonomía privada.

Así que, desde el triunfo del moderno modelo de sociedad, aún marcado por la dimensión social del Estado, existió casi siempre una preocupación por sintonizar estos dos principios. A través del establecimiento, del principio de la autonomía privada (conformando de esta forma la libertad contractual), de un conjunto de políticas y acciones estatales dirigidas a la prevención de ciertos tipos de restricciones a la competencia por parte de las empresas y la promoción de la competencia entre ellas, esto es, la constante búsqueda de la promoción de una política de competencia⁶²².

No siempre esta dialéctica estuvo tan clara como hoy. Es curioso observar que el florecimiento del Derecho mercantil en las ciudades europeas coincidió con la falta de libertad profesional⁶²³. Hasta el siglo XVII, el comercio no era libre, pero sí corporativo, y eran las instituciones corporativas, municipales o provinciales las que regulaban el acceso y el ejercicio de la actividad comercial. En realidad, todo el mercado estaba cartelizado y, en algunos aspectos estaba monopolizado.

Por un lado, el valor de la competencia no era protegido en sí mismo, ya que la competencia no era libre. Solamente accedían a la profesión aquéllos que recibiesen la autorización de las instituciones; autorización concedida solamente si la actuación del nuevo profesional no perturbase el

⁶²² DOERN, G. Bruce: *Comparative competition policy: Boundaries and Levels of Political Analysis*, en: *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*. Claredon Press, Oxford, 1996, p. 7.

⁶²³ GARRIGUES, Joaquín: *Temas de derecho vivo*. Tecnos, Madrid, 1978, p. 143.

funcionamiento del mercado. Por otro lado, como también resulta de la limitación del acceso al comercio, el valor de la autonomía de la voluntad no tenía aun una dignidad especial, en el sentido moderno del término.

En cuanto a su vinculación con el comercio, había una idea de privilegio. Por pertenecer a la corporación, por ser autorizado por el príncipe, por desarrollar una actividad a que el sujeto normal no podría acceder⁶²⁴.

Con el término del Ancien Regime, empieza la mutación fundamental, a través de la Ley francesa del 2 de marzo de 1791, que declaró la libertad de todas las personas para el ejercicio del comercio, realizando cualquier negocio y ejercitando cualquier profesión, arte u oficio. Quedaba un importante paso a ser dado: la abolición de las corporaciones, la cual llegó en el mismo año, con la famosa ley de Le Chapelier, de 17 de junio⁶²⁵.

El valor de la libertad tiene su base en la objetivación de la propia materia mercantil y en la elevación de la libertad contractual a la categoría de dogma⁶²⁶. La libertad comercial tiene como corolario la libertad de competencia⁶²⁷.

Sin embargo, esta libertad contenía en sí misma el germen de su propia destrucción. La mayor libertad, al contrario de lo que se podría creer, no conducía, necesariamente, al incremento del valor de la competencia. Los

⁶²⁴ AZEVEDO, João Lúcio de: *Elementos para a História Económica de Portugal*. Gabinete de Investigações Económicas, Lisboa, 1967, p. 94 y ss.

⁶²⁵ Decreto *Allarde*, del 2-7 de marzo de 1791 (reafirmado en Francia a través de la ley Royer, de 27/12/1973) – JUGLART, Michel y IPPOLITO, Benjamín: *Cours de droit commercial, I Vol.* Montchrestien, Paris, 1992, p. 416-417. Este movimiento, iniciado de forma irremediable por el ideario de la Revolución Francesa, tuvo efectos en toda Europa. No siempre pacíficamente. En España, la libertad de ejercicio del comercio fue decretada en 8 de julio de 1813, avenido un movimiento regresivo posterior en 1815, hasta la ley de 6 de diciembre de 1836 que, preservando los gremios, determinó obligaciones que pretendían, en teoría, garantizar por lo menos un valor no discriminatorio en el acceso a la industria. Véase, para el caso español: GARRIGUES, Joaquín: *Op. Cit.*, p. 145.

⁶²⁶ Respecto a la objetivación del derecho mercantil mucho ha sido escrito. Subráyese, por todos, aunque afirmando que esta objetivación no fue producto ideológico sino un efecto de la propia evolución capitalista: CARVALHO, Orlando de. *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*. *Op. Cit.*, p. 110 (nota 56), y p. 120 (nota 64). En sentido crítico de la pretensión liberadora que los diplomas *Allarde* e *Le Chapelier* representarían: SERENS, Manuel Couceiro Nogueira: *A tutela das marcas e a (liberdade) de concorrência*. Almedina, Coimbra, 1990, p. 22-24.

⁶²⁷ JUGLART, Michel y IPPOLITO, Benjamín: *Cours de droit commercial, I Vol. Op. cit.*, p. 417 y ss., refieren que el *Conseil d'État*, en 06 de marzo de 1914 (caso *Syndicat de la Boucherie*), invocó por primera vez la ley de 1791 para declarar que su contenido implicaría, no solamente la libertad de ejercer una actividad comercial, sino también la de ejercer tal actividad en un sistema de libre competencia.

agentes económicos, empresas⁶²⁸ y comerciantes, en las condiciones de los mercados, no actuaban autónoma e independientemente. Estos agentes entendían que alcanzarían resultados mejores si se asociaban, buscando así la eliminación o, por lo menos, la limitación de la competencia, para mantener la misma como inofensiva.

Por lo tanto, mayor libertad no significó mayor competencia, sino, muchas veces, todo lo contrario. Son las paradojas de la libertad⁶²⁹, que llevaron a los juristas a tomar conciencia de la necesidad de impedir que la libertad contractual y de comercio pudiera conducir a la exclusión de la propia libertad, así como generar la cartelización del mercado⁶³⁰.

El problema de la competencia se ha ido transformando en una preocupación fundamental de los juristas de los países más industrializados, donde la libertad de competencia no siempre significa una pelea leal entre agentes económicos libres⁶³¹. Como he dicho, la libre competencia, consubstanciada en la libertad contractual y la libertad de iniciativa económica, ha conducido a la no competencia. La libertad contractual generó la no libertad y la vinculación contractual de los agentes económicos, prevaleciendo ésta sobre la libertad competencial.

De todo lo expuesto, nació la necesidad de intervención del Estado en el mercado libre, con la finalidad de asegurar una competencia razonable, o posible. Tal movimiento ocurrió no solamente en los países europeos, sino también en EE.UU., donde la ausencia de antecedentes históricos permitió el desarrollo de fuertes complejos comerciales privados, dominadores del mercado libre. Fue en contra de estas concentraciones monopolísticas por lo que surgieron las normas de defensa de la competencia,

⁶²⁸ En este punto no pretendemos profundizar en las discusiones del concepto jurídico de empresa, ya que estaríamos aislándonos, por demasía, del objeto de nuestra tesis. Para una profundización en la temática, véase: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de: *L'européanisation du concept d'entreprise*. RIDE, nº 1, 1995, p. 12-13.

⁶²⁹ GARRIGUES, Joaquín: *Op. cit. y loc. cit.*

⁶³⁰ CARVALHO, Orlando de. *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*. *Op. Cit.*, p. 45.

⁶³¹ Las normas de competencia no buscan atacar solamente las distorsiones del mercado, sino también constituyen una respuesta para lo que, a su tiempo, se considera una práctica de negociación justa y leal. Véase: ADAMS, John y JONES, K. V. Prichard: *Franchising – practice and precedents in business format franchising*. Butterworths, London, 1987, p. 36.

también denominadas normas anti-trust⁶³². Si había que proteger a los concurrentes de su propia actuación, entonces la lucha tendría que ser realizada, ante todo, contra los trustes, los acuerdos secretos entre empresas que operaban en el mercado⁶³³.

La primera legislación que surgió en este sendero fue la ley canadiense de 1889⁶³⁴. Aunque fue la ley federal norteamericana la que alcanzó una importancia especial en la materia (ley federal del 2 de julio de 1890 - Sherman Act), que constituye la verdadera fuente inspiradora de los ordenamientos jurídicos que asumieron la preocupación por la defensa de la libre competencia.

La Sherman Act no conoció gran aplicabilidad en sus primeros años, conquistando progresivamente adeptos; sobre todo con el surgimiento de la Escuela de Chicago⁶³⁵. En los primeros trece años de su vigencia, solamente fueron abiertos nueve procedimientos antitrust teniendo por bases tal regulación legal, muchos de los cuales conduciendo a soluciones sorprendentes. Así que, v.g., tenemos el caso del desacatamiento de una demanda de monopolio de una empresa (la American Sugar Refining Company), que detentaba un 98% del mercado de producción de azúcar, por

⁶³² SERENS, Manuel Couceiro Nogueira: *A vulgarização da marca na directiva 89/104/CEE, de 21 de Dezembro de 1988 (Id Est, No Nosso Direito Futuro), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1995, p. 109.

⁶³³ Inspirado en el Derecho inglés, el primer gran truste conocido fue el de la *Standard Oil*, en 1882. La expresión trust pasó a designar una forma jurídica de unión de empresas en la cual las empresas involucradas entregan sus acciones en depósito a un operador (*Board of Trustees*), que las gerencia como si un único grupo económico fuera, con vínculos financieros y una dirección unitaria. Los depositantes recibirán, a cambio, certificados de su participación, además de una contraprestación por el depósito realizado. Véase: LEWINSOHN, Richard: *Trusts and cartels dans l'économie mondiale*. Librairie de Médecis, éditions Génin, Paris, 1950, p. 12.

⁶³⁴ *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, revisado por un *enactment* de 19 de junho de 1986. Aunque haya precedido cronológicamente la legislación norteamericana, solamente después de la Segunda Guerra Mundial el gobierno federal ha podido asumir el control de los trustes como competencia propia. Solamente en este momento se ubicó la política de competencia en la *trade and commerce clause* y, por lo tanto, sometida al poder regulador del gobierno federal. Hasta ahí, toda la materia relativa al *civil law* era de competencia de las provincias, solamente siendo competencia federal la materia criminal. Véase: WAVERMAN, Leonard: *Canadian competition law: 100 years of experimentation*, en: *Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions, Fundamentals of pure and applied economics*. (editors: J. Lesourne and H. Sonnenschein), 1998, p. 73 y ss.

⁶³⁵ McCHESNEY, Fred S.: *In Search of the Public-Interest Model of Antitrust*, en: *The causes and consequences of antitrust – the public choice perspective*. The University of Chicago Press, 1995, p. 27-28.

ejercer no una actividad mercantil pero sí industrial; o la permisividad de la transformación de grandes compañías a la forma holding, burlando la aplicabilidad de la Sherman Act⁶³⁶.

A partir de 1903 la situación cambió. En este año, el Congreso norteamericano creó el Bureau of Corporations, con la misión de investigar la actuación de las principales empresas que operaban en el espacio internacional e interprovincial. Atribuyó un presupuesto de medio millón de dólares para la puesta en práctica de la Sherman Act y modificó el Interstate Commerce Act. Los informes presentados por el Bureau respecto a la American Tobacco Company y la Standard Oil Company son considerados la principal base para los procedimientos impetrados contra estas empresas^{637/638}.

Después de la Sherman Act, el marco jurídico de defensa de la competencia norteamericano se vio reforzado por una serie de normas, que reglamentan aspectos esenciales para una política de competencia. Pensemos, de entre otros, en el Clayton Act⁶³⁹ y en el Federal Trade Commission Act (FTC

⁶³⁶ Véase: GARRIGUES, Joaquín: *Op. cit.*, p. 147-149.

⁶³⁷ Véase: KAPLAN, A.D.M.: *A grande empresa no sistema competitivo*. Fundo de Cultura, São Paulo, 1966, p. 22-24; THORELLI, Hans B.: *The Federal Antitrust Policy (Origination of an American Tradition)*. The John Hopkins Press, Baltimore, 1955, p. 551-554.

⁶³⁸ Las circunstancias que llevaron a la forma de constitución de la norma federal norteamericana son distintas. Entre ellas, es importante subrayar la inadaptación del *common law* al importante fenómeno emergente: la *corporation*. El crecimiento del poder de la industria, potenciado por las posibilidades ofrecidas por algunas de las legislaciones provinciales (como la de New Jersey – 1889), provocó la reacción de los agricultores, que se reunieron en el *Granger Movement*, quejándose del cartel hecho entre la industria y los caminos de hierro, en su perjuicio. La revuelta de este grupo disminuyó después de la aprobación del *Interstate Commerce Act*, de 1887. Véase, en ese sentido: FRAZER, Tim: *Monopoly, competition and the law*. Harvester Wheatsheaf, 1992, p. 173-174. No obstante, no ocurrió lo mismo con la opinión pública, por lo menos relativamente al truste. Así que, en 1888, tanto los republicanos como los demócratas pugnaban por la introducción de normas anti-trust, como medio de limitar el poder de los grandes grupos industriales naciescentes. Véase, en ese sentido: THIEFFRY, Patrick: *L'appréhension des systèmes de distribution en droit américain et en droit européen de la concurrence*, RTDE, n° 4. 1985, p. 663; CHANDLER Jr., Alfred D.: *The visible hand – the managerial revolution in American business*. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 137 y ss. Sin embargo, no es pacífica la idea de que hayan sido consideraciones de limitación del poder económico y de defensa de valores de libertad económica pero sí la protección del pequeño comercio o el populismo y descontentamiento agrario las circunstancias que estarían en la base de la constitución del sistema de defensa de la competencia de la *Sherman Act*. Véase, en ese sentido: BORK, Robert H.: Legislative intent and policy of the Sherman Act, *The Journal of Law and Economics*, 9, 7, 1966 (in *The Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*, vol. II, 1970/1971, Federal Legal Publications), p. 10 y ss.

⁶³⁹ Aunque el *Clayton Act* considere prohibidas ciertas prácticas restrictivas de la competencia, tales como la distribución exclusiva, los precios discriminatorios, o la adquisición de empresas concurrentes, la aludida prohibición solamente tendrá aplicabilidad si los efectos de tales

Act), de 1914; en el Webb-Pomerene Act, de 1918 (y el Export Trading Company Act, de 1982); en el Robinson Patman Act, de 1936; o en el Celler-Kefauver Anti-Merger Act, de 1950.

En la realidad norteamericana no solamente todas las provincias poseen legislación antitrust (a la excepción del Estado de Vermont), sino que también los respectivos Fiscales Generales están autorizados a interponer demandas por violación de las normas anti-trust federales, *parens patriae* o en nombre de sus ciudadanos consumidores⁶⁴⁰.

Sin embargo, en el Continente europeo, bajo la influencia de la Revolución Francesa, la situación era muy distinta. Aquí, subsistía la idea de libertad total, causada por el levantamiento de los obstáculos al ejercicio de la actividad económica y por la dogmatización de la libertad contractual, generando el desinterés por la competencia, por la protección de la competencia en sí misma. Había libertad para todo. Para la libertad y hasta para la negación de la libertad, por medio del regreso del monopolio (ahora privado).

En estos tiempos, a la autonomía privada todo estaba permitido. Así que, los distintos códigos que surgieron tenían acentuada esa dimensión de libertad⁶⁴¹. Es significativo que ningún Código europeo, en esos momentos, haya recibido en su cuerpo normas que tutelasen la competencia como un valor en sí, limitando las prácticas negociales restrictivas y los abusos resultantes de las acciones de las empresas⁶⁴².

prácticas fueren sustanciales para la competencia entre los agentes en el mercado o generar una situación de monopolio. Véase, en ese sentido: UTTON, M. A.: *Market dominance and antitrust policy*. Aldershot, Elgar, 1995, p. 46.

⁶⁴⁰ Véase: HAWK, Barry E. y VELTROP, James D.: *Le développemants du droit antitrust aux États-Unis: analyse raffinée; application agressive et internationale*, RIDE. 1994, p. 324; BURNS, Jean Wegman: *Vertical restraints, efficiency, and the real world*. FLR, vol. LXII, December, 1993, n° 3, p. 637.

⁶⁴¹ Los distintos códigos civiles consagraban expresamente la libertad contractual. Así, v.g., el artículo 672 del Código Civil portugués de 1867; o el artículo 1322 del *Codice Civile italiano*, de 1942. Curiosamente, en el Derecho francés el código penal de 1810 sancionaba criminalmente las restricciones de la competencia pero, tan solamente, se aplicaba a los acuerdos horizontales, esto es, a los acuerdos concluidos entre los principales operadores en un mismo mercado (en competencia), o sea, no se aplicaba a los operadores que estarían en niveles distintos del proceso económico.

⁶⁴² Había, es cierto, medios generales de tutela, como la institución del abuso de derecho, pero se trataba de medios sin vocación para la correcta resolución de los problemas e intereses específicos ubicados por la competencia, además de ser de aplicación práctica muy difícil.

La no existencia de legislación específica no impidió la tutela de la competencia. Así sucedió en Italia, donde, aunque la ley específica de competencia solamente apareció como tal en 1990 (ley 287), ya desde el 15 de marzo de 1907 el Tribunal de San Remo juzgaba ilícito un cartel vertical que fijaba precios mínimos en la venta de carne⁶⁴³.

Sin embargo, la cartelización proseguía, habiendo alcanzado en Alemania grandes dimensiones, lo que provocó el surgimiento de la reglamentación en contra de los abusos de las posiciones del poder económico⁶⁴⁴.

Al terminar la Segunda Guerra Mundial, Europa empieza a comprender la necesidad (que también presidió la creación de las Comunidades Europeas) de impedir las prácticas colusorias que pusiesen en causa la competencia y facilitasen, sobremanera, la concentración empresarial⁶⁴⁵.

Tales propósitos no asumen, todavía, la misma intencionalidad ni corresponden a una visión unívoca de la materia. No se produjo sino más una simple recepción del modelo norteamericano esencialmente expreso en la Sherman Act., como veremos en el siguiente apartado. Mientras el sistema federal norteamericano se preocupa idealmente por la defensa de la

⁶⁴³ PARDOLESI, Roberto: *Gli aspetti giuridici di una politica di concorrenza*, Quad. N° 3, 1988, p. 559.

⁶⁴⁴ El 02 de noviembre de 1923, fenómeno que se extendería a los países que vendrían a constituir el Eje. La Ley alemana se limitaba a imponer la forma escrita a los acuerdos entre empresas y a permitir al Ministerio de Economía pedir la anulación de los acuerdos perjudiciales para la economía y el bienestar general. Este diploma vendría a ser sustituido en 1945 y 1947, por las potencias vencedoras de la guerra, para descentralizar sectores de la industria alemana (CARVALHO, Orlando de: *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*. *Op. Cit.*, p. 212), así como por la ley de 27 de junio de 1957, que afectó decisivamente el sentido de las normas de competencia del Tratado de Roma. Véase: SCHERER, F. M.: *Competition Policies for an Integrated World Economy*. The Brookings Institution, Washington, 1994, p. 29-30; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de: *Op. cit.*, p. 13-14.

⁶⁴⁵ En los términos de la declaración SHUMAN, de 09 de mayo de 1950, el objetivo inmediato que presidió la propuesta de unificación de los Estados europeos fue el de poner ciertas industrias de base bajo el control de una autoridad común, pretendiendo tornar la guerra entre Francia y Alemania, no solamente impensable, sino también materialmente imposible. Además, tal iniciativa impedía la creación de un cartel internacional tendente a la repartición y la explotación de los mercados internacionales mediante prácticas restrictivas y a la manutención de intereses elevados. Esta importante declaración desencadenó, de hecho, el proceso que culminó, en el año siguiente, con la firma del Tratado de París, de 18 de abril de 1951, que instituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), la primera de las tres Comunidades Europeas. Además, esta convención internacional contenía un régimen jurídico para la competencia, aunque apenas válido para los sectores atribuidos a la competencia de la CECA. Volveremos a la temática aquí abordada en apartado propio, más adelante.

competencia, hoy por hoy aún expresado en el axioma de una eficiencia económica⁶⁴⁶ generadora del bienestar de los consumidores (consumer welfare)⁶⁴⁷, en el espacio jurídico europeo la preocupación por la competencia no es absoluta, siendo postergada por específicas exigencias de las PYMEs o por los propios agentes de la competencia (ni siempre estando los mismos en una posición de igualdad real con sus co-contratantes). Así que, las reglas jurídicas establecidas en Europa que, no siempre son uniformes o armonizadas, parten de perspectivas intencionalmente menos rígidas, regulando la competencia con vistas a la garantía simultánea de niveles mínimos de competición y de satisfacción de los intereses generales de la colectividad⁶⁴⁸.

En los siguientes apartados, se proseguirá con el análisis del Derecho de la competencia en la UE, en EE.UU., y en el MERCOSUR y, finalmente, en los países miembros de pleno derecho de este bloque regional y

⁶⁴⁶ Sobre todo bajo la influencia de la Escuela de Chicago. Para un análisis crítico, véase: WILS, Geert: *Rule of Reason: une règle raisonnable en droit communautaire?*, CDE. 1990, p. 28.

⁶⁴⁷ Véase: BORK, Robert H.: *Legislative intent and the policy of the Sherman Act*. *Op. cit.*, p. 7; BORK, Robert H.: The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division, *The Yale Law Journal*. Vol. 74, 1965, nº 5, p. 782-783; POSNER, Richard A.: *Antitrust Law (an economic perspective)*. The University of Chicago Press, 1976, p. 3.

⁶⁴⁸ Es la esencial doctrina del *public interest*, según la cual los sistemas jurídicos de protección de la competencia tienen en vista la promoción y la sustentación de la competencia, de acuerdo con una idea de interés público.

Esta doctrina fue últimamente puesta en causa por una corriente radical (la teoría económica de la política), cuyas propuestas machacan el sentido y pertinencia de la manutención de las legislaciones de defensa de la competencia, entendiendo que en el modelo tradicional del interés público, la aplicación del derecho de la competencia es modulada por intereses privados y no por el propio interés público, por medio de las motivaciones individuales de ciertos agentes económicos o de los propios órganos de aplicación de las normas de competencia. De ahí deriva que, según esta corriente doctrinal, muchas veces las leyes de competencia actúan contra el interés de los consumidores, interfiriendo en la afectación eficiente de los recursos que el mercado realiza. Véase, de entre otros: SHUGHART II, William F. y TOLLISON, Robert D.: The positive economics of antitrust policy: a survey article, *International Review of Law and Economics*. Nº 5, 1985, p. 39-57. Existente, aún, el entendimiento de que el principal elemento que determina la actuación de las autoridades de competencia es, no la pérdida del bienestar, sino la dimensión de la industria, medida por su volumen de ventas. Al respecto de esta corriente, véase: PORTO, Manuel Carlos Lopes: *Lições de teoria da integração e políticas comunitárias, I vol. - O comércio e as restrições do comércio*. Almedina, Coimbra, 1991, p. 159 y ss.

De todas las formas, entendemos posible el reconocimiento de la *plurifuncionalización* de las normas de competencia a la realización de otros objetivos, tales como la protección de las pequeñas y medianas empresas, de las empresas nacionales o de la competitividad. A todo esto se acrece la naturaleza esencialmente nacional de las políticas comercial e industrial, y la consecuente tentación de utilización de las normas de competencia (que siendo más integradas, no son todavía mundializadas, ni en general, regionalmente armonizadas). Véase: BUIGUES, Pierre; JACQUEMIN, Alexis; y SAPIR, André: Introduction: complementaries and conflicts in EC microeconomic policies, en: *European Policies on Competition, Trade and Industry – conflicts and complementaries*. Edward Elgar, Aldershot, UK, 1995, p. XII.

en los países asociados. Además, el punto fundamental de nuestra tesis es el de la tentativa de control de los grupos de sociedades por el Derecho de la competencia, haciendo un análisis comparativo entre los sistemas de EE.UU., UE. y MERCOSUR, con la finalidad de construcción de un régimen de control de los grupos de sociedades en este último bloque regional que sea más efectivo. Lo que importa subrayar aquí es que, aunque el MERCOSUR tenga un sistema propio del control de las concentraciones empresariales, el mismo no es efectivo, sea por deficiencias del sistema en sí, sea por la actuación de los Estados Partes, por medio de sus políticas de defensa de la competencia y desarrollo económico nacional. En una propuesta de solución de estos efectos, que son trabas del control de la actuación de estos operadores internacionales (grupos de sociedades multinacionales) haremos referencia de los acuerdos entre EE.UU. y UE para el reconocimiento mutuo del Derecho de la competencia⁶⁴⁹ y la regulación de la competencia en el Acuerdo marco interregional de cooperación entre la UE y MERCOSUR⁶⁵⁰.

2.2. Noción económica de competencia

2.2.1. Referencia al modelo de competencia perfecta y su crítica

Hasta los primeros decenios del siglo XX, la doctrina de los economistas clásicos y neoclásicos consideraba la teoría de los mercados y de los precios bajo el punto de vista de la competencia perfecta, dependiendo de ella la máxima eficiencia económica, con el beneficio de los consumidores y del mercado, ya que los productores, no estando en condiciones de competir por medio de los precios, solamente podrían competir mediante la reducción de los costes de producción⁶⁵¹. Esta doctrina, que en la base de su carácter

⁶⁴⁹ Decisión del Consejo y de la Comisión de 10 de abril de 1995 por la que se celebra el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de EE.UU. relativo a la aplicación de sus normas de competencia (95/145/CE, CECA) (Diario Oficial nº L 095 de 27/04/1995 – Rectificación Diario Oficial L 131 de 15/06/1995).

⁶⁵⁰ Decisión del Consejo de 22 de marzo de 1999, relativa a la conclusión, en nombre de la Comunidad Europea, del Acuerdo marco interregional entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes, por otra (1999/279/CE), Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 112/65 de 24 de abril de 1999.

⁶⁵¹ BARRE, Raymond: *Economía política*. Vol. II, Diefel, São Paulo, 1978, p. 247. La competencia es la garantía de todo el desarrollo. Ella pone el productor donde debe de estar: emprendiendo el negocio para que no tenga que abandonar la actividad mercantil. El productor debe inventar máquinas y procesos, o adaptarlos en la medida que otros productores los descubran. Tiene que organizar, explotar los mercados, estudiar las necesidades de los

irreversible cobraba sentido como modelo no solamente económico, sino también político⁶⁵², inutilizaba la necesidad de intervención reguladora estatal, ya que concebía un mercado plenamente autosuficiente, transmutándose en modelo descriptivo de una sociedad ideal.

La existencia de la competencia constituía una condición previa para la libre economía de mercado⁶⁵³. Así, la competencia era un medio de selección de los más fuertes, de los más eficientes, asegurando el nivel máximo de satisfacción de las necesidades y de la aplicación de los recursos (menores costes) y conduciendo a los precios más bajos⁶⁵⁴.

La realización de este modelo, consubstancial a un mercado de competencia pura y perfecta, suponía el cumplimiento cumulativo de varias condiciones⁶⁵⁵, lo que sería muy difícil de verificar. Así, se llegó en la economía industrial a la afirmación de que el mercado había fracasado⁶⁵⁶. Cinco serían los puntos para éste fracaso. Ellos son:

1) El primer motivo del fracaso sería la de que el mercado tendría que ser atomizado. Para que el mercado sea totalmente libre, y también se dé la competencia en el mismo mercado, debería existir tanto en el lado de la demanda como en el lado de la oferta, un número de empresas suficientemente largo para que ninguna de ellas tuviese, por si sola, influencia en las decisiones productivas y en el precio de cualquier otro operador del

consumidores. Tiene que mantenerse al día con las actualizaciones del mercado, que se desarrolla rápidamente, en caso de que pretenda continuar siendo un productor por mucho tiempo. KAPLAN, A. D. M.: *Op. cit.*, p. 56.

⁶⁵² XAVIER, Alberto P.: *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência, CTF. Nº 136, 4/70, Lisboa*, p. 90.

⁶⁵³ HAY, D.: *The Assessment: Competition Policy*, en: *Oxford Review of Economic Policy*. Nº 9/2, 1993, p. 1-26.

⁶⁵⁴ Acuérdesse que según el modelo liberal de Adam Smith, el precio en libre competencia es el más bajo que se puede aceptar, por contraposición al precio de monopolio, que sería el más elevado posible.

⁶⁵⁵ El no cumplimiento de apenas una de las condiciones de que depende la realización de una competencia perfecta inutiliza el modelo, ya que la presencia de las demás condiciones puede ser, así mismo, perjudicial a la competencia. Así, por ejemplo, si a una reducción del número de productores en el mercado, corresponder un grado pleno de información, puede llegarse a una situación de oligopolio. Por otro lado, si no existe una perfecta movilidad de los factores de producción, la reducción de la búsqueda puede conducir a una competencia demasiado fuerte y, consecuentemente, generar una industria doliente. Véase: CLARK, J.M.: *Toward a concept of workable competition*, *American Economic Review*. Vol. XXX, June, nº 2, 1940, p. 242.

⁶⁵⁶ Para una enumeración de las causas de fracaso del mercado, véase: BAUMOL, William J.; BLINDER, Alan S.; GUNTHER, Alan W.; y HICKS, John R. L.: *Economics (Principles and Policy)*. 2nd Australian Edition, Harcourt Brace, 1994, p. 681-694.

mercado. En nuestros días es evidente que la actividad industrial (y mercantil) es desarrollada por un número reducido de empresas.

2) Un segundo punto: el producto tenía que ser homogéneo, o sea, idéntico bajo el punto de vista del comprador, que no tendría motivos para preferir a otro producto. Esto no ocurrió ya que, hoy por hoy, las marcas y la publicidad hacen una diferenciación entre los productos en sí mismos iguales, funcionando como colectores de la clientela.

3) Un tercer punto, no podrían existir en el mercado ninguna barrera a la entrada de nuevas empresas o a la circulación de los compradores. En la situación actual es cierto que las barreras de entrada de nuevas sociedades en el mercado existen, no sólo por la vía de la acción estatal, sino también por la acción de los operadores en competencia, constituyendo uno de los principales objetos de enfrentamiento de las políticas de competencia⁶⁵⁷.

4) El cuarto punto, el mercado debería ser completo y perfectamente transparente, teniendo cada operador conocimiento completo de todos los factores significativos del mercado⁶⁵⁸.

5) Finalmente, la existencia de una perfecta movilidad de los factores de producción, entre cada operador del mercado libre.

⁶⁵⁷ El concepto de barreras a la entrada es entendido como las ventajas que detentan las empresas de un determinado sector, sobre cualquier empresa que pretenda entrar en el mercado. Esas ventajas se manifiestan en su capacidad de venta a bajo precio, impidiendo la entrada de nuevas empresas. Véase: BAIN, W.: *Barriers to New Competition*. Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1956. Habrían, además, dos significados vinculados a este concepto. Un primero, literal, engloba la idea de que todo el que entra en el mercado tiene que superar para ocupar ahí una posición, v.g., los costes de capitales exigidos para una entrada en el mercado en una escala eficiente. Un segundo entendimiento, sería el de que las barreras para la entrada de una sociedad en un nuevo mercado serían una condición del propio agente que pretenda este ingreso, tales como costes de producción más elevados de los costes soportados por quien ya está en el mercado. En ese sentido, véase: POSNER, Richard A.: *Antitrust Law (an economic perspective)*. Op. cit., p. 59. La doctrina distingue, aún, las barreras a la entrada (restricciones legales), de las ventajas económica (tales como costes más bajos, economía de escala), así como de las ventajas técnicas (patentes, control de una específica mercadería, capacidad tecnológica). Véase, en ese sentido: LYONS, Bruce: *Barriers to Entry*, en: *Economics of industrial Organisation*. Longman, New York, 1992, p. 49-63.

⁶⁵⁸ La preocupación por la transparencia es asegurada por algunas legislaciones de defensa de la competencia. Desde luego, en las legislaciones donde se impone el registro de ciertos acuerdos, como es el caso de la Ley inglesa (*Restrictive Trade Practices Act* de 1976 – RTPA), delante el *Office Fair Trading* (OFT), bajo pena de nulidad de los acuerdos. Otro ejemplo será el de la propia CE, donde, por fuerza de lo establecido en los arts. 4 y 5 del Reglamento nº 17/62 (Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, DO nº P 013 de 21/02/1962), los acuerdos que violen el nº 1 del art. 85 (hoy art. 81) deben ser notificados a la Comisión, bajo pena de no beneficiarse de la exención prevista en el nº 3 del mismo art. 85 (actual art. 81 del TUE).

Concluyendo, la existencia de estos supuestos es claramente confirmada por la realidad jurídica moderna. La atomización de los mercados no ocurrió. La tendencia, dentro de los modelos de competencia propuestos por los distintos sistemas jurídicos, así como las economías abiertas del final del siglo XX e inicios del siglo XXI, llevan más a la caracterización de la cartelización de los mercados, fenómeno decisivo en la moderna arquitectura y fisiología de la competencia, siendo nota de referencia en el modelo moderno de competencia.

2.2.2. El modelo de competencia practicable⁶⁵⁹

La superación del modelo clásico de la competencia pasa por, partiendo de la realidad económica, buscar una noción realmente operativa de la misma competencia⁶⁶⁰.

Las modernas concepciones de la competencia surgen motivadas por la crítica a los paradigmas de la competencia perfecta o pura, erigidos en una utopía irrealizable⁶⁶¹. Principalmente, por el reconocimiento de las insuficiencias del modelo clásico, capaz de conducir a un grado aún más profundo de imperfección competencial.

Su fundamento es la tentativa de explicar, satisfactoriamente, las condiciones reales de la competencia, entendida como rivalidad económica. En un primer momento, aceptando que la competencia y el monopolio no constituyen formas alternativas, pero sí complementarias⁶⁶². Un mercado constituido apenas por una o por un número reducido de empresas puede

⁶⁵⁹ Entre los muchos autores que se dedicaron a este modelo de competencia, refirámonos a dos clásicos: MASON, Edward: *The current status of the monopoly problem in the United States*. HarvLR, vol. 62, 1949, p. 1265; GALBRAITH, J. K.: *American Capitalism*. Houghton Mifflin, 1962; BAIN, Joe S.: *Workable competition in oligopoly*, AER. Vol. 40, 1950, p. 35-47.

⁶⁶⁰ La generalidad de la doctrina jurídica que estudia el concepto de competencia subraya la imposibilidad de obtener un concepto unitario (STURM, Roland: *The German Cartel Office in a Hostile Environment*, en: *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*. Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 196), incurriendo así mismo en afirmaciones imprecisas. Así que, podemos percibir que el TJCE no arriesgó una definición de la materia, antes limitándose a suministrar directrices, en la búsqueda de los criterios que transforman la competencia practicable y efectiva. En ese sentido: SCAHPIRA, Jean: *Direito comunitário das actividades económicas*. Resjuridica, Porto, 1992, p. 46-47. Véase, aun: KOCH, Roger: *Competition policy and the law*. Spicers European Union Policy Briefings, Longman, 1998, p. 52-107. Para EE.UU., véase: KAPLAN, A. D. M.: *Op. cit.*, p. 55-57.

⁶⁶¹ Los mercados son inevitablemente imperfectos. Véase: DOERN, G. Bruce: *Comparative competition policy: Boundaries and Levels of Political Analysis*. *Op. cit.*, p. 12-13.

⁶⁶² BARRE, Raymond: *Economía política*. *Op. cit.*, p. 290 y ss.

funcionar de modo eficiente, en la medida que no existan o sean reducidas las barreras a la entrada y salida de empresas en competencia en dicho mercado, además de un flujo continuado de información en el mercado. De ahí su contestabilidad⁶⁶³.

Claro es que, tal como acontece con el modelo de competencia perfecta, también el modelo de los mercados contestables, reposando sobre una completa información en el mercado, es más ideal que real. No obstante, de alguna forma, ya demuestra un significativo cambio en relación al primer modelo, hablándose ya en contestabilidad practicable (workable contestable).

La imposibilidad de realización del modelo clásico de la competencia perfecta y la incapacidad de configurar un modelo unívoco e incontestable de mercado competencial ha conducido a la construcción de un marco de competencia efectiva o practicable que, partiendo de las insuficiencias del modelo de competencia perfecta/pura, principia por la esencial refutación de la comprensión clásica de la competencia⁶⁶⁴.

En su formulación, tal modelo presupone la presencia de dos elementos fundamentales. Un primer elemento será la rivalidad suficientemente intensa entre un número adecuado de agentes económicos, que atraiga a los consumidores y evite una situación de monopolio. Un segundo elemento será la aceptación de un cierto nivel de restricción de la competencia, admitiendo la reducción del número de empresas operadoras en el mercado en causa, potenciando la formación de oligopolios y evitándose la competencia ruinosa y permitiendo el progreso tecnológico, bien como la obtención de elevados niveles de eficiencia por los productores.

⁶⁶³ En la medida en que tal potencialidad de entrada de los operadores en competencia en el mercado conduce a las empresas que ahí actúan a mantener (a largo plazo) los precios a niveles próximos de los competitivos (coste marginal), según un modelo de competencia perfecta. BAUMOL, W. J.; PANZAR, J. C. y, WILLIG, R. D.: *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. Harcourt, Brace, Jovanovitch, New York, 1988, p. 10. Por lo tanto, en el modelo de Mercado Contestable, se verifica la presencia de tres elementos: a) la inexistencia de barreras para la entrada que permiten el acceso o la salida del mercado de un operador, antes mismo de las empresas que en dicho mercado ya actúan tener tiempo de ajustar sus precios; b) la igualdad tecnológica de la producción de los operadores en competencia; c) y la existencia de una información completa y disponible para todos los operadores en el mercado. Véase: OCDE: *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, p. 27-29.

⁶⁶⁴ DOERN, G. Bruce: *Comparative competition policy: Boundaries and Levels of Political Analysis*. Op. cit., p. 103.

Se trata de un modelo dinámico de competencia, en el que lo importante no es tanto saber cual es el número de empresas en competencia, sino si está garantizada una competencia potencial. Cualquiera que sea la concepción de competencia, constructivista o finalista, condición o instrumento político-económico, siempre se entiende que en los mercados abiertos en que se compete, lo que importa es asegurar, en un grado mínimo esencial, la posibilidad de competencia, más que su propia efectividad. Lo que se concretiza, en las sociedades en que vivimos (marcadas por el principio de la economía de mercado libre), es el impulso a la libre actuación de los agentes económicos. No importa afirmar la igualdad entre todas las empresas que operan en el mercado, ni impedir que algunas de ellas ocupen una posición dominante en el mismo. Lo que estaría prohibido es la utilización, por las empresas, de esta posición dominante para impedir o falsear la competencia efectiva o practicable en el mercado. Es este el sentido del art. 82 del TUE.

En el dominio comunitario de la competencia éste objetivo de salvaguarda de la potencialidad de la competencia es claro. En el asunto ACF Chemiefarma NV contra Comisión de las Comunidades Europeas⁶⁶⁵, el TJCE consideró que, aunque el grupo de sociedades no estuviera, en estas fechas, en condiciones de fabricar un determinado producto, podría ser restrictiva a la competencia la prohibición de fabricar el aludido producto. Además, la Comisión mantiene ésta misma posición, no solamente en actos vinculativos (Rockell / Iveco)⁶⁶⁶, sino también en comunicaciones (Comunicación 84/C 101/102, de 13/04/84)⁶⁶⁷.

Finalmente, a ésta concepción básica de competencia el Tribunal de Justicia acabó por adherirse formalmente, al declarar en la decisión Metro I, que la competencia no falseada pretendida por los artículos 3 y 85 del Tratado de Roma implica la existencia en el mercado de una competencia eficaz, o sea,

⁶⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de julio de 1970, Asunto 41-69 (ACF Chemiefarma NV c. Comisión de las Comunidades Europeas), Recueil de Jurisprudence, 1970, considerando 156.

⁶⁶⁶ 83/390/CEE: Decisión de la Comisión de 13 de julio de 1983 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE (IV/30.437 – Rockell / Iveco). DO nº L 224 de 17/08/1983.

⁶⁶⁷ Comunicación relativa a los Reglamentos (CEE) nº 1983/83 y (CEE) nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías o acuerdos de distribución exclusiva y de acuerdos de compra exclusiva respectivamente. DO nº C 101 de 13/04/1984.

la dosis de la competencia necesaria para que sean respetadas las exigencias fundamentales y cumplidos los objetivos del tratado y, en particular, la formación de un mercado único que funcione en condiciones análogas a las de un mercado interno y que la naturaleza e intensidad de la competencia pueda variar en función de los productos o de los servicios en causa y de la estructura sectorial de los mercados económicos⁶⁶⁸.

3. Organización privada del mercado y encuadramiento jurídico

3.1. La evolución de las formas jurídicas de empresa

3.1.1. Competencia económica, empresa individual y Derecho de los Comerciantes

Durante siglos el sistema económico retrató un sistema fundamentalmente respetuoso con la libre competencia, siendo el mismo atomístico. En el contexto de la economía artesanal y mercantil, precedente al capitalismo industrial de los siglos XVIII y XIX, el universo económico estaba caracterizado por una actuación de múltiples agentes individuales, dispersos y de dimensión similar (atomicidad). Por un lado, éstos gozaban de una paridad y autonomía absoluta con el mercado libre (libre competencia). La coordinación del mismo (el mercado libre) ocurriría por el mero juego del mecanismo de precios (la mano invisible del mercado, abandonado este a sí mismo)⁶⁶⁹.

El personaje central de este sistema atomístico-competencial fue la empresa individual, explotada por el comerciante singular. Esta institucionalizaba la organización de las pequeñas unidades económicas, con las siguientes características⁶⁷⁰:

a) medios financieros exiguos;

⁶⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977. METRO SB-GROSSMAERKTE GMBH & CO KG contra Comisión de las Comunidades Europeas. Sistemas de distribución selectiva, Asunto 26-76, *Recueil de Jurisprudence* 1977, p. 01875.

⁶⁶⁹FORTMAN, Bastian: *The Theory of Economic Competition – a Confrontation of Economic, Political and Legal Principles*. North-Holland, Amsterdam, 1966, p. 68. En el mismo sentido: NUNES, A Avelãs: *Sistemas Económicos*. Separata do BCE, Coimbra, 1975, p. 156 y ss.

⁶⁷⁰RAISER, Thomas: *The Theory of Enterprise Law and the Harmonization of the Rules on the Annual Accounts and on Consolidated Accounts in the European Communities*. EUI Working Paper nº 85/197, Florencia, 1985, p. 3.

b) estructura rudimentaria (reunión en una misma persona de la propiedad y gestión de los medios);

c) pocos trabajadores (con frecuencia la familia del propio empresario);

d) relaciones comerciales limitadas (actuación en mercados locales).

Finalmente, en cuanto al ordenamiento jurídico, el mismo se adaptaba a ese sistema económico, con la creación de un Derecho de los Comerciantes Individuales o singulares⁶⁷¹.

3.1.2. Economía concentracionista, empresa societaria y Derecho de las Sociedades Mercantiles

A partir de finales del siglo XVIII esta situación sufriría una completa transformación. El artesano y el pequeño comerciante individual fueron rápidamente sustituidos por grandes proyectos industriales, los cuáles nacieron para explotar la producción manufacturada y fabril en gran escala. Tales esferas productivas estaban basadas en la utilización masiva de mano de obra asalariada, y en nuevas técnicas de producción, proporcionadas por inventos revolucionarios (vapor, electricidad).

Con el cambio de una economía artesanal y mercantil hacia una economía basada en la producción industrial, como consecuencia de la Revolución Industrial, el modelo económico atomístico-competencial desapareció⁶⁷², dando lugar al modelo caracterizado por la concentración, en el cual los distintos sectores del mercado están dominados por un número reducido de grandes empresas monopolísticas.

El protagonismo económico dejó de ser ejercido por la empresa individual y pasó a ser ejercido por la sociedad mercantil o empresa colectiva. En efecto, es necesario tener presente que la creación de este nuevo sistema,

⁶⁷¹ ALIBERT, Dominique: *À la Recherche d'une Structure Juridique pour l'Entreprise Individuelle*, In: *Dix Ans du Droit de l'Entreprise*. Librairies Techniques, Paris, 1978, p. 63 y ss.

⁶⁷² Efectivamente, la ciencia económica jamás dejará de acentuar la inadaptación del modelo clásico de competencia perfecta a la realidad actual. Así, se torna frecuente la afirmación del fin del mundo de la competencia perfecta, siendo buscada una competencia posible, competencia funcional, competencia impura. En ese sentido: ANTUNES, José A. Engracia: *A Unidade da Tutela Jurídica da Concorrência*. UCP, Porto, 1984, p. 8 y ss.

basado en la producción industrial, viene a determinar una reunión masiva de capitales, activos patrimoniales, fuerza laboral, limitación de riesgos, planificación organizativa, exigencias que la empresa individual no podría soportar. Es necesaria la construcción de un sistema jurídico apropiado, que es el de la sociedad mercantil.

Haciendo un análisis comparativo con relación a la empresa individual, las sociedades mercantiles permitirían los siguientes beneficios⁶⁷³:

1) la sociedad mercantil permite la movilización de capitales de un sin fin de pequeños inversionistas, posibilitando las masivas concentraciones financieras necesarias para el desarrollo de las actividades que se propugna (las cuales están en la bases de los grandes emprendimientos industriales del siglo XIX);

2) al contrario de la empresa individual (condenada a la confusión existente con la persona misma del empresario y a desaparecer la misma actividad mercantil individual con la muerte del mismo), la personalidad jurídica de la sociedad le asegura el estatuto de la impersonalidad y de la eternidad, existiendo la libre transferencia de la participación social, y siendo ilimitada su duración;

3) posibilidad de separación patrimonial entre la figura de la sociedad y de los socios – garantizada la responsabilidad limitada de los socios, así como la transferencia de los riesgos de la explotación empresarial para terceros (inversionistas);

4) la sociedad comercial institucionalizó estructuras jurídicas aptas para garantizar la separación de los poderes organizativos (deliberativos, ejecutivos y fiscales), y la especialización funcional de los factores de capital (socios), de la gestión o el control (administradores) y del trabajo (trabajadores), que son características de la empresa de nuestros días.

Técnica jurídica de organización de la empresa moderna⁶⁷⁴, la sociedad mercantil aparecía como predestinada para suministrar la estructura

⁶⁷³CHAMPAUD, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*. Librairies Sirey, Paris, 1962, p. 13 y ss

⁶⁷⁴ PAILLUSSEAU, Jean: *La Société Anonyme – Technique d'Organisation de l'Entreprise*. Librairies Sirey, Paris, 1967, p.37 y ss.

legal necesaria para el funcionamiento del sistema económico entonces emergente⁶⁷⁵. Claro está que, no solamente se producirían una transformación en las estructuras económicas de organización de la empresa, sino que también en la norma jurídica se producirían profundos cambios. De hecho, paralelamente a la sustitución de la empresa individual por la colectiva como forma de explotación de la actividad productiva, nació el Derecho de las sociedades mercantiles en sustitución del Derecho del comerciante individual⁶⁷⁶.

3.1.3. Economía global, empresa de grupo y Derecho de la Concentración Empresarial

La dinámica del sistema económico y de su célula básica, la empresa, no se ha detenido aquí.

En una inequívoca confirmación de la aceleración de la historia⁶⁷⁷ en nuestro tiempo, el sistema económico concentracionista, caracterizado por la creación de los primeros potentados empresariales actuantes para una dominación de mercados (finales del siglo XVIII hasta el siglo XIX), se hace aún más complejo con el advenimiento de la Tercera Revolución Industrial (siglo XX – revolución de la información), originando un sistema económico de competencia en el mercado único, integrado, el mercado mundial. Así, la palabra clave del sistema actual es “globalización”, entendida ésta como la internacionalización de las actividades de producción y la interdependencia de los mercados⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ HADDEN, Tom: *Company Law and Capitalism*. Weidenfeld & Nicolson, London, 1977, p. 3.

⁶⁷⁶ ESCARRA, J. E.; RAULT, P.: *Traité Théorique et Pratique de Droit Commerciale – Les Sociétés Commerciales*, I. Librairies Sirey, Paris, 1950-1960, p. 7 y ss.

⁶⁷⁷ SAVATIER, René: *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d’Aujourd’hui*. Dalloz, Paris, 1964, p.32.

⁶⁷⁸ Hoy por hoy el fenómeno se encuentra aún más profundizado, hablándose en la internacionalización del capital, independiente de la actividad de producción.

Así, las transformaciones financieras de la década de los 80 y la supremacía del mercado de capitales ampliaron no solo la inestabilidad financiera internacional, sino también el riesgo sistémico global. Tal crecimiento financiero internacional corresponde a un cambio estructural: la propia naturaleza del sistema pasó a ser dominada por la especulación.

El crecimiento sorprendente del volumen diario de transacciones de cambio en los últimos años constituye un indicador de ese fenómeno. Ese volumen se expandió a una tasa del 30% a.a en la década de los 80, alcanzando US\$ 1 trillón en 1992, sin que se pueda asociar tal expansión a los flujos comerciales o inversiones directas en actividades productivas. Se estima que cerca de un 15% de las transacciones sean del comercio de bienes, servicios o inversiones de largo plazo y; un 85% correspondan a las operaciones de especulación,

Tal internacionalización existe por razones de carácter institucional, político, social y tecnológico. Así, teníamos las siguientes instituciones, entre otras:

a) institución de sistemas destinados a la cooperación interestatal (OCDE⁶⁷⁹; EFTA)⁶⁸⁰;

b) armonización del sistema financiero internacional (FMI⁶⁸¹; SME⁶⁸²);

cobertura de riesgos o inversiones en carteras de corto plazo. En ese sentido: PRATES, Daniela Magalhães: A abertura financeira dos países periféricos e os determinantes dos fluxos de capitais, en: *Revista de Economia Política*. Vol. 19, núm. 1 (73), janeiro-março/1999, Ed. 34, São Paulo, p. 55 y ss.

⁶⁷⁹ "La OCDE nació el 30 de septiembre 1961, sucediendo a lo que fue la Organización para la Cooperación Económica Europea (creada en abril de 1948), encargada en su origen de administrar los fondos del Plan Marshall y de organizar la cooperación para la recuperación económica europea después del desastre causado por la Segunda Guerra Mundial. A partir de allí su atención ha estado centrada en ayudar a los Estados miembros a promover la liberalización del comercio internacional de bienes y servicios y de los pagos, así como la progresiva liberalización de los movimientos de capitales. La idea en general ha sido la de enfrentarse a una situación, que era la característica en la posguerra, marcada por altos aranceles de aduana y convertibilidad de las monedas". En ese sentido: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; y, FERNÁNDEZ-ARROYO GIMÉNEZ, D.P.: Estructura Institucional del Derecho del Comercio Internacional, en: *Derecho Del Comercio Internacional*. Editorial EUROLEX, Madrid, 1996, p. 67 y ss.

⁶⁸⁰ El Convenio de la EFTA, firmado en 04 de enero de 1960 en Estocolmo, tenía como finalidad originaria "... crear una zona de libre comercio que sirviera para compensar las posibles pérdidas derivadas de la creación de la CEE y constituir una plataforma para la negociación con ésta con vistas a eventuales acuerdos" (En ese sentido: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; y, FERNÁNDEZ-ARROYO GIMÉNEZ, D.P.: Op. Cit., p. 72). Tenía como miembros originarios los siguientes: Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza (Liechtenstein – formando una unión aduanera con Suiza, en los términos de Protocolo anejo) y Reino Unido. Finlandia, a partir de 1961 transformándose en miembro asociado e Islandia se convierte en miembro en 1970.

⁶⁸¹ "Durante el periodo comprendido entre las dos guerras mundiales, los intercambios comerciales internacionales se vieron desfavorablemente afectados por el desorden monetario, y para remediar tal estado de cosas en la Conferencia de Bretton Woods de 1944 se tomó la decisión de crear, junto con el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional, cuyo tratado constitutivo entró en vigor el 27 de diciembre de 1945. La organización pasó a convertirse en organismo especializado de las Naciones Unidas en 1947, cuando se celebró el pertinente acuerdo de vinculación, y algunas disposiciones del tratado instituyente fueron enmendadas en 1969 y 1978. La sede principal del Fondo está en Washington. La participación de los Estados es amplia y desde abril de 1992 comprende a Rusia y otros Estados de la CEI" (PASTOR RIDRUEJO, José A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Séptima Edición, Editorial Tecnos, 2000, Madrid, España, p. 775).

El FMI tiene como objetivos principales los siguientes:

- promover la cooperación monetaria internacional;
- facilitar la expansión y crecimiento equilibrado del comercio internacional;
- promover la estabilidad de los cambios;
- establecer un sistema multilateral de pagos;
- infundir confianza a los Estados miembros poniendo a su disposición los recursos del fondo y, finalmente;

c) progresiva eliminación de las barreras al comercio internacional (GATT⁶⁸³; OMC)⁶⁸⁴;

d) constitución de organizaciones internacionales que realizan la armonización de los mercados nacionales en un nivel regional (CEE; NAFTA; MERCOSUR);

e) unificación de los modelos de organización económica en una escala jamás imaginada (después de la apertura del este europeo, con la adopción de la economía de mercado);

f) evolución tecnológica (v.g., revolución de las telecomunicaciones; de las fuentes energéticas).

Así, la supervivencia de los operadores económicos depende de su capacidad para contestar a la demanda global, explotando la economía de escala; buscando inversiones extranjeras; asegurando la implantación multinacional de las respectivas operaciones – diversificación geográfica; renovación permanente de productos (la competencia por el precio ahora se encuentra cualificada por la competencia por la innovación – diversificación funcional).

El modelo jurídico societario, evidentemente, se torna insuficiente como base normativa-legal para ese momento de desarrollo de la actividad

-
- reducir la duración e intensidad de los desequilibrios de las balanzas de pago de los mismos Estados.

Infelizmente el Fondo no ha actuado con la exención necesaria a la manutención del equilibrio monetario internacional pero, tan solamente en la defensa de los intereses de los países desarrollados.

⁶⁸² Sistema Monetario Europeo. Véase: GONZÁLEZ FERNANDEZ, Sara: *El sistema monetario internacional y el mercado de divisas*. Ediciones Pirámide, Madrid, 2000, p. 113 y ss.

⁶⁸³ Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio.

⁶⁸⁴ El final de la Guerra Fría y consecuente mundo estructurado alrededor de las polaridades llevó a la dilución de los conflictos respecto a cómo organizar la vida económica mundial. Ese nuevo macrocontexto político fue quien permitió, en última instancia, la conclusión de la Rodada Uruguay y la creación de la OMC. En cierto sentido es posible decir que la OMC es la primera organización internacional pos-Guerra Fría.

La OMC derivó del GATT pero es mucho más amplia que este. Tiene un número mayor de miembros (por su alargamiento *ratione personae*) y una vocación universal. Finalmente, tiene normas de mayor alcance por cuenta de su profundización *ratione materiae*, ya que ahora engloba los servicios, propiedad intelectual, medidas de inversión relacionadas al comercio internacional (TRIMs) y, aún, agricultura y textiles, materias que no estaban contempladas en el GATT. En ese sentido: LAFER, Celso: *A OMC e a regulação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1998, p. 22 y ss. Vide, aun: THORSTENSEN, Vera: Os acordos regionais de comércio e as regras da OMC, en: *Política Externa*. Vol. 9, núm. 1, Junho/Julho/Agosto de 2000, São Paulo, p. 59 y ss.

mercantil. Así, con la necesidad de crecimiento, la empresa busca lo mismo a través del sistema jurídico establecido y, por lo tanto, realiza las operaciones de expansión interna. De esta forma, realiza el aumento de su dimensión absoluta, alcanzada a través de capacidades propias en el orden financiero (autofinanciamiento; aumentos de capital), técnica (creación de servicios propios de investigación), comerciales (apertura de filiales), etc.

Esta forma inicial de expansión soporta, sin embargo, a) límites financieros, organizativos y legales. La sociedad no tiene como garantizar indefinidamente los medios financieros suficientes para su crecimiento⁶⁸⁵. b) Por otro lado, cualquier sociedad en continuo proceso de crecimiento endógeno acaba por alcanzar una dimensión tal que, a la larga, tendrá que soportar serios problemas de organización, no siendo posible garantizar una gestión eficiente desde el punto de vista económico⁶⁸⁶. c) Finalmente, genera la formación de bloques de poder económico que, representando verdaderos Estados dentro del Estado, son objeto de reglamentación prohibitiva, principalmente por medio del Derecho de la competencia y del Derecho tributario⁶⁸⁷.

Este triple límite impuesto al proceso de expansión interna de las empresas llevó a que las mismas buscasen nuevas formas de expansión. Así es que la empresa moderna crea una estrategia de expansión externa, sobrepasando sus horizontes individuales, creciendo a través de la adquisición del control de otros operadores – en un mismo sector de actividad (agrupamientos horizontales) o en sectores por debajo o por arriba de su cadena de producción (agrupamientos verticales) y, finalmente, de empresas operadoras con productos totalmente diversos (conglomerados). De esta forma, el capitalismo de la gran empresa monopolística después de la industrialización se queda rápidamente suplantado por el capitalismo de los

⁶⁸⁵ FLEURIET, Michel: *Pouvoir et Finance d'Entreprise – Droit et Pratique*. Dalloz, Paris, 1977, p. 64.

⁶⁸⁶ PENROASE, Edith: *The Theory of the Growth of the Firm*. Blackwell, Oxford, 1980, p.162.

⁶⁸⁷ La experiencia norteamericana es ilustrativa a este respecto, ya que la constitución de imperios empresariales monolíticos (decurrente de operaciones de fusión - último cuarto del siglo XIX) originó la vigorosa reacción del Estado, con la aprobación de los famosos *Sherman Antitrust Act*, de 1890, y el *Clayton Act*, de 1914. Ambas legislaciones fueron aplicadas (como veremos en apartado propio, más adelante), determinando el desmembramiento de muchos imperios empresariales.

grupos, poseyendo los mismos autonomía jurídica y, casi siempre, sin autonomía económica⁶⁸⁸.

Siendo todavía, muy significativa la evolución de las estructuras económicas de organización de la empresa moderna – pasando del período atomístico al período molecular del Derecho de sociedades – es necesario subrayar que la reacción de las estructuras jurídicas de ese tercer momento de evolución (Derecho de las cooperaciones empresariales) aún no está desarrollado.

A los efectos de llegar a una conclusión, de como una empresa individual tuvo su Derecho de los comerciantes; la empresa colectiva tuvo su Derecho de las sociedades; así también la empresa del grupo económico acabará por obtener su propia superestructura jurídica⁶⁸⁹. El trinomio empresa individual; empresa societaria; empresa de grupo acabará por encontrar su correlación en un correspondiente trinomio jurídico: Derecho de los comerciantes; Derecho de las sociedades mercantiles; Derecho de los grupos económicos. Cuando esto ocurra los conflictos serán mejor solucionados, con un Derecho propio aplicable.

3.2. De la ambivalencia de la regulación de la protección de la competencia – a efectos de conclusión

El elemento característico del Derecho en su relación con el tema de la concentración empresarial es el de su relativa ambivalencia⁶⁹⁰. Por un lado, el Derecho pone a disposición de los individuos (personas físicas o colectivas) las formas y técnicas jurídicas (contractuales, societarias, etc.) que posibilitarán o potenciarán este movimiento. Además, muchas veces, se reglamenta y se favorecen estos procedimientos, por medio de beneficios o incentivos fiscales. Por otro lado, el Derecho busca garantizar la mantención de un cierto nivel de competencia en el mercado, como motor del sistema, evitando, en principio, no las concentraciones en sí mismas, sino las prácticas

⁶⁸⁸ LECAILLION, Jacques: *Économie Politique Générale*. Cujas, Paris, 1975, p. 37 y ss.

⁶⁸⁹ El fenómeno de la empresa es multiforme y evolutivo, teniendo el Derecho que mostrarse capaz de acompañar siempre sus nuevas facetas. En ese sentido: ASCENSÃO, J. Oliveira: *Estruturas Jurídicas da Empresa*. AAFDL, Lisboa, 1990, p. 11.

⁶⁹⁰ REICH, Norbert: *Mercado y Derecho: teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*. Barcelona, Ariel, 1985, p. 47 y ss.

restrictivas de la competencia que pueden advenir de las propias concentraciones.

En estos términos, ante la formación de verdaderos poderes privados en los más distintos dominios de la actividad económica y financiera, muchas veces en áreas sensibles o estratégicas, dotados de una capacidad de decisión unilateral comparables a las potencias públicas, el Derecho tiene que buscar mecanismos capaces de contener estos fenómenos dentro de límites razonables. Estos poderes privados altamente concentrados se utilizan en las relaciones jurídicas que establecen entre sí y con terceros (pequeñas y medianas empresas, accionistas, consumidores), procedimientos jurídicos que, muchas veces, evocan los procedimientos de Derecho público, principalmente el Derecho internacional y el Derecho administrativo, ciertas formas de planeamiento y de dirigismo privados.

El Derecho busca, por distintos medios (penal económico, competencia desleal⁶⁹¹, consumo, etc.) garantizar, directa o indirectamente, la efectividad del principio de la competencia en el mercado. Al Derecho, en ese momento, le interesa sobremanera la regulación específica de defensa de la competencia (la elaboración de normas anti-trust).

Concluyendo, la preservación de la competencia en el mercado exigió el establecimiento de reglas, nacionales e internacionales (GATT, OMC, en la UE, en el MERCOSUR), relativas a la defensa y disciplina de las estructuras del mercado. En líneas generales, se puede decir que la existencia de un principio favorable a la competencia no impide el reconocimiento de los mecanismos de concentración empresarial. El entendimiento existente, hoy por hoy, es en el sentido de que tales corporaciones deben ser controladas, garantizándose la libre competencia y una mayor justicia social.

⁶⁹¹ Para una profundización del estudio de la competencia desleal en Europa, véase, de entre tantos: MARTÍN-LABORDA, Antonio Robles: *Libre competencia y competencia desleal*. La Ley, Madrid, 2001, p.161-181. Para el derecho español, véase: BARONA VILAR, Silvia: *Competencia desleal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 15-22; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1993, p. 109 y ss.

4. La concentración y sus mecanismos jurídicos.

El fenómeno concentracionista no es, todavía, ni uniforme y ni unidimensional. Al contrario, traduce una serie de formas y grados de intensidad. Pueden ser una simple relación de cooperación entre empresas – generalmente se verifica la manutención de la autonomía jurídica y económica de las entidades que hacen parte del negocio jurídico (v.g., carteles⁶⁹², acuerdos de colaboración interempresariales, agrupamientos complementarios de empresas, consorcios), pasando por relaciones de coligación – se conserva la autonomía jurídica de los respectivos miembros, desapareciendo la autonomía económica (máxime, grupo de sociedades, este es el instrumento jurídico que verdaderamente nos interesa en esta tesis) y, finalmente, situaciones límite resultantes de la unión de empresas – pérdida total de cualquier autonomía por parte de las empresas absorbidas (v.g., fusión, transferencia de activos).

Esa multiplicidad de instrumentos de concentración ha sido acompañada por el Derecho, todavía con dificultades generadas por un sin fin de técnicas jurídicas. Así, en un estudio más profundo de la materia, podríamos clasificar tales instrumentos en dos categorías fundamentales: concentración en la unidad (o primaria) y concentración en la pluralidad (o secundaria)⁶⁹³.

4.1. La concentración en la unidad

La llamada concentración en la unidad (o concentración primaria), se caracteriza por el aumento de la dimensión de las células económico-empresariales y la consecuente disminución de su número. Engloba a todas las operaciones que permiten una acumulación de poder interno por parte de la empresa.

Las razones para su constitución serían:

⁶⁹² Para un estudio más profundizado del acuerdo horizontal de cartel, véase, de entre otros: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *El derecho de la libre competencia*. Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 117 y ss. Para un análisis de la concentración horizontal en Europa, véase, de entre muchos: JACQUEMIN, Alexis: Horizontal Concentration and European Merger Policy, en: *Monopoly and Competition Policy, Volume II* (editado por SCHERER, F.M.). Center for Business and Government John F. Kennedy School of Government (Harvard University), Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, 1993, p. 510 y ss.

⁶⁹³ En ese sentido: PAILLUSSEAU, Jean: *Op. Cit.*, p. 166 y ss.; CHAMPAUD, Claude: *Op. Cit.*, p. 3 y ss; VENTURA, Raúl: *Grupos de Sociedades – Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE*, en: *41 ROA (1981)*. Lisboa, 1981, p. 24.

1) realización de economía de escala (con la debida reducción del coste unitario de producción);

2) asegurar cotas de mercado (en relación a la competencia) y asunción de posiciones de monopolio;

3) especialización funcional (con la debida aproximación del óptimo económico-empresarial)⁶⁹⁴;

4) pérdida, generalmente, de la individualidad económica y jurídica de los partícipes.

El instrumento jurídico típico de esa modalidad de concentración es la fusión de sociedades.

Cabe subrayar que la concentración primaria puede generar algunas dificultades para las empresas, tales como: límite financiero (acceso al crédito externo a la actividad); dificultades administrativas (gigantismo); dificultades legales (costes fiscales de la operación de fusión, controle jurídico-administrativo de las concentraciones por los Derechos nacionales y el Derecho comunitario de la competencia).

4.2. La concentración en la pluralidad

La concentración en la pluralidad (o concentración secundaria), se caracteriza por la integración de las empresas en estructuras económicas cada vez más amplias. En las mismas, no hay pérdida de la autonomía jurídica y patrimonial de la respectiva actividad aunque sí existe una pérdida de la autonomía económica – resultante de su subordinación a una dirección económica unitaria.

El instrumento jurídico típico de la concentración secundaria es el grupo de sociedades (manutención de la personalidad jurídica de las sociedades vinculadas al grupo y sujeción a una autoridad económica central y al interés económico global), al que se hizo referencia en la primera parte de nuestra tesis.

⁶⁹⁴ JACQUEMIN, Alex: *Economia Industrial Europeia – Estrutura de mercado e Estratégias da Empresa* (tradução portuguesa). Biblioteca de Estudos Económicos, Lisboa, 1984, p. 34 y ss.

5. Breves conclusiones

Finalmente, nos gustaría decir que el control de la concentración empresarial no es tarea sencilla para el Derecho, ya sea por su multiplicidad jurídica, o por su movilidad económica, estando la concentración empresarial siempre calificada como un proceso dinámico, en constante evolución. Es importante subrayar que estas dificultades de control de la concentración empresarial se transforman aún más complejas cuando aplicadas a los grupos de sociedades, estando ellos calificados en un segundo movimiento de desarrollo de las actividades de concentración de capital (concentración en la pluralidad). Además, en nuestros días, el Derecho de la competencia será el sistema jurídico que más se acerca a tal control.

Pretendemos en nuestra tesis demostrar que el Derecho de la competencia será el mecanismo de control de los grupos de sociedades en una economía globalizada, pasando por la necesidad de armonización o reconocimiento mutuo de las normas de competencia⁶⁹⁵ para suplantar el problema de la extraterritorialidad de tales normas. Es por tal motivo que pasaremos al análisis de los sistemas de competencia en EE.UU., como un modelo de referencia que fue para la constitución de los sistemas de competencia en general; un análisis del sistema de competencia en Europa, quizás el colofón más consolidado de los sistemas en vigor y, finalmente, un análisis de los sistemas de competencia de MERCOSUR y sus Estados miembros de pleno derecho⁶⁹⁶ y de los dos Estados asociados⁶⁹⁷, en la búsqueda de una aplicabilidad efectiva en nuestra región, intentando promocionar un desarrollo económico y con paz social. Como ya anteriormente referido, después del análisis de la concentración empresarial (en especial referencia el grupo de sociedades), y del sistema de control de las concentraciones, lo que pretendemos con nuestra tesis es promocionar sugerencias de cambio del sistema de control del MERCOSUR, para que el

⁶⁹⁵ ULLRICH, Hanns (ed.): *International Harmonisation of Competition Law: Making Diversity a Workable Concept*, en: *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, p. 43 y ss.

⁶⁹⁶ Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

⁶⁹⁷ Bolivia y Chile.

bloque regional pueda avanzar. Es lo que pasamos a desarrollar a continuación.

CAPÍTULO II – EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EE.UU.: REFERENCIAS AL MODELO NORTEAMERICANO Y LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL § 1º DE LA *SHERMAN ACT* DE 1890

1. Consideraciones generales

Hasta aquí se analizó, lo más sintéticamente posible, los términos de la comprensión económica de la competencia. Vimos que la idea de una competencia atomística y perfecta es irrealizable, que los factores de la competencia son también factores que pueden generar el monopolio, que las normas de competencia pueden, igualmente, dar lugar a la competencia y a la no competencia. Consideramos, también, que fue este modelo dinámico el que encontró acogida en el espacio comunitario, en la Unión Europea, que asumió la tutela de la competencia como instrumento de realización de sus objetivos más fundamentales. En este momento, procuramos discernir lo que en los EE.UU. se entendió por salvaguarda de la competencia⁶⁹⁸.

Es importante subrayar que, como fue propuesto en nuestra tesis doctoral, en éste momento realizaremos un análisis de la competencia en los EE.UU. para, posteriormente, analizar el sistema de competencia en la UE. Partiremos nuestro estudio del sistema de competencia en EE.UU. por ser ésta la regulación matriz de los sistemas de competencia en el mundo. Pasaremos al análisis de la competencia en la UE, en los dos capítulos subsecuentes, por ser éste el sistema de competencia más desarrollado en el mundo. Finalmente, optamos por desarrollar nuestro trabajo de ésta forma ya que entendemos ser

⁶⁹⁸ Juzgamos imprescindible prestar atención a la evolución y las concepciones dominantes, al largo del tiempo, en el espacio jurídico-competencial de los EE.UU. Por dos razonamientos fundamentales. Primero, por su anterioridad cronológica y similitud formal con las normas comunitarias, en especial los artículos 81 y 82 del TUE. En segundo lugar, porque el Derecho comunitario parece, en la actualidad, más receptivo a las ideas que vienen del oeste, en un proceso de asimilación de las ideas oriundas de aquél país. Véase: CARBONNIER, Jean: *Sociologie Juridique*. PUF, Paris, 1994, p. 20-21. Para un estudio más pormenorizado de la influencia del Derecho Antitrust norteamericano sobre el origen del Derecho comunitario de la competencia, véase: CASES PALLARES, Lluís: *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p. 57 y ss.

éste el mejor mecanismo para el análisis y sugerencias de cambios en el sistema de competencia del MERCOSUR.

No es difícil comprender las causas del surgimiento de la regulación federal aplicable a las restricciones de la competencia en los EE.UU. En la concepción liberal típica del siglo XIX, la libre iniciativa económica, erigida como un valor fundamental de la comunidad políticamente organizada condujo, en una primera fase, a un desinterés del Derecho por la protección de la competencia, dejando el mercado y sus agentes al libre juego, en perjuicio de la propia libertad de competencia. Sin embargo, muy temprano, la misma comunidad comprendió que el mercado no podría ser dejado a su antojo, bajo la pena del irremediable perjuicio para el propio modelo económico aplicado.

En ciertos ordenamientos jurídicos, como el canadiense y el norteamericano, la competencia pasó a ser vista como condición intrínseca para la realización de los objetivos del sistema, dependiendo la licitud de los acuerdos exclusivamente de su objetivo o efecto a favor de la competencia⁶⁹⁹.

No obstante, esta concepción no siempre es la dominante. Idealmente, existen otros sistemas que reconocen y propugnan que pueden los institutos jurídicos de defensa de la competencia servir y estar ordenados para la no competencia y, por consiguiente, la competencia no puede ser un fin en sí misma, sino un instrumento para la consecución de otros fines y objetivos⁷⁰⁰.

O sea, hay modelos que conciben la competencia como un instrumento para obtener ciertos objetivos no uniformes y no obligatoriamente a

⁶⁹⁹ La *Sherman Act* viene a sentar la premisa de que la competencia es siempre un buen fundamento de la existencia del mercado. Véase, en ese sentido: JOLIET, René: *The rule of reason in antitrust law – American, german and common market laws in comparative perspective*. Martinus Nijhoff, Haye, 1967, p. 7. La *Sherman Act* es la carta magna de la libertad económica norteamericana (CARVALHO, Orlando de: *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*. *Op. Cit.*, p. 60), expresión utilizada también por la propia Suprema Corte norteamericana en 1972, en la decisión *US v. Topco – 405 US 596* (véase, en ese sentido: FRAZER, Tim: *Monopoly, competition and the law*. *Op. cit.*, p. 3). La doctrina clásica no se caracterizaba por encarar la estructura de la competencia como un medio de realización del interés fundamental del consumidor, por cuanto el modelo en que se asentaba es presentado como el único posible. Solamente este sistema realizaría los objetivos de igualdad de oportunidades en la sociedad, solamente él garantizaría un sistema equilibrado de desconcentración de los poderes, sin constricciones entre los distintos agentes económicos, fueron ellos el Estado o los particulares. Véase: XAVIER, Alberto P.: *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*. *Op. cit.*, p. 90.

⁷⁰⁰ BONASSIES, Pierre: *Les fondements du droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence-moyen*, *Études Dédiées à Alex Weill*. Dalloz, Paris, 1983, p. 51-55.

favor de la competencia. El bien jurídico competencia no tendría un valor absoluto o forzoso, siendo utilizado para realizar distintos objetivos de política económica y social. En estos sistemas jurídicos, el Derecho de la competencia es visto como un instrumento jurídico maleable y flexible a casi todos los tipos de consideraciones⁷⁰¹.

Haciendo una generalización posible, lo que podrá decirse es que, en estos sistemas la competencia, no siendo sacralizada y elevada por los ordenamientos jurídicos a la condición de elemento con valor absoluto en la fisiología social, es utilizada para realizar objetivos de índole económico, social y político, revelándose fundamentalmente que la competencia exista y sea apta para desempeñar la tutela jurídica de los diversos criterios de la macro-competencia.

Entre los distintos criterios donde se justifican las intervenciones con una mirada conformada por la macro-competencia, se encuentran: a) los criterios de eficiencia económica⁷⁰² o de división internacional del trabajo⁷⁰³; b) ideas de bienestar económico; c) la protección de los consumidores o de ciertas actividades comerciales e industriales⁷⁰⁴; d) una noción de interés general (público); e) la protección de determinadas empresas (las PYMEs); f) la

⁷⁰¹ Es esta la perspectiva imputada, generalmente, tanto a las modernas legislaciones de defensa de la competencia (v.g., la legislación brasileña de defensa de la competencia, tema que desarrollaremos en apartado propio, más adelante), como a la concepción de la competencia emergente de la consideración integrada del conjunto de normas comunitarias y, en particular, del art. 81 del TUE.

⁷⁰² El objetivo general de las legislaciones anti-trust, a saber la maximización de la eficiencia económica, se desdobra, en el caso del Derecho comunitario, en un objetivo político-social, el cual es la unificación de los mercados, por medio del cual este derecho encuentra su aplicación. Véase: PAPPALARDO, Aurelio: *La réglementation communautaire de la concurrence – les dispositions du Traité CE et de droit dérivé relative aux ententes entre entreprises, à l’abus de position dominante et au contrôle des concentrations (première partie)*. RIDE, 1994, p. 342.

⁷⁰³ El régimen de la competencia debe ser analizado en el contexto global de los objetivos definidos por el Tratado, siendo objetivo fundamental de la Comunidad la promoción del bienestar común, por medio de una división más racional del trabajo entre los Estados miembros. Véase: ANTUNES, Luís Miguel Pais: *Lições de direito comunitário da concorrência*. Editora Universidade Lusíada, Lisboa, 1995, p. 3.

⁷⁰⁴ Sería este el caso de la protección de las empresas comunitarias delante de la competencia externa, extra comunitaria. En 1970, en su memorando sobre la política industrial de la Comunidad (Bruselas, 1970), la Comisión consideraba que el refuerzo de la posición competencial de la industria europea suponía un crecimiento de la dimensión de las empresas europeas, lo que, si reducía la competencia en el espacio europeo, sería compensado por el crecimiento de la competencia a escala mundial. Véase: WAELBROECK, Michel: *Règles de concurrence et concentrations*. Collected Courses of the Academy of European Law, 1991, Vol. II, Book 1, p. 177.

realización de una idea de mercado o, más vagamente; o g) la lealtad en la competencia (§ 5 del preámbulo CE)⁷⁰⁵.

Parece claro que las modernas legislaciones europeas, si no aceptan postergar la subsistencia de una referencia competencial, asumen el aislamiento de una concepción rígida de defensa de la competencia y la aproximación a una esencia instrumental de la misma, en un proceso de influencias recíprocas al que el Derecho comunitario no puede considerarse ajeno. Sin embargo, la concepción originaria de un sistema de la competencia (de la Sherman Act) no solamente no ha dejado de existir, sino también parece no poder ser sencillamente puesta en causa. Para que se pueda entender plenamente el sentido y los límites del número 1 del art. 81 (TUE), no se puede prescindir de la concepción expresa en el § 1 de la Sherman Act.

Finalmente, la protección del valor competencia, en sistemas como el norteamericano, es tan importante que justifica una consideración ampliamente limitativa de la relevancia positiva del moderno principio de la autonomía privada, que en este dominio pasó a significar que la libertad de contratar y de estipular el contenido de los contratos termina donde empieza la limitación de la competencia. Sin embargo, no cualquier limitación: solamente aquella limitación de la competencia que sea irrazonable, o sea, que perjudique más la competencia de lo que la pueda beneficiar. Continuaremos con el análisis de cómo el sistema jurídico federal norteamericano evalúa la licitud (o no) de los acuerdos entre empresas, desde el punto de vista de las eventuales ofensas a la competencia.

2. El art. 1º de la Sherman Act

2.1. Del sistema rígido inicial a la Regla de la Razón (Rule of Reason)

En las reglamentaciones canadiense y norteamericana del final del siglo XIX, la licitud de las coligaciones dependía, tan sólo, de si su objetivo o efecto existía a favor de la competencia, no aceptándose que los institutos

⁷⁰⁵ Propugnando esta solución, también para los EE.UU., véase: BURNS, Jean Wegman: *Vertical restraints, efficiency, and the real world. Op. cit.*, p. 597 y ss.

jurídicos de defensa de la competencia pudiesen estar ordenados a la defensa de la no competencia⁷⁰⁶. La competencia era concebida como un fin en sí misma, en el supuesto de que el bien general no podría realizarse sino por la defensa intransigente del valor de la competencia.

En su intención original, el Derecho norteamericano tenía una fe absoluta en los valores de la competencia expresa en la Sherman Act⁷⁰⁷ (en la secuencia de la fuerte aversión a los Trusts que se materializó en la América del Norte)⁷⁰⁸, además de los distintos planes de intervención jurídica, no sólo por la condena normativo-abstracta de las coligaciones de no competencia, sino también por el abordaje interpretativo de las normas restrictivas de la competencia, denegando cualquier flexibilización apreciativa que pudiera dar validez a las coligaciones como vehículos de la realización de objetivos superiores al ámbito del Derecho de la competencia.

Para este modelo, la competencia era un valor en sí misma, imprescindible para alcanzar los fines de la comunidad políticamente organizada. De ahí la ausencia inicial de mecanismos normativos autorizados de coligaciones o de otros comportamientos que alejaban la competencia en el mercado. La competencia no puede servir a la no competencia. En ese sentido, el Tribunal Supremo, en el asunto U.S. v. Trans-Missouri Freight Association⁷⁰⁹, empezó por adoptar una visión literal de la Sherman Act, negando cualquier criterio razonable que funcionase como criterio de aplicación de la norma, postulando que el entendimiento razonable del sistema jurídico de la competencia cambiaría el significado y objetivos de la norma legal⁷¹⁰. Por lo tanto no se podía hacer una interpretación razonable, debido al grado de

⁷⁰⁶ Los acuerdos conspirativos son ilegales por conducir a una disminución indebida de la competencia. Véase, de entre otros: WAVERMAN, Leonard: *Op. cit.*, p. 78; JOLIET, R.: *The rule of reason antitrust law. Op. cit.*, p. 7. Para una apreciación vista desde Europa, véase: KOVAR, Robert: *Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison, RTDE.* 23, 2, 1987, p. 240.

⁷⁰⁷ THORELLI, Hans B.: *Op. cit.*, p. 226.

⁷⁰⁸ Para una argumentación, teniendo como base la *Sherman Act*, en el sentido de la represión de la cartelización solamente cuando perjudica el bienestar del consumidor, véase: BORK, Robert H.: *Legislative intent and the policy of Sherman Act. Op. cit.*, p. 7-48. Para una circunscripción de los objetivos de todo el derecho de la competencia al control del poder económico, véase: OSTI, Cristoforo: *Antitrust e Oligopolio – concorrenza, cooperazione e concentrazione: problemi giuridici-economici e proposte di soluzione.* Il Mulino, Bologna, 1995, p. 7.

⁷⁰⁹ United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 US 290, 312 (1897).

⁷¹⁰ JOILLET, René. *The rule of reason in antitrust law... Op. cit.*, p. 25

incertidumbre que resultaría de la adopción casuística del criterio de restricción razonable.

Una vez pasado el momento inicial de repulsa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo acabó por aceptar, en 1889, la necesidad de interpretar razonablemente la norma prohibitiva. Así en el asunto *US v. Joint Traffic Association*⁷¹¹, el Tribunal Supremo prohibió solamente algunas prácticas contrarias al desarrollo económico, en una reducción de la interpretación literal de la norma⁷¹².

De todas formas, en ese proceso que se iniciaba, hay que subrayar el papel relevante que tuvo y tiene la jurisprudencia, no solamente en la determinación del sentido de las prohibiciones contenidas en la Sherman Act (en la secuencia de la voluntad del legislador de ver el diploma interpretado con bases en la tradición del common law)⁷¹³, sino en la determinación del sentido y alcance útil de la regla del entendimiento razonable (rule of reason)⁷¹⁴.

En un primer momento, la negación de una interpretación razonable del § 1 de la Sherman Act pretendió ir en contra de la visión de la rule of reason que no solamente enflaquecía el alcance de la norma, como también eliminaba la propia concepción del valor-competencia como un valor superior a ser perseguido por las normas y las autoridades encargadas de su aplicación.

De este modo, quedó claramente definido, por vía de la exclusión, el campo de operatividad de la rule of reason, que no podría ni puede funcionar como justificación racional de acuerdos o convenios restrictivos de la competencia, a la luz de criterios de naturaleza económica o incluso social⁷¹⁵. El criterio y fundamento es siempre el efecto de la coligación sobre la

⁷¹¹ *US v. Joint Traffic Association*, 171, U.S., 505, 577.

⁷¹² De ahí no se puede concluir que desde 1898 haya desaparecido la interpretación literal del Sherman Act. Luego en 1904, por decisión de la Suprema Corte *Northern Securities* (193 US 331-332), se entendió que la ley no se limitaba a restringir los negocios o el comercio entre provincias o internacional que fuesen irrazonable por naturaleza, pero abarcaría todas las restricciones directas impuestas por cualquier combinación, conspiración o monopolio a ese negocio o comercio. Véase, al respecto de la materia: KOVAR, Robert: *Le droit communautaire de la concurrence...* Op. Cit., p. 237.

⁷¹³ FRAZER, Tim: Op. cit., p. 120.

⁷¹⁴ BORK, Robert H.: *Legislative intent and the policy of Sherman Act*. Op. cit., p. 47.

⁷¹⁵ BURNS, Jean Wegman: Op. cit., p. 597 y ss.

competencia, independientemente de cualquier otra virtualidad instrumental que pueda provenir de la conducta.

Si hay que aceptar que sea este el marco normativo de referencia, es cierto que encontró la norma dos aparentes planes de concretización judicial, en un proceso que parte de la distinción entre restricciones directa e indirectas, para después subdividirse o clasificarse en dos construcciones fundamentales: 1) por un lado, las restricciones accesorias y; 2) por otro lado, la construcción del entendimiento del balance competencial.

1) La primera de estas construcciones, denominada doctrina de las restricciones incidentales de la competencia⁷¹⁶, prevaleció en el paso del siglo XIX al siglo XX. Buscando su fuente en el Common Law, está asentada en la idea según la cual, las restricciones de competencia necesarias a la realización de un convenio en sí mismo lícito deben ser consideradas razonables. Sin embargo esta concepción, si bien parece permitir validar las coligaciones con contenido anticompetencial, supone una previa evaluación positiva del esquema negocial, de que dependerá la licitud de las restricciones de competencia necesarias para la plena realización del objetivo principal del contrato⁷¹⁷. Estas restricciones no afectan a la esencia de la coligación, que en sí misma permanece pro-competencial, ya que sus efectos son solamente colaterales⁷¹⁸.

2) Lo que revela un puente en relación a la segunda vía, que se traduce en el método del balance competencial, o sea, en el análisis contable de los efectos de la competencia así como de la no existencia de la

⁷¹⁶ Que la doctrina prontamente empezó por designar como restricciones accesorias, fórmula que invadió el derecho comunitario. Véase, Decisión de la Comisión, de 21 de septiembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (IV/34.600 – Night Services), publicado en el Diario Oficial nº L 259 de 07/10/1994, punto 65.

⁷¹⁷ U.S. v. Addyston Pipe & Steel Co. (85 Fed. 217: 1898), *apud* KOVAR, Robert: *Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison*. *Op. cit.*, p. 238; o KORAH, Valentine: *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice*. Seventh Edition, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 148.

⁷¹⁸ Tendrían de ser subordinadas y colaterales a una transacción legítima y necesarias para transformar en efectivas estas transacciones. Véase: UTTON, M. A.: *Op. cit.*, p. 154.

competencia de un determinado acuerdo o contrato, como criterio de valoración de la licitud de tales instrumentos⁷¹⁹.

Fue en 1911 cuando el Tribunal Supremo anunció formalmente esta segunda formulación de la regla de la interpretación razonable, en los asuntos *Standard Oil of New Jersey v. United States*⁷²⁰ y, *United States v. American Tobacco*.

Además, el balance competencial dependía de evaluar si los acuerdos (1) conducirían a la fijación de los precios, perjudicando al público; (2) si permitirían a las empresas limitar la producción; o (3) si ponían en peligro la calidad de los productos. Límites que permitieron a la *rule of reason* beneficiar, sobre todo, a las restricciones (o tipos contractuales)⁷²¹ verticales no vinculados a los precios⁷²², tanto bajo la forma de cláusulas de exclusividad territorial, de exclusividad de aprovisionamiento o de prestación de servicios conexos.

⁷¹⁹ El test de legalidad del balance contable fue consagrado, definitivamente, en el caso *Board of Trade of Chicago v. U.S.*, de 1918 (246 US 231). Véase, además: THORELLI, Hans B.: *Op. cit.*, p. 222.

⁷²⁰ En la decisión proferida en el caso *Standard Oil of New Jersey v. US* (221 US 1), la Suprema Corte apelaba a una regla o principio de interpretación que, por la formulación genérica del art. 1º del *Sherman Act*, es la *rule of reason* ya conocida del *common law*.

Sin embargo, según ésta regla, con origen en la tradicional doctrina de la restricción de la competencia (*restraint of trade*), consagrada en la práctica anterior de los tribunales del sistema de la *common law*, toda restricción de la competencia se presume mala a la ley, solamente siendo aislada tal presunción si determinadas condiciones se consideraren cumplidas, máxime si fuera una restricción voluntaria, limitada en el espacio y el tiempo y que tenga una contrapartida para la competencia (*consideration*). Otros criterios utilizados tienen su base en la observación razonable de una relación costes beneficios y en la necesidad de la restricción para la protección de los intereses legítimos de las partes. La *rule of reason* que la aplicación del *Sherman Act* desencadenó representa una mutación fundamental ante la doctrina tradicional de la *restraint of trade* (restricción de la competencia). Es que ahora no existe cualquier presunción de nocividad del acuerdo de concentración, a partir de la constatación de su existencia. Es necesario someterlo al balance competencial y comprobar su contrariedad con el interés público (contrariedad esa expresada en la restricción injustificada de la competencia). Véase: FASQUELLE, Daniel: *Droit américain et droit communautaire des ententes: étude de la règle de raison*. GLN Joly, Paris, 1993, p. 33; THORELLI, Hans B.: *Op. cit.*, p. 222-223.

⁷²¹ Los acuerdos relativos a los derechos de propiedad industrial o los acuerdos de licencia de patente, por ejemplo.

⁷²² Así sucedió en el caso *White Motor Co. v. US*, 372 US 253, de 1963, donde, ante un acuerdo que establecía un sistema de repartición de clientelas y fijación de zonas geográficas de actuación, la Suprema Corte (con bases en la jurisprudencia *Standard Oil*, de 1911), no solamente recusó afirmar apriorísticamente su ilicitud, sino también acabó por admitir la validez de las restricciones verticales, en virtud de sus posibles efectos positivos para la competencia.

En 1967, en el caso *US v. Arnold Schwinn and Co.*, la Suprema Corte expresó una posición radicalmente divergente, al considerar un sistema de repartición territorial de la clientela presumidamente ilegal si el concesionario asume riesgos en la adquisición y distribución de los productos distribuidos. Esta decisión, todavía, apenas desvió, temporalmente, el largo camino que esta instancia jurisprudencial ha traspasado. Véase, entre

Exigencias pragmáticas derivadas de la generalización del análisis de las implicaciones de competencia según la rule of reason, han conducido al surgimiento y desarrollo de un método simplificado de la rule of reason: el quick look, en que el juez se limita a verificar la existencia de la competencia interbrand y la inexistencia de un poder sobre el mercado^{723/724}.

De todas formas, sea cual sea la concepción de la rule of reason, lo que prevalece es la idea de que el análisis sobre lo razonable de las restricciones debe tener en cuenta solamente el impacto de la restricción, y no otros factores⁷²⁵. Se trata, en realidad, de concebir estrictamente el método del balance de la competencia, no considerando otras dimensiones del acuerdo (que ya están presentes en las concepciones europeas continentales que contienen el llamado balance económico) y limitando el método de la rule of reason a su función de determinar el saldo neto competencial de un acuerdo de concentración.

otros: FASQUELLE, Daniel: *Op. cit.*, p. 64; RUIZ PERIS, Juan Ignacio: *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*. Civitas, Madrid, 1991, p. 41.

⁷²³ PARDOLESI, Roberto: *Gli aspetti giuridici di una politica di concorrenza*. *Op. cit.*, p. 567.

⁷²⁴ En la decisión *Valley Liquor Inc v. Renfield Importers Ltd*, el Tribunal del 7 Circuit (108 S Ct. 488, 1987) esclarecía que el desencadenar de la *rule of reason* (y de la consecuente análisis de las restricciones *intra-brand*) solamente se daría si fuese una coligación con poca importancia. Todavía, la jurisprudencia norteamericana tiende a dar relevo no tanto al peso numérico de la empresa en el mercado (meramente estadístico), pero sí al poder que tiene la empresa sobre el mercado. La empresa tendrá poder sobre el mercado cuando consiga condicionar la procura de manera para garantizar una afectación permanente del consumo, por ejemplo por medio del control de precios. Véase, de entre otros: BURNS, Jean Wegman: *Op. cit.*, p. 650; RODRIGUES, Eduardo Lopes: *O Acto Único Europeu e a Política de Concorrência*. Vol. 30, Banco de Fomento Exterior, Lisboa, 1990, p. 231.

El poder en el mercado resulta esencialmente de la combinación de tres factores: la elasticidad de los precios de procura; la cuota del mercado de la empresa dominante; y la elasticidad de la oferta de las empresas no agrupadas. Véase: UTTON, M. A.: *Op. cit.*, p. 81; HAWK, Barry: *La Révolution Antitrust Américaine: Une Leçon Pour la Communauté Économique Européenne*, RTDE. 25, 1, 1989, p. 22-24.

⁷²⁵ En la decisión *National Society of Professional Engineers N.S.P.E. v. V.S.*, 435 US 677, 1978, el tribunal afirmó que el método de la *rule of reason* no visaba tutelar los intereses de los consumidores o usuarios, en una concepción restrictiva. De todas formas, parece que el Tribunal no fue coherente, ya que también ha producido afirmaciones sencillamente justificables a la luz de las concepciones de la eficiencia, declarando que el *Sherman Act* exprime el entendimiento del legislador según el cual la libre competencia producirá no solamente precios bajos, pero también mejores mercaderías y servicios, siendo la competencia el mejor método de repartición de los recursos en un mercado libre. Además, afirmó en la misma decisión que todos los elementos de un contrato, y no solamente el coste inmediato, son favorablemente afectados por la libertad de escoger entre ofertas alternativas. Véase, para un estudio de la aludida decisión: BONASSIES, Pierre: *Les fondements du droit communautaire de la concurrence...* *Op. cit.*, p. 54-55; BORK, Robert H.: *Legislative intent and the policy of the Sherman Act*. *Op. cit.*, p. 40-42.

En los últimos años, finalmente se ha acentuado en EE.UU. la comprensión de que es insuficiente un análisis superficial del mercado, que se limite a deducir los efectos de no competencia de la simple estructura del mismo, afirmándose la existencia de una conducta ilícita, siendo necesario un análisis del sector en causa que demuestre la presencia de un poder de dominación e influencia sobre este mismo mercado, derivado de la existencia del grupo económico⁷²⁶.

2.2. La Federal Trade Commission Act. y la Clayton Act.

El sistema norteamericano, complementando lo establecido por la Sherman Act., pasó a estar dotado, a partir de 1914, de dos nuevas reglamentaciones de defensa de la competencia: la Federal Trade Commission Act y la Clayton Act.

Dos razones fundamentales fueron las que llevaron a la elaboración de estas dos normas federales: a) las incertidumbres relativas a la noción de monopolio creadas por el Tribunal Supremo en el asunto Standard Oil⁷²⁷ y; b) la protección contra las prácticas desleales⁷²⁸.

1) La Federal Trade Commission Act creó la Federal Trade Commission, con la finalidad de impedir que las personas, sociedades o empresas (excepto la banca y los transportes ordinarios sujetos a las leyes que regulan el comercio), utilicen métodos ilícitos de competencia en el comercio (art. 5º). Además, a la Comisión compete, de entre otras atribuciones establecidas en el art. 6º del mencionado Act (Public Law nº 203, 63 Congress), por orden del Presidente de los EE.UU. o de cualquiera de las casas del Congreso Federal:

a) investigar y relatar los hechos referentes a alegadas violaciones de las leyes antitrust por cualquier empresa;

b) investigar, periódicamente, las condiciones de intercambio con los países extranjeros, donde empresas y contratos, industriales, mercantiles, o

⁷²⁶ HAWK, Barry y VELTROP, James D.: *Op. cit.*, p. 300.

⁷²⁷ Véase, en ese sentido: SCHERER, F.M.: *Competition Policy, Domestic and International*. Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, 2000, p. 464-465.

⁷²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto: *Direito concorrencial – as estruturas*. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 56-57.

de cualquier otra condición, puedan afectar el comercio exterior de los EE.UU. y;

c) finalmente, llevar al conocimiento del Congreso de los EE.UU. el resultado de tales investigaciones y las providencias tomadas en el caso concreto⁷²⁹.

2) A su vez, la Clayton Act, estando definido como el acto que complementa la legislación en vigor contra las restricciones ilícitas y monopolios, declaró ilegal las prácticas comerciales restrictivas, ejemplificándolas: a) discriminación de precios; b) contratos de exclusividad; c) adquisición de participación en empresas en competencia⁷³⁰.

En cuanto a la adquisición de participación en empresas en competencia, el art. 7º de la Clayton Act, prohíbe:

a) a las empresas adquirir directa o indirectamente, en todo o en parte, las acciones de otra sociedad, también mercantil, si de la adquisición puede resultar en la reducción sustancial de la competencia entre las dos empresas, o a la limitación al comercio en cualquier parte del territorio o provincia, o venga a contribuir a establecer monopolio en cualquier sector del comercio;

b) la adquisición de las acciones de dos o más sociedades mercantiles, si de la adquisición o del uso de las acciones, por el adquirente o su representante legal, puede resultar la reducción sustancial de la competencia entre estas empresas⁷³¹.

Se verifica que la ilegalidad de tales prácticas se vincula a la existencia de un perjuicio sustancial para la competencia en el mercado. No alcanzó todavía la Clayton Act las eliminaciones de competencia provenientes de concentraciones derivadas de adquisiciones de activos de otras empresas.

⁷²⁹ MORENO MOLINA, Angel Manuel: Aspectos institucionales del Derecho de la competencia, en: *Derecho europeo de la competencia*. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar (coordinadores): Editorial Colex, Madrid, 2000, p. 430-436.

⁷³⁰ VAZ, Isabel: *Direito econômico da concorrência*. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 97-99. Sería este el caso de un grupo de sociedades de participación circular. Véase la Primera Parte, Capítulo II, apartado 4.2.1., arriba.

⁷³¹ BRITO, Beatriz Gontijo de: *Concentração de Empresas no Direito Brasileiro*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 162.

Así, en el asunto *Columbia Steel Co. v. United States*⁷³², la mayor sociedad accionista de EE.UU., que pasó a tener una cuota de participación en el mercado de acero para la construcción en el montante de un 51% del mercado interno (las sociedades en competencia detentaban un 9%, 6% y un 3%), el Tribunal Supremo optó por la validez de la concentración. A partir de esa decisión, se pasó a discutir la necesidad de reformar el art. 7º de la Clayton Act⁷³³.

En 1950, la sección 7ª de la Clayton Act sufrió una enmienda, por medio de la Celler-Kefauver Act, reformulándola para aplicarla también a las restricciones de la competencia por medio de la concentración de empresas efectuadas por la adquisición de los activos de una sociedad en competencia. Sin embargo, tal control de concentración solamente ocurriría cuando el resultado de tal adquisición pudiera generar una disminución sensible de la competencia o una tendencia de creación de un monopolio⁷³⁴.

El Tribunal Supremo, en sus decisiones, se basaba en el grado de concentración en el mercado, como elemento decisivo de análisis. En la decisión *Brown Shoe Co. v. United States*⁷³⁵, primer caso a ser juzgado después de la Celler-Kefauver Act, partiendo del grado de concentración en el mercado antes y después de la concentración, se consideró ilegal una operación de empresas (fabricante y distribuidor de zapatos) que detentaban, conjuntamente, un 6% del mercado (mercado este que se encontraba bastante desconcentrado).

En el mismo sentido, en el asunto *United States v. du Pont de Nemours & Co.*⁷³⁶, el Tribunal Supremo consideró ilícito el control de un 23% de las acciones de la General Motors Co. por la du Pont, concluyendo que tal práctica generaría una limitación de venta para las sociedades distribuidoras en competencia.

⁷³² 334 U.S. 495 (1948).

⁷³³ SHIEBER, Benjamin: *Abusos do poder econômico (direito e experiencia antitruste no Brasil e nos E.U.A.)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966, p. 174-175.

⁷³⁴ SANTACRUZ, Ruy: *Prevenção antitruste no Brasil: 1991-1996*. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1998, p. 51-52; HOVENCAMP, Herbert: *Federal Antitrust Policy – the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publishing, 1994, p. 442.

⁷³⁵ 370 U.S. 294 (1962).

⁷³⁶ 334 U.S. 586 (1957).

Ya en los años 70 (1976), vió la luz una nueva reglamentación de la competencia, la Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act. La característica esencial de ese texto legal es la determinación de la obligación de comunicación previa de los actos de concentración que excediesen un determinado límite monetario.

Finalmente, en los años 70 y 80, se verifica otro movimiento de concentración de las empresas en EE.UU., lo que permitió establecer las bases para la estructura del mercado oligopólico presente, actualmente, en distintos sectores de la actividad productiva norteamericana.

No obstante, otra visión va siendo introducida en el Derecho antitrust norteamericano, derivada de la influencia de la Escuela de Chicago, pasando las concentraciones de empresas a ser asociadas con los beneficios de la eficiencia⁷³⁷.

2.3. La doctrina de la Per Se Prohibition

Es cierto, todavía, que la consagración de la necesidad de interpretar de forma razonable el contenido prohibitivo de las normas no ha dejado de conocer límites, impuestos por la comprensión prohibitiva de la Sherman Act⁷³⁸.

El Tribunal Supremo, aunque haya aceptado la rule of reason, no la ha aceptado de forma ilimitada e irrestricta. Motivada por razones de claridad, seguridad jurídica y celeridad, por razones de control público relativo a ciertos tipos de acuerdos, esta instancia formuló el principio de la prohibición per se de ciertas conductas.

Además, estableció que ciertas conductas, tales como los acuerdos de fijación de precios⁷³⁹ y las prácticas discriminatorias son

⁷³⁷ POSNER, Richard A.: *Antitrust law, an economic perspective*. The University of Chicago Press, Chicago/London, 1976, p. 214.

⁷³⁸ De ahí que sea posible encontrar quien entienda la *rule of reason* como una excepción a la regla general de la prohibición *per se*. Véase, en ese sentido: UTTON, M. A.: *Op. cit.*, p. 152 y ss.

⁷³⁹ En el caso *United States v. Socony-Vacuum Oil Co. Inc.*, 310 U.S. 150 (1940), donde dicha conducta fue prohibida, aunque las partes no tuvieran capacidad de influir en los precios. A medida en que el grupo tuviera la capacidad de aumentar, disminuir o estabilizar los precios, estaría interfiriendo en el libre juego de las fuerzas de mercado.

perjudiciales al mercado y presumiblemente ilegales, independientemente a la sujeción al método del balance competencial, debido a su efecto pernicioso y, independientemente a su objetivo o efecto anticompetencial⁷⁴⁰.

Según nuestra opinión no se trataba aquí, de un método complementario de apreciación de una convención a la luz del § 1 de la Sherman Act, sino de una doctrina que, más por razones pragmáticas que de corrección jurídica, limitaba el alcance de la rule of reason⁷⁴¹.

Todavía, cuanto a los precios máximos, la ilicitud *per se* no fue proclamada de forma pacífica y unánime, siendo ejemplo de eso el caso *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram Sons, Inc.* (340 US 211, de 1951), donde el Tribunal Supremo contrarió la solución dada por la Corte de Apelación, que había considerado que un acuerdo de fijación de precios máximos no restringía la competencia. Véase: DUWEL, Irène Torley: *Signification du mot enterprise dans le sens de l'article 85 du traité C.E.E.: à propos d'accords entre sociétés mères et filiales et filiales entre elles*, RTDE. 1969, p. 401.

Además, la prohibición de los acuerdos de precios tienen sus bases en un postulado que no siempre puede ser verificado: el de que la fijación de los precios conduce siempre a los precios de monopolio y respectivas ganancias, lo que, como bien se puede comprender, pero no siempre acontecerá. Piénsese apenas en la hipótesis del acuerdo para impedir una competencia auto-aniquilante o permitir el desarrollo de otras formas de competencia, también ellas exigiendo inversiones y aplicaciones de capitales. La identidad de los precios puede aún resultar de comportamientos paralelos o de la homogeneidad de la estructura de los costes, no consubstanciado en la constitución de un grupo de sociedades. De ahí que, en esta hipótesis, se deba dar una posibilidad a los mecanismos de flexibilización, aunque, creemos, no por la apertura demostrada por la Escuela de Chicago. Véase, de entre otros: PARDOLESI, Roberto: *Regole antimonopolistiche del trattato CE e orientamenti di distribuzione: tutela della concorrenza o dei concorrenti?*. Foro It., nº IV, Milano, 1978, p. 83-86.

⁷⁴⁰ JOLIET, René: *The rule of reason in antitrust law. Op. Cit.*, p. 53.

⁷⁴¹ La conclusión de que la prohibición *per se* es apenas una derivación de la rule of reason es expresamente afirmada por la doctrina. Véase, de entre otros: WILS, Geert: *Rule of Reason: une règle raisonnable en droit communautaire?*. CDE, nº 1-2, 1990, p. 26. Es la misma interpretación utilizada para determinados tipos de acuerdos, los llamados *tying arrangements*, entendidos como los acuerdos por medio de los cuales una persona acepta vender a otra persona un producto (*tying product*) bajo la condición del adquirente comprar otro producto adicional (el *tied product*).

Los *tying arrangements*, además de los acuerdos de distribución exclusiva, la discriminación de precios y la adquisición de empresas en competencia, habían sido prohibidos por el *Clayton Act* (1914), y los fundamentos de su prohibición jurisprudencial fueron definidos en las decisiones *Northern Pacific Railways Co. v. US* (356 US 1, 1958) y *Standard Oil of California v. US (Standard Stations)*, 337, US, 1949). Tales fundamentos están calificados como el poder económico de la empresa que impone la compra del *tied product* y la utilización de ese poder en el objetivo de obligar la compra casada.

En la decisión *Jefferson Parish Hospital District nº 2 c. Hyde* (466 US 2, 1984), donde el Tribunal definió las condiciones de aplicación de una regla de prohibición *per se* a este tipo de acuerdos: la diferenciación de los productos (que transforme sus mercados distintos); el poder del vendedor de imponer la venta casada en el mercado del producto casado; finalmente, la restricción sustancial del comercio operada por el acuerdo (UTTON, M. A.: *Op. cit.*, p. 256). Por otro lado, la doctrina tiende a considerar que tales requisitos se fundamentan en la reducción de la competencia *interband*, o sea, de la competencia con otros servicios que puedan satisfacer las mismas necesidades del mercado.

En la secuencia de la decisión *Hyde*, el Departamento de Justicia elaboró los *Vertical Restraints Guidelines* (US Department of Justice, Antitrust Division, Washington, 1985), que establecen un índice de poder sobre el mercado inductor de una prohibición radical de las restricciones verticales. Todavía, nos permitiremos dos observaciones: La primera sería el

Partiendo de las rule of reason, la doctrina de la per se prohibition simplemente dispensa la evaluación concreta de los efectos de la conducta sobre el juego de la competencia, estableciendo una presunción de lo irrazonable. Tal presunción tiende a ser absoluta, no admitiendo prueba en contrario. Así, quien se queja de una práctica o acuerdo que se entienda como abarcado por la regla de la per se prohibition tiene solamente que comprobar la existencia de la práctica o del grupo de empresas, ya que se encuentra establecida la presunción a su favor de que la conducta restringe la competencia⁷⁴².

Tal entendimiento es criticado, no solamente por ignorar las circunstancias del caso concreto, sino también por partir de una concepción metodológicamente anticuada, según la cual, lo que está claro no hace falta que sea interpretado, además de negar el carácter conformador de la intervención judicial.

Como luego veremos, ésta concepción presenta manifestaciones comunitarias, de que podrá ser ejemplo la famosa teoría del acto claro, formulada por el Consejo de Estado francés y aceptada por el TJCE en 1982, en la decisión Clifit⁷⁴³. Está claro pues que la doctrina y la propia jurisprudencia, principalmente a partir del caso Sylvania⁷⁴⁴, en 1977, bajo el impulso de la Escuela de Chicago, tengan sentido la necesidad de combatir la per se prohibition, reafirmando la validez del principio de la interpretación razonable.

hecho de que estas directrices se basaren en un índice no solamente complejo como asiente en un elemento que, hoy por hoy, se considera como no decisivo, la cuota de mercado. La segunda el hecho de no estar cualificadas como vinculantes para los tribunales. Finalmente, tales orientaciones fueron revocadas en 1993. Véase, de entre tantos: THIEFFRY, Patrick: *L'appréhension des systèmes de distribution en droit américain...* Op. cit., p. 666; BURNS, Jean Wegman: Op. cit., p. 611; HAWK, Barry E. y VELTROP, James D.: Op. cit., p. 312; HAWK, Barry: *La révolution antitrust Américaine: ...* Op. cit., p. 29.

⁷⁴² DUNFEE, James y GIBSON, Michael: *Antitrust and Trade Regulation*. J. Wiley, New York, 1985, p. 56.

⁷⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982. Asunto 283/81, Recueil de Jurisprudence 1982, p. 03415.

⁷⁴⁴ *Continental T.V. v. G.T.E. Sylvania*, 433 US, 54, 1977, en que la Suprema Corte confirmó la decisión proferida por el 9 Circuit Court (53 F. 2d 980, de 1976).

3. Los objetivos del Derecho de la competencia norteamericano y la concentración empresarial

Las motivaciones del Derecho anti-trust norteamericano son distintas. Entre ellas se destacan los posicionamientos representados por la Escuela de Harvard y por la Escuela de Chicago.

a) Para los seguidores de la Escuela de Harvard, también llamada Escuela estructuralista (entre tantos, Phillip Areeda, D. Turner, C. Keyse, Salivan), se debe dar énfasis a la estructura desconcentrada del mercado y a la inexistencia de barreras a la entrada de nuevas sociedades en el mercado, evitándose las disfunciones del propio mercado. Se sostiene que las excesivas concentraciones de poder en el mercado deben ser evitadas mediante la adopción de políticas públicas. La preocupación está en la existencia efectiva del poder de mercado y sus principales condicionantes, al paso que la preocupación con las eficiencias que podrían generar las concentraciones son mínimas.

Este paradigma estructuralista, basado en el modelo estructura-conducta y desempeño⁷⁴⁵, influyó las investigaciones de las concentraciones empresariales. Se adoptó una posición tendente a impedir la formación del monopolio en su origen, evitando, así, conductas anticompetitivas. Se trataba de evitar actos que pudieran fomentar en un futuro próximo un proceso de concentración capaz de provocar una estructura de mercado altamente concentrada, conducente a prácticas anticompetitivas⁷⁴⁶.

Esa orientación estuvo presente en la decisión *Philadelphia National Bank v. United States*⁷⁴⁷. Aunque distintos factores calificaban las consecuencias de la concentración, el grado de la concentración en el mercado fue considerado por el Tribunal Supremo como el más importante del caso en análisis. La preocupación del Congreso con la tendencia a la concentración de los operadores en el mercado justifica dispensar, en ciertos casos, la necesidad

⁷⁴⁵ MALARD, Neide Teresinha: *Integração de empresas: concentração, eficiência e controle*. Arquivos do Ministério da Justiça, V. 48, nº 185, Brasília, jan./jun. 1995, p. 48; SALGADO, Lúcia Helena: *Aspectos econômicos na análise de atos de concentração*, *Revista do Ibrac*. V. 4, nº 1, São Paulo, jan. 1997, p. 34.

⁷⁴⁶ BELLO, Carlos Alberto: *Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência dos EUA*, *Revista do Ibrac*. V. 4, nº 3, São Paulo, mar. 1997, p. 10-11.

⁷⁴⁷ 374 U.S. 321 (1963).

de presentar pruebas detalladas de la estructura y del comportamiento en el mercado, y de los probables efectos contrarios a la competencia. Específicamente, una fusión que genere, por un lado, el control de una parte indebida del mercado y, por otro lado, favorezca el crecimiento significativo de la concentración de las empresas, tiene grandes probabilidades de disminuir, de forma considerable, la competencia en el mercado, necesitando ser controlada, con independencia de acudir a las pruebas que demuestren que la aludida fusión presenta efectos anticompetitivos⁷⁴⁸.

b) La llamada Escuela de Chicago nació en los años 1950, adquiriendo su punto máximo en el gobierno de Ronald Reagan. Para sus seguidores (entre ellos R. Bork o R. Posner), la eficiencia alcanzada por medio del comportamiento racional-maximizado que ocasiona la concentración en el mercado, beneficia al consumidor, siendo éste el mayor objeto de la política legislativa norteamericana. Este valor se sobrepone, admitiendo la existencia de monopolios, al valor de la competencia en el mercado, salvo que resulte en la reducción de la producción y el consecuente aumento de los precios en el mismo⁷⁴⁹. Para esta Escuela, entre los cambios de criterio de evaluación de las concentraciones de las empresas, propone dar mayor importancia a las eficiencias económicas de la concentración y menor importancia al ejercicio del poder económico. La Escuela de Chicago es, en la actualidad, la principal fuente de referencia doctrinal en EE.UU. para el Derecho de la competencia y el sistema de control de las concentraciones empresariales. A continuación profundizaremos en su análisis.

4. La Escuela de Chicago y la consideración de las restricciones verticales

En la reducción del ámbito de la regla de la prohibición per se y en la revaloración de la rule of reason, con la consecuente negación de modelos de aplicación mecánica de la norma, desempeñó un especial papel el modelo

⁷⁴⁸ HOVENCAMP, Herbert: *Federal Antitrust Policy – the law of competition and its practice*. Op. cit., p. 465.

⁷⁴⁹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga: *As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, par. 1º, da Lei nº 8.884, de 11.06.1994)*, *Revista do Ibrac*. V. 3, nº 6, jun. 1996, p. 112.

de concepción de la competencia desarrollado en la década de los 70 (del siglo XX) por la Escuela de Chicago⁷⁵⁰.

Para los juristas de esta Escuela, deberá haber un regreso al mercado (como parte de la nueva lectura) y la noción central y justificativa del Derecho de la competencia es la eficacia económica, que conducirá a la maximización de la posición de los consumidores⁷⁵¹. Existiendo cada vez menos un mercado en competencia pura o perfecta, se acepta en competencia hasta mismo el mercado que esté compuesto por un número reducido de agentes económicos.

El paradigma es ahora el de la eficiencia económica, haciendo un reparto óptimo de los recursos y de los factores de producción, y englobando en su seno los costes de información y de transacción, que son claramente considerados como parte integrante del proceso productivo⁷⁵².

Como el mercado no permite garantizar la afectación óptima de esos recursos, debido, sobremanera, a la existencia de los free riders (que se aprovechan de las actividades de promoción realizadas por alguno de los agentes económicos para vender sus productos o prestar sus servicios, obtenidos a costes inferiores, ya que no dispendieron de sumas abultadas en la promoción y divulgación de sus productos), la radical ilicitud de las prácticas de concentración inducirá a una lógica de subdesarrollo que operará en perjuicio de los productores y los consumidores⁷⁵³.

Fue en este marco en el que el propio mercado generó mecanismos de protección en contra de los free riders (v.g., las redes de distribución), racionalizando y armonizando la información que llega a los

⁷⁵⁰ Para una breve, pero incisiva explicación de la doctrina defendida por esta corriente, véase: BURNS, Jean Wegman: *Op. cit.*, p. 607 y ss.; WAELBROECK, Michel: Vertical agreements: is the Commission right not to follow the current U.S. policy?, *Swiss Review of International Competition Law*. nº 25, October, Geneve, 1985, p. 46-47.

⁷⁵¹ La ineficiencia de los precios de monopolio y la eficiencia económica que caracterizan un sistema de ley antitrust. Como consecuencia de la aplicación de la teoría de los precios, la eficiencia debería ser elevada a la condición de objeto único del Derecho de la competencia. Véase, en ese sentido: POSNER, Richard A.: *Op. cit.*, p. 4; DANET, Didier: *Le Conseil de la concurrence: jurisdiction incomplète ou jurisdiction innommée?*, *RIDE*. 1991, p. 7.

⁷⁵² NICOLAIDES, Phedon: *The Competition policy of the European Community*. IEAP, Maastricht, 1994, p. 9; OCDE (OECD): *Trade and competition policies: comparing objectives and methods*. Trade policy Issues, nº 4, Paris, 1994, p. 21.

⁷⁵³ LEPAGE, Pierre: L'École de Chicago et la concurrence, *Revue de la concurrence, des prix et de la consommation*. Paris, 1981, nº 14, p.4.

consumidores; seleccionando y protegiendo a los distribuidores. Tales redes constituyen factores de competencia y promoción de la eficacia económica, y no de su restricción.

Sin embargo, el argumento de existencia de los free riders, en algunos casos, puede ser utilizado por los agentes del mercado como un salvoconducto para la actuación restrictiva de la competencia, tales como la fijación de los precios de reventa por parte de los fabricantes. Para tener un mayor control de tal actividad, deberían los acuerdos existentes entre los distribuidores y fabricantes estar sometidos al balance competencial o al balance del bienestar de las distintas clases de agentes económicos (fabricantes, distribuidores, consumidores).

De este modo, las jurisdicciones norteamericanas acabaron por establecer, a favor de las restricciones verticales (generalmente derivadas de una de las especies contractuales de los grupos de sociedades), una presunción simple de legalidad, incluso en aquéllas relativa a los precios⁷⁵⁴.

Finalmente, una perspectiva de aceptación de las restricciones verticales de la competencia, beneficiándose de una presunción de legalidad, aunque sujetas al balance competencial de tales restricciones, trae un nuevo sentido para la diferenciación de las restricciones dentro de la red (intrabrand competition, v.g., restricciones de la competencia entre los miembros de un mismo grupo de sociedades de distribución de un determinado producto), y las restricciones con efectos sobre los productos y servicios de otros agentes externos en competencia (interband competition), que poseen marcas distintas. Si las restricciones verticales restringen o eliminan la competencia de productos de una misma marca, lo cierto es que tienen efectos positivos en cuanto refuerzan la competencia entre grupos que distribuyen productos o prestan servicios de la misma naturaleza, pero de marcas distintas. Esta fue, sin duda, una contribución del entendimiento de la Escuela de Chicago en cuanto al entendimiento y adopción de la rule of reason.

⁷⁵⁴ Decisión de la Suprema Corte *Business Electronics Corp. v. Sharp Eletronics Corp.* (108. S Ct., 1988, 725, 1515), donde era el demandante quien le incumbía probar que las razones de la *Sharp* para excluir de la red (vender por debajo del precio de los demás miembros del grupo de sociedades), no eran justificables a la luz del balance competencial. Véase: FASQUELLE, Daniel: *Op. cit.*, p. 72-73.

5. El impacto de las operaciones de concentración en el mercado

¿Como pueden verificar a las consecuencias que el acto de concentración de empresas puede generar?

Preliminarmente, se evalúa si del acto ha provenido bien una concentración o el crecimiento de una concentración ya existente. Es necesario, como primer paso, definir el mercado en el cual las empresas pueden, efectivamente, ejercitar su poder económico, sea por producto o medio geográfico y, en segundo término, medir la participación relativa en el mercado y el grado de concentración⁷⁵⁵.

La participación relativa y el grado de concentración del mercado son apenas indiciadores (no definitivos) de la existencia del poder de mercado, que se identifica con el poder de controlar precios o de excluir la competencia.

Se consideran participantes del mercado relevante a las empresas actuales que, en su área geográfica, producen o venden, así como a aquéllas que ante de un pequeño, pero significativo crecimiento de los precios, entran rápidamente en la producción o venta de un determinado producto, sin tener costes adicionales de entrada y salida de este mismo mercado (estarían aquí las empresas en competencia potencial)⁷⁵⁶.

¿Cómo será posible medir esta participación en el mercado? El Horizontal Merger Guidelines (de 1992), se basa en el total de ventas o capacidad productiva de la empresa, en respuesta a un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de los precios. Puede ser expresada en dólares, volumen de ventas, producción, reservas, facturación,...⁷⁵⁷.

El grado de concentración presente antes y después del acto de concentración es evaluado, según el Horizontal Merger Guidelines de 1992, utilizándose el Herfindahl-Hirshamn Index (HHI), por medio de la suma de los cuadrados de las cuotas individuales de todos los operadores en el mercado.

⁷⁵⁵ HOVENCAMP, Herbert: *Federal antitrust Policy – the law of competition and its practice*. Op. cit., p. 456.

⁷⁵⁶ MORGAN, D. Thomas: *Cases and materials on modern antitrust and its origins*. St. Paul: West Publishing, 1994, p. 888.

⁷⁵⁷ *Horizontal Merger Guidelines*. April 2. 1992.

De una manera general, se considera no concentrado el mercado si el HHI permanece inferior a 1000; relativamente concentrado si varía desde 1000 hacia 1800 y; altamente concentrado cuando el HHI es superior a 1800. Así, podríamos resumir la aplicación del HHI en cinco puntos:

1) Si el HHI, después de la concentración, permanece inferior a 1000, se considera que el acto no ha producido efectos de no competencia;

2) Si el HHI, después de la concentración, permanece entre 1000 y 1800, dos alternativas pueden ocurrir: a) si la concentración de empresas genera un aumento del HHI inferior a 100, el acto debe ser aprobado; b) si la concentración de empresas genera un aumento del HHI superior a 100, entonces se deberá investigar el acto y sus aspectos a favor de la competencia y en contra de la competencia, para su posible autorización;

3) Si el índice (HHI) se sitúa por encima de 1800, pero la variación proporcionada por la concentración es inferior a 50, el acto de concentración debe ser aprobado;

4) Si el HHI se sitúa por encima de 1800 y, después de la concentración, este índice oscila entre 50 y 100, hay riesgos de efectos anticompetitivos, debiendo el acto ser investigado bajo la óptica de otros elementos definidores de la concentración en el mercado y la no competencia;

5) Finalmente, si el aumento del HHI es igual o superior a 100, existe presunción de que la operación implica excesiva concentración en el mercado, debiendo los operadores que realizan tal instrumento jurídico realizar la prueba de que la operación no genera o refuerza el poder en el mercado ya detenido.

Están previstos en el Horizontal Merger Guidelines datos de participación y concentración que pueden subestimar o sobrestimar el significado competitivo futuro de una empresa en el mercado, entre los que se destacan: a) cambios en las condiciones del mercado; b) grado de diferenciación entre los productos; c) localización de los operadores en el mercado y; d) sustitutos que están fuera del mercado en análisis.

A título de ejemplo del primer factor, se destaca la disponibilidad de una tecnología nueva para la viabilidad de la competitividad en el mercado,

cuando una determinada empresa adquirió tal tecnología y las demás no. Este simple hecho hará cambiar radicalmente las estructuras del mercado, siendo posible que el HHI esté sobrestimado para la empresa que no tiene la nueva tecnología y, por el contrario, subestimado para aquella que adquirió la tecnología nueva.

Este es el mensaje central de la decisión *General Dynamics Corp. v. United States*, en la cual se verificó que empresas extractoras de carbón se concentraron, deteniendo un 23,2% de las cuotas de mercado en Illinois. Basada en este porcentual, el Tribunal Supremo podría condenar el acto de concentración. Sin embargo, consideró que la unión no comprometía los compradores a largo plazo, además de que no tendrían estos operadores como adquirir reservas de carbón en el futuro (ya que las mismas estaban acabando), siendo aprobada la concentración⁷⁵⁸.

Por otro lado, el daño potencial de una concentración es mayor cuando los productos fuera del mercado relevante no son sustitutos próximos para los productos del mercado relevante, o la zona geográfica de actuación de los operadores en concentración es casi un impedimento para la actuación de nuevos actores.

Conjuntamente con estos factores, se consideran otros datos, tales como el respeto a las condiciones de entrada de nuevas empresas en competencia, además de la eficiencia de los operadores en el mercado.

En cuanto al análisis de la entrada, se considera la existencia y el nivel de barreras en el mercado relevante. Son inexistentes barreras a la entrada cuando hay participantes no comprometidos dispuestos a obtener beneficios de eventuales aumentos de los precios practicados por las empresas que se asociaron, mediante una concentración. La entrada es calificada como fácil cuando aquéllos que participan del acto de concentración no pueden mantener un aumento de precios por encima de los niveles existentes con anterioridad a la concentración. Tal entrada detendrá la concentración anticompetencial en el inicio o neutralizará sus efectos. Por otro lado, la entrada comprometida es aquella cuyos costes no recuperables de

⁷⁵⁸ 415 U.S 486 (1974).

inversión inicial son significativos. Se verifica si puede ocurrir dentro de un período razonable, o sea, no superior a dos años; si es económicamente lucrativa; y si es suficiente para permitir que todas las condiciones de venta o compra sean por ello explotadas (canales de distribución, tecnología de producción, etc.).

La concentración de empresas, aunque produzca efectos anticompetitivos, puede generar eficiencias, las cuales justifican, muchas de las veces, su aprobación⁷⁵⁹. En ese sentido, la apreciación del acto es precedida de un análisis de coste/beneficio, debiéndose compensar el coste⁷⁶⁰, con los beneficios⁷⁶¹ que resultarán de la operación⁷⁶².

Finalmente, las eficiencias reconocidas en el Horizontal Merger Guidelines de 1992, son: a) economías de escala; b) mejor integración de instalaciones productivas; c) especialización de la producción; d) menor coste de transportes; e) eficiencias relativas a la manufactura, servicios, u operaciones de distribución específicas de las empresas en fusión.

Para concluir, es importante subrayar que otras eficiencias pueden ser consideradas, aunque no referidas en el documento, pero comprobadas por las partes interesadas.

6. Breves conclusiones

La actitud global del ordenamiento jurídico norteamericano, de rechazo de la definición apriorística de lo que sean restricciones de la competencia, se debe considerar positiva. Se debe valorar como positiva también, a nuestro entender, la rehabilitación del mercado, con la consagración de la rule of reason.

⁷⁵⁹ MORGAN, D. Thomas: *Op. cit.*, p. 905-906.

⁷⁶⁰ Situaciones de monopolización u oligopolización que resultan en precios competitivos. MALARD, Neide Teresina: *Integração de empresas: concentração, eficiência e controle*. *Op. cit.*, p. 210.

⁷⁶¹ Eficiencia – crecimiento de la competitividad y menor precio al consumidor. *Horizontal Merger Guidelines*. April 2. 1992.

⁷⁶² HOVENCAMP, Herbert: *Op. cit.*, p. 445.

No obstante, aunque tenga nuevas concepciones, lo cierto es que el sistema no se desprendió de la matriz que entiende la competencia como el elemento fundamental (la piedra filosofal) del sistema jurídico federal norteamericano de defensa de la competencia, permitiendo definir con claridad una línea consecuente al nivel de la evaluación de la actuación de los agentes económicos en el mercado. Así, o el comportamiento restringe la competencia (o sea, no conduce a la eficiencia económica), violando la norma general; o contiene restricciones razonables al juego de la competencia, siendo aceptable para el sistema normativo (transformando en inaplicable la prohibición), desde que el saldo líquido sea positivo para la competencia en el mercado⁷⁶³.

Cuando el punto de vista adoptado es éste, entonces las normas jurídicas expresan una aversión automática y absoluta a todos los comportamientos ofensivos de la competencia, constituyéndose en un sistema de prohibición. Es el caso de la Sherman Act, como vimos, en que se establece la interdicción de ciertas conductas de los agentes en el mercado. Pero no solamente de aquél texto legal pionero. También los sistemas europeos continentales, desde el punto de vista formal, aunque poseen válvulas de escape a nivel legal que configuran soluciones diversas, tiene en su base, por lo menos en lo que respecta a ciertos comportamientos, un principio (de prohibición) análogo, aunque no siempre extensivamente interpretado.

Una cuestión distinta es la de saber si las soluciones propugnadas por la jurisprudencia y doctrina norteamericanas se deberán considerar válidas en el espacio comunitario, principalmente en lo que respecta al art. 81 del TUE. Nuestra respuesta, en este momento, puede apenas contener dos puntos. 1) El primero es afirmar que, como tesis general, juzgamos que así debería ser, aunque hay especificidades que la integración europea exige y se pueden hacer las justas críticas a la doctrina de Chicago, principalmente cuando presumen la pro-competencia de toda una serie de acuerdos (cómo los acuerdos verticales). 2) Por otro lado, demostraremos en los dos capítulos

⁷⁶³ El método del balance competencial tendrá cinco etapas: 1ª - la identificación del acuerdo; 2ª - la verificación de la existencia de una ilegalidad *per se* (acuerdos horizontales y acuerdos sobre precios); 3ª - verificación del impacto de la competencia *intra-brand*; 4ª - verificación de la existencia de restricciones presumidas como ilegales (casos en que, normalmente, la aplicación del balance competencial conducirá a la ilicitud del acuerdo, no justificándose el desperdicio de medios de análisis); 5ª - verificación de la competencia *inter-brand*.

siguientes de nuestro trabajo que, en la UE, el Tribunal de Justicia optó por caminos no exactamente coincidentes, aunque no se pueda excluir ni menospreciar la influencia de las concepciones norteamericanas sobre el Derecho de la competencia europeo. Pasemos, pues, a este análisis.

CAPÍTULO III – EL CONTROL DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN LA UE: EL CONTROL COMUNITARIO DE LAS CONCENTRACIONES CON BASE EN LOS TRATADOS

1. Coordinadas jurídico-sociales del control comunitario de las concentraciones

Una de las preocupaciones fundamentales de la UE consiste en el control de las concentraciones de empresas⁷⁶⁴. “En general, en Derecho comunitario, la regla básica es la sujeción de todo sector económico al Derecho antitrust”⁷⁶⁵.

Con la perspectiva del desmantelamiento de las fronteras internas, las condiciones de mercado en la Comunidad cambiaron radicalmente, creándose un espacio económico favorable a las concentraciones que, debido a sus efectos de tendencia pro-competencia, eran consideradas indispensables para la reestructuración industrial europea. Sin embargo, tales operaciones se revelaron susceptibles de generar, igualmente, posiciones dominantes en el mercado de la Comunidad, permitiendo a sus operadores aislar eventuales presiones de la competencia, hecho que podría comprometer seriamente los objetivos de la construcción europea.

En efecto, el Tratado que instituyó la Comunidad Europea (TCE)⁷⁶⁶, y que tiene por finalidad la realización de una unión profunda entre los Estados miembros, presentando como primera etapa la integración económica y el logro de la libre competencia en el mercado común, exige, tal como el Tratado que constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero

⁷⁶⁴ VANDAMME, Jacques: *L'arrêt de la Cour de Justice du 21 Février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du Traité CEE*. Cahiers de Droit européen, 1974, p. 112; VANDAMME, Jacques y GUERRIN, Maurice: *La réglementation de la concurrence dans la CEE*. Presses Universitaires de France, Paris, 1974, p. 19-20.

⁷⁶⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 20.

⁷⁶⁶ Tratado firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

(TCECA)⁷⁶⁷, la protección de un régimen de mercados basado en el principio de la libre competencia, que presupone la sujeción de las empresas de gran dimensión a una vigilancia severa, no solamente por medio de la fiscalización de las concentraciones, sino también por el control de los abusos de posición de dominio.

El TCECA, por razones de orden económico, preveía en su art. 66 un control preventivo de las operaciones de concentración realizadas en el ámbito de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Su alcance era limitado y restringía el desarrollo de una política relevante en ese campo. El TCE, a su vez, no hace referencia expresa a las operaciones de concentración, algo que encuentra su justificación en el hecho de que, en 1957, eran exigüas las concentraciones transnacionales, sobre todo cuando comparadas con los dinosaurios industriales existentes en los EE.UU.⁷⁶⁸

La situación cambió durante la década de 1960, con el esfuerzo de las autoridades comunitarias de intensificar las operaciones de concentración, actitud esta motivada esencialmente por dos razones:

1) Por un lado, la evolución del comercio internacional fue en el sentido de la modificación de las relaciones comerciales clásicas (importación / exportación), para un régimen de integración de las empresas industriales en los países destinatarios de sus productos, proceso que les permitiría adaptar la producción a las necesidades locales, caracterizando la concentración empresarial como un instrumento privilegiado de realización de esta nueva estrategia⁷⁶⁹. El redimensionamiento de las empresas comunitarias se entendía, de esa forma, como cada vez más necesario en función de la competencia internacional, especialmente de EE.UU. Las operaciones de concentración serían, en ese contexto, el medio adecuado para efectuar la

⁷⁶⁷ Tratado firmado en París el 18 de abril de 1951.

⁷⁶⁸ LOUSSOUARN, Yvon: La concentration des des entreprises dans la Communauté Économique Européenne, *Revue Critique de Droit International Privé*. Tome LXII-1974, Dalloz, Paris, p. 16 y ss. Es importante subrayar que, aunque el Tratado CECA fue firmado antes del TCE, ya tenía preocupaciones con la cuestión de las concentraciones empresariales. Lo mismo se justifica por el sector económico específico que reglamentaba y por sus reflejos en el mantenimiento de la paz en Europa.

⁷⁶⁹ Esta razón, la globalización de los mercados, es aún, hoy por hoy, una de las principales causas del proceso de concentración empresarial. Véase, en ese sentido: PIZARRO-PORTILLA, Jesús: *Proceso de Concentración Empresarial en Europa*. Situación, nº 2, Madrid, 1990, p. 163.

deseada reestructuración de la industria europea, permitiendo a las empresas hacer frente a la amenaza de la competencia extranjera⁷⁷⁰.

2) Por otro lado, fue igualmente determinante en esta tendencia la visión del mercado común como un mercado único. La Comisión entendía que las empresas solamente serían capaces de actuar eficazmente en ese mercado de dimensiones amplias aumentando su tamaño. Así, defiende en el Memorando de 1 de diciembre de 1965⁷⁷¹, que el mercado común necesita de empresas de grandes dimensiones, capaces de alcanzar las ventajas de la producción en masa, del desarrollo, del progreso técnico y económico y de la investigación. Por tal motivo, afirma la necesidad de supresión de los obstáculos⁷⁷², que se oponen al desarrollo de las concentraciones comunitarias, principalmente las fusiones internacionales, para que éstas puedan adquirir la dimensión y los medios que las permitan competir con los gigantes norteamericanos.

Esta mirada optimista en cuanto al fenómeno de las concentraciones, en ese momento, defendió al entendimiento que las concentraciones serían el modo más adecuado para la realización de los principales objetivos del Tratado. La mirada de las concentraciones como mecanismos privilegiados para la mejoría del rendimiento, disminuyendo los costes y generando el progreso técnico, se encuentra en la línea del famoso mito de la dimensión. Se entendía que el establecimiento de grandes grupos industriales, capaces de una estrategia a nivel mundial, así como de una política de refuerzo de posiciones fuertes, permitirían alejar el relativo

⁷⁷⁰ Memorando de la Comisión de 1 de diciembre de 1965 (*Memorandum de la Comisión de la Communauté Economique Européenne sur la concentration dans le Marché Commun*, publicado en la RTDE, nº 1, Janvier-Avril, Sirey, Paris, 1966, p. 669).

⁷⁷¹ Memorando de la Comisión de 1 de diciembre de 1965, *cit.*

⁷⁷² Obstáculos sociológicos, psicológicos, políticos y fiscales a la creación de las concentraciones en el seno de la Comunidad Europea. Véase, de entre muchos: JONG, H. W.: *Obstacles psychologiques (et politiques) aux concentrations et aux fusions intracommunautaires*, RMC, nº 109. Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968, p. 152; TABOTONI, Pierre: *Remarques sur les obstacles psycho-sociologiques à la coopération internationale*, RMC, nº 109. Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968, p. 102; LECOURT, Robert: *Concentrations et fusions, facteurs d'integration*, *Revue du Marché Commun*, nº 109, Janvier-Fevrier, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968, p. 19.

subdesarrollo industrial de Europa⁷⁷³. El gran mercado apela a la gran empresa⁷⁷⁴.

Una defensa incondicional, por la autoridad comunitaria, de las operaciones de concentración se reveló, no obstante, susceptible de producir consecuencias desventajosas no solamente para la competencia en el mercado, sino también en otros aspectos⁷⁷⁵.

Los principales inconvenientes de las concentraciones en el plano competencial residirían en la posible eliminación de las empresas en competencia existentes en el mercado, con la creación de obstáculos a la entrada de nuevos operadores en el mercado, así como generaría la concentración una limitación a la libertad de escoger y actuar de los consumidores y los suministradores⁷⁷⁶.

Sin embargo, se mostraba indispensable la protección de la competencia como un imperativo económico en el ámbito del Tratado CE (demostrado en su art. 3, g; y en sus artículos 81 y 82 del mismo TCE), promoviéndose el control de las concentraciones susceptibles de poner en causa el libre juego de la competencia⁷⁷⁷.

Así que la Comisión, después del Memorando de 1965 determinó la no aplicabilidad del art. 85 (actual art. 81 del TCE) a las operaciones de concentración, y examinó la posibilidad del art. 86 (actual art. 82 del TCE) ser

⁷⁷³ JACQUEMIN, Alexis: Concentrations and mergers in the EEC: Towards a System of Control, en: *European Merger Control. Legal and Economic Analyses on Multinational Enterprises*. Vol. 1, Klaus J. Hopt edition, 1982, p. 162-163; MARCHAL, André: Nécéssité économique des concentrations et fusions, en: *Coopérations, concentrations, fusions d'entreprises dans la C.E.E.*, RMC. N° 109, Janvier-Février, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968, p. 31-34.

⁷⁷⁴ LECOURT, Robert: *Op. cit.*, p. 10.

⁷⁷⁵ En situaciones extremas, existe el peligro de la concentración del poder económico de amenazar la calidad democrática del propio sistema. Existirían profundos riesgos en un posible dirigismo económico privado a través de concentraciones incontroladas, siendo la grandeza empresarial vista como el origen de ese dirigismo económico. Véase, en ese sentido: ALONSO UREBA, Alberto: Incidencia en el régimen sobre ofertas públicas de adquisición del Derecho comunitario sobre el control de operaciones de concentración, en: *La lucha por el control de las grandes sociedades. Las ofertas públicas de adquisición*. Deusto SA, Madrid, 1992, p. 262.

⁷⁷⁶ Véase: Informe de la OCDE de 1984, p. 7-10; Informe de la OCDE de 1988, p. 18.

⁷⁷⁷ Nótese que este control era, aún, considerado imprescindible por razones de política económica, alegándose que el crecimiento de las adquisiciones de control realizadas por empresas norteamericanas perjudicaba la expansión de las concentraciones intracomunitarias. Véase, en ese sentido: DRANCOURT, Michel y LEPAGE, Henri: *Obstacles psychologiques (et politiques) aux concentrations et aux fusions intracommunautaires*, RMC. N° 109, Janvier-Février, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968, p. 135.

utilizado como instrumento de control de tales situaciones. La autoridad comunitaria procedió inicialmente a hacer un análisis de sus requisitos (existencia de una posición dominante, verificación de un abuso y afectación del comercio entre los Estados miembros), para llegar a la conclusión de que los inconvenientes existentes en relación al art. 85, que impedían a su aplicación a las concentraciones de empresas, no se verificaban con relación al art. 86. Esta disposición podría, por lo tanto, ser aplicada a las concentraciones que pudieran conducir a una situación de monopolio, ya que la eliminación de la competencia podría ser configurada como un verdadero abuso de posición dominante. La concertación de esa doctrina ocurrió, por primera vez, en la decisión *Continental Can*⁷⁷⁸, que fue más tarde confirmada por el Tribunal de Justicia⁷⁷⁹.

Sin embargo, las dificultades suscitadas con esa aplicación, debido a los límites inherentes al art. 82 (TCE), que impedía desempeñar sus funciones fiscalizadoras, llevaron a la Comisión a presentar al Consejo, en 1973, una propuesta de Reglamento para el control de las concentraciones. Sin embargo, la adopción del Reglamento definitivo se reveló un proceso lento, ya que se refería a un área que, encontrándose vinculada a la política industrial de los Estados miembros, era (y es) considerada extremadamente sensible.

La lentitud del proceso (serán necesarios cerca de dieciséis años hasta ser adoptado el texto definitivo), llevó a las autoridades comunitarias a buscar soluciones alternativas. El recurso a las normas del Tratado surgió, en ese contexto, como la única solución posible, habiendo las autoridades comunitarias, en especial la Comisión, utilizado la jurisprudencia elaborada con base en esas disposiciones, como una forma de presionar a los Estados a adoptar el Reglamento comunitario. Particularmente decisivas fueron las incertidumbres generadas por la decisión *Philip Morris*⁷⁸⁰, en cuanto a la

⁷⁷⁸ Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.811 - *Continental Can Company*), DO n° L 007 de 08/01/1972.

⁷⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 6-72, *Recueil de jurisprudence*, 1973.

⁷⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de noviembre de 1987, asuntos acumulados n° 142 y 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd y R.. J. Reynolds Industries Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*. *Recueil de Jurisprudence*, 1987.

aplicación del art. 82 (TCE) a las concentraciones, así como las afirmaciones hechas, en esa época, por el comisario encargado de la competencia, en relación a los principios firmados en el Memorando de 1 de diciembre de 1965, sugiriendo la fiscalización de esas operaciones por medio de las disposiciones del TCE, principalmente por la vía del art. 82 (TCE).

Finalmente, en 21 de diciembre de 1989 se adoptó el Reglamento nº 4064/89, relativo al control comunitario de las operaciones de concentración de empresas, que es considerado un verdadero hito en la historia de la construcción europea⁷⁸¹.

Se destina el Reglamento, esencialmente, al logro de dos objetivos: 1) proporcionar a las empresas un control de las concentraciones rápido y eficiente, basado en el principio del control único, o de la competencia exclusiva. Presupone la existencia de un control único a nivel comunitario, así como de un conjunto de reglas aplicables en toda la Comunidad con vista a garantizar la igualdad de tratamiento de las actividades de concentración; 2) por otro lado, evitar que tales concentraciones conduzcan a posiciones dominantes de las empresas participantes, posibilitando a la Comisión adoptar medidas preventivas susceptibles de garantizar el mantenimiento, en la Comunidad, de una estructura de mercado en competencia⁷⁸².

Se puede decir que la aplicación del Reglamento comunitario no es una tarea sencilla, ya que son innumerables las dudas suscitadas por su interpretación. Recuérdese, solamente, las dificultades suscitadas por conceptos tales como concentración, dimensión comunitaria de la operación, empresa común con carácter de concentración, o con la aplicación del sistema de las operaciones, establecido en el art. 2 del Reglamento, o aún la polémica de su coexistencia con las disposiciones del TCE. De esta forma, se generó una gran incertidumbre para las empresas que pretendían acogerse a tal mecanismo, quedando comprometidos los objetivos del Reglamento de

⁷⁸¹ El control de las concentraciones empresariales por el Reglamento 4064/89 es materia que será analizada en capítulo propio, adelante. Además, es importante subrayar que el Reglamento 4064/89 fue derogado por el Reglamento 139/2004. No obstante, el nuevo Reglamento de control de las concentraciones empresariales determina en sus disposiciones transitorias que el Reglamento anterior (4064/89) seguirá en vigor mientras existan situaciones de control de concentraciones que empezaron siendo analizadas bajo su vigencia.

⁷⁸² XXII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1992, puntos 7 y 8.

controlar eficazmente las concentraciones en la Comunidad Europea y garantizar la seguridad y dar certeza a las empresas en la utilización de tal instrumento.

El objetivo de esta parte de nuestro trabajo es precisamente el de buscar esclarecer el actual régimen de control de las concentraciones empresariales en el Derecho comunitario de la competencia, aplicado al entendimiento del grupo de sociedades.

2. El control de las concentraciones en el Tratado CECA

2.1. El control previo de las concentraciones: Art. 66 del Tratado CECA, breves referencias

Aunque el TCECA ya no esté en vigor desde el 24 de julio del 2002 (art. 97 TCECA), entendemos la necesidad de hacer una breve referencia a este modelo de control de las concentraciones empresariales, ya que fue él el sistema matriz de control de las concentraciones en Europa⁷⁸³. Además, nos interesa, muy especialmente, la previsión hecha en su art. 7 en el sentido de la no existencia de la autorización global de concentración (casos de constitución de grupos de sociedades), determinando la necesidad de autorización previa para la constitución del grupo de sociedades.

El art. 66 del TCECA establecía un sistema de control preventivo de las concentraciones que no tenía paralelo en el TCE. Razones de orden económico y político⁷⁸⁴, sobre todo, están en el origen de esta diversidad. La necesidad de grandes inversiones en el sector del carbón y del acero, que siempre manifestó una cierta tendencia para las concentraciones, asociada a un mercado oligopolista, aumentó las preocupaciones de los autores del

⁷⁸³ Véase el punto 3 de la Comunicación de la Comisión relativa a determinados aspectos del tratamiento de los asuntos de competencia resultantes de la expiración del Tratado CECA, nº 2002/C 152/03, DO C 152/5, de 26/06/2002.

⁷⁸⁴ El art. 66 buscaba satisfacer la opinión pública alemana y francesa, bien como la fuerza de ocupación de Alemania ocupada por EE.UU., siendo uno de los elementos de la política de los aliados del desmantelamiento de los grupos de sociedades, principalmente en el dominio del carbón y del acero. Véase: MOUSSIS, Nicolas: *Accès à l'europe (Manual de la construction européenne)*. Edit-Eur, Paris, 1991, p. 262. Lo que se pretende, así, es evitar la constitución de industrias nacionales demasiado fuertes consideradas, en esta altura, suficientemente poderosas para determinar la política económica y militar de los países. Véase, en ese sentido: VANDAMME, Jacques y SIMONS, Edwin: *Le contrôle des concentrations dans la Communauté Européenne*. Courrier Hebdomadaire CRISP, nº 1293, 1990, p. 6.

TCECA, que procuraron, por medio de un control destinado específicamente a tales fenómenos, asegurar resultados eficaces. Por otro lado, razones de orden político (se pretendía dismantelar los grandes grupos de sociedades, especialmente alemanes, en el dominio del carbón y del acero, consideradas industrias estratégicas), llevaron a la institución, en el TCECA, de un régimen de control de las concentraciones que sufrió influencias de la legislación antitrust norteamericana (principalmente el Clayton Act, 1914)⁷⁸⁵.

En la práctica, la crisis en estos sectores, aliada al efecto del art. 66 TCECA, ha conducido a la Comisión a aplicar las normas con gran flexibilidad, siendo raras las operaciones prohibidas.

El control de las concentraciones en el ámbito CECA se encontraba, por tanto, establecido en el art. 66, cuyo nº 1 disponía que se requeriría "... la autorización previa de la Comisión toda operación que, en los territorios a que se refiere el párrafo primero del artículo 79, y como resultado de la acción de una persona o de una empresa, de un grupo de personas o de empresas, tenga por sí misma por efecto directo o indirecto una concentración de empresas, una de las cuales al menos quede sujeta a la aplicación del artículo 80, tanto si la operación se refiere a un mismo producto o a productos diferentes como si efectúa mediante fusión, adquisición de acciones o de elementos del activo, préstamo, contrato o cualquier otro medio de control"⁷⁸⁶.

Al instituir un régimen de control basado en un sistema de autorización previa, los autores del Tratado procuraron; sobre todo, prevenir la realización de concentraciones con efectos nefastos sobre la competencia en el ámbito CECA⁷⁸⁷.

El art. 66 fijaba dos requisitos para la aplicación del régimen de control: 1) Por un lado, la operación en causa debería producir sus efectos en los territorios europeos de las Altas Partes Contratantes, en los términos del art. 79. 2) Por otro lado, la operación que involucrara por lo menos a una

⁷⁸⁵ Véase: SCHAPIRA, Jean; LE TALLEC, Georges y BLAISE, Jean-Bernard: *Droit Européen des affaires*. 3ème édition, PUF, Paris, 1992, p. 764.

⁷⁸⁶ Véase: Tratado CECA, *cit.* En el sentido de que el art. 66 no tenía efectos retroactivos, véase: REUTER, Paul: *La Communauté du Charbon et de L'Acier*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953, p. 217.

⁷⁸⁷ CARTOU, Louis: *Communautés européennes*. 10ème édition, Précis Dalloz, Paris, 1991, p. 404.

empresa sujeta al art. 80, o sea, empresas que ejercieran una actividad de producción o una actividad de distribución, que no fuera la venta a los consumidores domésticos o al artesano, en el dominio del carbón y del acero, en el interior de las Comunidades Europeas, serían susceptibles de la aplicación del TCECA.

Así que ninguna referencia se hace en cuanto a la necesidad de que la concentración afecte el comercio entre los Estados miembros, lo que significa que las operaciones nacionales se quedaban sujetas al control ejercido por la Comisión. Por otro lado, siendo suficiente, para la aplicación del art. 66, que una de las empresas participantes en la concentración actuara en el dominio del carbón y del acero, aunque las otras empresas desarrollasen actividades vinculadas a otros productos.

Además, la Comisión podría ejercer sus poderes no solamente en relación con las concentraciones que involucrasen a empresas que estuviesen en el ámbito del TCE, sino también con empresas extranjeras que controlasen una empresa de la Comunidad, desde el momento en que las operaciones de concentración pudiesen producir sus efectos en el interior de la Comunidad (art. 79)⁷⁸⁸.

Para determinar el alcance del sistema de autorización previa, instituido en el art. 66 TCECA, es necesario centrarnos en la noción de concentración. El elemento clave de la definición del art. 66, nº 1 reside en el concepto de control⁷⁸⁹. Significa esto que para afirmar la existencia de una operación de concentración es necesario que una de las empresas adquiera el control de otra empresa.

Sin embargo, esta disposición no define la noción de control, limitándose a enunciar los distintos medios para obtener el mismo. Ello constituye un auxilio en la reducción de la inseguridad jurídica, pero no niega una tentativa de definición de tal concepto⁷⁹⁰. Fue, además, esta preocupación

⁷⁸⁸ KOVAR, Robert: *Le pouvoir réglementaire de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*. LGDJ, Paris, 1964, p. 114-115.

⁷⁸⁹ REUTER, Paul: *La Communauté du Charbon et de L'Acier. Op. Cit.*, p. 216.

⁷⁹⁰ El nº 1 del art. 66 dispone que la operación de concentración puede efectuarse por fusión, adquisición de acciones, o elementos del activo, préstamos, contratos o cualquier otro medio de control. Esta redacción se aproxima claramente al art. 3º del Reglamento nº 4064/89, analizado en apartado propio, más adelante.

lo que llevó a los autores del Tratado a establecer que la Alta Autoridad definiría, en la reglamentación adoptada después de consultado el Consejo, los elementos que constituirían el control de empresas (art. 66, nº 1).

Los elementos del control de las empresas fueron, efectivamente, concretados en la decisión nº 24/54⁷⁹¹, cuyo art. 1 establece que una empresa controla a otra cuando tiene la posibilidad de determinar la acción de la otra empresa en los dominios de la producción, de los precios, de las inversiones, de los suministros, de las ventas o de la afectación de los beneficios, enumerando los distintos derechos y los contratos que confieren ese control⁷⁹². En la práctica, la Comisión no parece haber tenido dificultades en identificar la existencia del control que puede, claramente, ser legal o de hecho.

Detectada la existencia de una concentración, era importante determinar su dimensión para apurar la aplicación del art. 66 del TCECA. De hecho, ciertas operaciones de concentración de dimensiones consideradas poco significativas tenían exenta la obligación de autorización previa. El nº 3 del art. 66 establecía las categorías de operaciones que por la importancia de los elementos del activo o de las empresas a que a ellas les afectaban, en conjugación con la naturaleza de concentración que realizaban, eran consideradas poco relevantes y deberían ser exentas por la Alta Autoridad de la obligación de autorización previa, siendo consideradas en conformidad con las condiciones exigidas en el nº 2 del art. 66. El art. 66, nº 3, preveía que tales exenciones deberían ser especificadas por la Alta Autoridad, situación que se verificó con la Decisión nº 25/67⁷⁹³, que enunciaba las situaciones aptas a la obtención de una exención individual⁷⁹⁴.

⁷⁹¹ Decisión de la Comisión nº 24/54, de 6 de mayo de 1954, por la que establece, en aplicación del apartado 1 del artículo 66 del Tratado, un reglamento relativo a los elementos que constituyen el control de una empresa. DO nº 009, de 11/05/1954.

⁷⁹² En los términos del art. 1, son elementos relevantes de la noción de control: 1) la propiedad, o el derecho de usar algunos o todos los bienes de la empresa; 2) derechos o contratos que confieren el poder de influir en la composición, las deliberaciones, o las decisiones de los órganos de la empresa; 3) derechos o contratos permitiendo a las personas, solas o en asociación con otras, gestionar los negocios de una empresa; 4) contratos relativos a la totalidad o a una parte importante de los suministros o de las exportaciones de una empresa, cuando esos contratos ultrapasan en cantidad o duración el alcance normal de los contractos comerciales en la materia.

⁷⁹³ Decisión nº 25/67, de 22 de junio de 1967, por la que se establece en aplicación del apartado 3 del artículo 66 del Tratado un reglamento relativo a la exención de autorización previa. DO nº 154 de 14/07/1967. Esta decisión fue posteriormente alterada, en algunas de sus

Se consideraba que la Comisión tendría un verdadero poder reglamentario, que le permitiría establecer una especie de autorización previa global para las concentraciones calificadas como inofensivas en cuanto a la manutención de la competencia.

El art. 7 de la decisión nº 25/67 ha venido, sin embargo, a abrir una excepción a este régimen, al preceptuar que las concentraciones por el control de grupo quedarían siempre sujetas al sistema de autorización previa. Así, los seis primeros artículos de la decisión nº 25/67 no se aplicaban a los casos de adquisición de control de una o distintas empresas (constituyéndose un grupo de sociedades, en que una de las empresas estuviera calificada en los términos del art. 80 CECA), que pudieran producir, distribuir o transformar las materias primas del carbón o del acero.

Finalmente haremos una síntesis de la situación del control de las concentraciones en el TCECA.

2.2. Síntesis del control de concentraciones en el ámbito del Tratado CECA y su armonización con el sistema CE

En síntesis, podremos afirmar que:

1) Son, sobre todo, razones de orden económico y político que están en el origen de la institución de un control preventivo de las concentraciones en el ámbito del TCECA. El principio de la prohibición de las operaciones de concentración susceptibles de producir consecuencias desventajosas sobre la competencia está, todavía, bastante atenuado en la práctica.

En efecto, la Comisión desarrollaba una política flexible en la apreciación de las concentraciones, motivada en parte por la crisis sufrida en el sector, así como el papel disuasorio desempeñado por el art. 66.

2) Los criterios de definición de su campo de aplicación difieren de los fijados en los artículos 81 y 82 del TCE. De hecho, ninguna apelación es hecha, en el marco del art. 66, a la noción de afectación del comercio entre los

disposiciones, por la decisión nº 2495/78/CECA de la Comisión, de 20 de octubre de 1978 (DO nº L 300 de 27/10/1978); que a la vez fue alterada por la Decisión nº 3654/91/CECA de la Comisión de 13 de diciembre de 1991, DO nº L 348 de 17/12/1991.

⁷⁹⁴ Véase los artículos del 1 al 6 de la referida decisión.

Estados miembros. Así, el sistema de control del TCECA puede ejercerse, incluso, sobre las operaciones puramente nacionales.

3) La apreciación de las operaciones de concentración desarrolladas por la Comisión no desconsideraban los factores de no competencia, tales como la reestructuración de las empresas o la necesidad de revelarse competitivas en el contexto de la competencia internacional. Sin embargo, esa evaluación tendría siempre como límite un criterio de competencia. Solamente eran autorizadas las operaciones que no tuvieran restricciones sensibles a la competencia.

Así, entendemos que el balance económico sea la expresión más adecuada para designar la actividad desarrollada por la Comisión en la apreciación de las concentraciones en el ámbito de la CECA.

4) En el plano procesal, la competencia exclusiva para la aplicación del art. 66 del TCECA era de la Comisión, que tenía los habituales poderes de instrucción y de sanción. Se hizo frecuente en esta área el recurso a las autorizaciones sujetas a condiciones, vistas como un medio privilegiado para la obtención de un equilibrio entre la aceptación de las concentraciones entre grupos de dimensiones considerables, y el mantenimiento de un cierto nivel de competencia en el mercado.

5) Finalmente, con la expiración del TCECA, la Comisión, por medio de la Comunicación 2002/C 152/03, plantea los problemas específicos de la transición del régimen CECA al régimen CE, trayendo mecanismos de solución para tal transición⁷⁹⁵.

La extinción de la CECA determina la plena desaparición de su régimen jurídico, sus procedimientos y su estructura institucional, "...en especial el Comité Consultivo CECA. Obliga a recomponer el régimen consultivo al que se someten los sectores del carbón y del acero y a plantear la definición de nuevas modalidades de decisión"⁷⁹⁶.

⁷⁹⁵ Véase, sección 3 de la Comunicación de la Comisión 2002/C 152/03, DO C 152/5, de 26/06/2002.

⁷⁹⁶ CERVERA VALLTERRA, María: La disolución de la Comunidad Europea del carbón y del acero: estado actual, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Nº 12, Año 6, Mayo / agosto de 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 409.

3. El memorando de la Comisión del 1 de diciembre de 1965

3.1. La cuestión de la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE (actuales arts. 81 y 82 respectivamente) a las operaciones de concentración

Al contrario de lo que pasaba en el TCECA, el TCE no ha hecho referencia al fenómeno de las concentraciones, hecho que encontraría su justificación en el reducido número de concentraciones transfronterizas existentes en 1957. Se puede afirmar que la historia de la discusión pública del control de las concentraciones empresariales en el ámbito de la Comunidad Europea solamente tuvo su inicio con el Memorando de la Comisión de 1 de diciembre de 1965⁷⁹⁷. En este documento, la Comisión reunió las conclusiones a que llegaron un conjunto de peritos por ella consultados sobre la cuestión de la aplicación de los artículos 85 y 86 (hoy 81 y 82 del TCE) a las operaciones de concentración, así como a sus propias opiniones en esta materia⁷⁹⁸.

Por un lado, estaba en curso el estudio sobre las relaciones entre la política en materia de acuerdos entre empresas (art. 81) y la concentración de empresas. Por otro lado, estaba en estudio las posibilidades ofrecidas por el art. 82 como mecanismo de control de ese fenómeno⁷⁹⁹.

Los peritos consultados fueron mayoritariamente favorables a la aplicación del art. 81 TCE a las concentraciones empresariales, desde que después de las concentraciones subsistiesen empresas jurídicamente distintas y la competencia fuera restringida de forma sensible⁸⁰⁰. Apenas serían excluidas las fusiones (ya que una empresa es absorbida por la otra, cesando su existencia como entidad autónoma), y las adquisiciones de participaciones en la bolsa (una vez que la operación de concentración no envuelve un acuerdo entre las empresas en causa).

Finalmente, en lo que se refiere a la cuestión de la eventual aplicación del art. 82 TCE a las concentraciones, los profesores consultados

⁷⁹⁷ *Memorandum de la Comisión de la Communauté Economique Européenne sur la concentration dans le Marché Commun*, publicado en la RTDE, nº 1, Janvier-Avril, Sirey, Paris, 1966, p. 652.

⁷⁹⁸ Véase el VII Informe General de la Comisión sobre la actividad de la CE, 1964, nº 64.

⁷⁹⁹ Memorando de la Comisión, *op. Cit.*, p. 670.

⁸⁰⁰ Memorando, cit., Parte III, nº 3, § 1º.

optaron por dar una respuesta afirmativa. No obstante, aunque partidarios de la aplicación del art. 82 TCE a las concentraciones que pretendían directamente el abuso de una posición dominante, o cuando resultantes de las propias concentraciones del abuso de una posición dominante, entendieron que las concentraciones tendentes a la adquisición o extensión de una posición dominante no deberían ser consideradas, per se, una exploración abusiva de una posición dominante en los términos del art. 82^{801/802}.

3.2. Posición de la Comisión en cuanto a la aplicación de los arts. 81 (ex art. 85) y 82 (ex art. 86) del Tratado a las operaciones de concentración

La Comisión, después de haber consultado al grupo de profesores sobre el referido problema, llegó a sus propias conclusiones. Rechazó, de salida, la indicación de los peritos para aplicar el art. 81 a las concentraciones, que definió como la situación en que distintas empresas son reagrupadas bajo una dirección económica única, perdiendo su autonomía económica⁸⁰³.

Las principales razones presentadas para la no aplicación del art. 81 a las operaciones de concentración apuntan, sobre todo, la inadecuación de

⁸⁰¹ Nótese que la aplicación del art. 82 TCE a las concentraciones no es una cuestión pacífica en la doctrina. Entiende esta doctrina que, la no aplicabilidad del art. 82 TCE a las operaciones de concentración estaría consustanciada en la ausencia de referencias en el Tratado de las concentraciones. Entiende, además, que esta fue una actitud consciente de sus autores, o sea, la omisión ocurrió por objetivos de política económica, como la expansión del mercado. Véase, en ese sentido: BERNINI, Giorgio: *La tutela della libera concorrenza i monopoli (Studio di diritto comparato) – Comunità Europee e legislazione degli stati membri*. Giuffrè ed., Milano, 1963, p. 181; JOLIET, René: *Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome, RTDE*. N° 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1969, p. 696.

⁸⁰² En el sentido de la aplicabilidad del art. 82 TCE al control de la concentración empresarial, véase: RICHEMONT, Jean de: *Concentrations et abus de positions dominantes. Article 86 du Traité de Rome. Affaire Continental Can.*, RTDE. N° 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1973, p. 463 y ss.; STEINDORF, Ernst: *Obstacles tenant a la legislation communautaire sur les ententes et positios dominantes, RMC*. N° 109, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968, p. 207 y ss.; CANELLOS, Peter C. y SILVER, Horst S.: *Concentration in the common market, CMLR*. Vol. VII, Stevens and Sons, London, 1970, p. 164. Finalmente, nos referimos a la posición que, partiendo del principio de que el refuerzo de una posición dominante no puede ser prohibido con base en el art. 86 (actual 82 TCE), ya que esta disposición acepta situaciones de monopolio, crea una excepción para las concentraciones dichas agresivas. Así, cuando una empresa aprovecha su situación de dominio para imponer una operación de concentración que no sea deseada, o para realizar la concentración en detrimento de otros agentes, se debe aplicar la prohibición del art. 82 (antiguo art. 86). Véase, en ese último sentido: CEREXHE, Etienne: *L'interprétation de l'article 86 du Traité de Rome et les premieres decisions de la Commission, CDE*. N° 1, Navwelaerts Pub., Leuven, 1972, p. 297.

⁸⁰³ Memorando de la Comisión, cit., p. 669.

la estructura de la referida disposición y pueden resumirse en los siguientes términos:

1) Las prácticas concertadas, como regla, deben ser prohibidas, en la medida en que se oponen al interés público, al contrario de las concentraciones, que son prohibidas excepcionalmente, cuando traspasen los límites de la tolerancia de un poder de dominio excesivo. La aplicación uniforme del art. 81 a los carteles y a las concentraciones llevaría a que la prohibición fuera aplicada a un número muy reducido de acuerdos o a un número muy elevado de concentraciones.

2) Los criterios establecidos en el art. 81, nº 3, para la concesión de una decisión de exención de la prohibición contenida en el art. 81, nº 1, no son adecuados para las operaciones de concentración. Lo mismo ocurriría por los siguientes argumentos⁸⁰⁴:

a) Por un lado, la Comisión llama la atención por el hecho de que raramente puede ser efectuada la apreciación positiva exigida por el art. 81, nº 3, indispensable para la aplicación de una decisión de exención, ya que en relación a la mayoría de las concentraciones no pueden ser apreciados a priori los efectos de la misma concentración en el mercado.

b) Por otro lado, la exigencia del art. 81, nº 3, según la cual las restricciones a la competencia deben ser indispensables a la consecución de los objetivos positivos definidos en ese número, no podría ser aplicable a las concentraciones, ya que éstas apuntan necesariamente la eliminación de la competencia entre empresas participantes en la misma operación de concentración, hecho que muy difícilmente sería entendido como la forma menos restrictiva de alcanzar los referidos objetivos.

c) Finalmente, la decisión de la exención debe ser reexaminada al final de un determinado período de tiempo, con vistas a verificar la permanencia de las condiciones que inicialmente la posibilitaron. La Comisión tiene, por tanto, la posibilidad de revocar su decisión en el caso de tener alterada la situación de hecho, dejando de justificar la referida exención. En

⁸⁰⁴ GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine y VOGEL, Louis: *Droit commercial européen*. Paris, Dalloz, 1994, p. 557-558.

otras palabras, la naturaleza de la exención que exige, por un lado, que su validez sea delimitada en el tiempo y, por otro lado, la posibilidad de su revocación, revela una estructura inadecuada a las concentraciones que, basándose en un cambio definitivo de la propiedad de una empresa, requiere por razones de seguridad jurídica y para evitar costes económicos difícilmente previsibles, una exención con carácter definitivo⁸⁰⁵.

3) La sanción de nulidad, fijada en el art. 81, nº 2, para las prácticas concertadas o acuerdos colusorios, si aplicada a las concentraciones prohibidas, podría dar origen a consecuencias indeseables, especialmente en el caso de fusiones, debido a la alteración de la personalidad jurídica de las sociedades participantes en la operación. La solución más adecuada para las concentraciones empresariales consideradas peligrosas sería la creación de posibles medidas de desconcentración⁸⁰⁶.

4) La distinción realizada por el Reglamento nº 17, entre acuerdos, decisiones y prácticas concertadas antiguas, y las reglas sobre notificación de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas antiguas difícilmente podrían ser aplicadas a las operaciones de concentración⁸⁰⁷.

⁸⁰⁵ Memorando de la Comisión, cit., p. 672. Nótese que los obstáculos invocados por la Comisión en cuanto a la aplicación del art. 81, nº 3 a las concentraciones, son considerados superables por la doctrina. Por un lado, entienden que las dificultades para prever con seguridad los efectos futuros de una concentración son sentidas, con frecuencia, con relación a las prácticas concertadas. Por otro lado, sería igualmente posible comprobarse, en ciertas situaciones, que la fusión sería la única solución que ofrece serias posibilidades de implicar las ventajas económicas exigidas por el art. 81, nº 3. Así, la eliminación de la competencia que generaría una fusión podría ser considerada indispensable. Finalmente, entiende parte de la doctrina que la necesidad de ser reexaminada la exención o de ser revocada no es una obligación que resulte del Tratado, por lo tanto tal objeción podría ser igualmente sobrepasada. Véase, por todos: WAELBROECK, Michel: *Le droit de la Communauté Économique Européenne – Concurrence, RMC*. Editions Techniques et Economiques, Paris, p. 256-257.

⁸⁰⁶ El argumento de nulidad presentado por la Comisión, para justificar la no aplicabilidad del art. 81 a las concentraciones será rebatido por la doctrina. Así, la doctrina invoca la utilización de los artículos 2 y 4 del Reglamento nº 17 - Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado - DO nº P 013 de 21/02/1962 (que consagran, respectivamente, la facultad de la Comisión de conceder, a petición de las partes, un certificado negativo, y la posibilidad de la autoridad comunitaria, por medio de la notificación previa de las partes, abrir un procedimiento de investigación sobre los efectos de la operación en la competencia, con vistas a la concesión de una exención en los términos del art. 85, nº 3) como soluciones que permiten superar las dificultades suscitadas por la aplicación del art. 85, nº 2. La consecuencia de la nulidad, en el ámbito del control de las concentraciones ejercido por la Comisión, se volviera así, meramente eventual. Véase: CERRAI, Alessandro: *Concentrazione di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE*. Giuffrè Editore, Milano, 1983, p. 104.

⁸⁰⁷ Véase el Reglamento nº 17 (Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado - DO nº P 013 de 21/02/1962). Véase, aun: OMMESLAGHE, Pierre Van: *L'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises*

5) Finalmente, el art. 81 no podría abarcar todas las formas de concentración, o sea, serían excluidas las situaciones en que faltase el acuerdo entre empresas, como es, por ejemplo, el caso de la adquisición de acciones en la bolsa. Así, entendió la Comisión que no podría tratar de forma desigual las concentraciones que producirían los mismos efectos económicos⁸⁰⁸.

De ahí que la comisión justificó la negativa de aplicar el art. 81 TCE (antiguo art. 85) a las concentraciones, no basándose en argumentos literales (ya que la redacción de la referida disposición no distingue los acuerdos entre empresas que son integradas – concentradas – de aquellos acuerdos en los cuales las empresas mantienen su independencia económica), pero sí en el plano sistemático. Subrayó, de esta forma, la existencia de un principio general de prohibición de las prácticas concertadas, lo cual solamente comportaría las derogaciones justificadas por la verificación de los requisitos fijados en el nº 3 del art. 81 TCE (antiguo art. 85). En contraposición, la Comisión ha tenido una visión favorable del fenómeno de las concentraciones, cuya legitimidad resultaría de la verificación de una condición negativa: la no obtención de un poder económico excesivo.

La negativa de la Comisión de aplicar el art. 81 TCE (antiguo art. 85), como mecanismo de control, es en cierto modo, el reflejo de una voluntad política deliberada de favorecer la realización de tales operaciones,

communes, RTDE. Nº 1, Janvier-Avril, Sirey, Paris, 1967, p. 476, para quien obligar la notificación de las operaciones de concentración realizadas antes de la entrada en vigor del Reglamento nº 17 no sería una solución razonable, entendiendo que las excepciones previstas en el art. 4º del aludido Reglamento fueron previstas apenas en relación a las practicas concertadas y acuerdos propiamente dichos y no en relación a las concentraciones de empresas.

⁸⁰⁸ Los argumentos presentados por la Comisión fueron reiterados por una gran parte de la doctrina. Así, véase de entre tantos: DARANAS PELÁEZ, Mariano: Examen crítico de la necesidad de un reglamento comunitario para el control de las concentraciones de empresas y de la introducción de este control en la proxima Ley española de defensa de la competencia, *Gaceta Jurídica de la CEE y de la Competencia*. Serie D, Julio 1988, nº 52, EINSA, Madrid, p. 82; OMMESLAGHE, Pierre Van: *Op. Cit.*, p. 474; BERNINI, Giorgio: *Op. Cit.*, p. 181 (que antes de la publicación del Memorando por la Comisión ya expresara su opinión contraria a la aplicación del art. 81 al las operaciones de concentración). En el plano opuesto, a favor de la aplicación del art. 81 TCE a las concentraciones empresariales, véase, de entre otros: MARCHINI-CAMIA, A. : *La concentration industrielle, les positions dominantes sur le marché et le droit antitrust: l'expérience américaine et les problèmes européens*, RTDE. 7ème année, nº 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1971, p. 353 y ss.; WAELBROECK, M.: *Op. Cit.*, p. 256-257; ELLAND, William: Merger control by the EC Commission, *European Competition Law Review*. ESC, Oxford, 1987, p. 168; DOMÍNGUEZ GARCIA, Antonio: La eventual aplicación de los arts. 85 y 86 TCEE a las concentraciones de empresas como cuestión abierta, *Revista de Instituciones Europeas*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1987, vol 14, nº 2, p. 379.

consideradas instrumentos privilegiados de realización de los objetivos del Tratado. Se debe recordar que, en la década de 1960, la Comisión defendía claramente el fenómeno de las concentraciones empresariales por las ventajas que el crecimiento de la dimensión de las empresas podría generar en el nivel tecnológico, de investigación y de financiamiento, considerándolas un medio eficiente que contribuiría para la creación de un mercado europeo capaz de competir en igualdad de condiciones con los gigantes norteamericanos.

Sin embargo, la creencia de la Comisión en las virtudes de las concentraciones empresariales no es absoluta. Esto se sustenta en la necesidad de efectuar un cierto control de las operaciones de concentración, fiscalización que sería posible, en su opinión, mediante el recurso al art. 82 TCE (antiguo art. 86).

Los argumentos invocados a favor de la aplicación del art. 82 TCE (antiguo 86) a las concentraciones empresariales fueron los siguientes:

1) El art. 82 TCE (antiguo 86) abarca todas las concentraciones que produzcan los mismos efectos, independientemente de su forma jurídica, al contrario de lo que pasaba con el art. 81 TCE (antiguo art. 85). Estarían aisladas así, con la aplicación del art. 82 (antiguo art. 86) las eventuales lagunas que podrían ocurrir al abrigo del art. 81 (antiguo art. 85).

De hecho, mientras para la aplicación del art. 81 sería necesario que la concentración resultase de una práctica concertada o acuerdo (entente), para la aplicabilidad del art. 82 es indiferente el medio que originó la situación de abuso ahí sancionada⁸⁰⁹.

2) La no aplicación de la prohibición del art. 82 (antiguo art. 86) depende, solamente, de un requisito negativo: de la no existencia de un abuso de posición dominante. La autorización de la concentración dejaría, de esta forma, de quedar dependiente de una apreciación positiva de la operación, tal como lo exigía el art. 81 TCE (antiguo art. 85)⁸¹⁰.

3) Solamente excepcionalmente se aplicaría la prohibición contenida en el art. 82 (antiguo art. 86). Por lo tanto, no habría necesidad de un

⁸⁰⁹ Memorando de la Comisión, cit., p. 674.

⁸¹⁰ FURSE, Mark: *Competition Law of The UK & EC*. Second Edition, Blackstone Press Limited, London, 2000, p. 202.

proceso moroso y oneroso de autorización previa de las operaciones de concentración. De todas formas, las empresas podrían siempre solicitar un certificado negativo, en los términos del art. 2 del Reglamento 17, evitando los problemas que existían en relación al art. 81 (antiguo art. 85), resultantes del carácter revocable y temporal de la autorización, así como de la necesidad de distinguir entre acuerdo nuevo y antiguo⁸¹¹.

4) Finalmente, las consecuencias jurídicas para el caso de la violación del art. 82 (antiguo art. 86) se encuentran previstas en el art. 3 del Reglamento 17, que confiere a la Comisión el poder de dirigir a las empresas recomendaciones para que cesen la infracción, además de poder tomar ciertas decisiones que obligan a las mismas empresas a poner fin a las aludidas infracciones, no ocurriendo ninguna de las objeciones suscitadas en el propósito del nº 2 del art. 81 (antiguo art. 85).

Constatada la inexistencia de las dificultades que habían sido verificadas en el análisis del art. 81 (antiguo art. 85), la Comisión declara que deberían ser consideradas incluidas por el art. 82 (antiguo art. 86) las concentraciones de empresas que originasen la monopolización del mercado⁸¹². La Comisión justifica esta posición afirmando que esta interpretación está de acuerdo con los objetivos del Tratado, ya que los artículos 81 (antiguo art. 85) y 82 (antiguo art. 86) deben garantizar el funcionamiento del régimen de la competencia. La autoridad comunitaria esclarece que el problema de la aplicabilidad del art. 82 (antiguo art. 86) solamente podría ser determinada en el caso concreto, en función de la situación del mercado. La Comisión propone el siguiente criterio para esta determinación: cuanto una empresa en posición dominante más se acerca a una situación de monopolio, como consecuencia de la concentración con otras empresas, poniendo en causa la posibilidad de escoja de los clientes, suministradores y consumidores, mayor es la probabilidad de caer en la zona del abuso⁸¹³.

⁸¹¹ Reglamento nº 17 - Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado - DO nº P 013 de 21/02/1962.

⁸¹² Memorando de la Comisión, 1965, cit., p. 676.

⁸¹³ Memorando de la Comisión, 1965, cit., p. 677.

Finalmente, la Comisión subraya que el art. 82 (antiguo art. 86), al contrario de lo establecido en el art. 66 del TCECA, permite la existencia y la creación de una posición dominante en un determinado mercado, prohibiendo solamente el abuso⁸¹⁴. Una operación de concentración que eliminara completamente la competencia en el mercado, creando una situación de monopolio, debería ser considerada una explotación abusiva de una posición dominante, ya que tendría los mismos efectos nocivos de los comportamientos buscados por el art. 82 (antiguo art. 86)⁸¹⁵.

Esta posición de la Comisión fue criticada por parte de la doctrina que afirmaba que existía una cierta incoherencia en el raciocinio de la autoridad comunitaria. Entendía la doctrina que la Comisión, cuando realizaba, relativamente el art. 82 (antiguo art. 86), la potencial similitud de resultados entre una alteración estructural del mercado y el comportamiento individual de una empresa en posición dominante como un factor determinante de la aplicación del control con base en el aludido artículo, cometía un error en la interpretación⁸¹⁶.

La verdad es que, la justificación del distinto tratamiento aplicado a las dos disposiciones del Tratado se debe buscar en consideraciones de orden político. La solución adoptada en el Memorando es, en parte, reflejo de la política económica seguida por la Comisión, basada en el binomio promoción / control de las concentraciones empresariales⁸¹⁷.

Por otro lado, cabe subrayar que el hecho de que la Comisión haya fijado un tratamiento jurídico diferenciado a los acuerdos (y prácticas concertadas) y las concentraciones empresariales parece inducir a la idea de adopción de la teoría del doble estándar⁸¹⁸.

⁸¹⁴ Memorando de la Comisión, 1995, cit., p. 674.

⁸¹⁵ Memorando de la Comisión, 1965, cit., p. 676.

⁸¹⁶ BANKS, Karen: *Mergers and partial mergers under EEC Law, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*. M. Bender, New York, 1988, p. 382.

⁸¹⁷ Entendimiento que se acerca al sistema instituido por el TCECA, en los términos del cual el art. 65 (cuyo paralelo en el TCE sería el art. 81, antiguo art. 85) se destina a fiscalizar comportamientos anticompetitivos, y el art. 66 del TCECA (cuyo paralelo en el TCE sería el art. 82, antiguo art. 86) tiene por objetivo el control de los cambios sufridos en la estructura competencial.

⁸¹⁸ Véase: VOGEL, Louis: *Droit de la Concurrence et Concentration Économique. Etude comparée*. Ed. Économica, Paris, 1988, p. 233; CANELLOS, Peter C. y SILVER, Horst S.: *Op.*

Se trata de una construcción del Derecho antitrust norteamericano, que defiende la prohibición automática de las prácticas concertadas y acuerdos, al paso que las operaciones de concentración, por generar ventajas económicas, deberían ser prohibidas en forma excepcional⁸¹⁹. El distinto marco jurídico de los dos fenómenos resulta de la consideración de los acuerdos entre empresas como contrarios al interés público, ya que disminuyen la libertad de actuación empresarial, causando perjuicios al proceso de la competencia. De ahí deriva que todo lo que constituya una barrera a la libertad de acción comercial, transformado el mercado en ineficiente, debe ser prohibido y, sólo excepcionalmente, autorizado.

Ya las operaciones de concentración, produciendo generalmente ciertas ventajas (v.g., las economías de escala o el desarrollo tecnológico), permiten el crecimiento de la eficacia de la producción y de la distribución. Por otro lado, se pueden revelar pro-competencial, promoviendo y estimulando la competencia por medio de la adquisición de pequeñas empresas por grandes grupos de empresas, permitiendo a aquellas mejorar su competitividad.

Está claro que, además de las ventajas, se debe atender al otro lado de la situación. Así, los beneficios asociados a las operaciones de concentración empresarial pueden ser utilizados por las empresas para cometer abusos.

La Comisión se reveló, pues, consciente de la doble dimensión del fenómeno, cuando en el Memorando de 1965 se subrayó la necesidad de crear obstáculos a la realización de las concentraciones capaces de acelerar el desarrollo de la construcción europea, optando en este contexto por la aplicación del art. 82 (antiguo art. 86) a tales efectos.

Sin embargo, el crecimiento desenfrenado de las concentraciones se reveló susceptible de producir más daños que beneficios para el desarrollo del juego de la competencia (al conducir, frecuentemente, a situaciones de monopolio o casi monopolio), tornándose permanente el control de las operaciones de concentración.

cit., p. 138 y ss.; BOS, Pierre; STUYCK, Jules y WYTINK, Peter: *Concentration Control in the European Economic Community*. Graham & Trotman, London, 1992, p. 6 y ss.

⁸¹⁹ Esta teoría se revela de difícil aplicación en los casos de las *joint ventures* o de los grupos de sociedades de base contractual.

Finalmente, en la línea de la corriente más dinámica de la doctrina económica, según la cual la constitución o refuerzo de una posición de monopolio, aunque permita aumentar la eficacia de la producción, contiene en sí el germen de un atentado a los intereses del consumidor. De esta forma, la Comisión pasó a la aplicación, en la práctica, del marco jurídico establecido en el Memorando en cuanto al control de las concentraciones empresariales⁸²⁰.

3.3. Síntesis del control de concentraciones en el ámbito del Memorando de la Comisión de 1 de diciembre de 1965

En conclusión de lo dicho hasta aquí, podríamos señalar que:

1) Fue necesario esperar casi una década, a partir de la entrada en vigor del TCE, para que la Comisión se decidiera a abordar en el Memorando de 1965 su política de aplicación a las concentraciones empresariales de las disposiciones del Tratado (art. 81 y art. 82, actuales).

2) El grupo de peritos consultados por la Comisión se declaró mayoritariamente favorable a la utilización de ambas disposiciones como mecanismos de control de las concentraciones.

3) La Comisión, a su vez, siguió solamente en parte las orientaciones de los peritos. De hecho, la autoridad comunitaria, al contrario de lo que le había sido sugerido, rechazó la aplicación del art. 81 (antiguo art. 85) del control de las concentraciones empresariales, basándose, sobre todo, en argumentos de carácter sistemático y teleológico que manifiestan, de alguna forma, la existencia de una voluntad política en promocionar las concentraciones en cuanto instrumentos privilegiados de realización de los objetivos de la construcción europea.

4) La creencia en las virtudes de las concentraciones no es, todavía, absoluta. La Comisión se revela consciente de que esas operaciones, que constituyen excelentes instrumentos de reestructuración de la industria europea, son simultáneamente susceptibles de originar situaciones de abuso, restringiendo o incluso eliminando la competencia. Así, declara la Comisión en

⁸²⁰ VANDAMME, Jacques: *L'arrêt de la Cour de Justice du 21 Février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du Traité CEE*, CDE. Navwelaerts Pub., Leuven, 1973, p. 126.

el Memorando de 1965 la intención de utilizar el art. 82 (antiguo art. 86) como instrumento de control de las concentraciones empresariales.

5) Finalmente, el distinto tratamiento jurídico aplicado a los acuerdos o prácticas concertadas (sujetas al art. 81, antiguo art. 85) y a las concentraciones empresariales (a las cuales será aplicado el art. 82, antiguo art. 86), siendo consecuencia de los principios formulados por la Comisión en el Memorando, permite abrir las puertas a una especie de teoría del doble estándar.

4. Operación de concentración con abuso de posición dominante en el ámbito del Tratado CE

4.1. Supuestos generales de aplicación del art. 82 del Tratado CE

La aplicación del art. 82 TCE (antiguo art. 86) a las concentraciones de empresas, defendida por la Comisión en el Memorando de diciembre de 1965, exige un estudio previo, aunque en términos resumidos, del mecanismo de funcionamiento de las disposiciones en causa. Sin pretensión de hacer un análisis exhaustivo al respecto del art. 82, en el ámbito de nuestra tesis, creemos útil, y necesario, para la comprensión de los razonamientos que militan en contra y a favor de la aplicación del art. 82 TCE a las concentraciones, tener presente los supuestos generales para su utilización.

El art. 82, § 1 TCE establece que “será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”.

Esta prohibición se justifica en la medida en que la explotación abusiva de una posición dominante pone en causa el libre juego de la competencia, o sea, compromete el principio establecido en el art. 3, g, que parece garantizar que la competencia no sea falseada en el mercado común. Se subraya, una vez más, que el art. 82 TCE no condena la posición dominante

en sí, sino que, tan sólo, prohíbe la explotación abusiva de la posición dominante.

En efecto, el art. 82, § 1 se limita a establecer una prohibición general del abuso de una posición dominante, enunciando, en seguida, en su § 2, algunos ejemplos que no son considerados exhaustivos. Además, ninguna orientación es dada en cuanto a la noción de posición dominante detentada por una o más empresas. Tal noción no se encuentra en el art. 82, ni en ninguna disposición del TCE⁸²¹.

4.1.1. Breves referencias a la posición dominante

La posición dominante es, desde luego, un poder económico, o sea, la facultad (de la empresa) de ejercer una influencia notable sobre el funcionamiento del mercado, y - en principio - previsible para la empresa dominante⁸²².

Esta idea será reafirmada y desarrollada en la decisión Continental Can⁸²³, en que la Comisión declara que las empresas están en posición dominante en los siguientes términos:

1) Cuando tienen la posibilidad de adoptar comportamientos independientes que les permiten actuar sin tener en cuenta las empresas en competencia, los compradores o los suministradores.

2) Además, afirma la Comisión que la posición dominante ocurre cuando, debido a la cuota de mercado detentada por la empresa, o a su cuota de mercado en virtud del control de conocimientos técnicos específicos, de materias primas o de capitales, tiene la posibilidad de determinar los precios o de controlar la producción o la distribución para una significativa parcela de los productos en cuestión.

3) Afirma la Comisión, además, que la posibilidad de posición dominante en el mercado no deriva, necesariamente, de un dominio absoluto.

⁸²¹ Al contrario de lo que pasaba con el TCECA, cuyo art. 66, nº 7, consideraba que ocuparían una posición dominante las empresas que no estuviesen sujetas "a una competencia efectiva en una parte importante del mercado común".

⁸²² Memorando de la Comisión, diciembre de 1965, cit., punto 16.

⁸²³ Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.811 - *Continental Can Company*), DO nº L 007 de 08/01/1972.

Así, es posible que las empresas puedan eliminar toda la voluntad de las empresas en competencia, bastando que la empresa dominante tenga una fuerza suficiente en el conjunto del mercado como para tener garantizada una independencia global de comportamiento, aunque existiendo diferencias de intensidad de su influencia sobre los distintos mercados parciales⁸²⁴.

El elemento esencial de la noción de posición dominante consiste, así, en la posibilidad que la empresa dominante tiene de adoptar un comportamiento independiente en virtud de otros operadores en el mercado⁸²⁵.

A su vez, el Tribunal de Justicia acentúa la facultad de la empresa de impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. En esta perspectiva se inscribe la decisión *United Brands*, en la cual el Tribunal de Justicia declaró que la posición dominante prevista en el art. 86 (actual art. 82) reglamenta una situación de poder económico detenida por una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión, suministrándole la posibilidad de adoptar comportamientos independientes en virtud de las empresas en competencia, clientes y consumidores⁸²⁶.

El Tribunal de Justicia, en la decisión *Hoffmann-La Roche* subrayó que la posición dominante, al contrario de una situación de monopolio o de casi-monopolio, no excluye la existencia de una cierta competencia, pero posibilita a la empresa que tiene el dominio la situación de decidir, o por lo menos influenciar, las condiciones en que se desarrollará tal competencia. Además, el hecho de tener la posición dominante le permite a la empresa en causa comportarse sin que se vea obligada a tener en cuenta a las demás empresas en competencia⁸²⁷.

⁸²⁴ Véase, decisión *Continental Can*, cit.

⁸²⁵ GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine y VOGEL, Louis: *Droit commercial européen*. *Op. cit.*, p. 591; SCHAPIRA, Jean; LE TALLEC, Georges y BLAISE, Jean-Bernard: *Op. cit.*, p. 275.

⁸²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company y United Brands Continental BV* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 27/76, Recueil de jurisprudence 1978, p. 208, considerando 65.

⁸²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85-76, *Hoffmann – La Roche & CO. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Recueil de jurisprudence 1979, considerando 39, p. 461.

La doctrina ha sugerido tres criterios para medir la independencia del comportamiento de una empresa dominante⁸²⁸:

1) En un primer momento, surgen los criterios estructurales o objetivos, que califican las condiciones de organización del mercado, o sea, las limitaciones de las competencias estables exteriores a las empresas, como es el caso del número y dimensión de las empresas en el mercado, las condiciones de acceso al mercado, las características de los productos, etc.

2) En un segundo momento, se apunta los criterios de comportamiento, o criterios subjetivos, relativos a las acciones que las empresas desarrollan en el mercado, principalmente con los clientes, suministradores y empresas en competencia, tales como la fijación de precios, elaboración de productos, etc.

3) Finalmente, se hacen presentes los criterios de resultado, los cuales indican las consecuencias que estas acciones de posición dominante tienen para las empresas en competencia.

Referidas, en términos muy breves, las líneas de orientación adoptadas por las autoridades comunitarias en cuanto al concepto de posición dominante, importa ahora delimitar el mercado donde se manifiesta tal situación (el mercado relevante).

4.1.2. Mercado relevante

El mercado relevante apenas está mencionado en las disposiciones del Tratado en cuanto a su dimensión geográfica. Posteriormente, tal noción será desarrollada a partir del esfuerzo de los órganos comunitarios (que la consideran una etapa esencial de aplicación del art. 82), poseyendo una doble dimensión: 1) el mercado relevante debe ser definido no solamente en términos geográficos; 2) sino también en función del producto⁸²⁹. En cuanto a sus formas exponemos lo siguiente:

⁸²⁸ GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine y VOGEL, Louis: *Op. cit.*, p. 549; CEREXHE, Etienne: *Op. cit.*, p. 289.

⁸²⁹ Véase, especialmente, la sentencia *Continental Can, cit.*, donde el Tribunal afirmó que la determinación del mercado relevante es de importancia esencial, ya que las posibilidades de competencia apenas pueden ser apreciadas en función de las características de los productos

1) El mercado geográfico será el área donde existen condiciones de competencia comparables en términos latos⁸³⁰. La empresa puede encontrarse en una posición dominante en un área más extensa, que abarque todo el conjunto del mercado común⁸³¹ (situación poco usual), o en un área más limitada, comprendiendo solamente una parte sustancial de éste.

En cuanto al alcance de esta expresión (parte sustancial de un mercado común), ya se consideró como tal el territorio de un Estado-miembro⁸³², o incluso una parte de un solo país⁸³³.

Obsérvese, además, que para el cumplimiento de esta condición no es suficiente atender a la extensión geográfica de la posición dominante. Es necesario tener en consideración, como afirmó el Tribunal, la estructura y el volumen de la producción y del consumo del producto en causa, así como los hábitos y las posibilidades económicas de los vendedores y de los compradores⁸³⁴. En otras palabras, la superficie del territorio de un Estado-miembro es apenas un elemento en la apreciación de la existencia de una empresa en posición dominante en una parte sustancial del mercado común, al

en causa (considerando 32). El mercado relevante (para cuya construcción fue decisiva la influencia norteamericana – *relevant market*) constituye, en la apreciación desarrollada por las autoridades comunitarias, menos un elemento objetivo de referencia y más un instrumento que permite limitar la dimensión de las empresas o condenar ciertas actuaciones contrarias al espíritu de la competencia. Véase, en ese sentido: GLAIS, Michel y LAURENT, Philippe: *Traité d'économie et de Droit de la Concurrence*. Presse Universitaires de France, Paris, 1983, p. 279.

⁸³⁰ AXINN, Stephen M. y GLICK, Mark: Dual enforcement of merger law in the EEC: lessons from the american experience, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*. M. Bender, New York, 1990, p. 554.

⁸³¹ Todavía, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, asuntos acumulados 6 y 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.P.A. y Commercial Solvents Corporation c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Recueil de Jurisprudence 1974, p. 223, el Tribunal afirmó que la sociedad Commercial Solvents detenía una posición dominante en el *mercado mundial* para la producción y venta de las materias primas en causa.

⁸³² Así, por ejemplo, la Decisión de la Comisión, de 2 de junio de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado (IV/26 760 – GEMA), DO nº L 134 de 20/06/1971, modificada por la Decisión de la Comisión, de 6 de julio de 1972, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.670 – GEMA), DO nº L 166 de 24/07/1972. La Comisión afirmó, en este caso, que GEMA era la única sociedad a gestionar en Alemania derechos de autor de obras musicales, deteniendo, por lo tanto, un verdadero monopolio de hecho.

⁸³³ Véase: Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73, Recueil de Jurisprudence 1975 (a seguir denominada Sentencia Industria Europea del Azúcar), donde el Tribunal afirmó que la parte meridional de Alemania debería ser considerada una parte sustancial del mercado común, en los términos del considerando 448 y ss.

⁸³⁴ Sentencia *Industria Europea del Azúcar*, cit., considerando 71.

lado de otros elementos tales como las características del mercado, la ubicación y la distribución de los productos⁸³⁵.

2) Además de su dimensión geográfica, el mercado relevante tiene que ser delimitado en función de los productos o servicios en relación a los cuales es ejercitada la posición dominante⁸³⁶. Significa ésto que el mercado material⁸³⁷ se define, según la jurisprudencia comunitaria, atendiendo, esencialmente, a la sustitución razonable y posible de los productos en causa, a las barreras existentes a la entrada, así como a la eventual competencia potencial⁸³⁸.

En otras palabras, el mercado relevante abarcará no solamente los productos idénticos, sino también sus similares, o sea, aquellos que serían capaces de desempeñar la misma finalidad. Para determinar el mercado material es, pues, necesario examinar, en el caso concreto, cuáles son los productos o servicios que pueden ser considerados sustituibles por los consumidores^{839/840}.

Los productos similares pueden originar mercados distintos. Apreciar si la sustitución de los productos es posible, o no, dependerá, por lo tanto, de cada situación concreta.

⁸³⁵ GAVALDA, Christian y PARLEANI, Gilbert: *Traité de droit communautaire des affaires*. Éditions LITEC, Deuxième édition, Paris, 1992, p. 492.

⁸³⁶ Nótese que un grupo de sociedades puede producir distintos productos o servicios eventualmente vinculados, siendo entonces necesario analizar si están en causa mercados distintos o si, por el contrario, es imposible identificarlos sectorizadamente.

⁸³⁷ THIESING, J.; SCHRÖTER, H.; y HOCHBAUM, I.: *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE*. Éditions de Navarre, Paris, 1977, p. 223.

⁸³⁸ Véase Sentencia *Continental Can, cit.*

⁸³⁹ Véase: BAEL, Ivo Van y BELLIS, Jean François: *Competition Law of the ECC*. 2 ed., Business and Law Publishers, Second Edition, Oxford, 1990, p. 61 y ss.

⁸⁴⁰ En la Sentencia *Continental Can, cit.*, el Tribunal afirmó que los productos que son sustituibles solamente en el límite por otros, no deben ser considerados como parte de la noción de mercado relevante (considerando 32). Los productos que fueren razonablemente sustituibles ya formarán parte de tal mercado. Para juzgar el grado de sustitución se debe tener en cuenta la naturaleza del producto, su precio y su posible utilización. Sin embargo, además de estas características objetivas del producto, es necesario atender a las condiciones de competencia en el mercado, así como a la estructura de la oferta y de la demanda en el mismo. Véase, en ese sentido: Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de Noviembre de 1983, *N.V. Nederlandsche Banden – Industrie – Michelin c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 322/81, Recueil de Jurisprudence, 1983.

Explicadas sintéticamente las nociones de posición dominante y de mercado relevante, conviene ahora abordar el significado de la expresión abuso.

4.1.3. Significado de la expresión “abuso”

El art. 82 TCE (antiguo art. 86) prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante, sin realizar una orientación en cuanto al entendimiento de esta expresión. De hecho, el art. 82 se limita a facultar una lista de ejemplos de situaciones consideradas abusivas.

Es, una vez más, el Tribunal de Justicia, en su práctica decisoria, quien hizo nuevos esclarecimientos sobre esta cuestión, apuntando a una noción amplia de abuso.

De este modo, el Tribunal declaró en la sentencia *Continental Can*, que las prácticas abusivas referidas en el art. 86 (actual art. 82 del TCE) no abarcaban todas las formas de abuso de posición dominante prohibidas por el Tratado, ya que el artículo no regulaba solamente las prácticas susceptibles de causar un perjuicio inmediato al consumidor, sino también aquéllas que le causaban un perjuicio por atentar contra una estructura de competencia efectiva, tal como se menciona en el art. 3, g, del Tratado⁸⁴¹. El Tribunal de Justicia adoptó, de esta forma, una concepción amplia de abuso⁸⁴², según la

⁸⁴¹ Sentencia *Continental Can*, *cit.*, punto 12 del Sumario.

⁸⁴² La definición del concepto de abuso del art. 86 TCEE fue, inicialmente, objeto de una intensa disputa doctrinal. Para parte de la doctrina, el abuso consistiría en la utilización de las facultades conferidas por la posición dominante. Definiéndose la posición dominante como el poder de la empresa para adoptar comportamientos autónomos en relación al resto de operadores en el mercado, o impedir la existencia o la manutención de una competencia practicable en el mercado, el abuso será el mero ejercicio de este poder. La empresa en posición dominante es la que tiene la posibilidad de impedir una competencia efectiva sobre una parte importante del mercado, y comete un abuso utilizando esta facultad. Véase, en ese sentido: VANDAMME, Jacques: *L'arrêt de la Cour de Justice du 21 Février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du Traité CEE. Op. Cit.*, p. 120. La Comisión, a su vez, acrecienta, aún, que el abuso puede ser ejercido en relación a los suministradores, utilizadores, e incluso empresas en competencia (véase, Memorando de la Comisión, 1965, *cit.*). Como resultado práctico de esta tesis, debería ser incluido en el ámbito de aplicación de la prohibición del art. 86 TCEE (art. 82 TCE) el simple refuerzo de una posición dominante que fuera efectuado, por ejemplo, por medio de una operación de concentración.

Para otra parte de la doctrina, la noción de abuso debería tener un entendimiento más restrictivo. El art. 86 TCEE (art. 82 TCE) no regula los comportamientos destinados a eliminar la competencia (ni cuando se trate de prácticas desleales, ni cuando se trate de concentraciones empresariales). Además, el art. 86 TCEE no busca comportamientos abusivos en relación a las empresas en competencia. La preocupación del art. 86 CEE para esta corriente no sería garantizar la salvaguardia de la competencia. Al contrario de lo que pasa con el *Sherman Act.*, el art. 86 TCEE (art. 82 TCE) no pretende una intervención sobre las

cual el art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE) refiere a los casos en que el abuso se traduce en alteraciones a la estructura de la competencia normal en un cierto mercado. Así, desde el momento en que se verifiquen efectos perjudiciales sobre la estructura de la competencia, siendo indiferentes los medios o procesos utilizados, de donde resulta una desvalorización del nexo de causalidad entre la posición dominante y la explotación abusiva, existe una situación de abuso.

Esta noción debe, por lo tanto, ser considerada en una perspectiva **objetiva**, como además lo afirmó el Tribunal en la sentencia Hoffmann-La Roche⁸⁴³. El comportamiento de la empresa en posición dominante es juzgado en función de los efectos sobre la estructura de la competencia efectiva en el mercado en causa, independientemente de las intenciones **subjetivas** de las empresas⁸⁴⁴.

La sentencia Hoffmann-La Roche alcanza, de este modo, una importancia profunda, ya que aclara el funcionamiento del mecanismo del art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE). El Tribunal rechazó, ahí, el argumento de la solicitante de que la explotación abusiva exigía que la utilización del poder económico conferido por una posición dominante fuera el medio por el cual fuera realizado el abuso. El Tribunal reafirmó la idea de que los abusos prohibidos por el art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE) se basan en los comportamientos de una empresa en posición dominante susceptibles de influenciar la estructura del mercado en causa en que (debido a la presencia de

estructuras de la competencia; es, solamente, un medio de controlar directamente los precios y la producción. Véase: JOLIET, René: *Op. cit.*, p. 689-690. En otras palabras, el abuso supone la búsqueda consciente de ventajas – que serían neutralizadas por el juego normal de la competencia – en detrimento de los suministradores y consumidores. Es precisamente para impedir que el dominio del mercado sea utilizado para perjudicar a usuarios y consumidores que es posible el recurso al art. 86 TCEE (art. 82 TCE), y no para garantizar la manutención de la competencia. Esta concepción de abuso tiene como consecuencia que la adquisición o refuerzo de una posición dominante, principalmente por medio de las operaciones de concentración, nunca quedarán sujetas a la aplicación del art. 86 TCEE (art. 82 TCE). El Tribunal, como veremos más adelante, va a alejar claramente la concepción de esa segunda corriente y a aceptar, con ciertas condiciones, la aplicación del art. 86 TCEE (art. 82, TCE) a las operaciones de concentración.

⁸⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85-76, *Hoffmann – La Roche & CO. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit., considerando 91, segunda parte.

⁸⁴⁴ La verificación de una situación de abuso es, de este modo, ajena a la existencia de una actuación culposa por parte de la empresa dominante. La constatación de tal culpa solamente tendrá interés para la determinación de la multa aplicable a la empresa que practica el abuso (Véase: Reglamento nº 17, cit., art. 15, nº 1 y nº 2).

la empresa en cuestión), el grado de competencia se encuentra limitado. Además, tiene por efecto impedir, por el recurso a medios distintos de aquéllos que gobiernan una competencia normal de los productos y servicios, el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el desarrollo de esta competencia.

Profundizando en la posición del Tribunal en cuanto al significado de abuso, podríamos decir:

1) Se nota, en primer plano, en el caso Hoffmann-La Roche, que el hecho del Tribunal de alejar la idea de que el ejercicio de la facultad resultante de la posición dominante sería el mecanismo que conduciría al abuso significa una desvalorización del nexo de causalidad entre la posición dominante y el abuso⁸⁴⁵.

2) En segundo lugar, se observa que el Tribunal reitera su opinión de que es necesario sancionar las alteraciones de un estado de competencia normal, en una determinada situación económica, provocadas por los comportamientos de una empresa en posición dominante. Cuanto mayor es el peso de la empresa en situación de dominio, mayores son sus posibilidades de perturbar el mercado y reducir la competencia. A partir de ahí, en la sentencia Michelin⁸⁴⁶, el Tribunal afirmó que una empresa en posición dominante tiene una responsabilidad especial en no permitir que su comportamiento bloquee la competencia efectiva⁸⁴⁷.

3) Cabe subrayar que la referencia hecha por el Tribunal con relación al recurso, por parte de la empresa dominante, a medios distintos de aquellos que gobiernan una competencia normal, fue entendida por la doctrina

⁸⁴⁵ Nótese que esta jurisprudencia consiente que el abuso venga a verificarse en un Mercado distinto de aquél donde la empresa tiene una posición dominante. O sea, posición dominante y abuso dejarían de ocurrir, necesariamente, en un mismo mercado. Por otro lado, permite que las autoridades comunitarias, al demostrar el abuso, queden dispensadas de la prueba previa de la posición dominante, visto que esta se daría automáticamente con la verificación del abuso, o sea, con la verificación del bloqueo a la competencia. Véase: HAWK, Barry: *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative guide*. Vol. II, Prentice Hall Law & Business, 1990, p. 957; VOGELENZANG, P.: *Abuse of a dominant position in article 86°; the problem of causality and some applications*, CMLR. Vol. 13, Stevens and Sons, London, 1976, p. 62; CASEIRO ALVES, José Manuel: *Lições de direito comunitário da concorrência*. Coimbra Editora, Coimbra, 1983, p. 79.

⁸⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de Noviembre de 1983, *N.V. Nederlandsche Banden - Industrie - Michelin* c. Comisión de las Comunidades Europeas, cit., p. 3461.

⁸⁴⁷ Sentencia *Michelin*, cit., considerando 57.

como una exigencia adicional al criterio de abuso estructural. En otras palabras, para que se pueda aplicar la prohibición del art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE), no basta la existencia de consecuencias desventajosas sobre la estructura de la competencia (abuso de estructura – ésto es, efectos de un acto o de una operación sobre la estructura de la competencia), sino que es necesario que tales consecuencias resulten de comportamientos anómalos, en relación al desarrollo de la competencia, adoptados por la empresa dominante⁸⁴⁸.

La orientación defendida por el Tribunal va a ser criticada por parte de la doctrina, que llama la atención sobre el hecho de que la posición sostenida por la autoridad comunitaria no tenga relación directa con la redacción de la disposición legal en causa. De hecho, la letra del art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE) no prohíbe la existencia o constitución de una posición dominante, pero sí su explotación. Una concepción objetiva del abuso llevaría a que fuera casi imposible distinguir la adquisición (o el refuerzo) de una posición dominante, de la explotación abusiva de esta misma posición dominante⁸⁴⁹.

Finalmente, aunque se presenten estas dificultades, el Tribunal continuó basándose en un criterio objetivo de abuso, subrayando la ventaja de estar en consonancia con los objetivos del Tratado, principalmente el de garantizar el no falseamiento de la competencia en el interior del mercado común (art. 3, g, TCEE).

4.1.4. Afectación del comercio entre los Estados-miembros

Afirmada la existencia de una posición dominante, y su explotación abusiva, es necesario que el abuso sea susceptible de afectar el comercio entre los Estados-miembros.

Esta exigencia, hecha igualmente en el art. 81 TCE, se destina a delimitar el campo de aplicación de la ley comunitaria en relación a las leyes nacionales de los distintos Estados-miembros, que mantienen competencias en estas materias. O sea, la ley comunitaria será aplicable siempre que el abuso

⁸⁴⁸ GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine y VOGEL, Louis: *Op. cit.*, p. 425-426.

⁸⁴⁹ Para un análisis cuidadoso de las críticas hechas a la noción objetiva de abuso, véase: GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine y VOGEL, Louis: *Op. cit.*, p. 612.

(o la práctica concertada o acuerdo) afecte al comercio entre los Estados-miembros⁸⁵⁰.

Hoy por hoy, tal expresión es analizada, sobre todo, a la luz de las finalidades del Tratado CE. De hecho, el Tribunal buscaba la puesta en funcionamiento de un mercado único efectivo, búsqueda que pasa necesariamente por el cumplimiento de la exigencia hecha en el art. 3, g TCE de que la competencia no sea falseada en el mercado común. De este modo, el test indicado en la sentencia *Brasserie de Haecht*⁸⁵¹, para medir la afectación del comercio intracomunitario, será la previsión, con un elevado grado de probabilidad, de que la práctica restrictiva es susceptible de ejercer una influencia directa o indirecta sobre los flujos de cambios entre los Estados-miembros, de contribuir al reparto del mercado, y de tornar más difícil la interpenetración económica deseada por el Tratado⁸⁵². En otras palabras, habrá afectación del comercio (entendida la palabra comercio en términos amplios, abarcando toda la actividad económica, tanto el suministro de mercaderías como la prestación de servicios y la producción industrial)⁸⁵³

⁸⁵⁰ La doctrina no es unánime en cuanto al significado y la función de este requisito. Para cierta doctrina francesa, el verbo *afectar* debe tener una connotación neutral, esto es, el comercio entre los Estados miembros es afectado siempre que ocurra una alteración del flujo de cambios intracomunitarios. Se trata de una mera norma de repartición de competencias que busca delimitar el campo de aplicación del Derecho comunitario en relación al Derecho nacional. Ya cierta doctrina alemana e italiana asocia, generalmente, un entendimiento *peyorativo* o *calificativo* a la palabra *afectar*. La condición de afectación del comercio traduciría de una norma de Derecho sustancial que condena los acuerdos y prácticas abusivas que perjudican el desarrollo del comercio intracomunitario, y originan la repartición de los mercados. O sea, para esta corriente doctrinal no basta una alteración de las condiciones del comercio, sino que es necesario que tal alteración se revele nociva. Véase, de entre muchos: SCHAPIRA, Jean; LE TALLEC, Georges y BLAISE, Jean-Bernard: *Op. cit.*, p. 281-282. A su vez, las autoridades comunitarias, aunque afirmen la función de repartición de competencias de la norma en causa, no defienden claramente la interpretación neutra de la expresión *afectar*. Así, la Comisión sustentó, por ejemplo en el caso *Grundig*, que para la existencia de la afectación del comercio bastaba una restricción de la competencia que haría que el comercio entre los Estados miembros se desarrollara en condiciones distintas de las que existirían sin esta restricción. Sin embargo, el Tribunal defendió, en ese mismo caso, que habrá afectación del comercio cuando el acuerdo ponga en causa, directa o indirectamente, actual o potencialmente, la libertad de comercio entre los Estados-miembros en un sentido que podría perjudicar la realización de los objetivos del mercado único entre los Estados-miembros. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, *Etablissements Consten S.A.R.L. y Grundig Verkaufs GMBH c. Comisión de la Comunidad Económica Europea*, Asuntos acumulados 56 y 58/64, Recueil de Jurisprudence 1966.

⁸⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1967, *S.A. Brasserie de Haecht c. Esposos Wilkin-Janssen*, Asunto 23-67, Recueil de Jurisprudence 1967.

⁸⁵² Sentencia *Brasserie de Haecht*, *cit.*

⁸⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981, *Gerhard Züchner c. Bayerische Gerhard Vereinsbank AG*. (Petición de decisión prejudicial planteada por el *Amstgericht*

cuando, bien, es alterado el flujo normal de éste entre los Estados miembros, o bien ese flujo se desarrolla en términos distintos de los que seguiría en ausencia de esa práctica, poniendo en causa las finalidades del Tratado^{854/855}.

Finalmente, cabe subrayar la necesidad de que la afectación del mercado sea económicamente relevante. O sea, una práctica abusiva (o un acuerdo) que puedan influenciar de forma insignificante al comercio intracomunitario escapan al ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

El Tribunal ya afirmó en la sentencia *Solonia*⁸⁵⁶, que un acuerdo escapa a la prohibición del art. 85 TCEE (actual art. 81 TCE) cuando no afecta al comercio entre los Estados miembros de forma sensible. Se nota que esta apreciación cuantitativa vale, igualmente, para el juicio relativo a la existencia de una restricción de la competencia en el mercado común.

De hecho, en la sentencia *Vöeik/Vervaecke*⁸⁵⁷, el Tribunal declaró que un acuerdo escapa a la prohibición del art. 85 TCEE (actual art. 81 TCE) cuando solamente afecta al mercado de forma insignificante, teniendo en

Rosenheim). Comisiones Bancarias. Asunto 172/80, considerando 18, Recueil de Jurisprudence, 1981.

⁸⁵⁴ Nótese que el Tribunal ya afirmó, principalmente en la sentencia *Belasco*, que el hecho de que un acuerdo tenga solamente por objeto la comercialización de productos en un único Estado miembro no es suficiente para excluir la posibilidad de ello afectar al comercio entre los Estados miembros (considerando 33). Además, consideró en ese caso en concreto, que el acuerdo aplicado a un solo Estado-miembro, y en que todos los participantes estaban activos en ese Estado-miembro, podría afectar al comercio intracomunitario en la medida en que preveía mecanismos dirigidos contra los competentes potenciales. Obsérvese, principalmente, los considerandos 35 y 38, donde el Tribunal afirmó que la convención preveía medidas de protección y de defensa en el caso de aumento de la competencia por parte de las empresas extranjeras, comprometiéndose los miembros del acuerdo a impedir que empresas terceras mejorasen su capacidad competencial y, para tal: no transferirían medios de producción para terceros; no fabricarían por cuenta de terceros. Así, concluyó el Tribunal que, aunque el acuerdo impugnado solamente tenía por objeto la comercialización de productos en un único Estado-miembro, era susceptible de ejercer una influencia en el comercio intracomunitario. Véase: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de julio de 1989, *SC Belasco y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 246/86, Recopilación de Jurisprudencia 1989.

⁸⁵⁵ Nótese que, es irrelevante que el acuerdo o práctica abusiva provoquen un aumento del comercio, ya que la finalidad del Tratado no es incrementar el comercio, como un objetivo en sí, sino crear un sistema en que la competencia no sea falseada. En ese sentido, véase: BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham D.: *Common Market Law of Competition*. Third edition., Sweet & Maxwell, London, 1991, p. 110.

⁸⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1981, *Maria Solonia c. Giorgio Poidomani y Franca Giglio, viuda de Baglieri*, Asunto 126/80, considerando 17, Recueil de jurisprudence 1981.

⁸⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, *Franz Vöelk c. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, Asunto 5-69, Recueil de Jurisprudence 1969.

cuenta la floja posición que ocupan los interesados sobre el mercado de productos en causa⁸⁵⁸.

La Comisión, a su vez, procuró disminuir la incertidumbre inherente a esta regla de *minimis*⁸⁵⁹. Así, publicó una Comunicación relativa a los acuerdos de pequeña importancia que no son abarcados por el nº 1 del art. 85 TCEE (actual nº 1 del art. 81 TCE)⁸⁶⁰. Con esta Comunicación, la Comisión pretendía, por un lado, excluir del ámbito de aplicación del art. 81 TCE los acuerdos que no tuviesen efectos sensibles sobre las condiciones del mercado. Y, por otro lado, la Comisión pretendía favorecer la cooperación entre las pequeñas y medianas empresas⁸⁶¹.

Es importante observar, también, que la sanción de nulidad, expresamente prevista en el texto del art. 81 TCE, no se manifiesta en el ámbito del art. 82 TCE. Además, tampoco tiene parangón en el ámbito del art. 82 TCE, la posibilidad de concesión de exenciones para las prácticas concertadas y acuerdos, previstas en el art. 81, nº 3 TCE. Sin embargo, la Comisión podrá conceder un certificado negativo, a requerimiento de la empresa que se considere en posición dominante, garantizándole, de este modo, cierta seguridad jurídica.

Otra cuestión que surge en el ámbito del art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE) es la de saber si el abuso puede ser practicado por un grupo de sociedades que dominan colectivamente el mercado en oligopolio. En realidad,

⁸⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, *Franz Voelk c. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, cit., considerando 7.

⁸⁵⁹ KORAH, Valentine: *An introductory guide to EEC competition law and practice*. Op. cit., p. 43; ULRICH, Immenga: *International Restrictive Practices and Economic Concentration*, en: *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*. (ULLRICH, Hanns ed.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, p. 123-124.

⁸⁶⁰ Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 1977, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, DO nº C 313 de 29/12/1977. Actualizada por la Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986, DO nº C 231 de 12/9/1986.

⁸⁶¹ Nótese que este requisito de *minimis* no está expresamente previsto en el ámbito de la prohibición establecida en el art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE), aunque ciertos autores consideran que la práctica de las autoridades comunitarias con relación al art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) tiene, muchas de las veces, presente este requisito. Véase, en ese sentido: KORAH, Valentine: *The control of mergers under the EEC competition law*, *European Competition Law Review*. ESC, Oxford, 1987, p. 239 y ss. Finalmente, obsérvese que en el ámbito del Reglamento nº 4064/89 esta idea de *minimis* es sugerida con frecuencia no solamente en relación a la interpretación de las disposiciones del reglamento, sino también en la práctica decisoria de la Comisión. Haremos el análisis del Reglamento 4064/89 en apartado propio, más adelante.

es este el punto que más nos interesa para el objeto de nuestra tesis doctoral. En apartado separado haremos, a continuación, un análisis de esta temática.

4.1.5. El grupo de sociedades y el control de las concentraciones empresariales con base en el art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE)

Las empresas que componen un grupo de sociedades no tienen, individualmente, una posición dominante en el mercado aunque, atendiendo al elevado grado de dependencia existente entre ellas, debido a las propias características del mercado, actúan de forma paralela, pudiendo eliminar la competencia existente y acentuar el riesgo de comportamientos abusivos (v.g., imposición de precios demasiado elevados, restricciones de la producción). A tal suerte se entiende que tales situaciones deban ser controladas por el art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE)⁸⁶². Tal hipótesis, además, no está prohibida por el art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE), ya que éste expresamente refiere la posibilidad de que el abuso sea cometido por “una o más empresas” (por un conjunto de empresas, o sea, un grupo de sociedades).

1) Un importante problema a analizar es el de saber si las restricciones de la competencia pueden ser condenadas simultáneamente con base en el art. 81 TCE (ex art. 85 TCEE) y el art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE), en cuanto las empresas que estén vinculadas, ya sea por una práctica concertada, o un acuerdo de empresas, se encuentren al mismo tiempo en posición dominante. Al respecto la doctrina tiene posiciones divergentes, a saber:

a) Para una parte de la doctrina, cuando está en causa una práctica concertada o acuerdo, las empresas involucradas serán apreciadas con base en el art. 81 TCE, sin iniciar el análisis del art. 82 TCE. O sea, la posibilidad de la aplicación del art. 81, nº 3, excluiría la aplicación del art. 82 TCE⁸⁶³.

b) Otra parte de la doctrina jurídica afirma que las empresas en posición dominante que participen en una práctica concertada o en un acuerdo de empresas quedan sujetas, tanto a la aplicación del art. 81 TCE, como a la

⁸⁶² Véase, de entre tantos: CASEIRO ALVES, José Manuel: *Op. cit.*, p. 67-68.

⁸⁶³ ROUX, Xavier de y VOILLEMOT, Dominique: *Le droit de la concurrence de la CEE*. Juridictionnaires Joly, Paris, 1982, p. 126.

aplicación del art. 82 TCE. Esta corriente considera que la Comisión puede escoger una de las disposiciones en causa, no encontrándose razones para dar prioridad a la aplicación del art. 81 TCE⁸⁶⁴.

A su vez, el Tribunal, en el caso *Hoffmann-La Roche*, afirmó expresamente que el hecho de que ciertos acuerdos quedaran sujetos al art. 85, nº 3 TCEE (actual art. 81 TCE), no tiene por efecto eliminar la aplicación del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE). En consecuencia, esta última disposición establece de forma expresa situaciones que tienen su origen en vínculos contractuales, siendo posible para la Comisión, teniendo en cuenta la naturaleza de los compromisos asumidos y la posición de la competencia de los distintos contratantes sobre los mercados a que pertenecen, proseguir el procedimiento con base en el art. 85 TCEE (actual art. 81 TCE) o en el art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE)⁸⁶⁵. Es decir, la Comisión podría escoger entre la aplicación del art. 81 TCE o del art. 82 TCE, no existiendo ninguna jerarquía en beneficio del art. 81 TCE⁸⁶⁶.

2) Recientemente, se ha planteado la cuestión de saber si una práctica restrictiva de la competencia, autorizada con base en el art. 81, nº 3 TCE, podría ser prohibida a la luz del art. 82 TCE. Tal cuestión ha surgido en la sentencia *Tetra Pak*⁸⁶⁷.

En la referida sentencia, el Tribunal de Primera Instancia subrayó que los artículos 81 TCE y 82 TCE, aunque complementarios en la medida que persiguen un objetivo general en los términos del Tratado (art. 3, g, TCE), no dejan de constituir, en el sistema del Tratado, dos instrumentos jurídicos independientes, aplicables a situaciones distintas⁸⁶⁸. Así que la concesión de una exención individual o por categoría al amparo del art. 81, nº 3 TCE, no puede, en ningún caso, ser equivalente a una derogación de la prohibición

⁸⁶⁴ Véase, de entre tantos: WAELBROECK, Michel: *Op. cit.*, p. 73.

⁸⁶⁵ VÉASE, Sentencia *Hoffmann-La Roche*, *cit.*, considerando 116.

⁸⁶⁶ Hoy por hoy, es esta segunda teoría la aceptada también por GOLDMAN y LYON-CAEN, ya que estos autores abandonaron la doctrina de aplicación exclusiva del art. 81 TCE en caso de acuerdos entre empresas o prácticas concertadas, alegando que dejaba de estar en consonancia con la jurisprudencia comunitaria. Véase: GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine y VOGEL, Louis: *Op. cit.*, p. 585.

⁸⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, *Tetra Pak Rausing SA c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-51/89. Recueil de Jurisprudence, 1990.

⁸⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, *Tetra Pak Rausing SA c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*, considerando 22.

enunciada en el art. 82 TCE. Es decir, la concesión de una exención no puede excluir la aplicación del art. 82 TCE^{869/870}.

3) En relación al dominio colectivo del mercado en oligopolio, estamos ante situaciones designadas por la Comisión como constitutivas de una posición dominante colectiva.

La posición dominante colectiva se caracterizaría por dos elementos:

a) La existencia de un número reducido de empresas que realizan la mayor parte del volumen de negocios en el mercado en causa, sin que, todavía, ninguna de ellas ocupe, por sí sola, una posición dominante;

b) La existencia de una interdependencia elevada entre las decisiones de las empresas en causa⁸⁷¹.

Se nota que esta cuestión está incluida en la eventual aplicación de las normas de competencia a las prácticas restrictivas en los mercados en oligopolio. En efecto, como subraya la Comisión, aunque la reducción de la intensidad de la competencia en el caso del oligopolio estricto no genera, necesariamente, el surgimiento de los acuerdos tácitos, sin embargo, la reducción de la competencia puede resultar del hecho de que los miembros del oligopolio tomen conciencia no solamente de su interdependencia, sino también de las consecuencias desfavorables que resultarían de la adopción de un comportamiento competitivo⁸⁷².

⁸⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, *Tetra Pak Rausing SA c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit., considerando 25 y considerando 26.

⁸⁷⁰ La decisión del Tribunal de Primera Instancia es, de alguna forma, un poco flexible, ya que afirma que la Comisión, al aplicar el art. 86 TCEE, debe tener en consideración, al menos que las circunstancias tengan alterado, las anteriores constataciones efectuadas en el momento de la concesión de la exención al abrigo del nº 3 del art. 85 TCEE. Véase: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, *Tetra Pak Rausing SA c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit., considerando 28.

⁸⁷¹ XVI Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1986, punto 331.

⁸⁷² XVI Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1986, punto 331. Obsérvese que en un mercado en oligopolio serán raras las manifestaciones de competencia a nivel de precios. De hecho, si una empresa en un mercado en oligopolio aumenta sus precios, no tendrá la certeza de ser inmediatamente seguida por las demás empresas en competencia, que pueden retrasar su decisión de subir los precios, con vistas a retirarle parte de la clientela. Ya en el caso de decidirse a rebajar los precios, la empresa sabe que las demás en competencia, generalmente, reaccionarán inmediatamente para intentar mantener sus cuotas de mercado. Esta estabilidad de los precios conduce a una inmovilización en la política de precios de estas

De hecho, en un mercado en oligopolio, caracterizado por una estructura en que existe un número reducido de vendedores ofertando un producto homogéneo a numerosos compradores, ninguna de las empresas puede adoptar medidas expansionistas - por ejemplo, elevar sus ventas mediante la alteración de los precios -, sin tener en cuenta la reacción de las empresas en competencia.

Al adquirir conciencia de su interdependencia, las empresas en oligopolio tendrán interés en mantener los precios estables, con vistas a obtener el máximo beneficio, las máximas ganancias, en sus cuotas de mercado⁸⁷³. Así, cualquier cambio de precios será hecho, en principio, de forma paralela, lo que en su momento determinó la designación de tal práctica como paralelismo de precios. Además, el paralelismo de precios permitirá a las empresas en oligopolio practicar abusivamente los precios, muy por encima de los que resultarían de un mercado en competencia atomística.

Después de todo lo dicho, la cuestión es saber, ¿cual será la aproximación preferible en cuanto a las prácticas restrictivas de la competencia en mercados en oligopolio? ¿Lo mejor sería hacer un control estructural en sede preventiva o un control a posteriori, basado en las normas de comportamiento?

En el ámbito de la Unión Europea, la Comisión, buscó, en los casos en que entendió que tales comportamientos correspondían a restricciones deliberadas de la competencia, dar aplicación tanto a los mecanismos de prohibición de los acuerdos y prácticas concertadas (art. 85

empresas, dada la incapacidad de prever con un cierto grado de seguridad, la reacción de las empresas en competencia a un cambio de los precios. Así, las empresas, en principio, solamente van a subir los precios cuando haya una gran alteración de las condiciones de la oferta y la demanda. En mercados muy transparentes, cuando la demanda supera la oferta, los productores que elevan los precios de los productos serán seguidos por los demás. Por otro lado, la incertidumbre genera prudencia, o sea, las empresas procuran no maximizar los beneficios a corto plazo pero sí buscan las empresas en un mercado en oligopolio garantizar un margen normal de beneficios durante un período de tiempo relativamente largo. Además de esta política de precios para garantizar este objetivo de seguridad, las empresas levantan barreras a la entrada de nuevos operadores en la competencia, por medio de métodos que garanticen la fidelidad de la clientela (v.g., políticas de diferenciación de productos o promoción de ventas). Véase: PIGASSOU, Paul: *Les oligopolos et le droit*. Editions Techniques et Economiques, Paris, 1984, p. 22-27.

⁸⁷³ ALVAREZ GONZALEZ, Jorge: Los oligopolios en el marco del Derecho de la competencia comunitario, *Boletín de Información sobre las Comunidades Europeas*. Nº 42, Nov-Dic, Consejería de la Presidencia del Principado de Asturias, Oviedo, 1992, p.5.

TCEE, actual art. 81 TCE), como al mecanismo de prohibición del abuso de posición dominante, fijado en el art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE)⁸⁷⁴.

En un primer momento, consideró el art. 81 TCE como un instrumento privilegiado para el tratamiento del paralelismo de comportamientos (principalmente paralelismo de precios), de las empresas en oligopolio. En efecto, aunque no hubiera acuerdos explícitos entre empresas con vistas a la fijación de ciertos precios, se podría verificar una práctica concertada. Fue con este espíritu que la Comisión afirmó la existencia de tal práctica en la decisión *Materias Colorantes*⁸⁷⁵, invocando como indicios significativos: a) el hecho del aumento de precios por parte de las empresas involucradas haber ocurrido en las mismas fechas; b) que este anuncio del aumento de precios se hizo en la misma época, y; c) la existencia de contactos informales entre las empresas involucradas.

El Tribunal de Justicia, a su vez, esclareció en la sentencia *ICI / Comisión*⁸⁷⁶ que el simple paralelismo de precios no es suficiente para identificar una práctica concertada, pero es, de todas formas, susceptible de constituir un indicio serio de esa práctica, cuando el mismo conduce a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos, la importancia del número de empresas y el volumen de dicho mercado⁸⁷⁷.

Además del paralelismo de comportamientos es necesaria la voluntad de actuar en común, ya que la noción de práctica concertada adoptada por el Tribunal abarca una forma de coordinación entre las empresas que, sin llegar a la realización de un acuerdo propiamente dicho, substituye los riesgos de la competencia por una forma de cooperación práctica entre las empresas en competencia⁸⁷⁸.

⁸⁷⁴ La Comisión desarrolló, generalmente, una apreciación detallada de las situaciones de oligopolio, a partir de un análisis tripartido: comportamientos, estructura y resultado.

⁸⁷⁵ Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 1969, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del TCEE (IV / 26.267 – Materias colorantes). DO nº L 195 de 07/08/1969.

⁸⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972. *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 48-69, Recueil de Jurisprudence, 1972.

⁸⁷⁷ Sentencia *ICI / Comisión, cit.*, considerando 66.

⁸⁷⁸ Sentencia *ICI / Comisión, cit.*, considerando 64.

Esta jurisprudencia será, además, confirmada posteriormente, en la sentencia *Industria Europea del Azúcar*⁸⁷⁹, así como en la sentencia *Züchner*⁸⁸⁰, donde el Tribunal subrayó la necesidad de que existan comportamientos que traduzcan una voluntad de actuar en común, manifestándose por medio de contactos entre las partes, principalmente en el intercambio de informaciones, así como en la obligación de tener en cuenta las consecuencias de esos comportamientos, comparando, por ejemplo, los precios uniformes practicados y los que resultarían del libre juego de la competencia.

En la sentencia *Wood Pulp*⁸⁸¹, el Tribunal mantuvo los principios firmados en esa materia, añadiendo otros dos aspectos esenciales:

1) En un primer momento, el Tribunal subrayó que el sistema de anuncio de precios no constituye en sí mismo una violación del art. 85 TCEE (actual art. 81 TCE), o sea, pueden existir razones comerciales que justifiquen aquella conducta específica en el mercado⁸⁸². Ésto no significa que, en circunstancias distintas, el anuncio de precios que no venga justificado por razones de mercado no pueda ser considerado una permuta ilegal de informaciones y, como tal, prueba de práctica concertada.

2) Por otro lado, subrayó el Tribunal que el paralelismo no es por sí solo una prueba de concertación. Sin embargo, si la concertación es la única explicación plausible para la existencia de estas conductas paralelas, el art. 85 TCEE (actual art. 81 TCE) será aplicable. Ésto significa que, en la ausencia de

⁸⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas (Industria Europea del Azúcar)*, *cit.*, considerando 173, 174, 175 y 191.

⁸⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981, *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG*. (Petición de decisión prejudicial planteada por el *Amstgericht Rosenheim*). Comisiones Bancarias. Asunto 172/80, *Recueil de Jurisprudence*, 1981.

⁸⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 31 de marzo de 1993, *A. Ahlstrom Osakeyhtiö y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas (prácticas concertadas entre empresas establecidas en países terceros sobre los precios de venta a compradores establecidos en la Comunidad)*. Asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85. *Recueil de Jurisprudence*, 1993. Para un análisis más detallado de esta decisión, véase. VAN GERVEN, Gerwin y NAVARRO VARONA, Edurne: *The Wood Pulp case and the future of the concerted practices*, *CMLR*. Vol. 31, nº 3, Stevens and Sons, London, 1994, p. 575 y ss.; WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda: *Oligopolistic Markets and EC Competition Law*. 12, *Yearbook of European Law*, 1992, Oxford, Clarendon Press, p. 63-64.

⁸⁸² Sentencia *Wood Pulp*, *cit.*, considerando 64 y considerando 65.

una justificación razonable para el paralelismo de comportamientos observado en el mercado, éste funciona como prueba de la práctica concertada⁸⁸³.

Sin embargo, las dificultades constantes en la aplicación del art. 81 TCE llevaron a la Comisión a desplazar la cuestión sobre el dominio del art. 82 TCE, incidiendo en el análisis, no solamente sobre la situación de una empresa dominante, sino también sobre los casos de una posición dominante colectiva⁸⁸⁴. La idea es la siguiente: en ciertas circunstancias, empresas independientes bajo el punto de vista económico, detentan colectivamente una posición de dominio en el mercado. Así, el respectivo comportamiento abusivo debe ser controlado por medio del art. 82 TCE, aunque no sea posible la prueba de la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre las mismas empresas, en los términos del art. 81 TCE. Parece lógico sujetar las empresas en oligopolio a la prohibición del art. 82 TCE, pues, aunque éste no condene la interdependencia en oligopolio per se, exige un comportamiento abusivo en el mercado.

De hecho, la cuestión de la posición dominante colectiva⁸⁸⁵ fue particularmente elaborada por la Comisión en la decisión Vidrio Plano⁸⁸⁶.

⁸⁸³ Sentencia *Wood Pulp*, cit., considerando 126.

⁸⁸⁴ La ambigüedad del paralelismo de comportamientos transforma, muchas veces, en indispensable un análisis previo de las estructuras del mercado para apreciar la independencia de que disponen las empresas y el dominio que ellas pueden ejercer sobre sus distintos socios. Véase, en ese sentido: PIGASSOU, Paul: *Op. cit.*, p. 83. Ello dificulta, tremendamente a la Comisión, ya que sobre ella recae la obligación de realizar la prueba.

⁸⁸⁵ Nótese que la cuestión del dominio colectivo en mercados en oligopolio puede ser ilusionada mediante una definición restrictiva de mercado relevante. En otras palabras, al restringir la noción de mercado, las autoridades comunitarias consiguen identificar innumerables empresas, individualmente, en posición dominante. Así, por ejemplo, en la decisión *Magill TV Guide*, relativa a las prácticas de tres redes de televisión en lo que respecta a sus listas anticipadas de programas, y a efectos de estas prácticas y políticas en el mercado de las guías de programas de televisión, la Comisión afirmó que las empresas que detienen una posición dominante, ésto es, en ese procedimiento las empresas ITP, BBC y RTE, que usaban esa posición para impedir la introducción de un nuevo producto en el mercado, o sea una guía de TV general semanal, abusaron de su posición dominante de una manera prohibida por el art. 86 TCEE (punto 23 de la decisión). Esto significa que cada empresa detiene una posición dominante en el mercado en relación a sus propias listas de programación. Véase: Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/31.851 – *Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE*), DO nº L 078 de 21/03/1989. Véase, aún: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 10 de julio de 1991, *British Broadcasting Corporation y BBC Enterprises Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-70/89, Recopilación de Jurisprudencia 1991; Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) y Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asuntos Acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Recopilación de Jurisprudencia 1995.

La Comisión afirmó en la decisión Vidrio Plano que la Fabbrica Pisana, la SIV y la Vernante Pennitalia violaron las disposiciones del art. 86 del TCEE, al abusar de su posición dominante colectiva por medio de sus comportamientos. Tales abusos consistirían en privar a los clientes de la posibilidad de escoger, en competencia, a los suministradores en materia de precios y condiciones de venta, y en limitar las hipótesis de distribución por medio de la fijación de cuotas con relación a los cristales para el sector automotor⁸⁸⁷.

Como argumentos, la autoridad comunitaria invocó los siguientes supuestos:

a) el hecho de que las partes del mercado detentadas en conjunto por las empresas fueran suficientes para conferir una posición dominante en el mercado italiano de cristal plano;

b) la interdependencia de sus conductas: las decisiones de los tres productores revelaban un grado elevado de interdependencia en materia de precios, condiciones de venta, relaciones con la clientela y estrategias comerciales;

c) vínculos estructurales existentes entre las tres empresas en causa; vínculos establecidos por medio de cesiones recíprocas sistemáticas de productos, llevando a estas empresas a presentarse en el mercado como entidad única y no con su individualidad jurídica propia⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (Asunto IV/31.906 – Vidrio plano), DO n° L 033 de 04/02/1989.

⁸⁸⁷ Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (Asunto IV/31.906 – Vidrio plano), cit., art. 2. Nótese que la Comisión invocó igualmente la violación del art. 85 TCEE. Así, afirmó la Comisión, en el art. 1 de la decisión Vitro Plano, que la *Fabbrica Pisana SpA*, la *Società Italiana Vetro SIV SpA*, y la *Vernante Pennitalia SpA* violaron lo dispuesto en el art. 85 TCEE, al participar: a) La *Fabbrica Pisana*, la *SIV* y la *Vernante Pennitalia*, desde 1 de junio de 1983 hasta 10 de abril de 1986, en acuerdos y prácticas concertadas relativas a los precios y condiciones de venta y en acuerdos, decisiones y prácticas concertadas destinadas a orientar las políticas de compra y venta de los mayoristas más importantes en el sector de cristales planos no destinados al sector automóvil.

⁸⁸⁸ Caracterización de los grupos de sociedades de base contractual.

A su vez, el Tribunal de Primera Instancia, en el caso Vidrio Plano⁸⁸⁹ afirmó, en términos teóricos, la posibilidad de que dos o más empresas independientes mantuvieran una posición dominante colectiva. Sin embargo, en el caso en análisis, el Tribunal se decidió por la inexistencia de un abuso de posición dominante colectiva, en virtud de la insuficiencia de pruebas presentadas por la Comisión que, en parte, se limitó a apuntar los hechos constitutivos de una infracción del art. 81 TCE⁸⁹⁰.

Lo anterior nos conduce a plantearnos ¿cuándo las empresas detentan una posición dominante colectiva?

De hecho, el Tribunal se limitó a referir que habrá una posición dominante colectiva cuando las empresas en causa estén unidas por vínculos económicos, como sería, por ejemplo, el caso en que dos o más empresas independientes gozarán en común, por la vía de un acuerdo o de una autorización, de un avance tecnológico que les permitiera poseer comportamientos independientes con relación a la competencia, a sus clientes y a los consumidores⁸⁹¹.

Parece ser que la mejor solución, por ahora, es interpretar la expresión posición dominante colectiva de forma amplia. Así, los lazos económicos que caracterizan tal posición dominante colectiva trascienden el tipo de acuerdos entre empresas referidos en el caso Vidrio Plano, bajo pena de retirar prácticamente todo el contenido útil del tema en cuestión. Luego, debemos aceptar que la expresión lazos económicos abarca igualmente los casos en que hay acuerdos entre empresas que escapan al marco jurídico del art. 81, n° 1 TCE, o quedan exentos de tal prohibición⁸⁹².

⁸⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA y PPG Vernante Pennitalia SpA c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asuntos Acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, Recopilación de Jurisprudencia, 1992.

⁸⁹⁰ Véase: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA y PPG Vernante Pennitalia SpA c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*, considerando 360.

⁸⁹¹ Véase: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA y PPG Vernante Pennitalia SpA c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*, considerando 358. Esto podrá darse por la constitución de un grupo de sociedades de base contractual, subespecie contrato de transferencia de tecnología. Véase en nuestra tesis el capítulo que trata de los grupos, *supra*.

⁸⁹² Véase: WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda: *Oligopolistic Markets and EC Competition Law*. *Op. cit.*, p. 74. Estos autores se refieren, a título de ejemplo, al sector aéreo, donde son

Es evidente que las soluciones en este campo son extremadamente difíciles⁸⁹³. De ahí que la mejor alternativa sería la elaboración de un instrumento que constituyese un impedimento para la propia formación de los oligopolios⁸⁹⁴.

La solución pasaría así por el recurso a normas que controlasen el crecimiento externo de las empresas, por medio de operaciones de concentración. Por lo tanto, más que la intervención de las autoridades públicas a posteriori sobre la estructura del mercado, con vistas a la desconcentración de las empresas (que tiene considerables inconvenientes políticos y económicos) se intentaría el control a priori. Pues bien, con la entrada en vigor del Reglamento nº 4064/89, relativo al control de las operaciones de concentración, resurge esta cuestión (como tendremos oportunidad de ver a continuación), ya que existe la posibilidad de su aplicación al control de la creación o refuerzo de un oligopolio.

Finalmente, es importante subrayar que el Reglamento nº 4064/89 fue derogado por el Reglamento CE Nº 139/2004⁸⁹⁵. Como anteriormente hemos referido, el análisis del control de las concentraciones por los dos Reglamentos comunitarios será hecho en apartado propio, más adelante.

frecuentes los controles de mercado por dos sociedades que actúan conjuntamente, sin que existan acuerdos entre las partes en los términos del art. 81 TCE.

⁸⁹³ En realidad, son innumerables las insuficiencias reveladas en la aplicación del art. 82 TCE a los casos de abuso de posición dominante colectiva. Existirían tres tipos de limitación a tal aplicación: a) en primer lugar, el art. 82 TCE no prevé un régimen de autorización de los casos de abuso de posición dominante, a la semejanza de lo que ocurre con el art. 81 TCE; b) en segundo lugar, las sanciones del art. 82 son inadecuadas al tipo de casos en análisis; c) finalmente, el art. 82 TCE no obliga a la Comisión a tener en cuenta la relación causa-efecto que puede haber entre la estructura del mercado y el abuso de posición dominante colectiva. Véase, en ese sentido: ALVAREZ GONZALEZ, Jorge: *Los oligopolios en el marco del derecho de la competencia comunitario*. Op. cit., p. 12. En una palabra: las dificultades de control resultan de la necesidad de identificar las empresas en oligopolio, lo que no siempre será tarea fácil, y de la persecución de objetivos estructurales que se apoyan en una norma jurídica basada, principalmente, en una condición de comportamiento.

⁸⁹⁴ PIGASSOU, Paul: *Les oligopoles et le droit*. Op. cit., p. 137.

⁸⁹⁵ Reglamento CE nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO L 24/1, de 29 de enero de 2004.

4.2. Aplicación del art. 82 a las operaciones de concentración empresarial: El caso Continental Can

4.2.1. Los hechos del caso Continental Can

El art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE), a cuyo funcionamiento nos referimos hasta aquí de forma sumaria, fue aplicado por primera vez en una operación de concentración empresarial, concretando, de esta manera, el principio defendido por la Comisión en el Memorando de 1965, en el famoso caso Continental Can⁸⁹⁶.

Los hechos de este caso se pueden exponer brevemente en los siguientes términos:

La empresa norteamericana Continental Can Company Inc. (seguidamente denominada Continental Can) era la mayor productora mundial de embalajes metálicos. Era, igualmente, una importante productora de materiales de embalaje de papel y plástico, así como de equipamientos para utilizar tales embalajes. En 1969 el grupo adquirió, por compras sucesivas, una participación de un 85,8% del capital de la sociedad alemana Schmalbach-Lubeca-Werke A.G. (en adelante denominada SLW), la mayor productora de embalajes metálicos ligeros de la Europa Continental.

En ese mismo año, entró en negociaciones con la empresa inglesa The Metal Box Company Ltd (en adelante denominada MB), con el objetivo de crear un holding europeo de embalajes. En este nuevo grupo de sociedades deberían participar, además, dos sociedades licenciadas en las cuales la Sociedad Continental Can tenía participaciones: la sociedad holandesa Tomasen Drijver Verblifa N.V. (en seguida denominada TDV) y la sociedad francesa J.J. Carnaud et Forges de Basse-Indre (la segunda acabó por no participar en el holding).

En 1970, se firmó un acuerdo entre la sociedad Continental Can y la sociedad TDV, en términos del cual la primera constituiría en los EE.UU. una sociedad denominada Europemballage Coporation, para la cual transferiría su participación en la sociedad SWL. Tal sociedad fue constituida en el seno del

⁸⁹⁶ Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.811 - *Continental Can Company*), DO n° L 007 de 08/01/1972.

grupo, el 20 de febrero de 1970, en el marco de la legislación del Estado de Delaware. A su vez, quedó determinado en el acuerdo que la sociedad Continental Can incentivaría a la Europemballage a ofrecer a los accionistas de la TDV (con exclusión de los accionistas de la MB y de la Continental Can) una cantidad de pronto pago por su participación en la TDV. Además, todo accionista de la TDV que ofreciese sus acciones recibiría un certificado de derecho de preferencia en la posterior adquisición de las acciones ordinarias de la Europemballage⁸⁹⁷.

El objetivo de esta operación era reunir, bajo el velo de la Europemballage, todas las participaciones detentadas por la Continental Can en Europa, además de ampliarlas por medio del crecimiento de las participaciones existentes en ciertas empresas. De este modo, la sociedad Europemballage se transformaría en una empresa con establecimientos dispersos por una extensa parcela del Continente Europeo, principalmente Alemania, Austria, Bélgica, Holanda, Inglaterra e Italia⁸⁹⁸.

En marzo y abril de 1970, la Comisión llamó la atención de las empresas involucradas sobre una eventual incompatibilidad de la operación en cuestión con las disposiciones del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE), además de las consecuencias jurídicas y financieras que de ahí podrían resultar para las propias empresas interesadas. A su vez, el 8 de abril de 1970, la Europemballage procedía a la adquisición de las acciones y asumía las obligaciones de la TDV, elevando su participación en la TDV de un 10,4% a un 91,07%. La Europemballage pasó, así, a tener un 85,8% del capital de la SLW. Además, la totalidad de las acciones de la Europemballage pasaron a manos de la Continental Can.

La adquisición hecha por la Europemballage de las acciones de la TDV fue considerada, por la Comisión, como una infracción al art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE), abriendo la autoridad comunitaria, el 9 de abril de 1970, un procedimiento contra la Continental Can y su filial (subsidiaria integral) Europemballage.

⁸⁹⁷ Decisión *Continental Can*, cit. Véase, aun: KORAH, Valentine. *Cases & Materials on EC Competition Law*, Second Edition, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 82-97.

⁸⁹⁸ VANDAMME, Jacques: *L'arrêt de la Cour de Justice du 21 Février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du Traité CEE*. *Op. Cit.*, p. 113.

4.2.2. La decisión de la Comisión en el Caso Continental Can

En la decisión del 9 de diciembre de 1971⁸⁹⁹, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE) a ciertos comportamientos de la Continental Can, la Comisión empezó por definir las empresas en causa, analizando en seguida los supuestos de aplicación del art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE).

1) Así, en primer lugar, afirmó la Comisión la necesidad de imputar el comportamiento de las sociedades Europemballage y SLW a la Continental Can, ya que ésta controlaba las dos anteriores. La sociedad Continental Can era la única accionista de la Europemballage, y ésta, a su vez, tenía un 85% del capital de la sociedad SLW. La autoridad comunitaria ha hecho abstracción, por lo tanto, de las personalidades jurídicas de las filiales, considerando la sociedad Continental Can responsable por los actos de su filial Europemballage, así como de la filial de ésta, la sociedad SLW⁹⁰⁰.

La Comisión optó, como ya había ocurrido en decisiones anteriores⁹⁰¹, por una concepción de empresa como un fenómeno económico, independientemente de su análisis como entidad jurídica autónoma⁹⁰².

Esta posición de la Comisión mereció duras críticas por parte de la doctrina, para quien la personalidad jurídica es una creación del legislador que no puede ser ignorada por las autoridades comunitarias en la aplicación del Derecho Comunitario⁹⁰³.

⁸⁹⁹ Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.811 - *Continental Can Company*), DO n° L 007 de 08/01/1972.

⁹⁰⁰ Véase en la Primera Parte, Capítulo III, apartado 2.2.4., arriba, al respecto de la teoría del levantamiento del velo social y su aplicabilidad a los grupos de sociedades.

⁹⁰¹ Véase: Decisión de la Comisión, de 19 de junio de 1969, relativa a una solicitud de certificación negativa (Asunto IV/22548 - *Christiani & Nielsen*), DO n° L 165 de 05/07/1969; Decisión de la Comisión, de 30 de junio de 1970, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/24055 - *Kodak*), DO n° L 147 de 07/07/1970.

⁹⁰² El concepto de empresa puede ser visto bajo una doble perspectiva: a) en un plano económico, como una organización económica autónoma a nivel económico, regulada por el Derecho como fenómeno social; b) en una perspectiva jurídica, siendo vista, en ese caso, como un sujeto de derechos, o sea, una entidad jurídica autónoma, susceptible de ser titular de derechos y obligaciones. Véase: CEREXHE, Etienne: *Op. cit.*, p. 281 y ss.

⁹⁰³ Refiérase, especialmente, la posición de Lazar FOCSANEANU, que considera lamentable el desconocimiento por parte de los autores de la decisión de los principios fundamentales del Derecho europeo de las sociedades y del texto del art. 86 del Tratado de Roma. La cuestión de la personificación de los grupos de sociedades es, así, particularmente censurada por el autor, que sustenta ser inaceptable el hecho de que la Comisión impute automáticamente a la

Las críticas de la doctrina a la decisión de la Comisión en el caso Continental Can no serán, todavía, consideradas pertinentes por el Tribunal. El Tribunal de Justicia confirmó la tesis de la Comisión de que el reconocimiento de una personalidad jurídica distinta a la de la filial no es suficiente para alejar la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la empresa madre, cuando la filial actúe según las directas determinaciones de la sociedad

empresa matriz los actos de la filial cuando aquella posea una mayoría de control en la filial. La Comisión, según el autor, ni siquiera se habría tomado el trabajo de establecer una participación directa de la empresa madre en el comportamiento de sus filiales, por medio de instrucciones precisas e imperativas, contentándose con la existencia de una mayoría de control sobre las filiales. Además, en los dichos del autor, la tesis de la responsabilidad del grupo de sociedades, que en sí mismo se presenta destituido de personalidad jurídica, conduciría a suprimir el principio de la responsabilidad limitada que está en la base de las sociedades de capitales, olvidándose que cuando una sociedad crea una filial pretende limitar su responsabilidad con relación a la política perseguida por la filial. La mejor solución, para este autor, si bien su prueba no fuera sencilla, sería continuar considerando las empresas distintas bajo el punto de vista jurídico, para detectar eventuales acuerdos o prácticas concertadas entre estas empresas, contrarias al art. 85 TCEE. O sea, la cuestión debería ser apreciada a la luz del art. 85 TCEE. Véase, en ese sentido: FOCSANEANU, Lazar: *L'article 86 du Traité de Rome et la décision "Continental Can Company" de la Commission C.E.E. (decision IV/26811 du 9 Décembre 1971). Une interprétation contestable d'un texte mauvais*. Juris Classeur Périodique, 46ème année, 1972, 2452, puntos 41 y ss.

En el sentido de que la imputación de los comportamientos de las filiales a la empresa madre es altamente discutible, una vez que están en causa tres sujetos de derecho distintos, defendiendo, todavía, una solución diferente de la propugnada por Focsaneanu, se puede ver la posición de Francesco CAPOTORTI. Así, CAPOTORTI no defiende que el problema tenga que ser tratado a la luz del art. 85 TCEE. Antes, afirma que debe ser analizado en el mismo plano, con la atribución de la infracción del art. 86 TCEE a las tres empresas (*Continental Can*, *Europemballage* y *SLW*), ya que era la política seguida por ese grupo de sociedades lo que la Comisión pretendía bloquear. Véase: CAPOTORTI, Francesco: *Regole comunitarie di concorrenza e concentrazioni di imprese: il caso "Continental Can"*, *Rivista delle Società*. Anno XVII – Fasc. 1, Gennaio-Febrero, Giuffrè, Milano, 1972, p. 993 y ss.

Sin embargo, en un plano distinto, apoyando la posición de la Comisión, encontramos a Alain BIENAYMÉ. El autor afirma que la Comisión no tenía la necesidad de probar que la *SLW* actuaba bajo las órdenes directas de la sociedad madre, ya que había múltiples vínculos personales, administrativos y comerciales entre el grupo (principalmente entre *Continental Can*, *SLW*, *TDV* y *Carnud*), y, en particular, había un gran intercambio de informaciones técnicas, acuerdos de licencia, etc., que las unía bajo una verdadera estrategia de grupo de sociedades. En cuanto al argumento presentado por FOCSANEANU de que la creación de la filial era generalmente motivada por el deseo de la sociedad madre de limitar su responsabilidad, BIENAYMÉ contra-argumentó en el sentido de que la sociedad madre podría crear una filial atendiendo a intereses distintos de los de la limitación de la responsabilidad. Este interés en la limitación de los riesgos financieros existiría, sobre todo, cuando se pretendiera confiar a la filial actividades nuevas que exigiesen elevadas inversiones, sin saber si se tornarían lucrativas. En la decisión en análisis, no estarían presentes tales intereses ya que las empresas en causa desarrollaban actividades en la misma área de actuación. Para el autor, en el caso *Continental Can*, la creación de una filial buscaba, sobre todo: a) no perturbar la imagen de la empresa delante de la clientela; b) respetar la legislación societaria del país de acogida y; c) razones de buena gestión financiera y fiscal. Además, entendió el autor que, la decisión de la Comisión tuvo el mérito de denunciar la verdadera ficción en que se transforma frecuentemente la filial estrechamente controlada por la sociedad madre. Véase: BIENAYMÉ, Alain: *L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision "Continental Can Company"*. *Concurrence et exploitation abusive d'une position dominante*, RTDE. N° 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1972, p. 65 y ss.

madre⁹⁰⁴. Con esta concepción, el Tribunal procuró acercarse a las realidades económicas, garantizando una aplicación más eficaz del Derecho Comunitario⁹⁰⁵.

2) Establecida la responsabilidad de Continental Can, la Comisión procede a abordar la definición del concepto de posición dominante. El concepto de posición dominante iba reconducido por la posibilidad que las empresas tenían de adoptar comportamientos independientes que les permitiría actuar sin tener en cuenta a las empresas en competencia, a los compradores o a los suministradores. Tales hechos serían posibles:

a) Cuando, debido a su cuota de participación en el mercado, o a su cuota de mercado originada por el control de conocimientos técnicos, materias-primas o capitales, la empresa o grupo de empresas tiene la posibilidad de determinar los precios, controlar la producción o la distribución de una parte significativa de los productos en causa.

b) Además, esta posibilidad no tiene que derivar, necesariamente, de un dominio absoluto, permitiendo a las empresas que lo detentan eliminar toda la voluntad por parte de sus socios. Basta con que el dominio sea suficientemente fuerte para garantizar a esas empresas una independencia de comportamientos, aunque existan diferencias en la intensidad de sus influencias en los distintos mercados parciales⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit., considerando 15.

⁹⁰⁵ Obsérvese, todavía, que esta teoría de la imputación trae dificultades, particularmente en cuanto a la cuestión de saber quién será responsable del pago de las sanciones pecuniarias eventualmente aplicables por la Comisión. Así, las autoridades comunitarias desarrollan un concepto de *unidad económica*, refiriéndose al grupo de sociedades solidariamente responsable por el comportamiento violador de las normas comunitarias sobre competencia. Véase: Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, asuntos acumulados 6 y 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.P.A. y Comercial Solvents Corporation c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit., considerando 33 y ss.

⁹⁰⁶ Según los datos indicados en la decisión de la Comisión, la *Continental Can* detenía, por medio de la *SLW*, una posición dominante en los siguientes mercados parciales: a) del 70 al 80% de las cajas de conserva metálicas para productos de carnes, no habiendo en un futuro próximo competencia posible para productos sustituibles; b) del 80 al 90% de embalajes ligeros destinados a los productos de pescado; c) fuertes posiciones en el acondicionamiento de bebidas y de las conservas de frutos y legumbres. Véase: Decisión de la Comisión *Continental Can*, cit.

Además de poseer importantes cuotas de mercado parciales (que abarcan productos de sustitución), el grupo Continental Can poseía ciertas ventajas con relación a la mayoría de las empresas en competencia⁹⁰⁷.

La existencia de estos factores (cuotas de mercado importantes, avance tecnológico, poder económico y financiero de Continental Can basado en su gran dimensión), llevaron a la Comisión a concluir que la empresa Continental Can podría adoptar comportamientos independientes que le daban una posición dominante, principalmente en el mercado alemán de los embalajes ligeros para las conservas de carne y pescado, así como en el mercado de tapas metálicas. En otras palabras, el grupo Continental Can tenía, por medio de su filial SLW, una posición dominante en el mercado alemán en cuanto a los referidos productos, siendo ese territorio considerado una parte sustancial del mercado común⁹⁰⁸.

3) Confirmada la existencia de una posición dominante, la Comisión pasó al análisis del concepto de abuso.

Así, empezó por afirmar que la compra de una participación mayoritaria en una empresa en competencia, por parte de una empresa o

⁹⁰⁷ En la decisión la Comisión apuntó como ventajas de la *Continental Can*: 1) el hecho de que la sociedad fabricase ella misma las máquinas necesarias para la producción y la utilización de los embalajes metálicos; 2) el dominio de patentes y conocimientos técnicos en la fabricación y utilización de los embalajes ligeros. Además, la Comisión subrayó el hecho de tener la *Continental Can* como empresas licenciadas grandes fabricantes de embalajes metálicos establecidos en Holanda, Francia, Inglaterra, Dinamarca, Suiza y Alemania, lo que, favoreciendo la permuta de informaciones entre ellas, permitiría un refuerzo del avance tecnológico de la *Continental Can* en relación a la competencia. Finalmente, la Comisión invocó el hecho de que la *SLW* fabricase alrededor de 500 productos distintos, lo que le permitía, gracias a la dispersión de sus numerosas fábricas y depósitos de venta en Alemania, una latitud de comportamiento de que no gozaban los pequeños vendedores. Todo esto, unido a la gran dimensión del grupo *Continental Can* podría conferirle un gran poder económico y le permitiría el recurso al mercado de capitales internacional. Véase: Decisión de la Comisión *Continental Can*, cit.

⁹⁰⁸ Para un análisis crítico, contrario al entendimiento de la Comisión en el caso *Continental Can* de posición dominante, véase: SCHMITT, Paul: *Multinational corporations and Merger Control in Community Antitrust Law*, en: *European Merger Control. Legal and Economic Analyses on Multinational Enterprises*. Vol. I, Klaus J. Hopt, 1982, p. 178 y ss.; FOCSANEANU, Lazar: *L'article 86 du Traité de Rome et la décision "Continental Can Company" de la Commission C.E.E. (décision IV/26811 du 9 Décembre 1971). Une interprétation contestable d'un texte mauvais*. Op. Cit. Loc. cit. Para un análisis en sentido favorable al entendimiento de la Comisión en cuanto a la definición de posición dominante, en el caso *Continental Can*, véase: BIENAYMÉ, Alain: *L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision "Continental Can Company". Concurrence et exploitation abusive d'une position dominante*. Op. cit., p. 72-73; WAELBROECK, Michel; MEGRET, Jacques; LOUIS, Jean-Victor y VIGNES, Daniel: *Le droit de la Communauté Économique Européenne (Commentaire du Traité et des textes pris pour son application)*, vol. 4 – *Concurrente*. Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 1972, p. 58.

grupo de sociedades en posición dominante, puede, en ciertas circunstancias, constituir una explotación abusiva de esa posición.

En seguida, la Comisión afirmó que constituye un comportamiento incompatible con el art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE), el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce esta posición por medio de la concentración con una o más empresas. El refuerzo de la posición dominante generaría como consecuencia para las empresas en competencia la eliminación de tal competencia para los productos en causa en una parte sustancial del mercado común. Es importante subrayar que la competencia entre los agentes en el mercado había subsistido efectiva o potencialmente efectiva mientras existiera inicialmente la posición dominante. Después del refuerzo de la posición dominante tal competencia dejó de subsistir⁹⁰⁹.

Así, en opinión de la Comisión, la adquisición por parte de la sociedad Continental Can de una participación mayoritaria en la empresa en competencia TDV, primera productora de embalajes metálicos del BENELUX, constituía una operación industrial que implicaba un cambio irreversible de la estructura de la oferta en una parte sustancial del mercado común. Además, tenía como efecto eliminar la competencia entre la TDV y la SLW en la zona de acción común, ubicada a uno y otro lado de las fronteras de Alemania y del BENELUX⁹¹⁰. Antes de que las sociedades SLW y TDV fuesen agrupadas bajo la dirección de la Europemballage, eran empresas potencialmente en competencia, y con una amplia zona de acción común. Después de la constitución del grupo de sociedades, la competencia se derivó imposible.

4) Finalmente, la Comisión subrayó que la concentración entre esas dos empresas eliminaba la posibilidad de una competencia efectiva, siendo susceptible de ejercer una influencia directa sobre los flujos de los intercambios entre los Estados miembros, existiendo la posibilidad de perjudicar la realización de los objetivos del mercado único. Verificados, así, en el caso analizado, los distintos supuestos de aplicación del art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE), la Comisión condenó a la empresa Continental Can a poner fin a la infracción.

⁹⁰⁹ Decisión de la Comisión, Contiental Can, cit.

⁹¹⁰ Decisión de la Comisión, Contiental Can, cit

Sin embargo, la decisión de la Comisión de aplicar el art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) al refuerzo de una posición dominante, efectuado por medio de una operación de concentración, suscitó serias reservas en un sector importante de la doctrina⁹¹¹.

Desde luego, se afirmó que la decisión en causa desconocía la finalidad y el ámbito de aplicación del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE). Esta disposición, al contrario de lo que pasaba en la Sherman Act o en el Tratado CECA, no prohibía los monopolios ni afirmaba la necesidad de mantenimiento de la competencia. La posición dominante, fuera mínima, fuerte o absoluta (como sería el caso del monopolio), solamente sería prohibida si pudiera generar una explotación abusiva. El refuerzo de la posición dominante no podría ser en sí mismo condenado, siéndolo solamente cuando generara una situación de abuso.

Además, los autores del Tratado visualizaban en el art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) los casos en que la competencia ya se entendía insuficiente, debido a la existencia de una empresa dominante en el mercado. Así, la aludida norma legal no pretendía el restablecimiento de una competencia que ya antes estaba comprometida, sino que buscaba solamente defender a los consumidores de posibles abusos.

Se subrayó que no cabría otorgar relevancia alguna al argumento de la eliminación de la competencia potencial existente entre la SLW y la TDV, ya que ahí estaban en causa meras hipótesis carentes de correspondencia con la realidad. O sea, en el plano de los hechos, la Comisión se veía limitada a constatar la inexistencia de una competencia efectiva entre la TDV y la SLW,

⁹¹¹ En el sentido de que esta decisión desconoce la letra y el espíritu del art. 86 TCEE, solamente teniendo sentido a la luz de la sección 2 del *Sherman Act*, así como que es jurídicamente contestable y peligrosa, se manifestaron: CEREXHE, E.: *L'interprétation de l'article 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission*. Op. Cit., p. 294; FOCSANEANU, Lazar: *L'article 86 du Traité de Rome et la décision "Continental Can Company" de la Commission C.E.E. (décision IV/26811 du 9 Décembre 1971)*. Une interprétation contestable d'un texte mauvais. Op. Cit., punto 53 y; SAINT-ESTEBEN, Robert: Une concentration internationale d'entreprises dans la CEE, *Journal du Droit International*. N° 1, 99ème année, Marchal, Paris, 1972, p. 263. En contra, entendiendo que la analogía entre el *Sherman Act* y la decisión de la Comisión no es tan profunda que merezca transformar la decisión en ilegal, véase: GUYÉNOT, Jean: La decisión "Continental Can" de la Comisión CEE et la naissance du droit antitrust européen, *Rivista delle Società*. Anno XVII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 731.

para después condenar la operación de concentración con base en la restricción de una competencia virtual.

En contra de estos argumentos, se invocó la necesidad de interpretar el art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) a la luz de elementos sistemáticos y teleológicos y no meramente literales. Los resultados fueron los siguientes:

1) En primer lugar, se observó que del silencio del art. 86 TCEE sobre las restricciones de la competencia no se podría concluir la voluntad del legislador de no prohibir tales restricciones, aunque eliminasen la competencia. De hecho, siendo los artículos 85 (actual art. 81 TCE) y 86 (actual art. 82 TCE) disposiciones inmediatamente tratadas en la sistematización del Tratado CEE (en un Capítulo denominado "reglas de la competencia"), no tenía sentido que en contraposición al objetivo de salvaguardia de la competencia (aceptado pacíficamente en relación al art. 85 TCEE), se presumiera la existencia de una disposición tolerante con la eliminación de la competencia⁹¹².

2) Por otro lado, se invocó el art. 3, g, del Tratado CE, según el cual uno de los objetivos de éste es el establecimiento de "un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior".

Pues bien, los antiguos artículos 85 y 86 del TCEE deberían ser interpretados en consonancia con aquella disposición, teniendo, así, igualmente por finalidad la salvaguardia de la competencia. El art. 3, g, no se limitaba a enunciar un principio general y abstracto que necesitaba ser concretado para poder ser aplicado por las autoridades comunitarias; teniendo valor en sí mismo.

3) Se argumentó, además, que la defensa de la competencia exigía, por lo menos, el mantenimiento de la competencia potencial, que buscaría transformarse en competencia efectiva⁹¹³.

⁹¹² NERI, Sergio: *Note sur l'arrêt Continental Can, CDE*. Navwelaerts Pub., Leuven, 1973, p. 325 y ss.

⁹¹³ Se trata de una noción que resulta de la influencia del derecho *antitrust* norteamericano: *potencial competition*. Al respecto del reconocimiento de esta noción en las *Merger Guidelines* de la División Anti-trust del Departamento de Justicia Norteamericano, de 1968 y 1982, véase: DOMÍNGUEZ GARCIA, Manuel Antonio: *Op. cit.*, p. 377.

En realidad, solamente preservando una competencia potencial pueden las autoridades comunitarias restablecer la competencia, y solamente con el restablecimiento de ésta se consigue defender a los consumidores. Es por eso que, en la apreciación de la situación de competencia existente en el mercado, además de tener en cuenta las cuotas de mercado, las dimensiones de las empresas en competencia y estudiar las relaciones entre los agentes económicos, deben las autoridades comunitarias investigar la capacidad de reestructuración y de respuesta, a nivel de la competencia, que pueden dar las empresas que no son parte de la operación en análisis. Esa investigación implica, necesariamente, realizar una incursión en el plano de las hipótesis. En el marco trazado, la decisión de la Comisión se fundamenta en una concepción realista de las estructuras y de las estrategias económicas de la competencia en el mercado⁹¹⁴.

4.2.3. La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Continental Can

La sociedad Continental Can, descontenta con la decisión de la Comisión, presentó una solicitud de anulación de la decisión ante el Tribunal de Justicia. Al resolver la solicitud, el Tribunal anulará, de hecho, la decisión, alegando que los fundamentos utilizados por la Comisión en la determinación del mercado en causa fueron insuficientes⁹¹⁵.

Obsérvese, no obstante, que en términos teóricos la sentencia, que fue calificada como una sentencia política⁹¹⁶, aprobó el principio de la extensión del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) sostenido por la Comisión. Se trata, por lo tanto, de una sentencia que se transformó en un hito histórico en la jurisprudencia del Tribunal.

En la exposición de su argumentación, el Tribunal empezó por reconocer, de forma clara, como también lo había hecho ya la Comisión, la

⁹¹⁴ BIENAYMÉ, Alain: *L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision "Continental Can Company". Concurrence et exploitation abusive d'une position dominante.* Op. cit., p. 74.

⁹¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 6-72, *Recueil de jurisprudence*, 1973.

⁹¹⁶ SAINT-ESTEBEN, Robert: *Le regime des concentrations en droit communautaire*, *Journal du Droit International*. 101ème année, nº 1, Janv-Fev-Mars, Marchal, Paris, 1974, p. 440.

competencia de las autoridades comunitarias para aplicar el Derecho Comunitario al caso concreto. Confirmó, por lo tanto, la idea de que la compra de acciones y obligaciones por la Europemballage debía ser imputada no solamente a esta misma sociedad, sino también, y en primer lugar, a la sociedad Continental Can. El hecho de no tener sede la sociedad Continental Can en el territorio de uno de los Estados-miembros no sería suficiente para sustraer la aplicación del Derecho Comunitario, ya que esa compra (afectando a las condiciones del mercado en el interior de la Comunidad) estaba vinculada al ámbito de aplicación del mismo Derecho⁹¹⁷.

Constatada su competencia para juzgar el procedimiento, el Tribunal resolvió en forma favorable a la aplicación del art. 86 TCEE, señalando que la expresión abuso califica no solamente los comportamientos de la empresa que afectan directamente al mercado – siendo tales comportamientos perjudiciales para la producción y para la distribución, para los utilizadores y para los consumidores – sino también a las modificaciones estructurales de la empresa que han conducido a alteraciones graves de la competencia, en una parte sustancial del mercado común⁹¹⁸. Así, cualquier medida estructural cuando aumenta las dimensiones y el poder económico de la empresa es susceptible de tener incidencia sobre las condiciones del mercado⁹¹⁹.

El Tribunal justificó esta posición atendiendo al espíritu, a la economía y a los términos del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE), tomando en cuenta el sistema del Tratado y sus finalidades⁹²⁰. Así, el Tribunal, con base en una interpretación teleológica del art. 86 TCEE, apeló a las finalidades del art. 3, g TCEE, que, si exige que la competencia no sea falseada, con más razón debe exigir que la competencia no deba ser eliminada. No se trataría de una norma meramente programática, afirmándose como indispensable para la realización de las misiones confiadas a la Comunidad⁹²¹. De esta forma, el objetivo del art. 3, g TCEE (actual art. 3, g TCE) encontraría aplicación en distintas disposiciones del Tratado, orientando su interpretación.

⁹¹⁷ Sentencia *Continental Can*, *cit.*, considerando 16.

⁹¹⁸ Sentencia *Continental Can*, *cit.*, considerando 20.

⁹¹⁹ Sentencia *Continental Can*, *cit.*, considerando 21.

⁹²⁰ Sentencia *Continental Can*, *cit.*, considerando 22.

⁹²¹ Sentencia *Continental Can*, *cit.*, considerando 23.

Tal sería el caso de los arts. 85 y 86 TCEE (actuales arts. 81 y 82, TCE, respectivamente), que pretenderían el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado común. Ésto significa que, estando prohibida la alteración de la competencia que resulte de los comportamientos previstos en el art. 85 TCEE, no se transformará en lícita cuando esos comportamientos, llevados a un buen término por una empresa en posición dominante, se concreten en una integración de las empresas entre sí. En realidad, si fuera posible la no aplicación de la prohibición del art. 85 TCEE, por medio de una aproximación entre las empresas que las llevara a huir de la aplicación del art. 85 TCEE sin caer en el marco de aplicación del art. 86 TCEE, se abriría una brecha susceptible de comprometer el correcto funcionamiento del mercado común⁹²².

Atendiendo a estas consideraciones, el Tribunal declaró que puede constituir un abuso el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce su posición hasta tal punto que el grado de dominio así alcanzado pueda impedir sustancialmente la competencia, dejando subsistir solamente a las empresas dependientes de la empresa dominante⁹²³.

Además, el Tribunal determinó que carece de interés el problema invocado por los solicitantes en torno a la existencia de un nexo de causalidad entre la posición dominante y su explotación abusiva, y que el refuerzo de la posición de la empresa puede ser considerado abusivo y prohibido por el art. 86 TCEE, cualquiera que sea el medio o procedimiento utilizado para ese efecto, una vez que tenga los efectos descritos⁹²⁴.

Estas concepciones fueron consideradas extremadamente audaces por parte de la doctrina. Así, se formulan distintas críticas a la

⁹²² Sentencia *Continental Can, cit.*, considerando 25.

⁹²³ Nótese que el Tribunal solamente prohíbe el refuerzo de la posición dominante que tenga una cierta gravedad (véase considerando 26 de la Sentencia *Continental Can, cit.*). O sea, no estará prohibida la posición dominante que, aunque sobrepasa un cierto límite crítico, no genere eliminación de la competencia (véase: Sentencia *Continental Can, cit.*, considerando 29). Véase, además: JEANTET, Fernand-Charles: *Lumière sur la notion d'exploitation abusive de position dominante*, *Juris-Classeur Périodique*. 47ème année, Paris, 1973, 2576, punto 14. Esta distinción, propuesta por el Tribunal, entre límite crítico y eliminación práctica de la competencia será de difícil aplicación, ya que es difícil caracterizar en la práctica hasta donde estaría una limitación de la competencia que no fuera suficientemente crítica para que pudiera generar la eliminación de la misma competencia en el mercado. Véase: SAINT-ESTEBEN, Robert: *Le regime des concentrations en droit communautaire*. *Op. cit.*, p. 439-440.

⁹²⁴ Sentencia *Continental Can, cit.*, considerando 27.

sentencia del Tribunal que, además, coinciden con las críticas dirigidas contra la decisión de la Comisión en el mismo caso Continental Can, lo que es perfectamente lógico, ya que el Tribunal reafirmó, en el plano teórico, los principios defendidos por la Comisión en la referida decisión⁹²⁵. De este modo, los críticos a la sentencia del Tribunal se apoyan, una vez más, en una interpretación literal del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE), que omitiría cualquier referencia al concepto de competencia (al contrario del art. 85 TCEE), para afirmar que tal disposición se dirigía solamente a la protección de los consumidores y usuarios contra las prácticas restrictivas.

En realidad, para esta parte de la doctrina, el art. 86 TCEE no distinguiría los distintos grados de dominio del mercado, además de no prohibir, como la sección 2 de la Sherman Act., los monopolios⁹²⁶. Además, de nada valía la invocación del art. 3, g TCEE, para fundamentar una interpretación extensiva del art. 86 TCEE, ya que aquél no producía efectos directos, limitándose meramente a establecer principios generales⁹²⁷.

La presente corriente doctrinal pretende alejar del ámbito de aplicación del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) cierta concepción de abuso y el respectivo método de control del poder económico. Busca, de este modo, distinguir dos concepciones de abuso:

⁹²⁵ Entre las distintas críticas a las que la sentencia del Tribunal fue sujeta, se destacan las formuladas por FOCSANEANU. Este autor contesta a la interpretación seguida por la sentencia, acusándola de deformar los términos de las disposiciones del Tratado de las Comunidades Europeas (el texto del art. 86 TCEE no alude a la manutención de la competencia como parece hacer creer la sentencia del Tribunal, bien como su objeto y finalidad). El art. 86 TCEE, según el autor, no pretende regular la defensa de la competencia, sino que lo que pretende es proteger a los consumidores y usuarios contra comportamientos abusivos de las empresas en posición dominante. Véase: FOCSANEANU, L.: *L'abus de position dominante après l'arrêt "Continental Can" (21 Février 1973)*, RMC. N° 164, Avril, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1973, p. 157-158. Por otro lado, la mayoría de la doctrina que acepta la aplicación del art. 86 TCEE al control de las concentraciones es bastante prudente, considerando que solamente en casos extremos se puede aplicar el art. 86 TCEE a las concentraciones, además sólo en caso de refuerzo de una posición dominante, nunca en una operación que crea tal posición. Véase, en ese sentido: SCHMIDT, Ingo: *Different approaches and problems in dealing with control of market power: a comparison of German, European and U.S. policy towards market-dominating enterprise*, *The Antitrust Bulletin*. Federal Legal Publications, Summer, New York, 1983, p. 443.

⁹²⁶ FOCSANEANU, L.: *L'abus de position dominante après l'arrêt "Continental Can" (21 Février 1973)*. Op. Cit., p. 157.

⁹²⁷ SAINT-ESTEBEN, Robert: *Le regime des concentrations en droit communautaire*. Op. cit., p. 436-437.

1) La primera noción de abuso estaría cualificada como abuso de comportamiento, entendido como todo comportamiento digno de reprensión en relación a las empresas competentes y a la propia competencia en el mercado.

2) La segunda noción de abuso sería la que está cualificada como abuso de resultado, que consistiría en los comportamientos capaces de perjudicar a suministradores y usuarios.

Según el entendimiento de esta corriente, solamente esta última noción de abuso (nº 2 – abuso de resultado) estaría de acuerdo con el art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE). Por consiguiente, una operación de concentración nunca podría ser vista como abuso de una posición dominante⁹²⁸.

El Tribunal, en la sentencia *Continental Can*, alejó completamente del ámbito de aplicación del art. 86 TCEE esta doctrina restrictiva (que vedaba solamente el abuso de resultado), optando por una concepción amplia y objetiva de abuso, que abarca el abuso estructural⁹²⁹. Afirmó así que, el art. 86 TCEE pretende regular, no solamente las prácticas susceptibles de causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también pretende regular aquellas prácticas que perjudican la estructura de la competencia efectiva, tal como es mencionado en el art. 3, g TCEE^{930/931}.

⁹²⁸ Véase, de entre tantos: JOLIET, René: *Op. cit.*, p. 680 y ss. La verdad es que, la posición de este autor, acabaría a largo plazo por desproteger a los propios consumidores, ya que la inexistencia de cualquier control sobre las operaciones que llevarían a un monopolio, generaría una reducción de la posibilidad de elección de los consumidores, poniendo en causa la libre competencia en el mercado, verdadero imperativo de la Comunidad Europea. Véase, en ese sentido: VOGELZANG, P.: *Abuse of a dominante position in article 86; the problem of causality and some applications*, *Common Market Law Review*. Vol. 13, London, 1976, p. 63.

⁹²⁹ El Tribunal sustituye la oposición *abuso de comportamiento / abuso de resultado* por la construcción *abuso estructural / abuso de comportamiento*. Así, el *abuso estructural* consistiría en un atentado a la estructura de la competencia. A su vez, el *abuso de comportamiento* será entendido como una explotación por una empresa dominante de su poder de mercado en detrimento de los agentes económicos con los cuales tiene relaciones directas. Véase: VOGEL, Louis: *Droit de la Concurrence et Concentration Économique. Etude comparé. Op. Cit.*, p. 137 y ss.

⁹³⁰ Sentencia *Continental Can*, *cit.*, considerando 26. De este modo, una operación de concentración, en ciertas circunstancias, podría ser vista como un abuso de posición dominante. Está claro que la prueba de estos movimientos de mutación del interno para el externo (ésto es, la demostración de que las operaciones internas de los grupos implican modificaciones estructurales en el mercado), si se traducen en comportamientos abusivos se pueden revelar muy difícil en la práctica. Véase: APOLLONIO, William Nicolo: *L'affare Continental Can e la sentenza della Corte di Giustizia Europea*, *Rivista di Diritto Europeo*. Anno XIII, nº 1, Gennaio-Marzo, Roma, 1973, p. 133-134.

⁹³¹ Obsérvese que la interpretación del art. 86 TCEE hecha por el Tribunal valora la noción de abuso, y no el concepto de posición dominante. La sentencia parece afirmar que a partir de la

Para justificar esta lectura, el Tribunal invocó el espíritu, la economía y los términos del art. 86 TCEE, que deberían ser considerados atendiendo al sistema del Tratado y a sus finalidades. De este modo, sigue la teoría de la interpretación sistemática del art. 3, g; art. 85 y art. 86, todos del TCEE⁹³².

Es desde esta perspectiva que el Tribunal afirma que el art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) está inserto en el capítulo relativo a las normas comunes que definen la práctica de la Comisión en el dominio de la competencia, derivando esta política del art. 3, g del TCEE, que hace previsión de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado común. A su vez, el art. 3, g TCEE es una disposición de ejecución del art. 2 TCEE (actual art. 2 TCE), que pretende el desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto del mercado único⁹³³.

Por otro lado, atendiendo a la posición del art. 86 TCEE en el conjunto de la estructura normativa, el Tribunal determinó que los arts. 85 y 86 del TCEE comparten la misma finalidad: mantener la competencia efectiva en el mercado único⁹³⁴, siendo paralelos. Así, ciertos comportamientos no pueden

existencia de un abuso que genera trabas a la competencia efectiva se presume la presencia en el mercado de una empresa en posición dominante. De hecho, el supuesto fundamental es la explotación abusiva existente en el mercado o en una parte sustancial de éste y, a partir de este hecho, se concebirá la posición dominante. Véase, en ese sentido: VANDAMME, Jacques: *L'arrêt de la Cour de Justice du 21 Février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du Traité CEE*. *Op. Cit.*, p. 21. Por otro lado, la idea de que el abuso es el resultado de un comportamiento culposo, éste es, de una actuación a la que subyace una intención culposa de su autor, no es tenida en consideración por el Tribunal. En realidad, éste deja de lado consideraciones subjetivas sobre tales intenciones, cuya prueba muchas de las veces se revela difícil de concretar, limitándose al plano objetivo de los efectos resultantes de la actuación de las empresas. Esencial para medir una situación de abuso es el análisis de los efectos de la operación de concentración, o sea, saber si tiene como resultado impedir la competencia efectiva. De ahí que, para cierto sector de la doctrina, el Tribunal al abstraerse de la intención dolosa, aumenta la inseguridad jurídica de las empresas, ya que éstas pasan a poder ser responsabilizadas por efectos que no deseaban o no pretendían provocar con su actuación en el mercado. Véase, en ese sentido: RICHEMONT, Jean de: *Op. cit.*, p. 480. Finalmente, parte de la doctrina considera que la intención de las partes debería ser relevante, en el sentido de alejar de la aplicación del art. 86 TCEE, cuando la empresa en posición dominante no sabía ni podría saber que la práctica era anti-competencial o abusiva, y cuando descubrió tal efecto la empresa la corrigió. Véase, en ese sentido: LANG, John Temple: *Monopolisation and the definition of "abuse" of a dominant position under article 86 EEC Treaty, CMLR*. Vol. 16, Stevens and Sons, London, 1979, p. 363.

⁹³² Así, según MESTMÄCKER (*apud* VOGELENZANG, P.: *Abuse of a dominant position in article 86, the problem of causality and some applications*. *Op. cit.*, p. 61) el art. 86 TCEE visaría no solamente la protección de los consumidores, sino también la defensa de la competencia y de las empresas en competencia.

⁹³³ Sentencia *Continental Can*, *cit.*, considerando 22-24.

⁹³⁴ Sentencia *Continental Can*, *cit.*, considerando 25.

ser considerados lícitos en el ámbito del art. 86 TCEE cuando estarían prohibidos en el marco del art. 85 TCEE. De esta forma, el Tribunal reconoce, pragmáticamente, la necesidad de aplicar el art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) a las concentraciones empresariales, dado que, si se aleja esta posibilidad se abriría una brecha en el mecanismo del art. 85 TCEE (actual art. 81 TCE), ya que asistiríamos a una sustitución de las operaciones restrictivas de la competencia por medio de prácticas concertadas y acuerdos prohibidos (art. 81 TCE) por operaciones de concentración empresarial, las cuales no estarían sometidas a ningún control comunitario (en el caso de no aplicarse el art. 82 TCE)⁹³⁵.

A par de coincidencias en el plano teórico con los principios defendidos por la Comisión, en el plano práctico el Tribunal criticó la argumentación de la Comisión en cuanto a la delimitación del mercado relevante. La Comisión no solamente había omitido la demostración de las particularidades de los mercados en causa (mercado de embalajes ligeros, destinados a conservas de carnes, de peces, o de tapas metálicas), sino que también había cometido la negligencia de no distinguir estos mercados del mercado general de embalajes metálicos. Además, había ciertas contradicciones en el argumento de la Comisión en cuanto a las posibilidades de sustitución en el mercado.

Para aislar el mercado de carne que la SLW controlaba en Alemania, debería haber demostrado que los embalajes metálicos utilizados en otros mercados parciales no podrían, por alguna razón determinada, ser utilizados en el acondicionamiento de la carne.

⁹³⁵ Con esta solución, el Tribunal de Justicia fue acusado de haberse dejado influenciar por la jurisprudencia norteamericana, basada particularmente en el *Clayton Act*, sección VII, que prohíbe a cualquier empresa adquirir participaciones en otra empresa cuando esta operación enflaquezca sensiblemente la competencia en el mercado. Sin embargo, mientras las autoridades norteamericanas basaron su actuación en un texto, ojalá claro, no se podría decir lo mismo del Tribunal de Justicia de las Comunidades, cuyas tesis serían puras construcciones jurisprudenciales, sin el apoyo de un texto que regulase el problema en causa. En ese sentido, véase: RICHEMONT, Jean de: *Concentrations et abus de positions dominantes. Article 86° du Traité de Rome. Affaire Continental Can. Op. cit.*, p. 479; VANDAMME, Jacques: *L'arrêt de la Cour de Justice du 21 Février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du Traité CEE. Op. Cit.*, p. 121.

Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal, aunque haya anulado la decisión de la Comisión, abrió nuevas posibilidades de actuación a las autoridades comunitarias.

a) Parte de la doctrina criticó profundamente la sentencia del Tribunal, acusándole de que, con la extensión de la prohibición del art. 86 TCEE a las concentraciones empresariales gracias a la concepción objetiva de abuso, habrá ido mucho más allá de lo que estaba permitido por el texto de esa disposición. En efecto, mientras a la luz del art. 86 TCEE la posición dominante no está prohibida en sí misma, con el concepto lato de abuso, las autoridades comunitarias pasan a controlar directamente las estructuras de la competencia. Sería injusto aceptar la existencia de una situación de dominio, al mismo tiempo que se condena su mantención y desarrollo. Las conclusiones del Tribunal debían, por lo tanto, ser consideradas puras creaciones jurisprudenciales que no tenían cualquier correspondencia con el texto de la ley. De ahí que, para estos autores, la ampliación del ámbito de aplicación del art. 86 TCEE significó, en el fondo, la aceptación de las órdenes de un gobierno de jueces⁹³⁶.

b) En el plano opuesto, encontramos aquellos que alejan estas críticas, clasificadas en dos grupos: b.1) el primero relativo al método de interpretación seguido por el Tribunal; b.2) el segundo relativo a las consecuencias de la noción amplia de abuso adoptada por el Tribunal en la sentencia.

b.1) En lo referente a la interpretación teleológica seguida por el Tribunal, basada en las finalidades del Tratado, parece evidente su carácter útil y adecuado a las particularidades de la realidad comunitaria. De hecho, la especificidad del TCEE que reside en su carácter inacabado, - de ahí su calificación como Tratado marco -, lleva a que se deba reconocer un gran ámbito de aplicación a actuación del juez en la interpretación de sus disposiciones⁹³⁷. Los objetivos del Tratado - se encuentran en plena

⁹³⁶ Véase, en ese sentido, por todos: CEREXHE, E.: *L'interprétation de l'article 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission*. Op. Cit., p. 298.

⁹³⁷ PESCATORE, Pierre: *Rôle et chance du droit et de juges dans la construction de l'Europe*, VIe Congrès Internationale de droit européen du 24 au 26 mai 1973. Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 15.

construcción; ahí participa de forma activa el Tribunal. De ahí que se deba reconocer al Tribunal la posibilidad de privilegiar una interpretación finalista de las disposiciones del Tratado, en detrimento de un análisis literal, ya que solamente la interpretación finalista permitirá asegurar una eficaz integración comunitaria.

b.2) Por otro lado se puede afirmar que el alcance excesivo, fruto de la aplicación de las consecuencias de la jurisprudencia Continental Can, que sería capaz de producir a la prohibición del art. 86 TCEE fue impedido por el propio Tribunal, no solamente al rechazar la prohibición per se de la posición dominante, sino también al precisar esa noción en sus decisiones posteriores, añadiendo una condición suplementaria al abuso estructural. Para la aplicación del art. 86 TCEE no bastaría la constatación de un abuso, mediante el análisis de sus efectos sobre la estructura de la competencia, sino que sería necesario que tales efectos resultasen de comportamientos anormales⁹³⁸.

3) Finalmente, debe subrayarse el contexto en que fue dictada la sentencia Continental Can. En 1973, las autoridades comunitarias se encontraban desprovistas de mecanismos que les permitiesen controlar las consecuencias negativas que las operaciones de concentración pudieran generar. De ahí que el recurso al art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) se revelara como uno de los medios susceptibles de garantizar los objetivos del Tratado. Naturalmente, siempre se podrá decir que habría sido preferible que el legislador comunitario hubiera utilizado su poder reglamentario o que los Estados-miembros hubiesen elaborado los complementos para el control de las concentraciones. Sin embargo, no habiéndose verificado ninguna de estas dos situaciones, el Tribunal, comprensiblemente, optó por utilizar de forma relativamente libre las herramientas de las que disponía, procurando impedir que el Derecho de la competencia se transformara en inoperante⁹³⁹.

⁹³⁸ VOGEL, Louis: *Droit de la Concurrence et Concentration Économique. Etude comparé. Op. Cit.*, punto 175.

⁹³⁹ PESCATORE, Pierre: *Rôle et chance du droit et de juges dans la construction de l'Europe. Op. Cit.*, p. 17.

4.2.4. Aplicación de la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Continental Can

Con la doctrina establecida por el Tribunal en la sentencia Continental Can, la Comisión pasó -a primera vista-, a tener en su poder un instrumento esencial para el control de las operaciones de concentración. Sin embargo, su aplicación se vería limitada, dada la existencia de distintas restricciones para su aplicación.

Desde luego, el art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) solamente puede ser aplicado al refuerzo de una posición dominante, y no a la creación de tal posición dominante. Además, de acuerdo con la jurisprudencia fijada por el Tribunal, solamente estarán prohibidas las operaciones de concentración que refuercen la posición dominante de la empresa que impida sustancialmente la competencia en el mercado. Estas limitaciones de la aplicación del art. 82 TCE van a sufrir algunos cambios en la práctica de las autoridades comunitarias.

De este modo, en sentencias subsiguientes a la sentencia Continental Can⁹⁴⁰, el Tribunal parece alterar los principios allí establecidos, al declarar que el abuso es un concepto objetivo, que califica los comportamientos de una empresa en posición dominante susceptibles de influir en la estructura de un mercado en cuanto al grado de competencia, y que tiene por efecto impedir el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mismo mercado o impedir el desarrollo de la competencia en dicho mercado.

Esta declaración desencadena de inmediato dos cometarios:

1) Por un lado, llama la atención por el hecho de que el Tribunal parece dispensar la exigencia hecha en el caso Continental Can de que la afectación de la competencia fuera sustancial. Bastaría, para hablar de abuso, una reducción adicional de la estructura de la competencia causada por cierta conducta de una empresa dominante (estructura de la competencia en sí misma ya debilitada por la existencia de esa situación de dominio).

⁹⁴⁰ Por ejemplo el asunto *Hoffmann – La Roche* referente a los descuentos de fidelidad, donde estaba en causa la concesión de descuentos a las empresas que se abastecieran exclusivamente en la empresa en posición dominante (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85-76, *Hoffmann – La Roche & CO. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*)

2) Por otro lado, suscita la cuestión de saber si estos criterios, formulados para casos de comportamientos anticompetitivos, pueden ser aplicados a las operaciones de concentración en las que están en causa, esencialmente, alteraciones estructurales⁹⁴¹.

En las sentencias del Tribunal relativas a la aplicación del art. 86 TCEE (v.g. *Continental Can*⁹⁴², *United Brands*⁹⁴³ y *Hoffmann-La Roche*⁹⁴⁴), nunca se afirmó la aplicación de "controles" distintos para la verificación de los efectos anticompetitivos, de acuerdo con el tipo de abuso en causa⁹⁴⁵. Por el contrario, en la sentencia *Continental Can* el Tribunal declaró que no se debía distinguir los efectos de comportamientos que afectan el mercado, de las medidas relativas a la estructura de las empresas que pueden afectar igualmente a las condiciones del mercado; no se debería hacer distinciones entre los comportamientos en el mercado y las operaciones de concentración – medidas de las empresas.

La Comisión, a su vez, afirma en el X Informe sobre política de competencia su intención de transponer la interpretación amplia dada por el Tribunal a la noción de abuso para las situaciones de concentración⁹⁴⁶.

En defensa de una aplicación más flexible del art. 86 TCEE, la Comisión propone disminuir la exigencia de los criterios utilizados en la averiguación, tanto de la existencia de una posición dominante, como del abuso en sí. Señala la Comisión que hay indicios suficientes para afirmar la presencia de una posición dominante cuando una empresa detenta cuotas de mercado del orden de un 40% o 45%, abandonando la exigencia de cuotas más elevadas (anteriormente, en ningún caso, cabía que fueran inferiores a un 50%). Aunque estas cuotas no confieren automáticamente el control del mercado, son un importante factor a tener en cuenta para el análisis del

⁹⁴¹ BANKS, Karen: *Mergers and partial mergers under EEC Law*. Op. cit., p. 389.

⁹⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit.

⁹⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company y United Brands Continental BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 27/76, cit.

⁹⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85-76, *Hoffmann – La Roche & CO. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit.

⁹⁴⁵ REYNOLDS, Michael: *Merger Control in the EEC*, *Journal of World Trade Law*. Vol. 17, Septiembre – October, Jacques Werner editiom, Geneve, 1987, p. 410.

⁹⁴⁶ X Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1980, punto 150.

dominio del mercado. Además, permiten reconocer una situación de dominio no sólo por la existencia de pequeñas empresas en competencia en el mismo mercado, sino también por la obtención de ventajas competitivas por la empresa con cuotas de mercado de un mínimo de un 40%.

Además, para la Comisión, el refuerzo de la posición dominante por medio de una operación de concentración, es susceptible de tener carácter abusivo cuando resulte de un atentado a la estructura de la competencia que dificulte (no es necesaria la eliminación) el mantenimiento del grado de competencia aún existente o en desarrollo en el mercado. Además, declara la Comisión que el efecto de limitación de la competencia depende, en particular, de la posición de la nueva unidad, resultante de la operación de concentración, en relación a las empresas en competencia que permanezcan en el mercado⁹⁴⁷.

Con este planteamiento del problema, la Comisión parecía haberse preparado para utilizar con frecuencia el art. 86 TCEE con vista a realizar un control de las concentraciones empresariales. Sin embargo, son raras las decisiones -de la Comisión- en que se aplica la doctrina Continental Can. Una importante aplicación de la misma ocurrió en el caso Tetra Pak I⁹⁴⁸.

En este caso, el grupo de sociedades Tetra Pak, uno de los líderes mundiales en el sector de embalajes de cartón para acondicionamiento de productos alimentarios líquidos, pretendió adquirir el control de una pequeña

⁹⁴⁷ Véase, todavía, la posición de S.J. PICKARD, que defiende que de la jurisprudencia existente resulta que el art. 86 TCEE solamente será aplicable a situaciones extremas de concentración. Ésto es, solamente será aplicable el art. 86 TCEE a las operaciones de concentración que conduzcan a una eliminación de la competencia efectiva en el mercado (PICKARD, Stephen J.: El control de las concentraciones en el Derecho Comunitario Europeo, *Noticias / CEE*. N° 62, marzo, CISS – Valencia, 1990, p. 71). Sin embargo, esta solución no es la más adecuada para un sistema de control eficaz de la competencia. De hecho, éste debe tener en consideración aquellas operaciones de concentración que se revelen indeseables incluso sin alcanzar la situación límite de la eliminación de la competencia, bajo pena de quedar fuera del dominio de fiscalización un gran número de tales operaciones. Tal sería el caso de los grupos conglomerados, ya que no sería directamente visible el atentado a la estructura de la competencia, una vez que la empresa controlada por definición actuaría en otro mercado relevante. Véase, en ese sentido: VANDAMME, J. y SIMONS, E.: *Le contrôle des concentrations dans la Communauté Européenne. Op. Cit.*, p. 14. Con la entrada en vigor del Reglamento n° 4064/89 se solucionó el problema, quedando determinado el control por las autoridades comunitarias de las operaciones derivadas de una operación de constitución de un grupo conglomerado. Volveremos a esta temática en apartado propio, más adelante.

⁹⁴⁸ Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del TCEE (IV/31.043 – Tetra Pak, licencia BTG). DO n° L 272 de 04/10/1988.

empresa norteamericana que le hacía competencia: la Linqipak. La Tetra Pak tenía el objetivo de obtener una licencia exclusiva detentada por la empresa norteamericana, relativa a la tecnología en causa, concedida por el British Technology Group (BTG)⁹⁴⁹.

Mediante la adquisición de la licencia exclusiva, la Tetra Pak privó a una empresa en competencia, la Elopak, de la posibilidad de utilizar esa tecnología, retrasando su entrada en el mercado. La Tetra Pak consiguió, de este modo, impedir el acceso al mercado de potenciales empresas en la competencia, además de reforzar simultáneamente su posición dominante con una cuota de mercado del orden de un 90%⁹⁵⁰. Como aclaró la decisión de la Comisión, este comportamiento abusivo, prohibido por el art. 86 TCEE, se mantendría mientras la Tetra Pak detentara la licencia exclusiva.

El problema fue resuelto cuando la Tetra Pak aceptó renunciar a cualquier exclusividad, bajo la amenaza de la Comisión de retirar la exención, en los términos del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de licencia de patente que abarcaba la licencia exclusiva entre la Tetra Pak y la BTG.

La Tetra Pak es la primera decisión formal en que la Comisión aplica la prohibición del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) después del caso Continental Can. Es, todavía, dudoso que esta decisión pueda ser considerada una nueva aplicación de la jurisprudencia Continental Can, ya que el factor determinante que llevó a la Comisión a aplicar el art. 86 TCEE no fue la operación de concentración en sí misma, sino la adquisición directa de tecnología por medios de una licencia exclusiva⁹⁵¹. Ésto parece resultar de la decisión de la Comisión, cuando afirma que la adquisición por Tetra Pak de una licencia exclusiva constituye una violación del art. 86 TCEE, desde la fecha de la adquisición hasta la fecha en que cesaron los efectos de la exclusividad⁹⁵².

⁹⁴⁹ Decisión de la Comisión *Tetra Pak I, cit.*, puntos 1, 4 y 5.

⁹⁵⁰ Decisión de la Comisión *Tetra Pak I, cit.*, punto 27.

⁹⁵¹ BOS, Pierre; STUYCK, Jules y WYTINK, Peter: *Op. cit.*, p. 124-125.

⁹⁵² Decisión de la Comisión *Tetra Pak I, cit.*, art. 1. Obsérvese que, aunque la Tetra Pak desistió de la exclusividad, la Comisión resolvió adoptar en la misma una decisión formal, justificando que en su opinión una decisión formal clarificaría su posición sobre este punto y se constituiría en una advertencia no sólo para la Tetra Pak en relación a su comportamiento, sino también en relación a otras empresas susceptibles de adoptar un comportamiento semejante. Véase punto 62 de la Decisión de la Comisión *Tetra Pak I, cit.*

En realidad, podemos afirmar que la mayoría de los casos investigados por la Comisión nunca llegaron a la fase de una decisión final, habiendo sido resueltos en momentos anteriores. Además, se generalizó la práctica de las empresas de notificar previamente a la Comisión sus proyectos de concentración. Así, en el curso de sus investigaciones, la autoridad comunitaria llegaba generalmente a la conclusión de que el art. 86 TCEE no era aplicable al caso en litigio, o en las pocas situaciones en que le parecía aplicable, bastaba la amenaza de su aplicación para que las concentraciones en causa fuesen modificadas o incluso abandonadas.

Las razones invocadas por la Comisión para la no aplicación del art. 86 TCEE fueron las siguientes:

1) Por un lado, la Comisión invocó generalmente el hecho de que ninguna de las empresas involucradas en operaciones de concentración empresarial se encontraban en posición dominante, en el mercado relevante, antes de ser efectuada la concentración. Véase, así, por ejemplo, los casos *SHV / Chevron*⁹⁵³, *Baxter Travenol Laboratories / SmithKline RIT*⁹⁵⁴, *Ashland Oil Inc. / Cabot Co*⁹⁵⁵.

2) Por otro lado, la Comisión obvió la aplicación del art. 86 TCEE cuando las operaciones de concentración no reforzaban una posición dominante existente. Fue lo que sucedió, por ejemplo, en el caso *Michelin / Kléber-Colombes* (relativo a una reestructuración interna del grupo)⁹⁵⁶, y el caso *Michelin / Actor NV* (relativo a la integración vertical de un productor en posición dominante que no confería una posición dominante a nivel de distribución)⁹⁵⁷.

⁹⁵³ Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 1974, *SHV – Chevron*, asunto nº IV/C/26872, DO nº L 38/14 de 12.2.1975.

⁹⁵⁴ X Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1980, punto 157.

⁹⁵⁵ XIV Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1984, punto 109. Además de estos ejemplos, podríamos referirnos aun, en este mismo informe, el caso *Pont-à-Mousson / Stanton & Staveley*, punto 110.

⁹⁵⁶ X Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1980, punto 156. En este caso, la Michelin pretendía saber si la operación de reorganización de las actividades de la Kléber-Colombes, en el seno de la Michelin, debía ser vista como un refuerzo abusivo de la posición dominante por medio de una concentración. La Comisión contestó que la existencia previa de una unidad económica entre la Michelin y la Kléber (grupo de sociedades) significaba que la modificación de sus relaciones debería ser vista como una operación de reorganización interna que no estaba tutelada por el art. 86 TCEE.

⁹⁵⁷ VIII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1978, punto 146.

3) Finalmente, la Comisión excluyó la aplicación del art. 86 TCEE en los casos en que el refuerzo de una posición dominante no elimina la competencia en el mercado, debido a la existencia, por ejemplo, de otras empresas en este mismo mercado en condiciones de entrar a competir. Véase, en ese sentido, v.g., el caso *British-Sugar / Berisford*⁹⁵⁸ y el caso *Avebe / KSH*⁹⁵⁹.

Menos numerosos son los casos en que la Comisión amenazó con invocar la prohibición de la explotación abusiva por parte de una empresa en posición dominante. Nos referiremos a los casos más conocidos, entre ellos:

1) En primer lugar, se destaca el caso *Pilkington / BSN-Gervais-Danone*⁹⁶⁰, en el que la Comisión consideró que la adquisición de la BSN por el grupo Pilkington reforzaría la posición dominante ya tenida por este grupo de empresas en el mercado británico y, probablemente, en el mercado irlandés y danés, además de extender este dominio a los mercados vecinos holandés y alemán. O sea, la Pilkington quedaría con cuotas de mercado en el noroeste de la Comunidad en torno a un 80%. La Comisión informó a las empresas que aplicaría la prohibición contenida en el art. 86 TCEE a tal operación de concentración. Ante esta amenaza, las partes resolvieron limitarse a la adquisición del control de la Flachglas, filial alemana de la BSN, y la Comisión, en consecuencia, levantó las objeciones formuladas.

2) Un procedimiento semejante ocurrió en el caso *British Airways/ British Caledonian*⁹⁶¹. En este supuesto, la Comisión obtuvo, por parte de British Airways, una serie de compromisos importantes relativos a la absorción de la British Caledonian. Así, la British Airways se comprometió a limitar el número de períodos (slots) de que disponía la compañía absorbida (British Caledonian) en el aeropuerto de Gatwick y garantizó la no restricción, con la concentración, de la disponibilidad, para las empresas en competencia, de períodos horarios en otro aeropuerto londinense, Heathrow.

⁹⁵⁸ XII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1982, punto 104.

⁹⁵⁹ VIII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1978, punto 147.

⁹⁶⁰ X Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1980, punto 152.

⁹⁶¹ XVIII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1988, punto 81.

3) Otro caso, en el mismo sector de actividad, es el resultante de la operación de concentración entre la Air France/Air inter/UTA⁹⁶². Este caso se refiere a la oferta hecha, a principios de 1990, por Air France, compañía aérea estatal francesa, para la adquisición de un 54,6% de las participaciones de la mayor compañía aérea francesa, UTA. UTA, a su vez, tenía un 35,8% de Air inter, la mayor compañía aérea francesa de vuelos nacionales, mientras Air France tenía una participación directa de un 37% en UTA. Adquiriendo el control de UTA, Air France se transformó en la mayor compañía aérea europea. A semejanza de lo que sucedió en el caso British Airways/British Caledonian, la Comisión solamente aprobó la operación después de que las autoridades y las empresas en causa hubiesen asumido importantes compromisos con el objetivo de garantizar el acceso al mercado para nuevas empresas aéreas, asegurándose así una verdadera competencia en el mercado.

4) Finalmente, es importante subrayar el caso Consolidated Gold Fields / Minorco⁹⁶³. La sociedad Minorco, que ya tenía un 29,9% de las acciones de la sociedad Gold Fields, formuló sobre ésta una OPA. Tal adquisición de control sería un abuso porque reforzaría la posición dominante de la Minorco en el mercado de metales preciosos, principalmente el platino. La Comisión no formuló objeciones cuando la sociedad Minorco le dió garantías formales de que, en el caso de que la adquisición se realizara, cedería en un plazo determinado las actividades de la Consolidated Gold Fields en el dominio del platino.

Sin embargo será necesario esperar hasta el caso Philip Morris, relativo a la adquisición de participaciones minoritarias en una empresa en competencia, por medio de una serie de acuerdos celebrados en 1981, y alterados en 1984, para que la cuestión de la aplicación del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) vuelva a ser elemento de discusión en el espacio comunitario. Obsérvese que el interés de este procedimiento, relativo a la aplicación del art. 86 TCEE, reside en las apreciaciones hechas por la Comisión en virtud de los acuerdos entre las empresas involucradas en 1981,

⁹⁶² XX Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1990, punto 116.

⁹⁶³ XIX Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1989, punto 68.

ya que con relación a los acuerdos de 1984 el Tribunal de Justicia confirmó la opinión de la Comisión de que no violaban el art. 86 TCEE⁹⁶⁴.

En cuanto a los acuerdos de 1981, la carta de imputaciones hecha por la Comisión reviste particular interés⁹⁶⁵. Ésta confirma los siguientes puntos:

1) En primer lugar, reafirma la jurisprudencia del Tribunal en las sentencias *Continental Can* y *Hoffmann-La Roche*⁹⁶⁶, así como los criterios más flexibles de posición dominante y de abuso fijados en el X Informe de la Comisión sobre Política de Competencia⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ La razón invocada por la Comisión, confirmada además por el Tribunal, para el hecho de no haber violación de esa disposición se resume en que entiende que no es posible decir que existe abuso de posición dominante en la acepción del art. 86 TCEE ya que la sociedad inversora no está en condiciones de controlar la sociedad en que ha hecho la inversión de capital. En este caso, por las razones arriba referidas, los nuevos acuerdos no colocan a la Philip Morris en una situación que le permita controlar los negocios de la Rothmans International y no existe así violación del art. 86 TCEE. Véase: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de noviembre de 1987, asuntos acumulados nº 142 y 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd* y *R. J. Reynolds Industries Inc.* c. Comisión de las Comunidades Europeas. *Recueil de Jurisprudence*, 1987.

⁹⁶⁵ Carta de la Comisión SG (84) D/3946, de 22 de marzo de 1984, relativa a los asuntos IV/30.342 y IV/30.926, por la que se desestiman las solicitudes presentadas por *British-American Tobacco Company Ltd* y *R. J. Reynolds Industries Inc.*, en aplicación del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (DO 1962, p. 204; EE 08/01, p. 22).

⁹⁶⁶ Obsérvese que la Comisión hace referencia expresa a estas dos sentencias del Tribunal de Justicia para recordar que una empresa explota de forma abusiva su posición dominante si refuerza dicha posición dominante hasta el punto de alcanzar un nivel de preponderancia que limite fuertemente la competencia, o atente contra la estructura de la competencia efectiva en el mercado común. Este criterio se verificaría, según la Comisión, en el caso en aprecio, ya que la posición dominante de la Rothmans International, asociada a la posición de fortaleza de la Philip Morris, colocarían fuertes obstáculos a la competencia en el mercado.

⁹⁶⁷ De hecho, la Comisión afirmó, con relación a los acuerdos de 1981, que las cuotas de mercado de Rothmans Internacional, de un 47% y de un 49% en los mercados de Bélgica y Luxemburgo, y de Holanda, respectivamente, eran indicios suficientes de la existencia de una posición dominante de esa empresa en una parte sustancial del mercado (debiendo esa posición ser imputada a la sociedad Rembrandt), y consideró que existía un abuso con la eliminación de la sociedad Philip Morris, que estaba en competencia con la sociedad Rothmans International y que ésta (Rothmans International) había obtenido un refuerzo de su posición dominante. Nótese que la Comisión no determinó que los acuerdos de 1981 eliminaban la competencia, sino que solamente afirmó que el refuerzo de la posición dominante colocaría fuertes obstáculos a las demás empresas en competencia. La Comisión concluyó, en seguida, que la sociedad Rembrandt y la Philip Morris habían violado los arts. 85 y 86 TCEE y, en la carta que acompañaba la comunicación de las acusaciones, les ordenó, en una fórmula que recordaba claramente la utilizada en la sentencia *Continental Can*, que pusiesen fin a las infracciones.

2) Además, parece indicar que se aplicará el art. 86 TCEE por parte de la Comisión, en los casos de posición dominante colectiva⁹⁶⁸ (lo que hará en el caso Vidrio Plano⁹⁶⁹).

3) Finalmente, la Comisión aborda la cuestión de la aplicación del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE), no solamente en cuanto al refuerzo de la posición dominante, sino también en cuanto a la creación de la misma posición dominante⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ Como ya se ha sugerido con relación a los acuerdos de 1981, la Comisión se habrá inspirado en la noción de posición dominante colectiva, al referir que la Philip Morris y la Rembrandt ocuparían así conjuntamente una posición dominante en dos partes sustanciales del mercado común. O sea, la Comisión parecía estar invocando la noción de posición dominante colectiva, detentada por la Rembrandt y por la Philip Morris, para justificar la existencia de una situación de abuso. Véase, en ese sentido: FINE, Frank L.: *Meger and joint ventures in Europe. The Law and policy of the EEC*. Graham & Trotman, London, 1990, p. 35.

⁹⁶⁹ Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (Asunto IV/31.906 – Vidrio plano), *cit.* Véase el apartado 4.1.5. de este capítulo, al respecto de la posición dominante colectiva.

⁹⁷⁰ De hecho, las justificaciones presentadas por la Comisión, en la comunicación de las acusaciones de violación del art. 86 TCEE son verdaderamente notables, ya que acaban aparentemente por alargar el ámbito de aplicación de la prohibición del abuso a la mera adquisición de una posición dominante. La autoridad comunitaria empezó por considerar que, en 1980, la Rothmans International estaba en posición dominante en dos partes sustanciales del mercado común, debido a sus cuotas de un 47,8% en Bélgica y en Luxemburgo, y de un 49% en Holanda. Estas cuotas, asociadas a recursos auxiliares y a la solidez del grupo de sociedades, permitían a la Rothmans International actuar con un grado notable de independencia frente a las empresas en competencia. Antes de los acuerdos de 1981, esas posiciones dominantes debían ser atribuidas a la sociedad Rembrandt en la medida en que esta dominaba la Rothmans International por medio de la Rothmans Holding. Y la Rembrandt había explotado de forma abusiva su posición dominante al celebrar los acuerdos en causa con la sociedad Philip Morris, hecho que habría permitido el refuerzo de la posición dominante de la Rothmans International al eliminar de la competencia a Philip Morris (cuyas cuotas de mercado en 1980 ascendían en Bélgica a un 8,7% y en Luxemburgo a un 7%). La Philip Morris, antigua fuerza rival, pasaba de este modo, a coordinar sus actividades comerciales con las actividades de la Rothmans International. Así, las fuerzas combinadas de la sociedad Rembrandt y de la sociedad Philip Morris les colocaban, según la Comisión, en condiciones de actuar con una gran independencia frente las empresas en competencia y frente a la clientela. La Comisión va más lejos al afirmar que la Philip Morris y la Rembrandt ocupan en conjunto una posición dominante en dos partes sustanciales del mercado común, habiendo la Philip Morris explotado de forma abusiva su posición dominante al adquirir las acciones de la Rothmans International y al celebrar los demás acuerdos con la Rembrandt. No habiendo la Comisión conseguido probar la existencia de una posición dominante colectiva, lo que significa que solamente la Rembrandt detentaba una posición dominante, la sociedad Philip Morris solamente tendría cómo adquirir la posición dominante con dichos acuerdos. Dicho en otras palabras, la Comisión, al aplicar el art. 86 TCEE a tal situación, está aplicando dicho artículo (art. 86 TCEE) a una adquisición de posición dominante. De esta forma, con trueba de declaraciones, la Comisión llega al notable resultado de eliminar la distinción entre la prueba de la existencia de la posición dominante y el abuso, y acaba por aplicar la prohibición del art. 86 TCEE a la mera adquisición de una posición dominante, cuando había sido entendimiento unánime el de que el art. 86 TCEE no prohíbe la mera existencia de una posición dominante sino que el abuso de la misma posición dominante.

De hecho, parece que antes de la celebración de los acuerdos de 1981, la sociedad Philip Morris no se encontraba en posición preponderante en el mercado comunitario. Fue la conclusión del acuerdo lo que generó, en la terminología de la Comisión, una posición

A pesar de las expectativas levantadas con las declaraciones de la Comisión en el caso Philip Morris, las intervenciones de las autoridades comunitarias con base en la jurisprudencia *Continental Can* se mantienen prácticamente inexistentes.

La razón de este fracaso en la aplicación del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) a las concentraciones, a través de decisiones formales, encuentra, en parte, su justificación, en los límites prácticos inherentes a esta disposición. En efecto, el art. 86 TCEE solamente se aplica a las concentraciones en que - por lo menos - una de las empresas tenga una posición dominante en el mercado, hecho que restringe, de forma considerable, su ámbito de aplicación⁹⁷¹. De este modo, el art. 86 TCEE sólo sería aplicable a las situaciones en que hay un refuerzo de una posición dominante, pero no a las operaciones de concentración que crean tal posición dominante.

Por otro lado, la propia estructura del art. 86 TCEE (actual art. 82 TCE) no fue pensada para aplicarse a alteraciones estructurales. Desde luego,

dominante en conjunto con la sociedad Rembrandt. La Comisión parece afirmar aquí una extensión de la doctrina contenida en la sentencia *Continental Can*. En efecto, mientras en este caso solamente se afirmaba el refuerzo de la posición dominante como susceptible de constituir un abuso en los términos del art. 86 TCEE, en el caso Philip Morris la Comisión parece ir más lejos, al afirmar que la mera adquisición de una posición dominante (en una empresa en competencia) puede constituir un abuso. Parece alejar, por tanto, una interpretación restrictiva y literal del art. 86 TCEE, según la cual solamente habría abuso cuando fuera practicado por una empresa en posición dominante. Véase, en ese sentido: FRIEND, Mark: European communities – The common market. Competition and Industrial property. Controlling mergers, *European Law Review* (ELR). Vol. 13, Sweete & Maxwell, London, 1988. p. 190-191. Obsérvese, todavía, que la mayor parte de la doctrina continúa pronunciándose con prudencia sobre los límites establecidos en la redacción del art. 86 TCEE, o sea, afirman que deben ser excluidos de su ámbito de aplicación los casos de adquisición de una posición dominante. Véase, en ese sentido, entre tantos: REYNOLDS, Michael J.: EC merger control at the crossroads, *International Financial Law Review* (IFLR). November, Euromoney Publications, London, 1987, p. 33; SIRAGUSA, Mario: Current procedural and litigations aspects of mergers and takeovers, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*. M. Bender, New York, 1990, p. 512-513; BERWIN, S.J.: *Company Law and Competition*. Mercury Books, London, 1992, p. 116-117. Nótese, finalmente, que el problema fue ampliamente solucionado con la entrada en vigor del Reglamento nº 4064/89, ya que las autoridades comunitarias pasaron a disponer de una base legal para el control de las concentraciones empresariales que crean una posición dominante. Tal temática será abordada en apartado propio, más adelante.

⁹⁷¹ Las limitaciones de esa exigencia se encuentran en parte reducidas con la disminución de la presunción de la existencia de posiciones dominantes para cuotas de mercado del orden del 40% hasta el 45%. Véase, en ese sentido: KORAH, Valentine: *The control of mergers under the EEC competition law*. *Op. cit.*, p. 240. En sentido contrario, subrayando las dificultades de la prueba de la existencia de una posición dominante que no habrían sido atenuadas por la reducción de los valores de las cuotas de mercado, véase: BOLZER, Jean-Marc Le: *The new EEC merger control policy after the adoption of Regulation 4064/89*, *CMLR*. Vol. 2, nº 4, July, Stevens and Sons, London, 1990, p. 33.

no es posible un control a priori de las concentraciones en el marco del art. 82 TCE, situación que impide a la Comisión actuar preventivamente y evitar la plasmación de la operación. Dicho de otra forma, la Comisión apenas puede actuar a posteriori⁹⁷², aplicando, por ejemplo, multas en los términos del Reglamento nº 17, u ordenando la desconcentración de la operación⁹⁷³ (solución que implicará, generalmente, elevados costes para las empresas

⁹⁷² Claro está que las empresas que pretenden realizar una operación de concentración pueden siempre consultar a la Comisión con vistas a la aprobación informal de esa operación. Obsérvese, todavía, que esta solución (aprobación informal de la Comisión a través de cartas administrativas de archivo – *confort letters*), presenta inconvenientes. Así, el recelo de que la Comisión inicie una averiguación que termine en una decisión de desconcentración lleva las empresas a abandonar o cambiar sus proyectos ante una simple amenaza de aplicación del art. 86 TCEE. La situación se ve agravada si esas amenazas se basan en una primera impresión que no se encuentra debidamente fundamentada, como tendría que estar si fuera una decisión formal. Es generada, así, una gran inseguridad jurídica que deriva de la no necesidad de una justificación por parte de la Comisión en el caso de una decisión informal. Además, otro inconveniente es que ni siquiera siempre es compensado por la ventaja de un procedimiento más rápido. Véase, en ese sentido: REYNOLDS, Michael: *Merger Control in the EEC. Op. cit.*, p. 413-414.

⁹⁷³ La conjugación del nº 1 del art. 3 del Reglamento nº 17, *cit.*, que establece que “ si la Comisión comprobar, de oficio o a instancia de parte, una infracción a las disposiciones del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado, podrá obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada”, con el considerando 45 de la sentencia *Commercial Solvents* (sentencia cit.), confiere a la Comisión el poder de ordenar medidas de desconcentración en el ejercicio de sus funciones de control. En este sentido, véase: FINE, Frank L.: *Merger and joint ventures in Europe. The Law and policy of the EEC. Op. cit.*, p. 94; LANG, John Temple: *Joint ventures under the EEC Treaty rules on competition, Irish Jurist. V. XXII, Summer, University College Dublin, Dublin, 1977, p. 35.* Nótese que, la cuestión de saber si el art. 3 del Reglamento nº 17 permite, o no, a la Comisión adoptar medidas de desconcentración, con relación a casos apreciados a la luz del art. 86 TCEE, continua en abierto. Véase, en ese sentido: BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham: *Common Market Law of Competitions: Op. cit.*, p. 494. Nos parece que, en principio, no se debe alejar la hipótesis de que la Comisión pueda adoptar medidas de desconsideración, principalmente a la luz del art. 86 TCEE. Puede ser mejor acoger la solución de admitir decisiones de desconsideración que ordenen lo que fuera menos oneroso para las partes, y les ofrezcan la oportunidad (en la medida del posible) de optar entre las distintas maneras de poner fin a la infracción (Véase, en ese sentido: LANG, John Temple: *Joint ventures under the EEC Treaty rules on competition. Op. cit.*, p. 35-36).

Por otro lado, estamos de acuerdo en que se trata de una solución que a veces se puede revelar difícil de aplicar en la práctica y que tiene innumerables inconvenientes, que se revelan con particular acuidad con relación a las operaciones de concentración que involucran empresas no comunitarias. En estos casos, buscar que la decisión de desconcentración tenga efectos dentro de la Comunidad, constituida la operación por empresas con sede fuera de la Comunidad, puede no ser siempre una solución posible. Se levanta ahí el problema de saber cómo es que se puede ordenar la desconcentración de una filial común entre dos sociedades extranjeras que exportan para la Comunidad pero no tienen ninguna filial con sede en la Comunidad. Este problema, que se vincula con la cuestión de la aplicación extraterritorial de las disposiciones comunitarias, adquirió redoblado interés con la adopción del Reglamento 4064/89, que prevé expresamente la posibilidad de que la Comisión adopte medidas de desconcentración.

involucradas en la operación, ya que se revela bastante inadecuada en el plano de la certeza jurídica)⁹⁷⁴.

⁹⁷⁴ Surge, aquí, el problema de saber si la Comisión puede impedir la realización de una operación de concentración, tanto utilizando la comunicación de acusaciones como medio de presión sobre las empresas, cómo adoptando medidas cautelares, evitándose, así, las dificultades de una decisión de desconcentración. A favor de la aplicación de esas providencias a las operaciones de concentración, se manifestó M. REYNOLDS, argumentando que tal posibilidad se basaría en la aplicación conjunta de la sentencia del Tribunal de Justicia proferida en el asunto *Continental Can (cit.)* y en el asunto *Camera Care* (Auto del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1980, *Camera Care Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas, Competencia – Medidas Provisionales, Asunto 792/79, Recueil de Jurisprudence 1980*), donde el Tribunal reconoció que la Comisión tenía poderes para adoptar providencias provisionales (cautelares), en materia de competencia, al amparo del Reglamento nº 17 (art. 3, nº 1, *cit.*), para preservar el *status quo* hasta ser proferida la decisión final (Auto *Camera Care*, considerando 18). Su adopción tendría particular interés con relación a las concentraciones debido a la gran dificultad de deshacer una operación realizada. Véase: REYNOLDS, Michael: *Merger Control in the EEC. Op. cit.*, p. 415.

Nótese que este poder de la Comisión de aplicar medidas cautelares en materia de competencia estaría sujeto a la verificación de ciertos supuestos establecidos tanto por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Camera Care*, como por la Comisión en la *Nota práctica sobre providencias cautelares* (reproducida por KERSE, Chris S.: *EEC Antitrust procedure, Apendix I. Second Edition, European Law Center Ltd, London, 1988*), que se pueden resumir en los siguientes términos:

1) En primer lugar, se exige la existencia de fuertes indicios de que fueron violadas las normas de competencia del Tratado. Esta condición no siempre será sencilla de cumplir en el caso de las concentraciones, ya que es difícil prever anticipadamente, y con suficiente certeza, que la concentración proyectada cumpla todos los requisitos de la infracción del art. 86 TCEE o del art. 85 TCEE (en el caso de aceptarnos la aplicación de esta disposición a tales fenómenos). No es suficiente, por lo tanto, la posibilidad de que una de esas disposiciones sea violada para que la Comisión se disponga a adoptar providencias cautelares; es necesario que esa previsión se apoye en un elevado nivel de seguridad, o sea, la previsión tiene de ser razonable. Las dificultades en la aplicación práctica de ese requisito generan discordia en la doctrina en cuanto a la posibilidad de la autoridad comunitaria de aplicar providencias cautelares a las concentraciones. a) Así, para algunos el poder de la Comisión para ordenar las providencias cautelares, con base en el art. 3 del Reglamento nº 17, estaría limitado a las decisiones que pretenden poner fin a la infracción. No podrían tales medidas ser aplicadas a las concentraciones en el ámbito del art. 86 TCEE, ya que el abuso solamente surgiría después, con el refuerzo del dominio. De esta forma, la Comisión tendría siempre muchas dificultades en prever con un cierto grado de certeza que la propuesta de concentración conduciría a una violación del art. 86 TCEE, lo que significa que, no verificándose el primer requisito de aplicación de las providencias cautelares, se debería excluir su utilización en el caso de las concentraciones. Véase, en ese sentido: BANKS, Karen: *Mergers and partial mergers under EEC Law. Op. cit.*, p. 396. b) Contra estos argumentos se manifestó SIRAGUSA, defendiendo la posibilidad de que la Comisión aplique providencias cautelares a las concentraciones, ya que bastaría la inminencia de la violación del art. 86 TCEE para ser posible tales medidas. No sería, por lo tanto, necesario que se hubiera efectuado la violación de la disposición. Véase, en ese sentido: SIRAGUSA, Mario: *Current procedural and litigations aspects of mergers and takeovers. Op. cit.*, p. 537.

2) El segundo requisito consiste en la necesidad de que las providencias cautelares se revelasen urgentes, teniendo por objetivo impedir situaciones que causen daños serios e irreparables a las partes que soliciten su aplicación, o impedir situaciones intolerables para el interés público. Será muy difícil, en el caso de las concentraciones, que las empresas en competencia, que serán generalmente las partes lesionadas con la operación, o incluso los participantes en ellas, realicen esta prueba. En realidad, no siempre parecerá ser suficientemente grave el daño de la pérdida de independencia de una sociedad flanco de una adquisición de control (en el seno de un grupo de sociedades) para justificar la aplicación de las medidas cautelares. Se alega que los efectos de la concentración pueden no manifestarse

Esta inseguridad jurídica fue reducida mediante la generalización de la práctica, por parte de las empresas, de la notificación preventiva a la Comisión de su proyecto de concentración, obteniendo informalmente la autorización de la operación, aunque a veces, condicionada a introducir cambios en el proyecto original. Se consagra, así, un verdadero sistema de notificación previa.

Por último, cabe subrayar la inexistencia de una norma, semejante al art. 85, nº 3 TCEE, que confiera a la Comisión poderes para generar excepción para las concentraciones empresariales. En la práctica, la autoridad comunitaria se reveló extremadamente flexible en la aplicación de la jurisprudencia Continental Can. Fueron raros los casos en los que amenazó con aplicar el art. 86 TCEE e incluso ahí permitió las operaciones, desde el momento en que las empresas involucradas promovieron el cambio del proyecto en el sentido indicado, aproximándose con este mecanismo al sistema previsto en el art. 85, nº 3 TCEE, cuya aplicación era considerada inadecuada a las concentraciones, en los términos del Memorando de 1965⁹⁷⁵.

Finalmente, las restricciones a la aplicación del art. 82 TCE acentuaron la necesidad de un dispositivo legislativo específico, destinado al control de las operaciones de concentración. De este modo, poco después de la sentencia Continental Can, en julio de 1973⁹⁷⁶, la Comisión presentó al Consejo una propuesta de Reglamento sobre el control de las concentraciones. En esa propuesta se llamaba la atención sobre el crecimiento de las

inmediatamente, siendo imposible invocar en ese caso la necesidad de medidas urgentes, o la verificación de daños irreparables. El aislamiento de esas medidas sería aún reforzado por la idea de que se revelan innecesarias cuando la Comisión puede solucionar los efectos de no competencia de la concentración, ordenando su desconcentración. La verdad es que este segundo argumento no nos convence, ya que el recurso a la desconcentración debe ser considerado la *última ratio*, dadas las dificultades que muchas de las veces surgen en su aplicación.

3) Finalmente, es preciso no olvidar el carácter temporal de esas medidas, que son meramente conservadoras del *status quo*. Es el caso de las providencias cautelares que impiden el ejercicio de los derechos de voto o condicionan la transferencia de las participaciones a la decisión final de la Comisión. Son estas dificultades en la aplicación de medidas cautelares (que además deben obedecer al principio de la proporcionalidad) las que justifican la resistencia de la Comisión a utilizarlas, especialmente con relación a los operaciones de concentración.

⁹⁷⁵ VOGEL, Louis: *Droit de la Concurrence et Concentration Économique. Etude comparé. Op. Cit.*, p. 337 y ss.

⁹⁷⁶ Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo sobre el control de las concentraciones (presentada por la Comisión al Consejo en 20 de julio de 1973), DO nº C 92/1 de 31/10/73.

concentraciones en el mercado común, así como sobre los peligros que de ahí podían surgir para la competencia existente en el mercado, debido, sobre todo, a su incapacidad para solucionar el problema mientras dispusiese de medios tan limitados como era el recurso al art. 82 TCE. Aunque una vez hecha la apelación para la concesión de medios que le permitiesen un control sistemático de las operaciones de concentración, la misma no se concretará en los años siguientes. Ante la falta de una legislación específica, la Comisión va a buscar ampliar su ámbito de actuación recurriendo a los instrumentos ya existentes. El paso siguiente consistirá en la defensa de la aplicación del art. 85 TCEE (actual art. 81 TCE) a las operaciones de concentración, cambiando la posición defendida inicialmente en el Memorando de Diciembre de 1965.

4.3. Síntesis de la aplicación del art. 82 TCE a las operaciones de concentración empresarial

En síntesis podremos afirmar que:

1) El principio sostenido por la Comisión en el Memorando de Diciembre de 1965, en el sentido de la aplicación del art. 82 TCE a las operaciones de concentración, va a ser concretado por primera vez en la decisión Continental Can, donde la autoridad comunitaria afirma expresamente que existirá una situación de abuso sancionable por el art. 82 TCE cuando la empresa en posición dominante refuerce esa posición por medio de una concentración con otra empresa, con la consecuencia de que la competencia sea prácticamente eliminada del mercado.

2) Esa aseveración va a ser reafirmada por el Tribunal en la sentencia Continental Can, aunque en la práctica haya anulado la decisión de la Comisión. En una sentencia calificada de política, y favorecedora de un gobierno de jueces, el Tribunal afirma, por medio de una interpretación sistemática y teológica del art. 82 TCE, que puede constituir un abuso el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce esa posición, por medio de una operación de concentración, impidiendo sustancialmente la competencia. Sin embargo, la propia autoridad comunitaria impidió el alcance excesivo que una lectura coherente de la jurisprudencia Continental Can podría conferir a la prohibición del art. 82 TCE, mediante la prohibición per se de la posición dominante, en violación del tenor literal de esa disposición. De hecho,

aunque la perspectiva finalista del control pretendido por el art. 82 TCE pueda significar la consideración de la posición dominante como una barrera, debiendo ser impedida su adquisición (de la posición dominante), no fue ésta la posición adoptada por el Tribunal.

3) Posteriormente, los criterios de aplicación del art. 82 TCE fueron, en cierta forma, alterados, tanto por la jurisprudencia del Tribunal⁹⁷⁷ (principalmente en la sentencia *Hoffmann-La Roche*), como por la Comisión, en el X Informe sobre la Política de Competencia⁹⁷⁸.

4) A pesar de la noción amplia de abuso, son raras las intervenciones de la Comisión a la luz del art. 82 TCE, hecho que se explica, a nuestro entender, por las limitaciones inherentes a su aplicación. Desde luego, solamente estaría prohibido el refuerzo de la posición dominante, y no su creación.

5) Razones vinculadas a la inadecuada organización del art. 82 TCE, que no fue previsto para que se aplicara a posibles alteraciones estructurales susceptibles de bloquear la competencia. Se destaca, principalmente, la inexistencia de un mecanismo de control preventivo de las concentraciones así como de un sistema de exención de esas operaciones.

6) En realidad, estos inconvenientes fueron, en parte, evadidos con el desarrollo de la práctica de notificación previa de los proyectos de concentración por parte de las empresas a la Comisión, así como por medio de una apreciación flexible de la jurisprudencia *Continental Can*, que conducía normalmente a la Comisión a la autorización de las operaciones de concentración, aunque a veces los proyectos tuvieron que ser alterados o quedar sujetos a condiciones. Esta situación, incentivada por la autoridad comunitaria, se acerca al mecanismo del art. 81 TCE (ex art. 85 TCEE) al que irónicamente, la Comisión calificara en el Memorando de Diciembre de 1965

⁹⁷⁷ Principalmente en la sentencia *Hoffmann-La Roche* – que parece abandonar la exigencia de una barrera sustancial a la competencia por medio de una posición dominante para la aplicación del art. 82 TCE (sentencia de Tribunal de Justicia citada).

⁹⁷⁸ Donde la Comisión afirma que cuotas de mercado de un 40% son suficientes para indiciar una posición dominante y aleja, con relación a la noción de abuso, la referencia a la eliminación de la competencia, contentándose con la creación de una barrera sustancial a la competencia por medio de una concentración empresarial para la aplicación del art. 82 TCE (informe de la Comisión citado).

como inadecuado al control del fenómeno de las concentraciones empresariales.

7) Finalmente, las limitaciones del art. 82 TCE llevaron a la Comisión, en 1973, poco después de la sentencia *Continental Can*, a presentar al Consejo una propuesta de Reglamento para el control de las concentraciones. Los obstáculos elevados por los Estados-miembros a la adopción del Reglamento retrasaron de tal forma el proceso que la Comisión, enfrentándose con la inexistencia de medios que permitieran el control de esas operaciones, cambia la lógica utilizada en el Memorando de 1965 y pasa a defender la aplicación del art. 81 TCE a las concentraciones.

5. La prohibición de la operación de concentración como empresa conjunta en el ámbito del Tratado CE

5.1. Supuestos generales de aplicación del art. 81 del TCE

Antes de comenzar con el análisis de la cuestión de la aplicación del art. 81 TCE (ex art. 85 TCEE) a las concentraciones, que está lejos de ser pacífica, entendemos que es conveniente hacer una aproximación sumaria al mecanismo de funcionamiento de la disposición en causa. Haremos, de este modo, una referencia a los supuestos generales de su aplicación, particularmente al nº 1 del art. 81, lo que facilitará, en nuestra opinión, la comprensión de este complejo problema.

El art. 81, nº 1 TCE determina que: "Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común...", enumerando, en seguida, en forma no taxativa distintos ejemplos.

Serán, así, supuestos de aplicación del art. 81 TCE⁹⁷⁹:

⁹⁷⁹ WAELBROECK, Michel y FRIGNANI, Aldo (Versión española por: SÁENZ-CORTABARRÍA FEDEZ., Ignacio y MORALES ISASI, Marta): *Derecho Europeo de la Competencia*. Vol. 4 del Comentario J. Mégret, Tomo II, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1998, p. 723 y ss.

a) el concurso de voluntades entre las empresas participantes en el acuerdo entre empresas o práctica concertada;

b) teniendo por objetivo, o efecto, impedir, restringir o falsear la competencia;

c) y que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros.

Para la aplicación del art. 81, nº 1, es, de este modo necesaria, en primer lugar, la existencia de dos empresas que actúen de forma concertada. La prohibición establecida en el art. 81, nº 1, se dirige a las empresas sin realizar, todavía, la definición o disciplina de esa noción. Este concepto no se encuentra, además, definido en ninguna disposición del Tratado, pero fue objeto de estudio tanto por la Comisión como por el Tribunal de Justicia. De las decisiones proferidas por estas autoridades comunitarias podremos intentar disciplinar el concepto comunitario de empresa, en el sentido de toda entidad destinada a la consecución de intereses económicos que, disponiendo de autonomía de decisión, es capaz de determinar de forma independiente su comportamiento en el mercado⁹⁸⁰.

Una primera idea de la noción comunitaria de empresa surgió en el ámbito del TCECA con la sentencia S.N.U.P.A.T.⁹⁸¹, en la que el Tribunal de Justicia afirmó que la noción de empresa utilizada en el TCECA se identifica con el concepto de persona singular o colectiva y que, por consiguiente, varias sociedades con personalidades jurídicas distintas no pueden constituir una empresa única, incluso si esas sociedades son objeto de una integración económica llevada al extremo.

En la sentencia S.N.U.P.A.T., el Tribunal llegó a la conclusión de que habría dos empresas distintas, siendo un elemento decisivo la existencia de dos personalidades jurídicas diferentes. La empresa es vista, así, como un sujeto de derecho y centro de decisiones, disponiendo de autonomía jurídica.

⁹⁸⁰ Se trata, obviamente de una noción comunitaria que resulta de la labor de investigación de las autoridades comunitarias. No se basa, por lo tanto, en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, debido a las dificultades evidentes que resultarían del hecho de existir nociones distintas en los distintos derechos internos, conceptos éstos que cambian según la rama del Derecho en causa.

⁹⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1961, *Société Nouvelle des Usines de Pontlieue Aciéries du Temple* c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asuntos acumulados 42 y 49/59, Recueil de jurisprudence, 1961.

La importancia de la existencia de un sujeto jurídicamente autónomo va a ser mantenida en las decisiones posteriores, principalmente en la sentencia Mannesmann⁹⁸², así como en la sentencia Klöckner y Hoesch⁹⁸³. En estas sentencias, el Tribunal declaró que debe ser calificada como empresa toda organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales vinculada a un sujeto jurídicamente autónomo y que persiga de una forma duradera un objetivo económico determinado.

El concepto de empresa presenta, así, dos características esenciales⁹⁸⁴:

a) Se trata de una organización que persigue un objetivo económico (el fin económico debe ser entendido en sentido amplio, o sea, abarca toda actividad de distribución o cambio, no gratuita, de bienes o servicios, no siendo necesaria la presencia del lucro).

b) La empresa, para ser calificada como tal, debe disponer de autonomía jurídica.

La noción amplia de actividad económica no abarcaría, solamente, las actividades asalariadas y las actividades destinadas a la satisfacción de necesidades personales (subsistencia)⁹⁸⁵.

El entendimiento de empresa como una entidad económica con personalidad jurídica distinta será confirmado, durante un cierto período de tiempo, en distintas sentencias del Tribunal. Se refiere, principalmente, a las sentencias Société des Acières du Temple⁹⁸⁶, y la sentencia Acciaierie e Ferriere di Solbiate S.P.A.⁹⁸⁷.

⁹⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1962, *Mannesmann AG c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 19/61, Recueil de jurisprudence, 1962.

⁹⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1962, *Klöckner-Werke AG, Hoesch AG c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asuntos acumulados 17 y 20/61, Recueil de jurisprudence, 1962.

⁹⁸⁴ GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine y VOGEL, Louis: *Op. cit.*, p. 506.

⁹⁸⁵ THIESING, J.; SCHRÖTER, I. y HOCHBAUM, I.: *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE. Op. Cit.*, p. 69.

⁹⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1963, *Société des Acières du Temple c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 36/62, Recueil de jurisprudence, 1963.

⁹⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1996, *Acciaierie e Ferriere di Solbiate S.P.A. c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 50/65, Recueil de jurisprudence, 1966.

En el ámbito del Tratado CE, este concepto de empresa va ser definido en términos algo distintos. La importancia dada al elemento jurídico en el TCECA será sustituida, en el TCE, por el de hacer hincapié en el supuesto económico⁹⁸⁸.

En esa transición, tiene vital importancia la sentencia *Hydrotherm*⁹⁸⁹, en la cual el Tribunal afirma que la noción de empresa, en el ámbito del Derecho de la competencia, debe ser comprendida como designando una unidad económica bajo el punto de vista del objeto del acuerdo en causa, incluso si bajo el punto de vista jurídico esta unidad económica está constituida por distintas personas singulares o colectivas (véase, considerando 11). Así, el Tribunal consideró en esta sentencia a dos personas jurídicas que desarrollaban una actividad complementaria como una única empresa. De esta forma, elaboró un nuevo concepto (el de unidad económica) con el cual se pasa a identificar la noción de empresa.

La identificación, efectuada por el Tribunal y la Comisión, entre las nociones de empresa y unidad económica, o entidad económica autónoma, se explica por la intención de responsabilizar a las empresas madres por las acciones de las filiales, así como por el objetivo de delinear las condiciones en que los acuerdos restrictivos entre miembros de un grupo de sociedades no deben ser considerados violadores del art. 81 TCE⁹⁹⁰. Se trata, por lo tanto, de un concepto funcional.

Sería éste el entendimiento que llevaría el Tribunal a afirmar en las sentencias *Hydrotherm*⁹⁹¹, *Usinor*⁹⁹², además de en la sentencia *Alpa*⁹⁹³, que deben ser consideradas como una única entidad distintas empresas que, aunque jurídicamente autónomas, constituyan una unidad económica. La

⁹⁸⁸ DUBOUIS, Louis y BLUMANN, Claude: *Droit communautaire matériel*. Editions Montchrestien, Paris, 1999, p. 344.

⁹⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm Geraetebau GmbH c. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. sas.*, Asunto 170/83, Recueil de Jurisprudence, 1984.

⁹⁹⁰ BOS, Pierre; STUYCK, Jules y WYTINK, Peter: *Op. cit.*, p. 142.

⁹⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, *Hydrotherm, cit.*, considerando 9.

⁹⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de octubre de 1984, *Union Sidérurgique du Nord et de l'Est de la France "Usinor" c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 103/83, Recueil de Jurisprudence, 1984, considerando 4.

⁹⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de octubre de 1984, *Société Acières et Laminoirs de Paris "Alpa" c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 151/83, Recueil de Jurisprudence, 1984, considerando 13.

noción de empresa, por lo tanto, se refiere a la existencia de un ente que, persiguiendo objetivos económicos, determina de forma independiente su comportamiento en el mercado.

De este modo, la autonomía de la voluntad (característica de la empresa) que se debe tener en cuenta (tal como afirmó el Tribunal en la sentencia *Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc*⁹⁹⁴; de igual modo que en la sentencia *Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Winthrop Bv*⁹⁹⁵), es una autonomía real en la determinación de la línea de acción en el mercado.

Se observa que la indiferencia ante el estatuto jurídico adoptado permitió a las autoridades comunitarias englobar en el concepto de empresa a las asociaciones de interés público, las sociedades deportivas, las comunidades religiosas, las asociaciones de beneficencia e, incluso a las personas singulares que explotan comercialmente su actividad (v. g., un inventor que explota comercialmente su invento)⁹⁹⁶.

Además, la ausencia de la exigencia de la personalidad jurídica llevó al Tribunal a afirmar que la empresa mantiene su identidad aunque se vea, eventualmente, alterada su forma jurídica. Este principio de manutención de la identidad de la figura, independientemente de modificaciones en su estructura jurídica, es afirmado por el Tribunal en la sentencia *Cram y Rheinsink*⁹⁹⁷, donde el Tribunal declara que la alteración de la forma jurídica y del nombre de la empresa no tiene por efecto crear una nueva empresa desvinculada de la responsabilidad de los comportamientos anticompetitivos de la empresa anterior, desde que exista identidad entre las dos bajo el punto de vista económico (considerando 9 de la sentencia).

El Tribunal admitió la opinión defendida por la Comisión, según la cual se trataría de dos formas jurídicas sucesivas, provenientes de una única

⁹⁹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc*, asunto 15/74, Recueil de jurisprudence, 1974, considerando 41.

⁹⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Winthrop Bv*, asunto 16/74, Recueil de jurisprudence, 1974, considerando 32.

⁹⁹⁶ SCHAPIRA, Jean; LE TALLEC, Georges y BLAISE, Jean-Bernard: *Op. cit.*, p. 255.

⁹⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 28 de marzo de 1984, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA y Rheinsink GmbH c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 29/83 y 30/83, Recueil de Jurisprudence 1984.

empresa y, aunque la misma hubiera alterado su nombre y su forma jurídica, había mantenido su finalidad, sede y dirección. Así, los actos cometidos por la sociedad extinguida serían imputados a la nueva sociedad.

Esta jurisprudencia fue desarrollada por la sentencia Hoesch⁹⁹⁸, que consagra un razonamiento inverso.

En esta sentencia, el debate incidió sobre el concepto de nuevo productor; principalmente sobre la cuestión de saber si esa noción englobaría el caso de una empresa que ya anteriormente fabricaba cierto producto y que, por la apertura de un nuevo establecimiento, en seguimiento de una política de reestructuración, aumentó considerablemente su capacidad de producción. El Tribunal consideró que se trataba de un nuevo productor, ya que esta expresión debía incluir a las empresas que habían producido tubos anteriormente y, a pesar de que conservaban su forma jurídica y su denominación social, sufrieron una transformación en el plano económico que llevó a la creación de un nuevo establecimiento dotado de importante capacidad de producción, especialmente cuando este nuevo establecimiento fabrica un nuevo producto anteriormente no producido por la empresa (véase, considerando 16 de la sentencia).

Una empresa que, con el apoyo financiero de otra, proceda a una reestructuración que implique la creación de un nuevo establecimiento encargado de esa nueva producción constituye, de esta forma, una nueva empresa, incluso cuando mantiene la forma jurídica y la denominación social. En esta sentencia, el Tribunal ha recorrido, por lo tanto, el camino inverso del seguido en el caso Cram y Rheinsink. Mientras que en el asunto Cram y Rheinsink el Tribunal afirma que una empresa es la misma si mantiene su unidad económica, aunque sufra alteraciones en el plano jurídico, en el asunto Hoesch el Tribunal considera que puede haber una nueva empresa en el caso de una sociedad que, conservando su forma jurídica y la denominación social, haya sufrido modificaciones en el plano económico⁹⁹⁹.

⁹⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de octubre de 1989, *Hoesch AG y Republica Federal de Alemania c. Bergrohr GmbH*, asunto 142/88, Recopilación de Jurisprudencia, 1989.

⁹⁹⁹ Sobre la noción de empresa refiérase, finalmente, la idea de que las autoridades comunitarias desarrollan ese concepto esencialmente a partir de dos elementos: a) un requisito

Un punto importante a subrayar, con respecto a todo el desarrollo del concepto comunitario de empresa, es el de la exigencia de la autonomía de decisión de la empresa. Tal autonomía será una característica esencial, que será determinante en la solución del problema de la aplicación del art. 81 TCE a los acuerdos celebrados entre las empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades.

En cuanto a la cuestión de los acuerdos celebrados entre sociedades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, se plantea el problema de saber si estamos ante de voluntades autónomas en competencia, las cuales figurarían como una infracción a la prohibición del art. 81 TCE.

Este tema, generalmente designado como intra-enterprise conspiracy, nos reconduce a la cuestión de saber si los acuerdos susceptibles de restringir la competencia, celebrados entre la sociedad matriz y sus filiales, pueden estar calificados en el marco de la prohibición establecida en el art. 81, nº 1 TCE¹⁰⁰⁰.

La resolución de esta disputa pasa, nuevamente, por el concepto de autonomía de la decisión. Así, una filial tendrá condición de empresa independiente de la sociedad matriz cuando, disponiendo de autonomía de decisión, defina su comportamiento en el mercado, de forma independiente.

Esta solución es la que resulta de la doctrina defendida por la Comisión no solamente, de forma menos explícita, en la decisión *Christiani & Nielsen*¹⁰⁰¹, sino también, y ahí de forma más clara, en la decisión *Kodak*¹⁰⁰². El

que podría ser designado estructural, que se refiere a la unidad de organización e intereses que animan entidades jurídicamente distintas pero económicamente vinculadas y; b) un elemento material, relativo a la actividad económica desarrollada por la empresa. La noción de empresa ha sido, sobre todo, profundizada por el alargamiento del elemento material, ésto es, por la extensión de las actividades abarcadas por el concepto (v.g., salud, acción social, sector asociativo, etc.). Véase, en ese sentido: BOLZE, Christian: *Droit communautaire de l'entreprise, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique (RTDC)*. Nº 3, 44ème anné, Juillet-Septembre, Sirey, Paris, 1991, p. 514.

¹⁰⁰⁰ En cuanto a los acuerdos celebrados entre la sociedad matriz y las sucursales y las agencias estarán, en principio, fuera del ámbito de aplicación del art. 81 TCE, ya que éstas no tienen personalidad jurídica. No son, por tanto, titulares autónomos de derechos y obligaciones, limitándose a representar meros prolongamientos de la actividad mercantil de la sociedad matriz, no poseyendo una voluntad en competencia con la sociedad matriz que permita hablar de un concurso de voluntades. Véase, de entre otros: CASEIRO ALVES, José Manuel: *Op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁰¹ Decisión de la Comisión de 18 de junio de 1969, relativa a una solicitud de certificación negativa, asunto IV/22548, *Christiani & Nielsen*, DO nº L 165 de 05/07/1969. En esta decisión, la Comisión consideró que el art. 81, nº 1 TCE, no era aplicable ya que en el plano económico

Tribunal de Justicia, a su vez, también adopta el mismo criterio que adoptó la Comisión, habiendo decidido de la misma forma en las sentencias *Béguelin*¹⁰⁰³; *Centrafarm BV / Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc*¹⁰⁰⁴ y *Centrafarm BV / Adriaan de Peijper c. Winthrop Bv*¹⁰⁰⁵.

Así, no solamente la Comisión, sino también el Tribunal apuntaron como criterio decisivo, en la calificación de la filial como empresa independiente, ya no la existencia de una personalidad jurídica distinta, sino la realización de la actividad económica con autonomía de decisión con relación a la sociedad matriz. El Tribunal afirmó, de este modo, que el art. 81, nº 1 TCE no reglamenta los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades, en la calidad de sociedad matriz y filial, si estas empresas forman una unidad económica en el seno de la cual la filial no disponga de una autonomía efectiva en la determinación de su línea de actuación en el mercado¹⁰⁰⁶. Además, el Tribunal dispuso la no aplicación del art. 81, nº 1 a las relaciones de la sociedad matriz con las filiales, en el seno del grupo de sociedades, cuando los acuerdos o prácticas tuviesen por finalidad el

la filial no podría tener una acción autónoma con relación a la sociedad matriz, ya que ésta detentaba un 100% del capital de la filial, teniendo el poder de designar los dirigentes de la filial y darle instrucciones obligatorias. La Comisión afirmó que la filial no podría, por eso, ser calificada como una entidad capaz de entrar en competencia con la sociedad matriz. El acuerdo fue considerado por la Comisión como una mera repartición de tareas en la misma entidad económica y, por eso, le concedió un certificado negativo. Esta decisión fue muy criticada por la doctrina, ya que parece excluir del ámbito de aplicación del art. 81 TCE los grupos de sociedades verticales. Para un análisis detallado de este problema, véase: VOGEL, Louis. *Droit de la Concurrence et Concentration Économique. Etude comparé, op. Cit.*, p. 63 y ss.

¹⁰⁰² Decisión Kodak, cit.

¹⁰⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export*, asunto 22/71, Recueil de Jurisprudence, 1971.

¹⁰⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc*, cit.

¹⁰⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Winthrop Bv*, cit.

¹⁰⁰⁶ El problema existente aquí sería el de saber si para se afirmar la dependencia de la filial con relación a la sociedad madre es necesario que ésta ejerza efectivamente su poder de control sobre la filial, o si sería suficiente la posibilidad de ejercerlo; ésto es, si es suficiente constatar la existencia de un poder de control. En el sentido de que el poder de control haya sido efectivamente ejercido, véase: Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972. *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit, considerando 137, donde el Tribunal afirmó que la solicitante podía influenciar de forma determinante la política de precios de venta de sus filiales en el mercado común y se aprovechó de hecho de ese poder.

reparto interno de tareas entre las distintas empresas del grupo de sociedades¹⁰⁰⁷.

Una cuestión distinta de ésta es la de los acuerdos celebrados por la filial, a instancias de la sociedad matriz, con una empresa ajena al grupo de sociedades. Ya no se trata de saber si el acuerdo entre la sociedad matriz y la filial es abarcado por la prohibición del art. 81 TCE, sino de si el comportamiento de la filial puede ser imputado a la sociedad matriz. Este problema surge igualmente en el ámbito del art. 82 TCE, en cuanto a la determinación del autor del abuso de una posición dominante.

El Tribunal ya afirmó, en este sentido, que el comportamiento de la filial podría ser imputado a la sociedad madre, pero sin excluir la responsabilidad de la propia filial, o sea, la filial y la sociedad madre responderían solidariamente por las obligaciones asumidas¹⁰⁰⁸. De esta forma, se ha dado un paso más, decisivo, para el reconocimiento de la importancia de la noción de grupo de sociedades.

Una vez analizado el concepto de empresa, como cuestión preliminar de la aplicabilidad del art. 81, además del problema conexo a la misma preliminar que es el estudio de los acuerdos celebrados en el interior del grupo de sociedades, importa ahora examinar las distintas formas de que se puede revestir el acuerdo o práctica concertada.

¹⁰⁰⁷ Véase sentencia *Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*, cit., considerando 41, y sentencia *Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Winthrop Bv*, cit., considerando 32. Además, es importante subrayar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 12 de enero de 1995, *Viho Europe BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-102/92, Recopilación de Jurisprudencia 1995; confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de octubre de 1996, *Viho Europe BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-73/95 P., Recopilación de Jurisprudencia 1996, que define, nuevamente, las condiciones de inmunidad de los acuerdos celebrados en el seno del mismo grupo de sociedades. En esta sentencia, el Tribunal omitió la condición de repartición interna de tareas, limitándose a subrayar que las filiales eran totalmente controladas por la sociedad matriz.

¹⁰⁰⁸ En la sentencia *ICI/Comisión*, el Tribunal, considerando la unidad del grupo de sociedades, declaró que los comportamientos de las filiales pueden, en ciertas circunstancias, ser vinculados a la sociedad madre. Véase: Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972. *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit., considerando 135.

1) El art. 81, nº 1 TCE, designa en primer lugar los acuerdos entre empresas. Esta noción abarca, desde luego, todo tipo de contratos de Derecho civil o mercantil¹⁰⁰⁹, independientemente de la forma asumida.

Por otro lado, tal noción no se limita a incluir convenciones jurídicamente vinculativas¹⁰¹⁰. De hecho, es suficiente para que exista un acuerdo entre empresas que ellas hayan manifestado su voluntad común de adoptar cierto comportamiento en el mercado¹⁰¹¹. De esta forma, ya se consideró que una medida aparentemente unilateral podría constituirse en parte de un acuerdo, desde que fuese integrada en un conjunto de relaciones contractuales¹⁰¹², siendo la noción de acuerdo extendida a actos preparatorios de contratos futuros, que serían su prolongación¹⁰¹³.

No existen dudas de que el art. 81, nº 1 TCE se aplica no solamente a los acuerdos horizontales (entre operadores ubicados en la misma etapa del proceso productivo), sino también a los acuerdos verticales (o sea, entre operadores ubicados en distintas etapas del proceso productivo)¹⁰¹⁴.

2) En segundo lugar, surgen las decisiones de asociaciones de empresas. Éstas pueden ser adoptadas por unanimidad, por mayoría de sus miembros, o aún por sus órganos competentes. Lo importante es que se trate

¹⁰⁰⁹ THIESING, J.; SCHRÖTER, I. y HOCHBAUM, I.: *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE. Op. Cit.*, p. 71.

¹⁰¹⁰ Véase, en ese sentido: GAVALDA, Christian y PARLEANI, Gilbert: *Op. cit.*, p. 463; WAELBROECK, Michel; MEGRET, Jacques; LOUIS, Jean-Victor y VIGNES, Daniel: *Le droit de la Communauté Économique Européenne (Commentaire du Traité et des textes pris pour son application)*, vol. 4 – Concurrence. *Op. cit.*, p. 6; VAN GERVEN, Walter: *Principes du droit des ententes de la Communauté Économique Européenne*. Bruylant, Bruxelles, 1966, punto 19.

¹⁰¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, *ACF Chemiefarma NV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 41/69, Recueil de Jurisprudence 1970, considerando 112.

¹⁰¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1985, *Ford-Werke AG y Ford of Europe Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 25/84 y 26/84, Recueil de Jurisprudence 1985, donde el rechazo de una empresa a aprobar la entrada de un negociante en una red de distribución fue considerada por el Tribunal como una decisión que no constituía un acto unilateral ya que formaba parte de las relaciones contractuales entre la empresa y sus negociantes (véase, considerando 21 de la sentencia).

¹⁰¹³ Decisión de la Comisión, de 30 de junio de 1970, IV/24055 – Kodak, cit.

¹⁰¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, *Etablissements Consten S.A.R.L. y Grundig Verkaufs GMBH c. Comisión de la Comunidad Económica Europea*, cit.

de manifestaciones de una voluntad colectiva, susceptibles de restringir la competencia y con carácter obligatorio para sus miembros¹⁰¹⁵.

Ante la falta del carácter obligatorio, como sucede por ejemplo con la recomendación¹⁰¹⁶, se excluye su configuración como decisión de asociación. Si las empresas siguen tal recomendación, habrá entonces una práctica concertada, igualmente prohibida por el art. 81 TCE.

Por último se plantea el problema de si deben ser prohibidos los acuerdos que las asociaciones de empresas celebran entre ellas mismas. Este problema ya fue solucionado, de forma clara, por las autoridades comunitarias en el sentido de aplicar la norma en causa a tales situaciones, configuradas como acuerdos entre empresas¹⁰¹⁷.

3) Finalmente, las ententes pueden revestir la forma de prácticas concertadas. Ésta es, sin duda, la realidad más compleja.

La inclusión de esta figura en el ámbito del art. 81 tiene por objeto ampliar el ámbito de aplicación del Derecho comunitario a situaciones que restringen la competencia a través de operaciones informales de cooperación, llevadas a cabo por las empresas, y con relación a las cuales no es posible su prueba formal, dado que tales prácticas no llegan a ser formalizadas¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ La decisión de asociación se distingue, así, del acuerdo, ya que éste consiste en un acto resultante del concurso de voluntades individuales, mientras que la decisión de asociación se traduce en un acto de voluntad colectiva. Este criterio de distinción no siempre será de fácil aplicación. El problema surge, principalmente, cuando se ha de calificar el reglamento interno adoptado con la fundación de la asociación de empresas. La mejor solución parece ser la que entiende ella como un acuerdo entre empresas. Ya los reglamentos adoptados durante la vida de la asociación deben ser considerados como decisiones de la asociación. En este sentido: GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine y VOGEL, Louis: *Op. cit.*, p. 520.

¹⁰¹⁶ Obsérvese que, aunque en principio las recomendaciones sean desproveídas de carácter vinculativo, es siempre necesario apreciar las circunstancias concretas del caso, que pueden revelar lo contrario.

¹⁰¹⁷ Decisión de la Comisión, de 14 de diciembre de 1989, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE (IV/32.202 – APB), DO nº L 018 de 23/01/1990, considerando 33.

¹⁰¹⁸ La figura de la práctica concertada se distinguirá de la figura del acuerdo porque en éste existen obligaciones, aunque extra-jurídicas, mientras que en aquéllas no es asumido ningún compromiso entre las partes. Además, para cierto sector de la doctrina, los acuerdos restrictivos de la competencia son prohibidos como tales, mientras las prácticas concertadas solamente pueden ser presumidas cuando empiecen a ser ejecutadas. Véase, en ese sentido: THIESING, J.; SCHRÖTER, I. y HOCHBAUM, I.: *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE. Op. Cit.*, p. 72-73. Esta última observación se vincula, en el fondo, con la cuestión de saber si la práctica concertada viola el art. 81 cuando hay apenas contactos entre las partes con la intención de restringir la competencia; o sea, para aplicar la prohibición en causa, es necesaria su ejecución. Para un análisis más desarrollado de esta cuestión,

Teniendo como base la jurisprudencia defendida por el Tribunal¹⁰¹⁹, la doctrina¹⁰²⁰ ha considerado necesario verificar ciertos requisitos para poder afirmar la existencia de una práctica concertada. Ellos son:

a) existencia de contactos directos o indirectos entre las empresas¹⁰²¹;

b) esos contactos deben tener objetivos anticompetenciales, principalmente alejar a priori cualquier incertidumbre en cuanto a los comportamientos futuros de las empresas en competencia, o tiene por efecto mantener o modificar el comportamiento comercial de esas empresas, lo que no es explicable por las condiciones económicas del mercado¹⁰²².

Es necesario, por lo tanto, para poder hablar de una práctica concertada, que esa coordinación resulte de contactos entre las partes, ya que el mero paralelismo de comportamientos no es suficiente, por sí sólo, para

véase: PAIS ANTUNES, Luis Miguel: *Agreements and concerted practices under EEC competition law: is the distinction relevant?*, Yearbook of European Law, 11. Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 57. Este autor defiende que es suficiente, en el plano del concepto de práctica concertada, que el contacto entre empresas tenga por objetivo crear condiciones de competencia que no son las condiciones normales del mercado, o sea, basta una cooperación con un objetivo anticompetitivo para limitar la libertad de acción de las partes en el mercado, estando calificada así, tal actuación de las empresas en causa, como práctica concertada prohibida por el art. 81, nº 1 TCE. Finalmente, nótese que el propio Tribunal de Primera Instancia declaró que el art. 81 prohíbe la práctica concertada antes incluso de la existencia de *actos manifiestos* en el mercado: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 24 de octubre de 1991, *Rhône-Poulenc S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-1/89, Recopilación de Jurisprudencia 1991, considerando 106.

¹⁰¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972. *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *cit.*; y Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas (Industria Europea del Azúcar)*, *cit.*

¹⁰²⁰ BAEL, Ivo Van y BELLIS, Jean François: *Competition Law of the ECC. Op. cit.*, punto 212; BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham D.: *Common Market Law of Competition. Op. cit.*, p. 60.

¹⁰²¹ Así, en la sentencia *Pioneer* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, *SA Musique Diffusion Française y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 100 a 103/80, Recopilación de jurisprudencia 1983), el Tribunal confirmó la decisión de la Comisión en cuanto a la existencia de una práctica concertada en el sentido de proteger al distribuidor francés frente a las importaciones paralelas de Inglaterra y Alemania, a pesar de no haber indicios directos de la participación de *Pioneer* en la práctica concertada. Llegó a esa conclusión con base a la reunión realizada, y en el posterior envío de quejas de la *Musique Diffusion Française* a los otros distribuidores (considerando 72 de la sentencia). O sea, una empresa podrá ser responsabilizada por lo que ha dicho en una reunión o por lo que ha hecho después con las informaciones ahí referidas.

¹⁰²² De hecho, el Tribunal ya afirmó que no era necesaria la intención de cometer la infracción del art. 81, nº 1; bastaría el efecto de modificar el comportamiento de las empresas en el mercado. Véase: Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1984, *Hasselblad (GB) Limited. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 86/82, Recopilación de jurisprudencia 1984, considerando 24.

probar la verificación de una práctica concertada, una vez que los operadores económicos tienen el derecho de adaptarse a las condiciones del mercado, principalmente al comportamiento de las empresas en competencia¹⁰²³.

Finalmente, verificada la existencia de una entente, cualquiera que sea la modalidad que revista en el caso concreto (acuerdo, decisión de asociación, o práctica concertada), el art. 81, nº 1 TCE exige, aún, para la aplicación de la prohibición, la presencia de dos datos:

a) que la entente sea susceptible de afectar el comercio entre los Estados miembros;

b) y que la entente tenga por objetivo o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el interior del mercado común¹⁰²⁴.

¹⁰²³ Véase: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 31 de marzo de 1993, *Ahlstroem Osakeyhtiö y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas* (prácticas concertadas entre empresas establecidas en países terceros sobre los precios de venta a compradores establecidos en la Comunidad) (Sentencia *Wood Pulp*), cit., considerando 126. En la práctica, no siempre es sencillo discernir cuándo el comportamiento uniforme de las empresas resulta de la propia estructura de las empresas en el mercado, no justificándose la aplicación del art. 81 TCE, y cuándo se trata del resultado de una cooperación entre las empresas con vistas a restringir la competencia, condenado por esa razón por el derecho comunitario. Esta cuestión fue profundamente discutida en el caso ICI/Comisión, primero por la propia Comisión y después por el Tribunal de Justicia.

En este caso, estaba en causa un aumento de los precios de los productos colorantes, casi idéntico, realizado por los productores europeos de colorantes, crecimiento ese que, según la Comisión, no podría haber sido generado por la estructura de oligopolio del mercado. Esta decisión fue bastante criticada por la doctrina (véase, por todos: GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine y VOGEL, Louis: *Op. cit.*, p. 522), ya que la acusaba de analizar sin rigor las características del mercado relevante, y que parecía no ser oligopolista. Con la sentencia *Wood Pulp*, esa tendencia hacia la falta de rigor económico en el análisis del mercado se va alterar. De hecho, como ya se afirmó (véase: VAN GERVEN, Gerwin y NAVARRO VARONA, Eburne: *The Wood Pulp case and the future of the concerted practices. Op. cit.*, p. 607-608), después de esa sentencia no solamente será imposible para la Comisión proferir informes económicos sin profundidad, sino que deberá conducir su atención hacia la búsqueda de pruebas documentales de la cooperación.

¹⁰²⁴ El art. 81, nº 1 TCE, enuncia con ejemplos, en sus distintos apartados, casos de *ententes* que tienen por objetivo o efecto restringir la competencia. En los términos de esa disposición son prohibidas todas las *ententes* que pretendan: "a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos". El análisis de cada una de esas situaciones sobrepasa manifiestamente el ámbito de nuestra tesis doctoral, por lo que nos limitaremos a sugerir una doctrina para consulta sobre la materia. Véase, en ese sentido: THIESING, J.; SCHRÖTER, I. y HOCHBAUM, I.: *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE. Op. Cit.*, p. 112 y ss.; GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine y VOGEL, Louis: *Op. cit.*, p. 540 y ss.; GAVALDA, Christian y PARLEANI, Gilbert: *Op. Cit.*, p. 474 y ss.

5.2. El caso Philip Morris

La posibilidad de aplicación del art. 81 TCE en cuanto a la adquisición, por una empresa, de participaciones minoritarias en una empresa en competencia, va a ser por primera vez abordada en el célebre caso Philip Morris, reabriendo la vieja querrela del recurso al art. 81 para el control de las operaciones de concentración.

Este procedimiento tuvo origen en una serie de acuerdos, celebrados en 1981, entre una sociedad de inversiones sudafricana, Rembrandt Group Limited (en adelante Rembrandt), y una sociedad norteamericana, Philip Morris Inc. (en adelante Philip Morris), con intereses sustanciales en el sector del tabaco. La Rembrandt, antes de concluir los acuerdos, era propietaria de la totalidad del capital de Rothmans Tobacco (Holding) Ltd. (en adelante RTH), la cual, a su vez, era propietaria de un 43% del capital suscrito de Rothmans International (en adelante RI), ejerciendo RI sus actividades, sobre todo, en los sectores de la producción y venta de cigarrillos.

Por los acuerdos de 1981, la sociedad Rembrandt vendió a Philip Morris la mitad de las acciones de su filial, RTH, además de la mitad de las obligaciones convertibles que detentaba en RI. Cada una de las partes concedió, igualmente, a la otra un derecho de preferencia, que podría ser ejercitado cuando una u otra parte se propusiese conceder a un tercero la totalidad o una parte de su participación en el capital de RTH, o de su cartera de acciones u obligaciones de la RI.

Además, los acuerdos conferían a Rembrandt y a Philip Morris el derecho de nombrar, cada una de ellas, tres administradores para el Consejo de Administración de RTH, compuesto por seis miembros, y cuyo presidente, designado por acuerdo de las partes, no tenía voto de calidad. Por otro lado, Rembrandt conservaría las funciones de gestión referentes a las actividades comerciales de la RI.

Finalmente, los acuerdos establecían una intención de cooperación entre Philip Morris y RI en sectores como la distribución y la producción concertados, los conocimientos, la investigación técnica, etc.

Mediante estos acuerdos, Philip Morris obtuvo una participación indirecta de un 21,9% en los beneficios de la empresa en competencia RI¹⁰²⁵.

Estos acuerdos fueron denunciados, a la Comisión, por la sociedad British American Tobacco Ltd. (a seguir designada por BAT) y la sociedad R. J. Reynolds Industries Inc. (a seguir designada RJR). La Comisión envió a Philip Morris y a Rembrandt una comunicación de las acusaciones, declarando que los acuerdos de 1981 violaban simultáneamente el art. 81 y el art. 82 del TCE¹⁰²⁶.

Después de las negociaciones con la Comisión, Philip Morris y Rembrandt sustituyeron finalmente estos acuerdos por otros (designados acuerdos de 1984) tendentes a alejar las objeciones levantadas por la Comisión.

Por los acuerdos de 1984, Philip Morris abandonó su participación en el capital de la RTH y, en contrapartida, obtuvo una participación directa en el capital de RI de un 30,8%, que apenas representaba un 24,9 % de los derechos de voto, mientras la parte detentada por Rembrandt, también de un 30,8%, representaba un 43,6% de los derechos de voto. Los nuevos acuerdos,

¹⁰²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de noviembre de 1987, asuntos acumulados nº 142 y 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd y R. J. Reynolds Industries Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas, cit.*

¹⁰²⁶ En la comunicación de las acusaciones (conforme sentencia *Philip Morris, cit.*), la Comisión subrayó que en el periodo en cuestión el mercado comunitario de cigarrillos se colapsó cuantitativamente y pasó a tener naturaleza de oligopolio. Acabó por verificarse que, en ausencia de una verdadera competencia en cuanto a los precios o ausencia de avances en materia de investigación, la publicidad y la adquisición de empresas son los principales instrumentos de crecimiento de las partes en el mercado. Además, estando el mercado dominado por grandes empresas que disponen de medios y de conocimientos técnicos considerables y siendo la publicidad de una importancia capital, sería muy difícil penetrar en ese mercado. Así, cuando, por acuerdo, dos empresas en competencia efectiva o potencial, se transforman en copropietarias de una sociedad filial que pone sus productos en el mismo mercado, el hecho de ser incompatible con los intereses económicos de cada una de las sociedades madres hacer competencia a sus filiales (y, de la misma forma competir entre ellas mismas) constituiría un efecto del acuerdo sobre la competencia, en la acepción del nº 1, del art. 81 TCE. O sea, la *Rembrandt* no tenía obviamente ningún interés en competir con la RI, por las razones apuntadas, y procuró que lo mismo pasase con la *Philip Morris* que, antes de celebrar los acuerdos, era una importante empresa en competencia en el mismo mercado.

Así, según la Comisión, el acuerdo relativo a la adquisición de acciones de la RTH por la *Philip Morris* tenía por efecto restringir la competencia, efecto ese que era agravado por la representación asegurada a la *Philip Morris* en los órganos de dirección de la RTH, por el derecho de preferencia estipulado, y por el acuerdo de cooperación firmado. Por lo tanto, era imposible cualquier posibilidad de la autoridad comunitaria de conceder la exención prevista en el art. 81, nº 3 TCE.

al igual que los de 1981, confieren un derecho de preferencia a la otra parte, en caso de cesión de participación¹⁰²⁷.

Finalmente, tales acuerdos fueron complementados por ciertos compromisos asumidos por las partes ante la Comisión, que se destinaban a garantizar, principalmente, que Philip Morris no estaría representada en los órganos de dirección de RI y que no serían comunicadas a Philip Morris informaciones sobre RI susceptibles de influir en el comportamiento del grupo Philip Morris en las relaciones de competencia que tuviera con el otro grupo, en el ámbito de la Comunidad. Mientras tanto, Philip Morris se comprometió a informar a la Comisión de todas las alteraciones de los acuerdos, de cualquier aumento de su participación en el capital de RI o de cualquier eventualidad por la cual fuese a obtener un 25% o más de los derechos de voto en el seno de RI. En estos dos últimos casos, la Comisión podrá exigir una separación de los intereses de RI y de Philip Morris para mantener el status quo, durante un período de tres meses, en el transcurso de los cuales podrá adoptar medidas más adecuadas¹⁰²⁸.

5.2.1. La decisión de la Comisión en el caso Philip Morris

La Comisión consideró que los acuerdos de 1984 estaban en conformidad con las normas comunitarias y, de esa forma, comunicó a las sociedades BAT y RJR los elementos esenciales de los nuevos acuerdos, informándoles que consideraba que ya no existían motivos suficientes para acatar sus peticiones y convidándoles a comunicarle por escrito sus eventuales observaciones complementarias.

Las dos sociedades contestaron que, a su entender, los acuerdos habían cambiado apenas de aspecto, pero que sustancialmente continuaban iguales. Así, entendían que los mismos debían ser prohibidos a la luz de las disposiciones comunitarias.

¹⁰²⁷ Los acuerdos estipulaban, aún, que solamente la totalidad de una parte podría ser cedida a terceros, y únicamente a un solo comprador o a un comprador independiente o a un mínimo de diez compradores independientes. Y si la participación de la *Rembrandt* fuera vendida a un único comprador, este también tendría que hacer una oferta idéntica relativa a la participación de la *Philip Morris* en el grupo de sociedades. Véase, sentencia *Philip Morris, cit.*

¹⁰²⁸ Sentencia *Philip Morris, cit.*, considerando 7, 8 y 9.

La Comisión no modificó, todavía, su posición y, por cartas de 22 de Marzo de 1984, denominadas decisiones, les informó de que sus peticiones habían sido desestimadas y que iba a proceder al archivo de los respectivos procedimientos¹⁰²⁹.

Respecto de la decisión de la Comisión, ya se afirmó en su momento que demuestra la imposible voluntad de conciliar dos principios contradictorios: mantener la política tradicionalmente defendida en el Memorando de 1965 y aplicar, por otro lado, el art. 81 TCE a las adquisiciones de participaciones, de forma que se ampliasen los poderes de la Comisión en el control de las concentraciones empresariales, ante la falta de un Reglamento específico del Consejo¹⁰³⁰.

En este conflicto prevalecería, por falta de alternativas, el principio de la interpretación extensiva del art. 81 TCE. De hecho, la inicial resistencia de la Comisión a considerar el art. 81 TCE como susceptible de ser aplicado a las operaciones de concentración (realizadas, por ejemplo, a través de una adquisición de una participación de una empresa en otra – grupo de sociedades de base contractual)¹⁰³¹ se alteró radicalmente con la reserva de los Estados a adoptar el Reglamento para el control de las concentraciones. Así, se afirma expresamente por la Comisión que la sugestión implícita en la decisión relativa a los acuerdos de 1984, de que, si la Philip Morris promoviera una modificación en su estatuto de accionista minoritario y adquiriera de hecho el control de la RI, generando la aplicación del art. 81 TCE a la concentración, podría ser adoptada como criterio general de control de las concentraciones por la Comisión. La Comisión pasa a entender que el retraso provocado por los Estados con vistas a la adopción de un Reglamento de control de las concentraciones obligaba a la autoridad comunitaria a recorrer las disposiciones del Tratado existentes para el control de la competencia, el art. 81 y el art. 82 TCE.

Concluyendo, el caso Philip Morris representa, de forma innegable, un cambio en el entendimiento seguido por la Comisión en materia

¹⁰²⁹ Sentencia *Philip Morris*, *cit.*

¹⁰³⁰ FINE, Frank L.: *Meger and joint ventures in Europe. The Law and policy of the EEC. Op. cit.*, p. 16; BANKS, Karen: *Mergers and partial mergers under EEC Law. Op. cit.*, p. 424-425.

¹⁰³¹ Memorando de la Comisión, *cit.*

de concentraciones, hecho que, en nuestra opinión, no es tanto el resultado de una creencia en las virtudes del art. 81 como sistema de control de las concentraciones empresariales, sino como un mecanismo para presionar a los Estados miembros para que adopten el deseado Reglamento para el control de tales fenómenos.

5.2.2. La sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Philip Morris

La decisión de la Comisión no fue aceptada por la empresa BAT ni por la empresa RJR, que recurrieron al Tribunal de Justicia. Éste confirma la decisión de la Comisión, en la sentencia de 17 de noviembre de 1987¹⁰³², invocando una serie de consideraciones que van a desencadenar innumerables querellas doctrinales sobre su exacto alcance y significado.

La cuestión fundamental suscitada en los presentes procedimientos es, según el Tribunal, la de saber si la obtención de una participación minoritaria en el capital de una empresa en competencia, puede constituir una violación de los arts. 81 y 82 TCE¹⁰³³. Añade el Tribunal que los acuerdos fueron celebrados entre empresas que, después de la entrada en vigor de esos acuerdos, continúan siendo independientes¹⁰³⁴, lo que, a primera vista, podría ser considerado un indicio de que el Tribunal excluiría del análisis en curso los casos típicos de concentraciones¹⁰³⁵.

Las consideraciones realizadas por el Tribunal, posteriormente, son bastante más amplias. Reconoce, en cuanto a la aplicación del art. 81, que si el hecho de que una empresa adquiriera una participación en el capital de una empresa en competencia no constituye, en sí mismo, un comportamiento que restrinja la competencia, puede sin embargo constituir un medio susceptible de influenciar el comportamiento comercial de las empresas en

¹⁰³² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de noviembre de 1987, asuntos acumulados nº 142 y 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd y R. J. Reynolds Industries Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit.

¹⁰³³ Sentencia *Philip Morris*, cit., considerando 30.

¹⁰³⁴ Sentencia *Philip Morris*, cit., considerando 31.

¹⁰³⁵ Dicho en otras palabras, el Tribunal parecía excluir los casos de concentraciones primarias, en que los participantes en la operación pierden su individualidad económica y jurídica, al contrario de lo que pasa en las concentraciones secundarias, en las que la empresa mantiene su autonomía jurídica y patrimonial, abandonando su autonomía económica (grupo de sociedades, véase Primera Parte de la tesis). Así, estaría analizando en la sentencia solamente los casos de concentración secundaria, y no primaria.

causa, tendente a restringir o falsear la competencia en el mercado en que esas dos empresas desarrollan sus actividades mercantiles¹⁰³⁶.

Enuncia el Tribunal las distintas situaciones ejemplares de la utilización de tales adquisiciones como instrumentos susceptibles de influenciar el comportamiento comercial de las empresas involucradas. Dichos enunciados son:

1) En primer lugar, podrá existir una infracción al art. 81 TCE si, por medio de la adquisición de participación o por intermedio de cláusulas accesorias al acuerdo¹⁰³⁷, la empresa inversora obtiene un control de derecho o de hecho sobre el comportamiento comercial de la otra empresa¹⁰³⁸ o si del acuerdo surge una cooperación comercial entre las empresas o es capaz de crear estructuras susceptibles de promocionar tal cooperación¹⁰³⁹.

2) En segundo lugar, podrá existir una infracción al art. 81 TCE, si el acuerdo reserva para la empresa inversora la posibilidad de reforzar, en un periodo posterior, su posición de participación, adquiriendo el control efectivo de la otra empresa. Así, se deben observar no sólo los efectos actuales del acuerdo, sino también sus efectos potenciales¹⁰⁴⁰, sin olvidarse de que todos

¹⁰³⁶ Sentencia *Philip Morris, cit.*, considerando 37.

¹⁰³⁷ Serán particularmente capaces de conferir una influencia preponderante en el comportamiento comercial de las otras empresas las cláusulas que confieren un derecho de representación en los órganos de dirección de la otra empresa, derechos de votos especiales y derechos de preferencia. Repárese que todos estos ejemplos estaban presentes en los acuerdos de 1981.

¹⁰³⁸ Para F. FINE, este punto de la sentencia demuestra el reconocimiento explícito de la aplicación del art. 81 TCE a ciertas concentraciones, las adquisiciones de participaciones que resulten en la pérdida de la independencia económica de una de las empresas involucradas (característica esencial de los grupos de sociedades, véase tercera parte de las tesis). La cuestión de la aplicación potencial del art. 81 TCE a otro tipo de concentraciones (por ejemplo fusiones), estaría igualmente esclarecida con las declaraciones hechas en el considerando 44 y el considerando 45 de la sentencia, en los términos de los cuales, en un mercado de oligopolio, como es el de cigarrillos, cualquier tentativa de control y cualquier acuerdo susceptible de favorecer la cooperación comercial entre dos o más empresas dominantes comporta el riesgo de conducir a una restricción de la competencia, debiendo la Comisión examinar si un acuerdo, a primera vista apenas de inversión en una empresa en competencia, no tiene como verdadero objetivo el control de esa empresa. El Tribunal estaría, así, *autorizando* a la Comisión a aplicar el art. 81 TCE a los acuerdos concluidos con vistas a la adquisición de participaciones que podrían resultar en uniones de empresas. Véase: FINE, Frank L.: *Meger and joint ventures in Europe. The Law and policy of the EEC. Op. cit.*, p. 20 y ss.

¹⁰³⁹ Sentencia *Philip Morris, cit.*, considerando 38.

¹⁰⁴⁰ Sentencia *Philip Morris, cit.*, considerando 39.

los acuerdos deben ser apreciados en su contexto económico y, principalmente, a la luz de la situación económica del mercado en cuestión¹⁰⁴¹.

Establecido el marco teórico, el Tribunal pasa seguidamente al análisis concreto de los acuerdos de 1984. A este respecto, afirma que los acuerdos de 1984 y los compromisos asumidos por Philip Morris y Rembrandt con la Comisión excluyen la posibilidad de Philip Morris de estar representada en el consejo de administración, o en cualquier otro órgano de dirección, de Rothmans International y limitan su participación a menos de un 25% de los derechos a voto¹⁰⁴². Luego Philip Morris estaría desprovista de mecanismos que le permitirían influenciar el comportamiento comercial de RI. Contando Rembrandt con un 43,6% de los derechos de voto y con una representación en los órganos directivos de RI, ella era quien estaría en posición de continuar determinando la política comercial de Rothmans International en el mercado de cigarrillos¹⁰⁴³.

El Tribunal refuerza esta conclusión, acordando que, al contrario de los acuerdos de 1981, los de 1984 no incluyen ninguna cláusula relativa a la cooperación comercial ni crean ninguna estructura que favorezca tal posición de cooperación entre la Philip Morris y la RI, además las empresas se comprometen a no intercambiar informaciones susceptibles de influenciar su comportamiento en el mercado en competencia¹⁰⁴⁴.

Ante la ausencia de cláusulas expresas que estipulen una cooperación empresarial, el Tribunal pasa a investigar la eventual existencia de una colaboración informal que resultaría, según las demandantes, del hecho de la participación minoritaria de Philip Morris en el capital de RI de obligar a las empresas implicadas a tener en consideración el interés de la otra parte al definir su política comercial¹⁰⁴⁵.

El Tribunal consideró que la posibilidad que los derechos de voto daban a Philip Morris de bloquear ciertas decisiones de carácter excepcional

¹⁰⁴¹ Sentencia *Philip Morris, cit.*, considerando 40.

¹⁰⁴² Sentencia *Philip Morris, cit.*, considerando 46.

¹⁰⁴³ Sentencia *Philip Morris, cit.*, considerando 46.

¹⁰⁴⁴ Sentencia *Philip Morris, cit.*, considerando 47.

¹⁰⁴⁵ Sentencia *Philip Morris, cit.*, considerando 48.

era hipotética para constituirse en una amenaza real¹⁰⁴⁶. El Tribunal entendió que la preocupación de Philip Morris continuaría siendo el ampliar su mercado y los beneficios de sus propias empresas de grupo¹⁰⁴⁷. Finalmente, las cláusulas relativas a la cesión de las participaciones en el capital de RI no constituirían, en sí mismas, según el Tribunal, una restricción de la competencia, ni constituirían una amenaza susceptible de influenciar la gestión comercial normal de Rembrandt y de Rothmans Internacional, siendo entendidas tales cláusulas como un interés legítimo de las partes en asegurar su inversión¹⁰⁴⁸.

5.2.3. Análisis crítico de la sentencia Philip Morris

La importancia de la sentencia reside en el hecho de avivar la discusión sobre la aplicación del art. 81 TCE a las operaciones de concentración.

Podríamos distinguir, básicamente, dos líneas de orientación en cuanto al alcance de la jurisprudencia Philip Morris: 1) una interpretación amplia; 2) y - a su contra - una interpretación restrictiva.

1) Los seguidores de una interpretación amplia se apoyan, sobre todo, en los considerandos 37 y 38 de la sentencia, para afirmar que la referencia ahí hecha a la adquisición de un control de derecho o de hecho, así como la alusión al término cualquier tentativa de control, en el considerando 45 y el considerando 46, solamente tendrían sentido si se acepta la aplicación del art. 81 TCE a las operaciones de concentración¹⁰⁴⁹.

De este modo, la tesis defendida por la Comisión en el Memorandum de diciembre de 1965, según la cual las adquisiciones de participaciones en una empresa escapan a la prohibición del art. 81, nº 1 TCE, se consideraría obsoleta.

¹⁰⁴⁶ Sentencia *Philip Morris*, cit., considerando 49.

¹⁰⁴⁷ Sentencia *Philip Morris*, cit., considerando 50.

¹⁰⁴⁸ Sentencia *Philip Morris*, cit., considerando 55 y considerando 56.

¹⁰⁴⁹ Véase, en ese sentido, como grandes representantes de esa corriente de pensamiento: BLAISE, Jean-Bernard: *Application des règles de concurrence du traité aux opérations de concentration*, RTDE. Nº 3, Sirey, Paris, 1989, p. 472 y ss.; BLUMBERG, Jean Pierre y SCHÖDERMEIER, Martín: EC merger control – no smoke without fire? – The Tobacco judgment of the EC Court of Justice: a first step towards merger control, *International Financial Law Review* (IFLR). January, Euromoney publications, London, 1988, p. 35 y ss.; FINE, Frank L.: *Merger and joint ventures in Europe. The Law and policy of the EEC. Op. cit.*, p. 19 y ss.

Los indicios de esa nueva orientación de la Comisión ya se podrían encontrar, aunque en una fase embrionaria, en la decisión *Mecaniver-PPG*¹⁰⁵⁰, donde la argumentación de la autoridad comunitaria parecía sugerir que un acuerdo celebrado para la adquisición de participaciones, que permitiera al adquirente determinar el comportamiento comercial de la sociedad adquirida, podría estar en el ámbito de control del art. 81, nº 1 TCE; además de la decisión *Mitchell Cotts / Sofiftra*¹⁰⁵¹, donde la Comisión acepta la aplicación

¹⁰⁵⁰ Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 1984 relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado de la CEE (actual art. 81 TCE) (IV/30.666 – *Mecaniver – PPG*), DO nº L 035 de 07/02/1985. Este caso se refería a la compra por la PPG (líder norteamericana en producción de cristales, pero que detentaba tan sólo el 4% del mercado comunitario por medio de su filial italiana), al grupo *BSN/Mecaniver* (esta última es una sociedad holding belga, controlada en más de 78% por la BSN), del 81% de las participaciones de la *Boussois* (filial de la *Mecaniver*, en 99,9%) y de todas las participaciones de la *Mecaniver* en siete sociedades denominadas *export sales companies*. La Comisión consideró que el acuerdo de adquisición de participaciones (titulado *Share Purchase Agreement*) y las convenciones auxiliares – que estipulaban que la BSN y la *Mecaniver*, durante 3 años, no desarrollarían en Europa actividades en competencia a las sociedades vendidas sin el consentimiento de la PPG, estableciendo aún la manutención de ciertas garantías concedidas por la BSN a la *Boussois* – a pesar de configurar la noción de acuerdo para los efectos del art. 81 TCE, no restringían la competencia, declarando la Comisión inaplicable la prohibición de su nº 1 (véase art. 1º de la decisión). La importancia de esa decisión residiría en el hecho de empezar, aunque de forma embrionaria, ciertos principios que van a ser más tarde desarrollados por el Tribunal en la sentencia *Philip Morris*. Sería particularmente significativa la utilización de terminología semejante tanto por la Comisión como por el Tribunal. Así, la Comisión describe la cesión como una simple *transferencia de activos* (punto 13 de la decisión) que en sí no implica una restricción de la competencia, afirmando que la *Mecaniver* no podría controlar junto con la PPG la *Boussois*, ya que la participación minoritaria que la *Mecaniver* mantuvo en la *Boussois* no es susceptible de influenciar el comportamiento competencial de esta última ya que el acuerdo transfirió a la PPG la totalidad del control de las actividades de la *Boussois* (punto 14 de la decisión). Además, la participación de la BSN en la *Boussois* parecía ser apenas una simple situación temporal antes de la cesión total, en la medida en que la BSN había adoptado la decisión estratégica de retirarse del sector. La importancia de esa decisión consiste en el hecho de que la apreciación desarrollada por la Comisión parece sugerir que un acuerdo para adquisición de participaciones puede constituir una infracción al art. 81, nº 1, cuando la operación realizada permite a la sociedad adquirente determinar el comportamiento comercial de la sociedad adquirida, principio éste que vendría a ser formulado más tarde en la sentencia *Philip Morris*.

¹⁰⁵¹ Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 (actual art. 81 TCE) (IV/31.340 – *Mitchell Cotts / Sofiftra*), DO nº L 041 de 11/02/1987. Este caso se refería a los acuerdos celebrados entre la *Mitchell Cotts Engineering Ltd* (a seguir designada por grupo MC), un grupo del Reino Unido, y la *Sofiftra*, empresa francesa, con vistas a la creación de una empresa común, la *Mitchell Cotts Air Filtration Ltd* (a seguir designada *MCotts*) para la producción y comercialización de filtros de aire altamente eficientes que utilizaban fibras de vidrio. La *MCotts*, antes de concluidos los acuerdos, era una filial integral de grupo MC, teniendo la sociedad *Sofiftra* adquirido una participación de un 25% en la empresa común (punto 6 de la decisión). El acuerdo base de la *joint venture*, además de establecer la adquisición de la participación por la *Sofiftra*, fijaba que todas las decisiones adoptadas por la empresa común, incluyendo las relativas a su comportamiento comercial, dependerían de la aprobación previa del comité de accionistas, en el cual cada una de las sociedades madres designaría igual número de miembros (punto 7 de la decisión), lo que es un hecho importante para demostrar que la *Sofiftra* era más que un simple accionista minoritario. Además, las partes celebraron un acuerdo de licencia, en los términos del cual la *Sofiftra* acordó ceder a la nueva sociedad una licencia de *know-how* exclusiva, relativa a la tecnología y

del art. 81 a una adquisición de participación minoritaria que, realizada conjuntamente con otros acuerdos, permite a una de las empresas obtener el control conjunto de otra.

Sintomáticas son las declaraciones hechas por la Comisión en el XVII Informe de la Comisión sobre política de competencia, que determinan que la sentencia Philip Morris incluyó indicaciones importantes sobre el ámbito de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE. Los acuerdos relativos a la adquisición de una participación en el capital de una sociedad en competencia son abarcados por la prohibición de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, a partir del momento en que influyen el comportamiento comercial de las empresas en causa, restringiendo o falseando la competencia. Estas consideraciones del Tribunal de Justicia implican que, contrariamente a la concepción jurídica dominante hasta entonces, ahora ciertas formas de

a los conocimientos necesarios para la producción de aparatos para filtrar aire, así como la concesión del derecho de venta exclusiva a la empresa común en un territorio que se extendía al Reino Unido, Irlanda y a siete países exteriores a la Comunidad. La concesión de esa licencia de *know-how* reforzará la influencia de la *Sofiftra* en la nueva sociedad, lo que, unido a las circunstancias referidas, va permitir a la Comisión afirmar que la sociedad francesa controlaba, conjuntamente con la sociedad MC, la *joint venture*, debiendo los acuerdos ser analizados bajo la luz del art. 81 TCE. En el estudio realizado, la Comisión distinguió dos planos: la producción, donde se verificó que las sociedades no estaban en competencia, ni actualmente ni de forma potencial (ya que la MC no poseía la tecnología ni las instalaciones de desarrollo necesarias para fabricar filtros de aire de forma independiente: véase punto 19 de la decisión); y el plano de las ventas, en que las sociedades estarían consideradas en competencia, debiendo tener en cuenta las restricciones territoriales establecidas entre ellas. La concesión a la empresa común de la licencia exclusiva en ciertos países significaba que la *Sofiftra* y eventuales futuras licenciadas tendrían prohibido efectuar ventas de filtros de aire en el territorio de la *joint venture* y, por otro lado, la empresa común estaría impedida para vender en los territorios de la concedente de la licencia. La Comisión alegó, así, que la eliminación de las ventas llevaba a la repartición del mercado entre la *Sofiftra* y la MC, lo que afectaba al comercio entre los Estados miembros, debiendo ser abarcada por la prohibición del n° 1 del art. 81 TCE. De esta decisión, importa retener que la adquisición de una participación minoritaria por una sociedad madre, participación ésa que representaba en el caso solamente un 25% del capital de la filial común, puede llevar, en ciertas condiciones, a considerarla como poseedora del control conjunto con otra sociedad madre que detenta una participación mayoritaria en la empresa común, debiendo el acuerdo para la adquisición de esa participación quedar sujeto a la aplicación del art. 81, en la medida en que contiene restricciones a la libertad comercial entre las partes. Se debe recordar que, en el caso en aprecio, la Comisión consideró que el acuerdo era merecedor de una exención en los términos del art. 81, 3, porque mejoraba la producción y la distribución y promovía el progreso técnico, siendo las restricciones territoriales consideradas necesarias para que la *joint venture* pudiera establecerse y desarrollarse en un mercado competitivo. Además, entendió la Comisión que habría un beneficio para los consumidores con tales acuerdos, ya que los productos en cuestión pasarían a ser fabricados según un proceso de producción integrado, estando disponibles ahora las mejoras técnicas (véase puntos 25 y 26 de la decisión de la Comisión, cit.). Véase, para un estudio de la autorización de constitución de un control conjunto por medio de una *joint venture*: LIVINGSTON, Dorothy y SCOTT, Jonathan: *Competition Law and Practice*. FT Law & Tax, London, 1995, p. 58-60.

adquisición de participaciones en empresas son abarcadas por lo dispuesto en el art. 81 TCE¹⁰⁵².

La aplicación del art. 81 TCE a los casos de concentración, a partir de la jurisprudencia Philip Morris se considera, por lo tanto, el punto central por parte de la doctrina. Las divergencias en el seno de la vertiente doctrinal surgen, sin embargo, en cuanto a la definición concreta de las situaciones de concentración a que sería aplicada la sentencia. Las hipótesis concebidas son múltiples:

a) En primer lugar, se evalúa la cuestión de la aplicación de los principios fijados en la sentencia a la situación de adquisición por una empresa de una participación mayoritaria en otra empresa. Es importante no olvidarse que la situación de hecho subyacente en la sentencia era la adquisición de una participación minoritaria en una empresa en competencia. No obstante, en contra de esta mirada restrictiva se argumenta que la sentencia no hace distinción con relación al tipo de participación, por lo que no debería depender su aplicación de criterios cuantitativos. Se debe, eso sí, verificar, si la adquisición de tales participaciones, sean mayoritarias o minoritarias, es un medio de influenciar el comportamiento comercial de la empresa adquirida¹⁰⁵³. Se subraya, aún, que la adquisición de una participación mayoritaria sería una de las situaciones hipotéticas, referidas a título de ejemplo por el Tribunal, cuando menciona la posibilidad de la sociedad compradora de adquirir un control directo o de hecho sobre el comportamiento de la sociedad pretendida¹⁰⁵⁴.

b) Por otro lado, se subraya que, quedando sujetos al art. 81 TCE los acuerdos de adquisición de un control legal o de hecho, es claro que deberían ser abarcados los acuerdos que pretenden la adquisición del control total de la empresa. O sea, si aquellos acuerdos en que una empresa adquiere

¹⁰⁵² XVII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1987, punto 101.

¹⁰⁵³ BLAISE, Jean-Bernard: *Application des règles de concurrence du traité aux opérations de concentration*. Op. cit., p. 475.

¹⁰⁵⁴ A favor de la aplicación de la jurisprudencia *Philip Morris* a las adquisiciones de participaciones mayoritarias véase, de entre tantos: SANTA MARIA, Alberto: *Diritto Commerciale Comunitario*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 380. De una forma más cautelosa, entendiendo que la jurisprudencia *Philip Morris* puede ser aplicada a los casos de adquisición mayoritaria por ser la misma bastante amplia pero, podría tal aplicación traer dificultades de calificación del marco jurídico de aplicación, véase: BROWN, William: *The Philip Morris case, The Journal of Business Law*. Stevens and Sons Ltd., London, 1988, p. 514.

la minoría del capital de otra deberían ser analizados bajo la óptica del art. 81 TCE, con más razón los acuerdos que pretenden la adquisición de un 100% del capital de otra sociedad deberían ser analizados bajo la óptica del art. 81 TCE¹⁰⁵⁵.

Tal argumento depara, sin embargo, un obstáculo imposible de traspasar a primera vista. En los términos de la jurisprudencia dictada en el considerando 13 de la sentencia, el art. 81 TCE solamente se aplica a los acuerdos concluidos entre empresas independientes que, después de la entrada en vigor de este acuerdo, continúan siendo independientes. Una propuesta hecha para solucionar esta dificultad fue apuntar dos planteamientos con relación al concepto de independencia: una perspectiva jurídica y otra perspectiva económica. Dependiendo de la perspectiva elegida seremos conducidos a una aplicación más o menos amplia del art. 81. Nótese, a su vez, que el Tribunal no ha hecho tal distinción¹⁰⁵⁶.

Así, si consideramos que el concepto "independencia", utilizado por el Tribunal, significa independencia jurídica, entonces podrán quedar sujetas a la aplicación del art. 81 las adquisiciones de participaciones del 100% del capital.

A favor de esa perspectiva jurídica, se invoca el considerando 37 de la sentencia, en el que se refiere en términos latos a la adquisición de participaciones, como un medio susceptible de influenciar en el comportamiento comercial de las empresas en causa. Además, tiene su base en el considerando 38 de la sentencia, donde el Tribunal enuncia distintas situaciones hipotéticas a las que se puede aplicar el art. 81, tal como es el caso de la empresa inversora que pretende obtener un control de derecho o de hecho sobre el comportamiento comercial de la otra empresa, o el acuerdo de hacer una previsión de cooperación entre las empresas involucradas. Estas referencias llevarían a la idea de aplicación de la sentencia Philip Morris a las adquisiciones por una sociedad de la totalidad del capital de otra sociedad.

¹⁰⁵⁵ Véase, en ese sentido: STRIVENS, Robert: The Philip Morris case: Share acquisitions and complaints rights, *European Intellectual Property Review* (EIPR). N. 6, ESC, Oxford, 1988, p. 165.

¹⁰⁵⁶ SIRAGUSA, Mario: *Current procedural and litigations aspects of mergers and takeovers*. Op. cit., p.518.

No obstante, se trata de una afirmación que es rechazada por gran parte de la doctrina, que considera difícil extrapolar planteamientos tan importantes, que alteran radicalmente los principios estatutarios en esa materia. Además, tendría la consecuencia práctica de a traer hacia el ámbito de aplicación del art. 81 TCE un número considerable de transacciones que podrían no tener influencia en el mercado. De este modo, se debería entender el concepto de independencia desde una perspectiva económica. Significa esto que, en el caso de adquisición de control total (tal como ocurre en el caso de adquisiciones mayoritarias), perdiendo la empresa adquirida su independencia económica, se excluye la aplicación del art. 81 TCE.

c) En este contexto, se hace más dudosa la aplicación del art. 81 TCE a los casos de fusiones, ya que, tanto desde una perspectiva económica, como desde una perspectiva jurídica, el requisito de la independencia formulado por la sentencia alejaría siempre la aplicación del art. 81 TCE de tales situaciones.

Contra esta exigencia se manifiesta parte de la doctrina, que considera que nada permite al Tribunal concluir, a partir del texto del art. 81 TCE, la necesidad del mantenimiento de la independencia jurídica o económica de las empresas participantes en el acuerdo, como condición de aplicación de la disposición en causa. El art. 81 TCE solamente exige, como requisito para su aplicación, que las empresas sean independientes antes del acuerdo, no siendo necesario que después del mismo continúen teniendo tal condición, o sea, no es necesario que permanezcan independientes. Así, nada impide, a priori, la aplicación del art. 81 a los acuerdos entre empresas independientes que pretenden la realización de una fusión. De esta forma, la exigencia hecha por el Tribunal de que, después del acuerdo, las empresas permanezcan independientes derivaría de los hechos del caso Philip Morris¹⁰⁵⁷.

d) A favor de esta interpretación extensiva, se invoca, también, la necesidad de evitar el vacío jurídico en el plano del control de las concentraciones, así como la necesidad de alejar soluciones discriminatorias y

¹⁰⁵⁷ BLAISE, Jean-Bernard: *Application des règles de concurrence du traité aux opérations de concentration*. Op. cit., p. 476; COCKBORNE, Jean Eric: El control de las concentraciones de empresas en la comunidad económica europea, *Gaceta Jurídica de la CEE y de la Competencia*. Serie D, Julio 1988, nº 52, EINSA, Madrid, p. 33.

absurdas. De hecho, el considerando 31 de la sentencia Philip Morris, al exigir el mantenimiento de dos sociedades anónimas, permite, desde una perspectiva jurídica, la aplicación del art. 81 a los casos, por ejemplo, de adquisición por una sociedad de todo el capital de otra sociedad, que en el plano jurídico se mantiene independiente, pero no en los casos de fusión, a pesar de los efectos restrictivos de la competencia puedan ser, en principio, más graves en este último caso. De la misma forma, parece absurdo aceptar la aplicación del art. 81, nº 1 TCE, a las adquisiciones de participaciones minoritarias, pero no a una fusión completa, que será, generalmente, más desventajosa para la competencia^{1058/1059}. Actualmente ésta cuestión se encuentra solucionada por la incidencia del Reglamento CE nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones de empresas¹⁰⁶⁰.

e) Incierta es también la cuestión de la aplicación del art. 81 TCE a las empresas comunes que, bajo el punto de vista estructural, pueden ser consideradas, según la terminología adoptada por el Reglamento nº 4064/89¹⁰⁶¹, empresas comunes con carácter de cooperación o de concentración. El Reglamento 4064/89 fue derogado por el Reglamento nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004. Sin embargo, el Reglamento nº 4064/89 sigue teniendo aplicabilidad, en los términos del artículo 26, apartado 2

¹⁰⁵⁸ Véase, a favor de la aplicación del art. 81 TCE a los casos de fusión: O'TOOLE, Richard: La política europea de competencia: los argumentos para el control de fusiones a nivel comunitario, *Noticias CEE*. Año IV, nº 45, octubre, 1988, CISS, Valencia, p. 126; FINE, F.: The Philip Morris Judgment: Does articles 85 now extend to mergers?, *European Competition Law Review*. ESC, Oxford, 1987, vol. 8, p. 33. Entienden que no tenía sentido que la Comisión fuera especialmente vigilante con relación a los acuerdos referidos como ejemplos en la sentencia y después no pudiera aplicar el art. 81 a las concentraciones. La única justificación, para estos autores, para la aparente contradicción entre las exigencias del considerando 31 y la formulación amplia que posteriormente es realizada en cuanto a otros considerandos, sería el resultado de una tentativa de apaciguar las mentalidades contrarias a la aplicación del art. 81 a las concentraciones.

¹⁰⁵⁹ En sentido contrario a la aplicación del art. 81 TCE a las fusiones, bajo la argumentación de que la aplicación dependería de que las partes permanecieran jurídicamente independientes, véase: BLUMBERG, Jean Pierre y SCHÖDERMEIER, Martín: *EC merger control – no smoke without fire? – The Tobacco judgment of the EC Court of Justice: a first step towards merger control*. *Op.cit.*, p. 35; BANKS, Karen: *Mergers and partial mergers under EEC Law*. *Op. cit.*, p. 427.

¹⁰⁶⁰ Diario Oficial de la Unión Europea, nº L 24/1, de 29 de enero de 2004.

¹⁰⁶¹ Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO nº L 395 de 30/12/1989, versión rectificadora en el DO L 257 de 21/09/1990.

del nuevo Reglamento de control de las concentraciones en la Unión Europea¹⁰⁶².

En principio, solamente las empresas comunes con carácter de cooperación quedarían sujetas a la aplicación del art. 81 TCE. Sin embargo, la práctica de la Comisión ha estipulado criterios cuya satisfacción se revela particularmente exigente en lo que respecta al reconocimiento de una empresa común con carácter de concentración, hecho que le lleva a aplicar el art. 81 a la generalidad de las empresas comunes, aunque muchas de ellas sean verdaderas concentraciones parciales¹⁰⁶³.

De este modo, se nos conduce a la situación irónica de que la Comisión ejerce, aunque de forma no asumida, un efectivo control de las concentraciones, por medio de la disposición que prohíbe las ententes restrictivas de la competencia, cuya utilización ella afirmó inadecuada para el control de las concentraciones, en los términos del Memorando de Diciembre de 1965.

f) Por fin, hay que subrayar la cuestión de la aplicación de la doctrina Philip Morris a los acuerdos verticales y conglomerados.

Los hechos del caso Philip Morris se refieren a una adquisición de participaciones en una empresa en competencia, por lo tanto, a un acuerdo celebrado en el plano de las relaciones horizontales, entre empresas que actuaban en el mismo nivel del mercado. La aplicación de los principios ahí establecidos a los acuerdos conglomerados o verticales, como por ejemplo los celebrados entre suministrador y suministrado, no fue abordada en la sentencia, hecho que podría ser visto como una actitud deliberada en defensa de la racionalización y eficiencia de tales acuerdos, ventajas éstas que

¹⁰⁶² Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO n° L 24/1, de 29 de enero de 2004. Artículo 26 – Entrada en vigor y disposiciones transitorias – Apartado 2: “El Reglamento (CEE) n° 4064/89 seguirá aplicándose a las concentraciones que hayan sido objeto de un acuerdo o de un anuncio o cuando el control haya sido adquirido en el sentido del apartado 1 del artículo 4 de dicho Reglamento con anterioridad a la fecha de aplicación del presente Reglamento, ...”.

¹⁰⁶³ Así, en el VI Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1976, punto 56, la Comisión exigía, para el reconocimiento de la existencia de una concentración parcial, que las sociedades madres hubiesen abandonado de forma completa e irreversible la actividad en el área desarrollada por la filial común, además de que la explotación en común de ciertas áreas de actividad no enflaqueciesen la competencia en otros sectores de actividad económica de los grupos de sociedades.

quedarían comprometidas con la efectiva prohibición del art. 81 TCE¹⁰⁶⁴. Sin embargo, la práctica jurisprudencial se desarrolló en el sentido de aplicar indistintamente la prohibición del art. 81 TCE a los acuerdos entre sociedades, sean los mismos horizontales, verticales o conglomerados¹⁰⁶⁵.

2) Una vez enunciados algunos de los problemas suscitados por la interpretación extensiva de la jurisprudencia Philip Morris, importa ahora hacer referencia a los argumentos utilizados por los defensores de una aplicación restrictiva del art. 81 TCE con base en la sentencia.

Esta orientación se apoya, por una lado, en el considerando 71 de la sentencia, donde el Tribunal había declarado que las decisiones de la Comisión no definían nuevos principios con relación al tipo de acuerdos del caso en análisis. Por otro lado, se apoya en el considerando 30 y el considerando 31, que limitan la sentencia, por lo menos aparentemente, a una situación de participaciones minoritarias en una empresa en competencia, que no configuraba un caso de concentración. En otras palabras, el Tribunal solamente tendría por objeto de análisis los acuerdos reglamentarios de comportamientos de empresas independientes, y no aquellos acuerdos que generan una operación de concentración.

En efecto, el Tribunal había decidido el caso según los hechos concretos, sin procurar establecer nuevos principios. Por lo tanto, no sería razonable buscar asumir la aplicación del art. 81 TCE a las operaciones de concentración. De esta forma, los considerandos 37 y 38 deberían ser interpretados a la luz de los considerandos 30 y 31. Además, estarían presentes los inconvenientes enunciados por la Comisión en el Memorando de Diciembre de 1965 y, en especial, las desventajas de la aplicación de la sanción de nulidad. Por último, los defensores de una aplicación restrictiva del art. 81 TCE, subrayaron los resultados peligrosos a que podría conducir la

¹⁰⁶⁴ KORAH, Valentine: *The control of mergers under the EEC competition law. Op. cit.*, p. 255. Nótese que, hoy por hoy, son abarcadas por el ámbito de aplicación del Reglamento 4064/89 relativo al control de las concentraciones en la UE, no solamente las concentraciones horizontales, sino también las concentraciones verticales y los conglomerados. Analizaremos el Reglamento en apartado propio, adelante. Además, haremos análisis del nuevo Reglamento de control de las concentraciones europeas, Reglamento 139/2004 del Consejo, *cit.*

¹⁰⁶⁵ PICKARD, Stephen J.: *El control de las concentraciones en el Derecho Comunitario Europeo. Op. Cit.*, p. 70.

interpretación extensiva de la sentencia Philip Morris, principalmente en el caso de las transacciones en la bolsa de valores (en el mercado de capitales)¹⁰⁶⁶.

Concluyendo este punto, nos parecerá preferible hacer una interpretación restrictiva de la jurisprudencia Philip Morris, no solamente debido a los argumentos literales invocados, sino, sobre todo, atendiendo a los inconvenientes subrayados en la aplicación del art. 81 TCE, que resultarían, especialmente, del hecho de que las finalidades del artículo en causa no son las que subyacen al control de las concentraciones empresariales. Recuérdese que es también ésta la visión de la Comisión en el Memorando de diciembre de 1965, donde defendió una especie de teoría del "double Standard", o sea, concentraciones y ententes deberían quedar sujetas a reglas distintas de control. Además, como es sabido, no fue el descrédito de las razones presentadas en el Memorando lo que llevó a la Comisión a sugerir la aplicación del art. 81 TCE a las operaciones de concentración, sino la impotencia sentida ante la inactividad del Consejo, que hacía imprescindible la búsqueda de una herramienta de presión sobre los Estados miembros, para forzar la adopción de un Reglamento comunitario de control de las concentraciones empresariales.

5.2.4. Aplicación de la doctrina establecida en la sentencia Philip Morris

La sentencia Philip Morris padece del mismo mal apuntado en el caso Continental Can.

De hecho, son raras las intervenciones con base en la doctrina fijada en la sentencia de 1987¹⁰⁶⁷, según la cual el art. 81 TCE será aplicado a las adquisiciones de participación minoritaria, en una empresa en competencia, siempre que el acuerdo en causa permita la cooperación comercial entre las

¹⁰⁶⁶ Véase, de entre muchos críticos de la interpretación extensiva de la sentencia *Philip Morris*: BANKS, Karen: *Mergers and partial mergers under EEC Law. Op. cit.*, p. 427; KORAH, Valentine: *The control of mergers under the EEC competition law. Op. cit.*, p. 246; ALONSO SOTO, Ricardo: La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas (Comentario a la sentencia *Philip Morris*, de 17 de noviembre de 1987), *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 15, nº 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1988, p. 788; CAPOTORTI, Francesco: La concentrazione delle imprese alla luce del diritto delle Comunità europee, en: *Il Fenomeno delle Concentrazione di Imprese nel Diritto Interno e Internazionale*. CEDAM, Padova, 1989, p. 72; BELLAMY, Christopher: *Mergers outside the scope of the new merger regulation – implications of the Philip Morris Judgment*, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*. M. Bender, New York, 1989, p. 22.

¹⁰⁶⁷ Sentencia *Philip Morris*, de 17 de noviembre de 1987, *cit.*

empresas, o el control de derecho, o de hecho, de una empresa por la otra. O sea, será posible la aplicación del art. 81 TCE siempre y cuando la adquisición sea un medio de influenciar el comportamiento de la sociedad de la cual fue adquirida la participación. Aunque reducido el carácter de la aplicación de la doctrina establecida por la sentencia Philip Morris, podríamos destacar algunos ejemplos de esas diligencias.

En primer lugar, hay que referirse al caso Carnaud/Sofreb¹⁰⁶⁸, relativo a un acuerdo para la adquisición por la Carnaud SA, fabricante francés de botes metálicos, al grupo Sacilor, de su participación de un 66,6% en otro fabricante francés de botes, la Sofreb. La filial alemana de la Continental Can Corp., la Schmalbach-Lubeca GmbH, que tenía el restante 34,4% de la Sofreb, denunció el acuerdo a la Comisión, alegando que violaba las normas comunitarias de competencia¹⁰⁶⁹.

Aquí tenemos un caso interesante en que un accionista minoritario, la Schmalbach-Lubeca GmbH, se opone a la adquisición por parte de una empresa en competencia de una participación mayoritaria, en una tercera sociedad, que le permite obtener el control de la primera sociedad¹⁰⁷⁰.

La Comisión, basándose en la posición del grupo Continental Can y de la Carnaud en el mercado en causa y en la sentencia Philip Morris, se pronunció en contra del acuerdo, alegando que la propiedad conjunta de la Sofreb por parte de dos empresas en competencia directa era susceptible de conducir a una cooperación entre ellas, violando las normas de competencia¹⁰⁷¹. En la secuencia de la posición adoptada por la Comisión, la Carnaud propone comprar, igualmente, la parte de la Schmalbach-Lubeca,

¹⁰⁶⁸ XVII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1987, punto 70.

¹⁰⁶⁹ Uno de los argumentos invocados por la sociedad alemana era que el acuerdo de licencia concluido entre ella (*Schmalbach-Lubeca*) y la *Sofreb*, en los términos del cual el know-how comercial y tecnológico sería transferido a la sociedad francesa (*Sofreb*), llevaría a que la adquisición por la *Carnaud* de la mayoría de las participaciones en la *Sofreb* le diese acceso al know-how transferido a la *Sofreb* y originaba en la práctica la creación de una empresa común entre la sociedad alemana y la *Carnaud*, prohibida por el art. 81, nº 1 TCE.

¹⁰⁷⁰ Nótese que estamos ante una situación descrita en el caso *Philip Morris* como susceptible estar sujeta al control del art. 81 TCE, a saber: la adquisición de una participación, que permite al inversor obtener, el control directo o de hecho (*indirecto*) sobre el comportamiento comercial de otra empresa. Véase: Sentencia *Philip Morris*, *cit.*, considerando 37.

¹⁰⁷¹ En el sentido de que ese caso confirma la aplicación de la jurisprudencia *Philip Morris* a las adquisiciones de participaciones mayoritarias, véase: WHISH, Richard: *Competition Law*. Butterworths, London-Edinburgh, Second Edition, 1989, p. 744.

habiendo la sociedad alemana retirado su denuncia. La autoridad comunitaria, ante la nueva situación de hecho, entendió que no había objeciones que hacer al control integral por parte de la Sofreb, en la medida en que de ello resultaba un aumento marginal, por parte de la Carnaud, del mercado en causa. En otras palabras, no había violación del art. 81 TCE, porque se eliminaba la posible cooperación entre las dos empresas en el mercado (ni había violación del art. 82, dado que la cuota de mercado del grupo Carnaud era bastante inferior a la de los demás grupos en competencia).

Este entendimiento del caso conduce a la prohibición del control conjunto de una tercera sociedad por parte de dos sociedades en competencia. Sin embargo, es aceptable la adquisición, por parte de una sociedad, de todo el capital de otra sociedad en competencia. Tal hecho permitió que se afirmara que, en opinión de la Comisión, la cooperación entre dos sociedades en competencia en el seno de una sociedad común es más grave que una eventual operación de concentración entre ellas¹⁰⁷².

Otra interpretación sugería que la intervención de la Comisión debía ser entendida en el sentido de la aplicación del art. 81 TCE, no solamente al acuerdo inicial (cooperación), sino - también - al acuerdo posterior (para la concentración), lo que reflejaría la opción de la autoridad comunitaria a favor de una lectura extensiva de la jurisprudencia Philip Morris¹⁰⁷³. En nuestra opinión, el caso Carnaud/Sofreb debe ser considerado, sobre todo, como una manifestación de la intención de la Comisión de utilizar el art. 81 TCE como un instrumento de presión con vistas a obligar a los Estados miembros a adoptar el Reglamento de control de las concentraciones empresariales.

En otro plano, refiriéndose a una adquisición de participaciones minoritarias, se encuentra el procedimiento Hudson's Bay¹⁰⁷⁴, en el que la Comisión interviene, aplicando de forma clara los principios contenidos en el

¹⁰⁷² LESGUILLONS, Henry: Droit de la concurrence et acquisition d'entreprises: le filtre du droit européen de la concurrence, *Revue de Droit des Affaires Internationales*. Nº 4/5, Paris, 1989, p. 379.

¹⁰⁷³ WHISH, Richard: *Competition Law. Op. cit.*, p. 744.

¹⁰⁷⁴ Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 1988 relativa a un procedimiento incoado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 TCE (IV/B - 2/31.424, *Hudson's Bay - Dansk Pelsdryvlerforening*), DO nº L 316 de 23/11/1988. Véase, además: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 2 de julio de 1992, *Dansk Pelsdryvlerforening c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-61/89, Recopilación de Jurisprudencia, 1992.

caso Philip Morris. Estaba en causa la adquisición, por DPA, cooperativa danesa de creadores de animales de peletería, cuyas ventas representaban 1/3 de la producción mundial, de un 35% de las participaciones de la empresa británica en competencia Hudson`s Bay and Annings. La Comisión, siguiendo los principios del caso Philip Morris, prohibió la adquisición de una participación minoritaria en la empresa en competencia, algo que le permitiría influenciar el comportamiento comercial de la misma. Afirmó, así, que la adquisición de un 35% por parte de DPA, además de permitirle obtener una influencia decisiva en la conducta futura de la Hudson`s Bay, reducía, o eliminaba, la competencia entre la DPA y su mayor empresa en competencia en la CE¹⁰⁷⁵. La Comisión confirmó, por lo tanto, en ese caso, la doctrina Philip Morris.

Otra decisión, en que será discutida la aplicación del art. 81, nº 1, es el caso Irish Distillers¹⁰⁷⁶. En este procedimiento, los tres principales productores y vendedores de bebidas alcohólicas en la Comunidad – Allied Lyons; Guinness y Grand Metropolitan – presentaron una oferta conjunta con relación al grupo Irish Distillers Group (a seguir denominado IDG), único productor de whisky irlandés.

Los proponentes, en contestación a la denuncia hecha por el grupo IDG a la Comisión, alegaron que la adquisición presentaba como beneficio romper el monopolio del grupo IDG. Además, alegaron que la ejecución de las actividades del grupo IDG, después de la adquisición, por medio de una filial común, GC&C - donde las partes cooperarían en la producción de whisky, pero distribuirían el producto por separado - permitiría el desarrollo de la competencia en el mercado.

La Comisión no aceptó los argumentos presentados y consideró que el acuerdo violaba el art. 81, nº 1 TCE, tanto en el plano de los objetivos perseguidos, como en cuanto a los efectos generados en el mercado. De hecho, el acuerdo entre empresas en competencia para la adquisición conjunta de una tercera empresa restringía la competencia entre las sociedades, que hacían la oferta en un doble nivel:

¹⁰⁷⁵ Decisión *Hudson`s Bay, cit.*, punto 11.

¹⁰⁷⁶ XVIII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1988, punto 80.

a) Por un lado, el acuerdo para la adquisición conjunta de una tercera sociedad en competencia tendría por objetivo eliminar la competencia entre las sociedades oferentes, haciendo, además, más difícil el acceso a la oferta de terceros, o sea una empresa que pretendiera igualmente comprar esa tercera sociedad vería su actuación dificultada por la oferta conjunta de las dos otras sociedades originarias.

b) Por otro lado, la presentación de la oferta conjunta, contando las sociedades involucradas con un acuerdo de no competencia en el mercado para la adquisición de participaciones (que podríamos designar por efecto interno), tiene un efecto externo, que es el de eliminar el riesgo de la eventual subida de los precios, principalmente de las acciones de la sociedad en proceso de adquisición, lo que perjudicaría a sus accionistas.

En cuanto a los efectos del acuerdo, se verificaba una infracción al art. 81 TCE, ya que la creación de una filial común, para proseguir con la actividad del grupo IDG, permitiría la cooperación entre las sociedades en competencia, algo que se extendería inevitablemente del ámbito de la producción, y al ámbito del marketing.

Como consecuencia de la intervención de la Comisión, las partes abandonaron la oferta conjunta relativa al grupo IDG.

El interés de este caso reside, a nuestro entender, en el hecho de que la autoridad comunitaria asume claramente la aplicación del art. 81 TCE a una oferta conjunta, cuando estando las sociedades proponentes en competencia de forma independiente en el mercado, utilizaren el mecanismo de la oferta conjunta para eliminar a una tercera sociedad que estaba en competencia, adquiriendo su control, y elaborando las estructuras de cooperación, en la terminología de la jurisprudencia Philip Morris.

Una situación semejante se planteó en el caso Plessey/Gec/Siemens¹⁰⁷⁷, donde dos sociedades electrónicas, una británica (GEC) y otra alemana (Siemens), lanzaron conjuntamente una OPA relativa a la empresa británica de material electrónico Plessey. Considerando que ciertos elementos del acuerdo podrían restringir la competencia en la acepción del art. 81, nº 1

¹⁰⁷⁷ XIX Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1989, punto 66.

TCE, la Comisión acabó por conceder una exención individual al amparo del nº 3 del art. 81, atendiendo a las circunstancias específicas del procedimiento en causa¹⁰⁷⁸.

La empresa Plessey se manifestó contraria a la exención, argumentando que no se trataba de un instrumento adecuado cuando estaba en causa una alteración estructural permanente de la empresa, tal como ocurre en el presente caso, además del riesgo de que GEC y Siemens alterasen sus proyectos en el futuro.

La Comisión no dio acogida a estos argumentos, afirmando que el hecho de que un acuerdo tenga efectos económicos a largo plazo, que no siempre serán beneficiosos, no impide la concesión de una exención en los términos del art. 81, nº 3 TCE, y no aceptó la conclusión implícita en los argumentos de la Plessey de que cualquier acuerdo entre empresas en competencia, relativo a una OPA sobre una empresa en competencia, que fuera abarcado por el nº 1 del art. 81 TCE, constituiría en sí mismo una infracción a las reglas del Tratado¹⁰⁷⁹. Siguió la Comisión, por lo tanto, el razonamiento planteado por el Tribunal de Justicia en el caso Philip Morris, según el cual no es la adquisición de las participaciones lo que viola en sí el art. 81, sino el hecho de poder conceder a una empresa el control sobre la política comercial de la otra empresa.

Finalmente, importa citar el caso British Airways/KLM /Sabena¹⁰⁸⁰, relativo a un acuerdo para la adquisición conjunta por la British Airways y la KLM de una participación de un 20% en la SABENA World Airlines, una filial a un 100% de la SABENA SA.

¹⁰⁷⁸ La Comisión considera, principalmente, que los acuerdos son susceptibles de mejorar la producción y promover el desarrollo técnico, permitiendo a las empresas obtener economías de escala, con relación a la investigación y al desarrollo, en un sector en que los costes de investigación representan una elevada proporción de los costes totales y en que se verificaba una tendencia constante hacia la internacionalización de la competencia. Finalmente, refiérase que, según la Comisión, el acuerdo no permite la eliminación de la competencia en una parte sustancial del mercado en causa, gracias a los compromisos exigidos por el gobierno británico. Véase: XIX Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, *cit.*

¹⁰⁷⁹ Comunicación de la Comisión relativa a un procedimiento en el ámbito de los artículos 81 y 82 TCE, 90/C 239/02, DO nº C 239/2, de 25/09/1990, punto 43.

¹⁰⁸⁰ Comunicación en los términos del nº 2 del art. 5 del Reglamento (CEE) nº 3975/87 del Consejo de 14 de diciembre de 1987 relativo al procedimiento IV/33 405. Acuerdo que prevé la entrada de la *British Airways* y de la *KLM* en el capital de la *SABENA World Airlines (SWA)*, 90/C 82/04, DO nº C 82/7 de 31/3/1990.

La Comisión consideró que el acuerdo violaba el art. 81, nº 1 TCE, ya que era susceptible de promover la cooperación mercantil entre las tres compañías aéreas. Al contrario de lo que pasó en el caso Plessey, la Comisión consideró que el acuerdo para la adquisición de participación en la Sabena, aunque pudiera implicar potenciales beneficios para el consumidor y un cierto desarrollo técnico, comportaba riesgos para la competencia, en la medida en que la empresa común reducía la competencia y dificultaba el acceso de compañías aéreas más pequeñas a un mercado donde la competencia se desarrolla en términos de lealtad y honestidad. La intervención de la Comisión no llegó al ámbito de decisión, ya que en finales de 1990 las tres compañías decidieron separarse.

De esta forma, los desarrollos de la jurisprudencia Philip Morris son raros o casi inexistentes. Pueden apuntarse, como razones justificativas de este vacío decisorio, no solamente el hecho de que el caso Philip Morris no haya configurado una verdadera concentración de empresas, sino también que el Tribunal no ha afirmado expresamente la aplicación del art. 81 TCE a tales casos, lo que ha generado una gran incertidumbre en este dominio.

En realidad, la cuestión de la aplicación del art. 81 TCE a las concentraciones parece haber quedado reducida, esencialmente, a meras amenazas de la Comisión, que ha probado a tener en su poder un instrumento poderoso de presión sobre los Estados cuando éstos aprobaron el Reglamento de control de las concentraciones.

En efecto, en nuestra opinión, los inconvenientes de la aplicación del art. 81 TCE a las concentraciones no favorecen las intervenciones de las autoridades comunitarias. Recuérdese, por ejemplo, la inadecuación del sistema de exención previsto en el art. 81, nº 3, cuando aplicado a las operaciones de concentración, en especial en lo que respecta a los inconvenientes resultantes de la validez provisional de la exención concedida, sujeta siempre a una posible revocación por parte de la Comisión.

Existen aún dificultades inherentes a la inexistencia de un sistema de notificación previa de las concentraciones. Incluso en aquellos casos en que las partes, con el fin de obtener seguridad, tienden a promover la notificación

voluntaria a la Comisión, se deparan las empresas con un procedimiento moroso¹⁰⁸¹ y oneroso¹⁰⁸².

Finalmente, es necesario no olvidarse de los obstáculos resultantes de una eventual aplicación de la sanción de nulidad establecida en el nº 2 del art. 81 TCE¹⁰⁸³.

¹⁰⁸¹ La excesiva morosidad de que padecen las decisiones de la Comisión relativas a la aplicación de las normas de competencia sería, por tanto, un desincentivo a las concentraciones. De hecho, las empresa que, por razones de seguridad, notifiquen la operación con el objetivo de obtener de la Comisión un certificado negativo o una decisión de exención, al estar confrontadas con la necesidad de esperar un largo período de tiempo antes de obtener la contestación de su solicitud, desistirán generalmente del proyecto y buscarán soluciones alternativas, ya que el factor tiempo es de una importancia fundamental en esas situaciones. La Comisión buscó superar los inconvenientes de esa morosidad por medio de los acuerdos y de la emisión de cartas administrativas de archivo. Así, las cartas administrativas de archivo (*comfort letters*) son cartas administrativas firmadas por un agente de la Dirección General de Competencia de la Comisión, declarando que no será tomada ninguna medida con relación a un determinado acuerdo o práctica. Se refieren, por tanto, a decisiones informales por medio de las cuales la Comisión cierra los procedimientos en casos simples que visan un certificado negativo o una notificación para la exención. Véase, en ese sentido: BAEL, Ivo Van: *The antitrust settlement practice of the EC Commission*, CMLR. 23, Stevens and Sons, London, 1986, p. 63. Obsérvese, aún, que estas cartas no visan operar como una decisión, como demuestra el hecho de no tener los habituales considerandos, ni ser publicadas en los términos del art. 21 del Reglamento nº 17. Véase, en ese sentido: KORAH, Valentine: *Comfort letters – reflections on the perfume case*, *European Law Review* (ELR). Vol. 6, Sweet & Maxwell, London, 1981, p. 23. Son, por lo tanto, un medio informal con el que la Comisión cierra un procedimiento, pero no tiene fuerza legal. En ese sentido, véase: Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1980, *Procureur de la République*, y otros c. *Bruno Giry y Guerlain SA* y otros, asuntos acumulados 253/78 y 1 a 3/79, *Recueil de jurisprudence* 1980, especialmente considerando 4 y ss.

Por otro lado, los acuerdos (*settlements*) reglamentan procesos más complejos en que la Comisión, después de recibir la queja o empezar la investigación, decidió comunicar las objeciones, pero las partes cambian el acuerdo según los términos del derecho de la competencia. O sea, mientras las *comfort letters* reglamentan situaciones que *a priori* no exigen una acción de la Comisión, los *settlements* exigen una acción de la Comisión, a no ser que las partes terminen o alteren sus prácticas. BAEL, Ivo Van: *The antitrust settlement practice of the EC Commission*. *Op. cit.*, p. 63-64.

Finalmente, la verdad es que la rapidez de los procedimientos es obtenida, muchas de las veces, sin tener una cierta seguridad jurídica para las partes. Esta inseguridad se revela a un doble nivel: a) con estos procedimientos informales, la Comisión se limitó a poner en archivo el proceso, existiendo la posibilidad de reabrirlo más tarde; b) además, existía la posibilidad de un doble control, nacional y comunitario, inconveniente que no existiría en el caso de una decisión formal de exención. Véase, en ese sentido: PELLICIER ZAMORA, Rafael: *Derecho comunitario de la competencia: artículos 85 y 86 del Tratado CEE*. Editorial Trivium, Madrid, 1986, p. 45.

¹⁰⁸² La solución de este problema solamente podría realizarse por la vía legislativa, alterándose el Reglamento nº 17 o creándose un nuevo Reglamento. Véase, en ese sentido: FINE, Frank L.: *Merger and joint ventures in Europe. The Law and policy of the EEC*. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁸³ Hay quien sugiere que, en el caso de las concentraciones, la nulidad sólo debería producir efectos a partir de la decisión que constatará la infracción. Véase, en ese sentido: COCKBORNE, Jean Erik: *El control de las concentraciones de empresas en la comunidad económica europea*. *Op. cit.*, p. 25. Por otro lado, intentar evitar los inconvenientes de la nulidad mediante el recurso a la notificación previa a la Comisión crea el riesgo de estrangular los servicios existentes, transformando en aún más moroso el proceso de obtención de las exenciones.

5.3. Breves conclusiones en cuanto a la aplicación del art. 81 TCE al control de las operaciones de concentración

En conclusión, podríamos afirmar que:

1) El principio de no aplicación del art. 81 TCE a las operaciones de concentración se mantuvo prácticamente incontestado por las autoridades comunitarias alrededor de 20 años.

2) A partir de mediados de la década de los 80, la Comisión empieza a alterar su posición y pasa a sugerir el recurso al art. 81 TCE para el control de las operaciones de concentración. Esta vuelta hacia atrás con relación a los principios afirmados en el Memorando de diciembre de 1965 no debe ser vista como una súbita creencia de la Comisión en las ventajas de la aplicación de tal mecanismo al control de las concentraciones sino, solamente, como un instrumento de presión en el sentido de llevar a los Estados miembros a adoptar una regulación específica sobre el control de las concentraciones en el ámbito comunitario.

3) Las dudas sobre la utilización del art. 81 TCE como mecanismo de control de las concentraciones, se acentuó con la sentencia Philip Morris. De hecho, afirmando inicialmente que, en el caso en aprecio, relativo a la adquisición de participaciones minoritarias en una empresa en competencia, no sean establecidos nuevos principios en la decisión de la Comisión y que es necesario, para la aplicación del art. 81 TCE, que las empresas continúen independientes después de la conclusión del acuerdo, el Tribunal acabó por reconocer la aplicación del art. 81 TCE a las adquisiciones de participaciones que permiten obtener un control de derecho o de hecho sobre el comportamiento comercial de otra empresa.

4) Los términos poco claros en que está redactada la sentencia permitieron el desarrollo de dos corrientes doctrinales opuestas: una defensora de la aplicación del art. 81 TCE al control de las operaciones de concentración empresarial; otra, sin embargo, que mantiene la aplicación restrictiva del art. 81 TCE al control de las concentraciones empresariales. Parece que la mejor solución, plasmando las ventajas e inconvenientes de tal aplicación, será efectuar una interpretación restrictiva de la jurisprudencia Philip Morris.

5) En efecto, además de los argumentos literales que se pueden encontrar en la sentencia del Tribunal, debe atenderse, sobre todo, a los inconvenientes de la aplicación de la disposición comunitaria, cuya causa se puede encontrar en las distintas finalidades perseguidas por los mecanismos dirigidos a las ententes con relación a los aplicables a las concentraciones. En otras palabras, el principio de que las ententes deben estar sujetas a una prohibición automática, siendo autorizadas excepcionalmente, se refleja en el funcionamiento del art. 81 TCE. Las infracciones son sancionadas con la nulidad, y apenas si se verificadas ciertas condiciones es que las ententes pueden ser autorizadas, siempre por tiempo limitado, existiendo aún la posibilidad de la revocación de la autorización de funcionamiento. Por lo tanto, estos mecanismos se revelan particularmente inadecuados a la especificidad del fenómeno de la concentración empresarial, a la que subyace el principio de la inmunidad. En realidad, exigiendo las concentraciones grandes inversiones de capital, cuyos beneficios muchas de las veces solamente se revelan a largo plazo, postulan decisiones estables que no se identifican con el funcionamiento del art. 81 TCE.

6) Finalmente, importa subrayar que, solucionada la laguna jurídica del Tratado CE, con la adopción del Reglamento nº 4064/89 (hoy por hoy, como se ha dicho, derogado por el Reglamento 139/2004, cit., los cuales serán objeto de análisis en el próximo capítulo de nuestra tesis), existen aún menos razones para la aplicación extensiva del art. 81 TCE a las concentraciones en general, y a los grupos de sociedad, en especial.

CAPÍTULO IV – EL CONTROL DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN LA UE: EL CONTROL COMUNITARIO DE LAS CONCENTRACIONES CON BASE EN EL REGLAMENTO Nº 4064/89¹⁰⁸⁴ Y EL REGLAMENTO Nº 139/2004¹⁰⁸⁵

1. Observaciones preliminares

Empezamos por justificar el porque de nuestro análisis del Reglamento 4064/89, ya que, hoy por hoy, se encuentra lo mismo derogado por el Reglamento 139/2004.

Como dicho, el Reglamento 139/2004, en su art. 25, nº 1, deroga el Reglamento 4064/89, con efecto a partir de 01 de mayo de 2004.

Sin embargo, el art. 26, apartado 2 del nuevo Reglamento de control de las concentraciones en la UE (Reglamento 139/2004), determina que seguirá aplicándose el Reglamento anterior (4064/89), en los siguientes casos:

a) Cuando las concentraciones hayan sido objeto de un acuerdo o de un anuncio con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento 139/2004;

b) cuando el control haya sido adquirido con anterioridad a la fecha de aplicación del nuevo Reglamento (139/2004).

Además, el art. 25, apartado 2, del Reglamento 139/2004, determina que las referencias al Reglamento anterior serán entendidas como hechas al nuevo Reglamento, y se entenderán con arreglo a la Tabla de Correspondencias que figura en el anexo del mismo Reglamento (Reglamento 139/2004).

¹⁰⁸⁴ Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO nº L 395 de 30/12/1989, modificado por el Reglamento (CE) nº 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, DO nº L 180 de 09/07/1997.

¹⁰⁸⁵ Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones), DO nº L 24/1 de 29/01/2004. Véase aun: Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (Texto pertinente a efectos del EEE), DO nº L 133/1, de 30 de abril de 2004.

De todo esto, cuando de la conclusión de nuestra tesis doctoral, y de su depósito, que si dio en mayo de 2004, el Reglamento 139/2004 acabara de entrar en vigencia, no existiendo ninguna decisión de la Comisión o sentencia del Tribunal de Justicia en cuanto a su aplicación. Además, como dicho anteriormente, determina el Reglamento nuevo que, aunque esté derogado el Reglamento 4064/89, seguirá aplicándole a los casos presentados arriba.

Así que llegamos a la conclusión de que la mejor forma de tratar la materia del control de las concentraciones en la UE, en éste momento, sería promover un análisis de la situación de la concentración bajo la óptica del Reglamento anterior (4064/89), ya que es lo mismo sustrato de la existencia de un control de concentraciones en la UE, con las debidas actualizaciones previstas en el nuevo Reglamento (Reglamento 139/2004).

Finalmente, cabe resaltar que el Reglamento 139/2004 no promueve transformaciones profundas en el sistema de control de las concentraciones en la UE (haremos referencia expresa a los pocos cambios significativos ocurridos), pero tan sólo promueve la refundición de las anteriores modificaciones del Reglamento 4064/89, en los términos de su considerando nº 1.

1.1. La necesidad de una reglamentación comunitaria específica para el control de las concentraciones de empresas

La Comisión fue subrayando, a lo largo del tiempo, que la existencia de una política comunitaria de competencia sana, esto es, no falseada, en los términos del art. 3, g, TCE, implicaba necesariamente la institución de un mecanismo de control de las concentraciones¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁶ En 1973, la Comisión afirmaba que el número de concentraciones en la Comunidad estaba en crecimiento constante y que la tendencia era hacia la acentuación de ese aumento. El número creciente de concentraciones, según la misma autoridad, podría producir efectos nefastos en el plano de la competencia, principalmente poniendo en peligro su manutención. De ahí que se muestre perentoria la Comisión cuando dice que este desarrollo no debe continuar sin control, ya que a través de las concentraciones las empresas consiguen alcanzar una posición de mercado en que evitan la presión de la competencia, llegando el momento de que la CE tome medidas para ejercer de forma sistemática el control de las concentraciones empresariales (*Third Report on Competition Policy*, 1973, puntos 25 a 28). Es en este contexto que la Comisión presenta al Consejo, el 20 de julio de 1973, una propuesta para un reglamento de control de las concentraciones empresariales. Por otro lado, las palabras de orden invocadas por la autoridad comunitaria (la Comunidad tiene que tomar medidas), van a

De hecho, solamente la verdadera realización del Derecho Comunitario de la competencia, en su doble dimensión – de abolición de obstáculos a la libre circulación provenientes tanto de los Estados como de las empresas, y de desarrollo de una competencia sana – será capaz de garantizar la formación plena del mercado interior.

De ahí que la vigilancia de las prácticas de no competencia de las empresas, efectuada particularmente por medio de los artículos 81 y 82 TCE, deba considerarse extensiva a todas las situaciones susceptibles de producir efectos de no competencia, análogos a los resultados de esas prácticas. Otra solución no sería posible, ya que de nada serviría suprimir los obstáculos a la competencia, mediante el recurso a los artículos 81 y 82 TCE, si no se pudieran condenar las limitaciones que pudieran aparecer, asumiendo una forma distinta. De este modo, aunque el Tratado de Roma no hubiera hecho ninguna mención a las operaciones de concentración, pudiendo sus efectos revelarse tan nocivos como los de las ententes referidas en el art. 81 TCE o los abusos de posición dominante previstos en el art. 82, se fue afirmando progresivamente la necesidad de que las operaciones de concentración estuvieran sujetas a un sistema de control.

A ello contribuyó, de forma decisiva, el flujo de operaciones de concentración ocurrido en la década de 1960¹⁰⁸⁷ y la subsiguiente posición asumida por la Comisión en el Memorando de diciembre de 1965 ante ese fenómeno.

Los riesgos de esas operaciones, tales como la tendencia al oligopolio, o incluso a la monopolización, así como el hecho de dificultar el acceso a los mercados para nuevas empresas, con las inevitables repercusiones en el plano de los consumidores, del empleo y de la competencia, en general, obligan a la autoridad comunitaria a proveerse de los

transformarse en una constante a lo largo de varios informes sobre la política de competencia, hasta ser finalmente adoptado, en 21 de septiembre de 1989, el nuevo reglamento comunitario para el control de las concentraciones empresariales. Se trata, como se afirma en el XX Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, 1990 (punto 20), de un instrumento suplementario esencial que le fue conferido por el Consejo para garantizar un régimen de competencia no falseada en la Comunidad.

¹⁰⁸⁷ Véase, especialmente, el punto 25 del *Third Report on Competition Policy, cit.*, donde se constató que, entre 1962 y 1970, el número anual de concentraciones en la Comunidad de los Seis había aumentado de 173 a 612 casos.

instrumentos disponibles en el Derecho de la Competencia con vista a evitar tales resultados.

Los primeros indicios de esa actitud vigilante de las autoridades comunitarias con relación a las operaciones de concentración se manifestaron, de forma incipiente, en el propio Memorando de diciembre de 1965, siendo después concretados por la Comisión en la decisión *Continental Can* y confirmados por el Tribunal en la sentencia posterior.

Como ya hemos podido analizar en el capítulo anterior la Comisión y el Tribunal llegaron a un consenso, en términos de principio, en el caso *Continental Can*: será considerada un abuso, penado por el art. 82 TCE, la operación de concentración que refuerce la posición dominante de las empresas involucradas, impidiendo de forma sustancial la competencia efectiva en el mercado único.

Sin embargo, los inconvenientes y las limitaciones de la utilización del art. 82 TCE como instrumento de control de las concentraciones llevaron a la Comisión a buscar soluciones alternativas para el problema. Una de ellas, que podemos considerar algo sorprendente, surge con el caso *Philip Morris*. La jurisprudencia fijada ahí por el Tribunal, será utilizada por la Comisión para afirmar la aplicación del art. 81 TCE como mecanismo reglamentar de las concentraciones, al albedrío de la posición adoptada en el Memorando de 1965. Esta actitud debe ser entendida, todavía, como la solución más adecuada, diseñada por la autoridad comunitaria para forzar a los Estados miembros a adoptar el Reglamento comunitario de control de las concentraciones empresariales.

Aunque presente la importancia de estas sentencias en la historia de la disciplina comunitaria de control de las concentraciones, la verdad es que la aplicación práctica, tanto de una como de la otra, denota sus innumerables insuficiencias. La constatación de estos límites reforzó la convicción de la Comisión en cuanto a la necesidad de la creación de una regulación específica, que condujo a la presentación al Consejo, ya en 1973, de un borrador de Reglamento sobre el control de las concentraciones empresariales en la CEE.

La evolución sufrida por el borrador de la propuesta inicial de la Comisión, desde su versión inicial, en 1973, hasta la adopción del texto definitivo del Reglamento en 1989 fue, sin duda, una historia compleja, a la cual haremos solamente una referencia de forma muy sumaria.

1.2. Breves referencias históricas para la adopción del Reglamento CE de control de las concentraciones empresariales

En 1973 – sufriendo las influencias de la jurisprudencia Continental Can que, aunque apoyando la utilización del art. 82 TCE como instrumento de control de las concentraciones empresariales, no permitía, sin embargo, la eliminación de ciertas incertidumbres en cuanto a su aplicación – la Comisión presenta al Consejo una propuesta de Reglamento sobre el control de las concentraciones empresariales¹⁰⁸⁸, empezando un debate que se prolongará durante largos años.

Podríamos resumir de la siguiente forma los aspectos esenciales de ésta propuesta de Reglamento:

a) se fundamenta en los artículos 83 (ex art. 87) y 308 (ex art. 235) TCE. Esta doble justificación del Reglamento se mantendrá a lo largo de sus distintas versiones, siendo finalmente transpuesta al texto definitivo en 1989. El recurso a las dos disposiciones parece haber sido motivado, esencialmente, por razones prácticas; procurando la Comisión garantizar una base legal suficiente y mantener un acercamiento teleológico semejante al que había sido realizado por el Tribunal;

b) quedan abarcadas en el ámbito de aplicación de la propuesta aquellas concentraciones que presentan una cierta dimensión¹⁰⁸⁹, en las que por lo menos una de las empresas participantes en la operación tenga su sede en la Comunidad (art. 1). Parece, por lo tanto, que se deben considerar

¹⁰⁸⁸ *Proposal for a Council Regulation on the control of Concentrations between undertakings*, DO nº C 092 de 31/10/1973.

¹⁰⁸⁹ El art. 1, nº 2 de la propuesta establece el requisito del volumen total del negocio para su clasificación como una concentración sujeta al control. Así, determina que el reglamento no se aplicará si el volumen total de los negocios del conjunto de las empresas participantes en la concentración representa un montante inferior a 200 millones de *ecus* y los productos o servicios involucrados en la operación de concentración en causa no representan en ningún país miembro, más de un 25% del volumen de negocios realizados con los productos o servicios idénticos o considerados similares por el usuario debido a sus propiedades, a su precio y a su utilización.

excluidas las concentraciones entre empresas no comunitarias, esto es, que no tengan su sede en la Comunidad, aunque produzcan efectos en el mercado común¹⁰⁹⁰;

c) la propuesta será aplicable, independientemente de que la concentración sea horizontal, vertical o conglomerada;

d) se adopta, en el art. 2, nº 1, una noción de concentración que valora el concepto de control, inspirándose en la decisión nº 24/54 de 6 de Mayo de 1954, proferida en el ámbito del acuerdo CECA¹⁰⁹¹. Además, indica a título de ejemplo, en su nº 2, las situaciones que pueden originar la adquisición de control. Se opta, así, por una noción de concentración que excluye el mero crecimiento interno de la empresa¹⁰⁹²;

e) se atribuye la competencia exclusiva a la Comisión para declarar la concentración compatible o incompatible con el mercado común (art. 3, nº 1), no implicando la decisión de incompatibilidad la nulidad de los actos jurídicos relativos a tal operación (art. 3, nº 2);

f) se establece la obligación de las empresas de notificar la operación de concentración a la Comisión, antes de su realización (art. 4), desde el momento que el volumen de negocios total de las empresas involucradas en la operación corresponda o sobrepase el límite de mil millones de ecus. La notificación de la operación implica, en los términos del art. 7, la suspensión de su realización durante un cierto período de tiempo. Esta espera, además del sistema de notificación previa, acarreado, sin duda, el riesgo de

¹⁰⁹⁰ Cierta sector de la doctrina defiende una interpretación flexible de esa disposición, alejándose de la lectura estrictamente literal, que excluiría del ámbito de la propuesta las concentraciones entre empresas establecidas en países terceros, independientemente de que generasen o no efectos en el comercio intracomunitario. Véase, en ese sentido: MARKET, Kurt E.: EEC competition policy in relation to mergers, *The Antitrust Bulletin*. Vol. XX, Federal Legal Publications, New York, 1975, p. 125. Véase aun: LYON-CAEN, Antoine: *Le contrôle des concentrations: étude de la loi française et de la proposition européenne*, RTDE. 15 année, nº 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1979, p. 11, para quien, siendo actores de la operación empresas o grupos de empresas, bastaría la presencia de una filial en el territorio del mercado común para poderse aplicar el derecho comunitario a la sociedad madre establecida fuera de la Comunidad.

¹⁰⁹¹ Decisión nº 24/54, de 6 de mayo de 1954, por la que se establece, en aplicación del apartado 1 del artículo 66 del Tratado, un reglamento relativo a los elementos que constituyen el control de una empresa, DO nº 009 de 11/05/1954.

¹⁰⁹² JEANTET, Fernand-Charles: *Vers un contrôle européen des concentrations faisant obstacle à la concurrence*, *Juris-Classeur Périodique (JCP)*. 49ème anné, 2675, Editions Techniques, Paris, 1975, punto 12.

desestimar la realización de ciertas concentraciones¹⁰⁹³, fue, todavía, considerada un inconveniente menor¹⁰⁹⁴, ante la inseguridad jurídica que podría resultar de un sistema de notificación a posteriori, en que las declaraciones de incompatibilidad acompañadas de decisiones de desconcentración fueran proferidas años después de la realización de la operación de concentración;

g) se fija como criterio de declaración de incompatibilidad la creación o refuerzo de una posición dominante, en el mercado común o en una parte sustancial de éste, por las empresas participantes en la concentración, de que resulten límites a la competencia efectiva (at. 1, nº 1). El art. 1, nº 3, abre una excepción a esta regla general, al establecer que las disposiciones del nº 1 pueden ser declaradas inaplicables si la concentración se revela indispensable para la realización de un objetivo considerado como prioritario para el interés general de la Comunidad. Esta excepción, con carácter extremadamente general, va a permitir la consideración, por la autoridad comunitaria, de intereses de política industrial, tecnológica y regional de la Comunidad. Obsérvese, no obstante, que tal exención no opera automáticamente, debiendo ser concedida caso a caso, en los términos del art. 3, nº 4 de la propuesta¹⁰⁹⁵;

h) finalmente, se establecen, en los artículos 6 a 22 de la propuesta, reglas de contenido procesal que siguen de muy cerca el esquema del Reglamento nº 17 de 1962. Obsérvese que si después de la notificación, la Comisión no inicia el procedimiento, la concentración comunicada es considerada compatible con el Mercado Común (art. 6, nº 4). Si, por lo contrario, la Comisión inicia el procedimiento, entonces debe adoptar una decisión final en el plazo máximo de 9 meses (art. 17, nº 1, apartado "a"). Es

¹⁰⁹³ Riesgo ese considerado extremadamente preocupante por ciertas administraciones de los Estados miembros, que entendían el régimen de suspensión unido al sistema de notificación previa una traba a la competitividad internacional de las empresas comunitarias en ciertos sectores. Véase, en ese sentido: FOLGUERA CRESPO, Jaime: *El control comunitario de las concentraciones de empresas: interrogantes de un proyecto*, GJ. B-30, nº 47, abril, EINSA, Madrid, 1988, p. 5.

¹⁰⁹⁴ BORSCHETE, Albert: *Les controles européens des concentrations*, RMC. Nº 168, octubre, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1973, p. 358.

¹⁰⁹⁵ VAN KRAAY, Frans G. A.: *Proposed EEC regulation on control of mergers*, *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 26, April, British Institute of International and Comparative Law, London, 1977, p. 468.

importante subrayar, además, que ese plazo puede ser alargado en los términos del apartado “b” de la referida disposición.

Tal propuesta generó en los Estados miembros una profunda reacción, con la adopción de intentos de reservas en relación a puntos concretos del proyecto. La necesidad de sobrepasar los obstáculos creados por las reservas de orden político, llevará a la Comisión a sugerir, sucesivamente, en 1981¹⁰⁹⁶, 1984¹⁰⁹⁷, 1986¹⁰⁹⁸, 1988¹⁰⁹⁹ y noviembre de 1988¹¹⁰⁰, alteraciones a la propuesta de Reglamento. Exponemos a continuación el desarrollo de estas propuestas.

1) En la versión de 1981 se introducen tres cambios sustanciales en el art. 1, con vistas a limitar la aplicación del Reglamento a los casos de concentración con dimensión comunitaria cuyos efectos se revelasen especialmente anti-competenciales.

a) Así, en respuesta a la solicitud del Parlamento, la Comisión pasaría a llevar en consideración, en su juicio de compatibilidad de la operación de concentración con la política de competencia de la CE, los efectos de la concentración en la competencia internacional.

b) Por otro lado, se subrayaba que solamente las concentraciones de dimensión comunitaria quedarían sujetas a la aplicación del Reglamento.

c) Finalmente, se introducía una presunción de compatibilidad de las concentraciones con el Mercado Común, cuando la cuota de mercado de los productos o servicios representaba, en el Mercado Común, menos de un 20% del volumen de negocios realizado con productos o servicios idénticos o similares¹¹⁰¹.

Por otro lado, la propuesta de 1981 procuró incrementar la asociación de los Estados miembros al proceso de decisión. Así, en su art. 19 enuncia que si la mayoría de los miembros del Comité Consultivo se pronuncia en contra del proyecto de decisión, en aplicación del art. 3, nº 1, la Comisión

¹⁰⁹⁶ DO nº C 036 de 12/02/1982, p. 3 – COM/81/773.

¹⁰⁹⁷ DO nº C 051 de 23/02/1984, p. 08, COM/84/59.

¹⁰⁹⁸ DO nº C 324 de 17/12/1986, p. 05, COM/86/675.

¹⁰⁹⁹ DO nº C 130 de 19/05/1988, p. 04, COM/88/97.

¹¹⁰⁰ DO nº C 022 de 28/01/1989, p. 14, COM/88/734.

¹¹⁰¹ DO nº C 036 de 12/02/1982, p. 3 y 4.

solamente podrá adoptar una decisión después del transcurso de un plazo de 20 días, a contar desde la fecha en la cual el Comité Consultivo fue consultado. Además, si antes de la expiración del plazo fijado en el párrafo anterior, un Estado miembro invoca ante el Consejo un objetivo que, en su opinión, debería ser considerado como prioritario, el Consejo deberá reunirse en un plazo de 30 días, y la Comisión solamente podrá adoptar su decisión después de la sesión del Consejo, y tener en cuenta las orientaciones formuladas en el desarrollo de las deliberaciones del Consejo¹¹⁰².

2) En 1984, la propuesta se alteró una vez más por la Comisión, preocupada, sobre todo, por aumentar los límites fijados para la aplicación del futuro Reglamento. Así, el art. 1, nº 2, es nuevamente modificado. De esta forma, la propuesta de Reglamento pasó a determinar que el art. 1, nº 1 no sería aplicable cuando el volumen de negocios de las empresas participantes en la concentración fuera inferior a 750 millones de ecus, a no ser que, independiente del volumen de negocios del mercado en su globalidad, la cuota en una parte sustancial del mercado común fuera superior a un 50%¹¹⁰³.

Aunque existentes los cambios presentados, los Estados miembros se mantienen intransigentes en cuanto a la adopción de un Reglamento para el control de las concentraciones empresariales.

3) De esta forma, en 1986 la Comisión presenta una nueva propuesta, revocando las disposiciones de Derecho procesal establecidas inicialmente en el art. 19 de la versión de 1981, y recuperando para el control de la Comisión todo poder decisorio. También con relación a la propuesta de 1986, una vez más, no fue posible el consenso. Todavía, la presión sobre los Estados, en el sentido de que adoptasen la propuesta de Reglamento, se acentuará en los años siguientes, asumiendo en este proceso una importancia fundamental la jurisprudencia Philip Morris, que parece abrir las puertas a la aplicación, por la Comisión, del art. 81 TCE a los casos de concentración que, no implicando participación de empresas en posición dominante, acababan siempre por escapar al ámbito de aplicación del actual art. 82 TCE.

¹¹⁰² DO nº C 036 de 12/02/1982, p. 8, números 7 y 8 del art. 19.

¹¹⁰³ DO nº C 051 de 23/02/1984, p. 09.

Los Estados miembros percibieron, en este momento, que un Reglamento comunitario sobre el control de las concentraciones empresariales, por más dificultades que pudiera generar, sería siempre preferible a la imprevisible aplicación de las normas del Tratado, máxime con la extensión que aparentemente les fue conferida por la jurisprudencia del Tribunal¹¹⁰⁴.

En ese proceso, el acercamiento de la fecha de creación de un mercado único fue determinante, ya que la institución de un régimen uniforme de control de las concentraciones parecía ser la única solución capaz de superar los obstáculos creados por las distintas legislaciones nacionales¹¹⁰⁵.

La conjugación de todos estos factores se mostró, por lo tanto, decisiva para el relanzamiento de los trabajos, a finales de 1987, con vistas a la adopción de un Reglamento sobre el control de las concentraciones empresariales de dimensión comunitaria.

4) El 25 de abril de 1988¹¹⁰⁶, la Comisión presentó una nueva propuesta del Reglamento, modificando esencialmente los siguientes puntos:

a) Se definió de forma más clara el art. 1, relativo al ámbito de aplicación del Reglamento, atribuyéndose al "test" de la dimensión comunitaria un sentido cuantitativo y un sentido cualitativo.

Así, mientras el primero determinaba la necesidad de que las operaciones en causa alcanzasen un volumen de negocios total realizado a nivel mundial superior a mil millones de ecus (exigiendo aún que el volumen de negocios realizado a nivel mundial por la empresa adquirida fuera superior a

¹¹⁰⁴ SUTHERLAND, Peter: *The future of competition policy in the EC*. Multinational Business, Summer 1992, nº 2, Butterworths, London, p. 5; CARR, Josephine: *EC merger control: the man with an eye to the main chance*, *IFLR*. June, Euromoney Publications, London, 1988, p. 6.

¹¹⁰⁵ Se ha producido un efecto psicológico, que tuvo por base el año 1992, convirtiéndose en un año de referencia, especialmente para las empresas que operan en el mercado europeo. Véase, en ese sentido: GARCÍA VICENTE, Ricardo: Nuevo proyecto de Reglamento de control de concentraciones, *Gaceta Jurídica de la CEE*. Série D, nº 52, Julio, EINSA, Madrid, 1988, p. 51. En ese mismo sentido, afirmando la influencia determinante de un verdadero mercado sin fronteras en 1993, como punto fundamental para la adopción de un instrumento de control de las concentraciones empresariales, véase: PICKARD, Stephen J.: *El control de las concentraciones en el Derecho comunitario*. *Op. cit.*, p. 68. Véase aún, entendiendo la importancia de la creación del mercado único y sus reflejos para generar la adopción de un reglamento comunitario de control de las concentraciones: FINE, Frank L.: *EEC merger control: an analysis of the new regulation*, *European Competition Law Review (ECLR)*. Vol. 11, 2, ESC, Oxford, 1990, p. 47.

¹¹⁰⁶ DO nº C 130 de 19/05/1988, *cit.*

los 50 millones de ecus)¹¹⁰⁷, el criterio cualitativo o geográfico¹¹⁰⁸ establecía que la operación de concentración adquiriría dimensión comunitaria cuando, por lo menos, dos de las empresas participantes tuvieran su campo principal de actividades comunitarias en un Estado miembro distinto, o cuando las empresas participantes tuvieran su campo de actividades comunitarias solamente en un mismo Estado miembro, aunque por lo menos una de ellas desarrollara actividades sustanciales en otros Estados miembros¹¹⁰⁹.

Sin embargo, si las empresas participantes en la operación realizaran más de tres cuartos de su volumen de negocios total en la Comunidad en el interior de un único Estado miembro, la operación de concentración no adquiriría dimensión comunitaria¹¹¹⁰.

Con estas disposiciones se buscó excluir del ámbito de aplicación del Reglamento determinados casos de concentración de importancia diminuta, o cuyos efectos se producen esencialmente en el interior de un Estado miembro, considerando que sería preferible aplicar a tales situaciones legislaciones nacionales de control de las concentraciones empresariales¹¹¹¹. Bajo el Reglamento caerían, solamente, las mega-concentraciones, reduciéndose, de este modo, los eventuales conflictos entre las decisiones nacionales y de las decisiones comunitarias.

b) El criterio de apreciación de la compatibilidad de las concentraciones con el mercado común se inspira en las disposiciones del TCE, utilizando una terminología idéntica¹¹¹².

El art. 2 de la propuesta estipula la incompatibilidad de las operaciones de concentración que originen la creación o refuerzo de una

¹¹⁰⁷ Art. 1, nº 3, apartado b de la propuesta de 25 de abril de 1988, *cit.*

¹¹⁰⁸ AXINN, Stephen M. y GLICK, Mark: Dual enforcement of merger law in the EEC: Lessons from the American experience, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute (FCLI)*. M. Bender, New York, Cap. 24, 1990, p. 562.

¹¹⁰⁹ Apartado a y apartado b del nº 2 del art. 1, propuesta de 25 de abril de 1988, *cit.*

¹¹¹⁰ Art. 1, nº 3, apartado c, propuesta de 25 de abril de 1988, *cit.*

¹¹¹¹ XVIII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1988, punto 34.

¹¹¹² Nótese que no existe una identificación total de criterios. Así, al contrario del art. 82 TCE, el reglamento permite, en una actitud considerada favorecedora de una *posición estructuralista*, no solamente el control de la *creación de una posición dominante*, sino también que exista una *apreciación previa de esa posición dominante*, alejándose del control *a posteriori* centrado en el *comportamiento abusivo* de las empresas, establecido en las disposiciones del Tratado. Véase, en ese sentido: AMADO DA SILVA, José Manuel: *Política de concorrência, mercados relevantes e concentração de empresas: um desafio do mercado único*. Competir – Informação para a Indústria, Ano 1, nº 1, Lisboa, 1990, p. 19.

posición dominante en el mercado común, o en una parte sustancial de éste, alejando el criterio general de obstáculo a una competencia efectiva.

El art. 2 fija, en su nº 3, una presunción de compatibilidad de las concentraciones con el Mercado Único, cuando la cuota de mercado de las empresas participantes en el Mercado Común, o en una parte sustancial de éste, fuera inferior a un 20%¹¹¹³.

Finalmente, se mantiene la posibilidad, existente en las versiones anteriores, de que determinadas operaciones de concentración en sí mismas incompatibles con el Mercado Común puedan ser autorizadas por la Comisión, atendiendo a una ponderación de factores relativos a la estructura de la competencia en el mercado, que son prácticamente una repetición de los referidos en el art. 81, nº 3 TCE¹¹¹⁴.

c) Las operaciones de concentración están sujetas a la obligación de notificación previa¹¹¹⁵, además de no poderse realizar antes de un plazo de dos meses, fecha límite para empezar un procedimiento formal, teniendo en cuenta una decisión de autorización o de prohibición de la operación, caso en que el plazo será automáticamente prolongado.

d) Es importante subrayar, finalmente, la reducción sustancial de los plazos. Después del inicio del procedimiento, las decisiones deben obligatoriamente ser tomadas en un plazo de cuatro meses, alejándose, así, el

¹¹¹³ Cuando la Comisión pretenda alejar esta presunción, tendrá que probar de la creación o refuerzo de una posición dominante, aunque sea reducida la cuota de mercado de las empresas participantes en la operación de concentración. La doctrina entiende que tal prueba es posible cuando se trata de un mercado extremadamente atomístico, o sea, profundamente *desconcentrado*. Véase, en ese sentido, de entre otros: FERRY, John E.: The future of merger control in the EEC, *Antitrust Law Review*. Summer 1988, London, 1988, p. 14.

¹¹¹⁴ La posibilidad de que la Comisión autorice concentraciones en principio incompatibles con el mercado común es duramente criticada por parte de la doctrina, preocupada por la utilización del control de las concentraciones empresariales para finalidades de política industrial, lo que sería posible, atendiendo a los términos muy amplios formulados por la disposición en causa. Se permitirían, así, con sencillez, las concentraciones que se considerasen *políticamente deseables*. Véase, en ese sentido: KRAKOWSKI, Michael: The requirements for EC merger regulation, *Intereconomics – Review of International Economics*. May/June, Blackwell, Oxford, 1989, p. 124. Además, la doctrina consideró peligroso no solamente atribuir a la misma entidad la apreciación de los intereses de la política de competencia y la política industrial, sino que también recordó que el papel de la política de competencia no es garantizar una mejor distribución regional de las actividades económicas o promocionar la salvaguarda del empleo, sino atacar las prácticas de mercado o las estructuras que limitan la competencia actual o potencial de forma sustancial. En ese sentido, véase: JACQUEMIN, ALEXIX: *Concentration and mergers in the EEC: Towards a system of control*. *Op. cit.*, p. 167.

¹¹¹⁵ Art. 4 de la propuesta de 25 de Abril de 1988, *cit.*

recelo manifestado por las delegaciones del Reino Unido y de Francia en torno a la creación por el Reglamento de un procedimiento excesivamente burocrático¹¹¹⁶. Además, se estableció la figura del silencio-autorización¹¹¹⁷, según la cual, si la Comisión no decide en los respectivos plazos, se considerará que la operación es autorizada¹¹¹⁸.

Los Estados miembros se mostraron receptivos a la mayoría de los principios establecidos en la propuesta de la Comisión, aunque mantenían ciertas resistencias con relación a los aspectos accesorios. El Consejo afirmó expresamente, por tanto, su consenso en relación a tres aspectos:

I) aceptación de un sistema de notificación previa para las operaciones de concentración de dimensión comunitaria;

II) reconocimiento de la primacía de las decisiones comunitarias sobre las decisiones nacionales en materia de concentración de empresas y;

III) consideración como criterio decisivo para la prohibición de la concentración, la creación de una posición dominante en el mercado europeo que dificulte una competencia efectiva en el mercado¹¹¹⁹.

5) Sin embargo, las alteraciones sugeridas por el Comité Económico y Social¹¹²⁰ y por el Parlamento Europeo¹¹²¹, llevaron a la Comisión a modificar nuevamente su propuesta.

De este modo, en Noviembre de 1988¹¹²², fue presentada una nueva propuesta cuyos principales cambios e innovaciones frente a las anteriores fueron los siguientes:

a) En la definición de dimensión comunitaria, el criterio de 50 millones de ecus fue sustituido por el de 100 millones de ecus de volumen de

¹¹¹⁶ Art. 19 de la propuesta de 25 de Abril de 1988, *cit.*

¹¹¹⁷ SPOLIDORO, Marco Saverio: Il regolamento sul controllo delle concentrazioni: nuova versione della proposta modificata, *Rivista delle Società*. Anno 34, Giuffrè, Milano, 1989, p. 196.

¹¹¹⁸ Art. 19, nº 3 de la propuesta de 25 de Abril de 1988, *cit.*

¹¹¹⁹ XVIII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1988, punto 35.

¹¹²⁰ Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta modificada de un Reglamento (CEE) del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO nº C 208 de 08/08/1988, p. 11.

¹¹²¹ Resolución Legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta modificada de la Comisión al Consejo relativa a un Reglamento (CEE) sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO nº C 309 de 05/12/1988, p. 55.

¹¹²² DO nº C 22/14 de 28/01/1989, *cit.*

negocios, realizado en la Comunidad por, al menos, una de las empresas en causa¹¹²³.

b) La presunción de compatibilidad aumentó de un 20% a un 25% y fue transferida a la exposición de motivos (considerando 15 de la exposición de motivos).

c) Desapareció la hipótesis designada como silencio-autorización.

d) Se recuperó el criterio del obstáculo a una competencia efectiva, utilizado en la propuesta de 1973, para la apreciación de las operaciones de concentración¹¹²⁴.

e) Las operaciones de concentración podrían ser autorizadas por la Comisión cuando se verificasen las condiciones del nº 3 del art. 2 (formuladas en términos muy próximos a los establecidos en el art. 81, nº 3 TCE), disponiendo la Comisión, en la propuesta de Noviembre de 1988, de una competencia innovadora que le permitiría sujetar tal autorización a ciertas condiciones o encargos¹¹²⁵.

f) Obsérvese que el plazo de suspensión fue reducido de dos meses a un mes¹¹²⁶. Los plazos de decisión (uno y cuatro meses, en los términos del art. 9) son, así, extremadamente cortos, especialmente si los comparamos con los plazos inicialmente establecidos en la propuesta de 1973.

g) Finalmente, se estableció, de forma clara, la primacía de la actuación de las autoridades comunitarias, quedando los Estados miembros inhibidos para aplicar su Derecho nacional en materia de competencia, cuando están en causa concentraciones de dimensión comunitaria¹¹²⁷.

Sin embargo, existen dos excepciones a esta regla: 1) los Estados miembros pueden aplicar el Derecho nacional en materia de competencia

¹¹²³ Art. 1, nº 2, apartado b, de la propuesta de noviembre de 1988, *cit.*

¹¹²⁴ Art. 2, nº 2 de la propuesta de Noviembre de 1988, *cit.*

¹¹²⁵ Art. 8, nº 2 de la propuesta de Noviembre de 1988, *cit.*

¹¹²⁶ Art. 6, nº 3, así como art. 7, nº 1 de la propuesta de Noviembre de 1988, *cit.*

¹¹²⁷ Préstese atención, especialmente, al art. 20, nº 2 de la propuesta de Noviembre de 1988, *cit.*

relativa a mercados locales o; 2) cuando estén en causa intereses nacionales legítimos¹¹²⁸.

Aunque presentes las expectativas de algunos Estados de su aprobación, la propuesta no fue adoptada por el Consejo en la reunión de Diciembre de 1988, prologándose sus discusiones durante un año más. Las divergencias entre los Estados sobrevenían, especialmente, en cuanto a los siguientes puntos: las condiciones de autorización; al efecto suspensivo; y en cuanto al sistema de exclusividad¹¹²⁹.

A principios de 1989, la Comisión presenta nuevas propuestas, destinadas a aumentar hasta 5 mil millones de ecus el volumen de negocios realizado a nivel mundial, y a 250 millones de ecus el volumen de negocios total realizado a nivel comunitario por cada uno de, por lo menos, dos participantes en la operación, buscando así vencer los obstáculos planteados por los Estados miembros.

Con el mismo objetivo, además, se ha reducido el límite desde 3/4 hasta 2/3, o sea, el Reglamento será aplicado si las empresas implicadas en la concentración no realizan más que 2/3 de su actividad en un único Estado miembro. Así, apareció una limitación del ámbito de aplicación del Reglamento, ya que las empresas disponen, ahora, de un casi 40% de sus actividades para realizar en otro Estado miembro, no estando caracterizada la operación, en ese caso, como una operación de dimensión comunitaria (con la regla de los 3/4 solamente dispondrían de un 25%).

Finalmente, las continuas concesiones de los Estados miembros y de la Comisión se arrastran, además, hasta el último momento. Solamente van a tornar posible la adopción del Reglamento el 21 de diciembre de 1989, destinado a entrar en vigor el 21 de septiembre de 1990, sin efectos retroactivos. Se trata de una victoria en el plano de un control más sistemático de las operaciones de concentración comunitaria, aunque en la práctica se revele una versión bastante más atenuada que la propuesta de 1973.

¹¹²⁸ Art. 8, nº 2 y art. 20 de la propuesta de Noviembre de 1988, *cit.*

¹¹²⁹ DÉCHERY, Jean-Luc: *Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations*, RTDE. Nº 2, 26ème année, Avril-Juin, Sirey, Paris, 1990, p. 311-313.

2. La base jurídica del Reglamento

2.1. Breve enunciado del sistema de competencias atribuido al Consejo y a la Comisión

El Reglamento (CEE) nº 4064/89¹¹³⁰ constituye un acto de Derecho derivado¹¹³¹, adoptado por las instituciones comunitarias con vistas a la consecución de ciertos objetivos del Tratado. La definición de su fundamento jurídico se presentó, con frecuencia, controvertida.

Nótese que las instituciones comunitarias no disponen de un poder general que les permita adoptar las decisiones necesarias para la consecución de las finalidades del Tratado; antes al contrario, poseen competencias atribuidas. Esto es, sus poderes tienen que estar previstos, expresa o implícitamente¹¹³², en los Tratados.

Por lo tanto, de acuerdo con estos principios el Reglamento declara como su fundamento jurídico al Tratado que instituyó la Comunidad Europea y, principalmente, a sus artículos 83 (ex art. 87) y 308 (ex art. 235).

¹¹³⁰ Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO nº L 395 de 30/12/1989, versión rectificadora en el DO L 257 de 21/09/1990.

¹¹³¹ También designado por la expresión *derecho secundario*. Las dos fórmulas son utilizadas, por regla general, indistintamente. Parte de la doctrina entiende que será mejor la utilización de la expresión *derecho derivado*, utilizada para indicar la función de esos actos y su subordinación al Tratado, en la medida en que los actos adoptados por las instituciones comunitarias son frecuentemente innovadores con relación al contenido del Tratado y contienen *normas primarias* equiparables a las emitidas por las legislaciones nacionales. Véase, en ese sentido, de entre otros: LOUIS, Jean-Victor: *L'ordre Juridique Communautaire*. 6ème édition, Office des publications Officielles des Communautés Européennes, Luxembourg, 1993, p. 77.

¹¹³² La teoría de los poderes implícitos, que empezó a ser afirmada en la jurisprudencia de la Suprema Corte de EE.UU., ampliaba los poderes de las organizaciones internacionales al reconocerles competencias que no estaban expresamente previstas en los actos constitutivos, pero que se afirmaban necesarias para el pleno ejercicio de sus funciones. El Tribunal de Justicia parece haber aceptado esta teoría, por lo menos en materia de relaciones externas, en su sentencia *AETR* (Sentencia de 31 de Marzo de 1971, asunto 22/70, Comisión c. Consejo, Recueil de Jurisprudence 1971), donde afirmó que si es verdad que los arts. 75 y 76 (del Reglamento nº 543/69) no prevén, expresamente, a favor de la Comunidad una competencia en materia de conclusión de convenios internacionales, la entrada en vigor, el 25 de marzo de 1969, del Reglamento 543/69 del Consejo relativo a la armonización de ciertas disposiciones en materia social en el dominio del transporte por tierra ha tenido, todavía, por efecto atribuir a la Comunidad competencia para concluir con Estados terceros todos los acuerdos relativos a la materia regida por el mismo reglamento (considerando 28 de la sentencia).

Además, el art. 83 TCE es apuntado como el fundamento jurídico de los Reglamentos comunitarios en materia de Derecho de la Competencia¹¹³³.

2.2. La doble base jurídica del Reglamento: los arts. 83 y 308 del Tratado CE

El Reglamento de control de las concentraciones empresariales tiene una doble base jurídica.

Por un lado, la invocación del art. 83 TCE, como fundamento jurídico del Reglamento de control de las concentraciones encuentra su justificación en el hecho de que, en materia de política de competencia, principalmente en cuanto a la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, las competencias del Consejo se encuentran previstas en el art. 83 TCE.

Por otro lado, cuando el Tratado no confiere a las instituciones comunitarias los poderes necesarios para su actuación, es aún posible el recurso al mecanismo del art. 308 TCE, considerado un medio de suprimir las lagunas de la norma jurídica en una comunidad dinámica¹¹³⁴.

La razón de este doble fundamento, art. 83 y art. 308 TCE, fue, además, presentada por el Consejo en distintos considerandos del Reglamento. Así, declaró el Consejo que el art. 83 – por regla general fundamento jurídico de los Reglamentos comunitarios en materia de competencia - no es, en materia de control de las concentraciones, fundamento suficiente. Lo mismo ocurre porque, aunque los artículos 81 y 82 TCE son aplicables según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a determinadas concentraciones, no son, sin embargo, suficientes para impedir todas las operaciones susceptibles de revelarse incompatibles con el régimen de competencia no falseada previsto en el Tratado¹¹³⁵.

¹¹³³ Así, los reglamentos esenciales en materia de competencia fueron adoptados teniendo por base el art. 83 TCE (ex art. 87). Recuérdese, a título de ejemplo, el Reglamento nº 17/62.

¹¹³⁴ El análisis con profundidad de las condiciones que permitirían el recurso al art. 308 TCE extrapola el ámbito de nuestro trabajo de tesis, por lo que nos limitaremos a hacer referencia en la medida de lo que entendemos estrictamente necesario. Para un análisis más apurado del tema, de entre tantos, véase: MOURA RAMOS, Rui Manuel: *As Comunidades Europeias, Documentação e Direito Comparado*. Nº 25/26, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, p. 76 y ss.

¹¹³⁵ Sexto considerando del preámbulo del Reglamento 4064/89, *cit.*

El Reglamento 139/2004 mantiene éste doble fundamento jurídico y, además, lo hace de forma explícita. Véase, en ese sentido, el considerando 7 del nuevo Reglamento de control de las concentraciones (139/2004).

De ahí, la necesidad de la creación de un nuevo instrumento jurídico, bajo la forma de Reglamento, que permita un control eficaz de todas las operaciones de concentración en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad, y que sea el único aplicable a las referidas concentraciones¹¹³⁶, debiendo este Reglamento estar basado, no sólo en el art. 83 TCE, sino también, y principalmente, en el art. 308 TCE¹¹³⁷. La verdad es que ambas disposiciones presentan ventajas e inconvenientes.

1) En realidad, si el art. 308 TCE tiene la utilidad de posibilitar, como pretendía el Consejo, la creación de un nuevo instrumento jurídico aplicable a todas las concentraciones, presenta, sin embargo, el inconveniente de permitir la creación de una zona de aplicación paralela de sistemas jurídicos distintos, lo que podría conducir a resultados contradictorios¹¹³⁸.

2) Por su parte, el art. 83 TCE tiene la ventaja, no sólo de evitar el doble control de la concentración, por medio del Tratado y de las disposiciones del Reglamento, sino también, a primera vista, de excluir la aplicación de las legislaciones nacionales, ya que el Reglamento pasaría a ser, en los términos del art. 21, el único instrumento susceptible de realizar el control de las concentraciones (el Reglamento 139/2004 mantiene ésta disposición, en su art. 21, apartado 3). Sin embargo, presenta igualmente deficiencias, no tanto de naturaleza de procedimiento, como de carácter sustancial. O sea: las ventajas de un sistema de control preventivo de las concentraciones empresariales, como es el sistema del Reglamento, no serían incompatibles con la selección del art. 83 TCE como base legal del mismo. Las insuficiencias de esa disposición legal residirían, antes que nada, en el hecho de existir una laguna en el Tratado, en cuanto al problema del control de las concentraciones

¹¹³⁶ Séptimo considerando el preámbulo del Reglamento 4064/89, *cit.*

¹¹³⁷ Octavo considerando del preámbulo del Reglamento 4064/89, *cit.* Obsérvese, aún, que el recurso al art. 83 TCE ya estaba enunciado en la propuesta de Reglamento de noviembre de 1988 (conforme al undécimo considerando de la propuesta de 30 de Noviembre de 1988 - DO nº C 22/14 de 28/01/1989, *cit.*), p. 15.

¹¹³⁸ BLAISE, Jean Bernard: *Concurrence – Contrôle des opérations de concentration*, RTDE. 26ème année 26, nº 4, Octobre-décembre, Sirey, Paris, 1990, p. 745.

empresariales, resultando el recurso a los artículos 81 y 82 TCE insuficiente¹¹³⁹.

Es importante subrayar que el propio Consejo parece inclinarse en este sentido cuando, en el preámbulo del Reglamento afirma, como ya referimos, que los artículos 81 y 82 TCE, aunque aplicables, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a determinadas concentraciones¹¹⁴⁰, son insuficientes para garantizar un control eficaz de esas operaciones (en el Reglamento 139/2004 se mantiene tal posición. Véase su considerando 7).

Concluyendo, podríamos afirmar que, atendiendo a la incapacidad de ambas disposiciones para ser consideradas, aisladamente, como fundamento jurídico, plenamente satisfactorio, del Reglamento, el legislador optó por recurrir a los dos artículos mencionados¹¹⁴¹, art. 83 y art. 308, ambos del TCE.

2.3. La constitucionalidad de la opción por el art. 308 TCE como fundamento del Reglamento

Sin embargo, los artículos 83 y 308 TCE no se encuentran en el mismo nivel. Tal equiparación es, de hecho, alejada en el Preámbulo, que estipula que el Reglamento se debe basar principalmente en el art. 308 del Tratado¹¹⁴² (en este mismo sentido es el considerando 7 del Reglamento 139/2004).

La invocación del art. 308 TCE se realiza por razones sustanciales. Este artículo permite abarcar todo un conjunto de concentraciones que quedaron fuera del ámbito estricto de las operaciones sujetas a la aplicación de las disposiciones del Tratado CE.

¹¹³⁹ Parte de la doctrina ha entendido que solamente en casos excepcionales serán las concentraciones abarcadas por el ámbito de aplicación del art. 82 TCE, al tiempo que el art. 81 TCE no sería aplicado jamás en las operaciones de concentración. Véase, en ese sentido, de entre tantos: BOS, Pierre; STUYCK, Jules y WYTINK, Peter: *Concentration and Control in the European Economic Community*. Graham & Trotman, Ltd., London, 1992, p. 398. Así, sería imposible la adopción del artículo 83 TCE como fundamento jurídico para la creación de un sistema comunitario de control de las concentraciones, ya que sería éste un Reglamento vinculado a los artículos 81 y 82 TCE, los cuales, solamente de forma excepcional, se podrían aplicar a las operaciones de concentración de empresas.

¹¹⁴⁰ Sexto considerando del preámbulo del Reglamento 4064/89, *cit.*

¹¹⁴¹ En el sentido de que esta solución es más un ejemplo del carácter de compromiso político del reglamento, véase: BOLZE, Christian: *Le règlement (CEE) 4064 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration*. N° 106, Avril, Hatier Edition, Paris, 1990, p. 13.

¹¹⁴² Octavo considerando del preámbulo del Reglamento n° 4064/89, *cit.*

En efecto, las autoridades comunitarias utilizan excepcionalmente el art. 82 como mecanismo de control de las operaciones de concentración. A su vez, la aplicación del art. 81 TCE a las concentraciones está lejos de ser una cuestión pacífica.

Más profundas son las dudas en cuanto a la constitucionalidad de la invocación del art. 308 TCE¹¹⁴³. Si es indudable que este mecanismo permite introducir alteraciones formales al Tratado, podemos interrogarnos sobre si, en concreto, el Reglamento no violará tal principio. De hecho, cuando nos vemos confrontados con ciertas disposiciones del Reglamento, surgen ciertas dudas sobre la cuestión de saber si el sistema ahí consagrado no estará modificando el Tratado.

Así, por ejemplo, el art. 22, nº 1 del Reglamento 4064/89 (artículo 21, apartado 1 del Reglamento 139/2004), al declarar inaplicables los Reglamentos de ejecución de los artículos 81 y 82 TCE, dificultando su aplicación práctica, ¿estará reformando, aunque de forma disimulada, las disposiciones del Tratado, sin tener poderes para hacerlo?. Alejando los Reglamentos de ejecución, ¿estará privando a terceras partes del derecho de presentar quejas a la Comisión? ¿Significaría dejar sin control las concentraciones sin dimensión comunitaria? Dicho en otras palabras, ¿el art. 308 habrá sido utilizado, de forma inconstitucional, para reducir el alcance de las disposiciones comunitarias existentes?

Una vez que la cuestión del control de las concentraciones se presentaba como una laguna del TCE, el proceso adecuado para instaurar tal sistema sería el de la revisión de dicho Tratado, y solamente las incertidumbres resultantes de su eventual no ratificación por ciertos Estados habrían llevado al Consejo a optar por la adopción de un Reglamento teniendo por base los artículos 83 y 308 TCE¹¹⁴⁴. Además, se argumentaba la lentitud de un

¹¹⁴³ Sobre esta cuestión de la *constitucionalidad* del recurso al art. 308 TCE como fundamento del reglamento comunitario, véase: VENIT, James S.: The merger control regulation: europe comes of age... or caliban's dinner, *Common Market Law Review (CMLR)*. Nº 27, Stevens and Sons, London, 1990, p. 15.

¹¹⁴⁴ BLAISE, Jean Bernard: *Concurrence – Contrôle des opérations de concentration*. *Op. cit.*, p. 745 y ss.

procedimiento de revisión, con la necesidad de unanimidad de los Estados miembros para la adopción de la revisión hecha¹¹⁴⁵.

Queda abierta la cuestión de saber si los autores del Reglamento excedieron sus poderes en la elaboración del respectivo régimen, particularmente con la redacción elaborada del art. 22 del Reglamento 4064/89.

En cuanto a este problema – la legitimidad de la exclusión efectuada por el art. 22 – podremos afirmar que los artículos 81 y 82 TCE mantienen su validez después de la entrada en vigor del Reglamento comunitario, por lo menos en el plano teórico, aunque, en la práctica, nos parezca que las posibilidades de utilización de tales disposiciones son bastante inusuales. Con la adopción del Reglamento 139/2004 el problema de la exclusión sigue igual, ya que su artículo 21, apartado 1 es equivalente al anterior art. 22, apartado 1 del Reglamento 4064/89.

Como conclusión a este punto podríamos afirmar que:

1) Es necesario el recurso al artículo 83 TCE, como fundamento del Reglamento comunitario de control de las concentraciones, una vez que las normas del Tratado CE son aplicables a ciertas operaciones de concentración.

Sin embargo, se revela insuficiente para solucionar el problema en general, ya que los artículos 81 y 82 TCE son, sobre todo, considerados meros paliativos de la cuestión. De ahí la llamada simultánea al art. 308 TCE, que permitiría la creación de un nuevo instrumento jurídico aplicable a todas las operaciones de concentración.

2) Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del recurso al art. 308 TCE como fundamento del Reglamento. De hecho, para cierto sector de la doctrina, el aislamiento de la aplicación de los Reglamentos de ejecución de los artículos 81 y 82 TCE sería entendido como una derogación encubierta de estas disposiciones, habiendo los legisladores actuado *ultra vires* al reducir el alcance de las disposiciones comunitarias.

3) En nuestra opinión, los autores del Reglamento actuaron dentro de los límites de los poderes que les fueron conferidos, en particular, por el

¹¹⁴⁵ Entendemos que este argumento no es válido ya que en el procedimiento previsto en el art. 308 (ex art. 235) la unanimidad es requisito esencial para la elaboración del Reglamento.

artículo 308 TCE, ya que el art. 22 del Reglamento 4064/89 no aleja la validez, por lo menos teórica, de los artículos 81 y 82 TCE, aunque el abandono de éstas disposiciones pueda ser una opción práctica, principalmente por parte de las autoridades comunitarias.

La misma argumentación sigue válida con la adopción del Reglamento 139/2004, pero ahora el artículo correspondiente es el art. 21, apartado 1.

3. Ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004

3.1 Dimensión comunitaria de la operación de concentración: criterio del volumen de negocios mundiales; criterio del volumen de negocios comunitarios; regla de 2/3

La aplicación del Reglamento nº 139/2004 depende de la verificación de dos condiciones: a) la operación tiene que ser de dimensión comunitaria; b) y tiene que ser una operación de concentración.

La dimensión comunitaria de la operación es establecida en los términos del art. 1 del Reglamento de 2004. El nº 2 de esta disposición establece límites de naturaleza cuantitativa, cuyo cumplimiento cumulativo es un requisito necesario para la aplicación del Reglamento sobre el control de las concentraciones. Así, el art. 1, nº 2 dispone:

“Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total a escala mundial, realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5000 millones de euros, y

b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario, en un mismo Estado miembro.”¹¹⁴⁶

Obsérvese, desde luego, que este concepto de dimensión comunitaria es una noción introducida tardíamente, con la propuesta de

¹¹⁴⁶ Art. 1, nº 2 del Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, *cit.*

Reglamento de 25 de abril de 1988, destinándose a superar los obstáculos creados por ciertos Estados grandes, tales como Alemania, Reino Unido, Francia y España, deseosos de restringir al máximo posible el campo de actuación de la Comisión en esta materia¹¹⁴⁷.

De esta forma, para que la operación alcance la dimensión comunitaria tiene que cumplir cumulativamente dos requisitos, 1) uno relativo a la importancia de las empresas en causa, expresada según el volumen de negocios realizado a nivel mundial y; 2) otro referente a la ubicación geográfica de sus actividades.

Nótese que se trata de un concepto fundamental, teniendo como principal función el operar la distribución de competencias entre la Comisión y las autoridades comunitarias nacionales en materia de control de las operaciones de concentración empresarial¹¹⁴⁸. Así, la Comisión tendrá competencia exclusiva para aplicar el Reglamento 139/2004 (ocurría lo mismo con relación al Reglamento anterior) a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, mientras las autoridades nacionales aplicarán las respectivas legislaciones nacionales a las concentraciones sin dimensión comunitaria, consagrándose, de este modo, uno de los pilares del Reglamento, el principio del one stop shop (ventanilla única).

1) El criterio del volumen de negocios realizado a nivel mundial, llamado liminar principal¹¹⁴⁹, busca garantizar la aplicación del Reglamento únicamente a las concentraciones que involucren empresas de gran dimensión, ya que se presume¹¹⁵⁰ que son las únicas susceptibles de afectar el comercio

¹¹⁴⁷ LAURENCIE, Jean Patrice de la: Le nouveau règlement communautaire sur les concentrations: comment un bon compromis politique produit un nid à contentieux, *Recueil Dalloz Sirey* (Rec. DS). N° 22, Juin 1990, Chronique XXVI, Paris, p. 142.

¹¹⁴⁸ GAILLARD, Emmanuel: Le contrôle des concentrations d'entreprises dans la Communauté Économique Européenne, *Gazette du Palais*. 110ème année, n° 1, Janvier-Fevrier, 1990, p. 127; PAPPALARDO, Aurélio: Concentrations entre entreprises et droit communautaire, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* (RMCUE), 2, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1991, p. 25.

¹¹⁴⁹ Terminología utilizada por la Comisión, que se refiere a los liminares fijados en los apartados a y b, del n° 2, del art. 1, como *liminar principal* y *regla de minimis*, respectivamente (véase el Boletín de las Comunidades Europeas – BolCE, Suplemento 2/90, Comunidades Europeas – Comisión, p. 23).

¹¹⁵⁰ La doctrina ha defendido que el criterio de la *dimensión de la transacción*, y no el criterio de la *dimensión de las partes*, sería el más adecuado al sistema de control que se instituyó. No solamente el criterio de la *dimensión de la transacción* tendría más interés en la apreciación de los efectos de la concentración que el criterio de la *dimensión de las partes*, sino que, además,

entre los Estados miembros, debiendo ser analizadas en la órbita comunitaria¹¹⁵¹.

Se trata, por lo tanto, de un criterio de jurisdicción, que busca asegurar a la Comisión competencia exclusiva para ese tipo de situaciones, aunque, al basarse en la dimensión de las empresas participantes en la operación de concentración, no suministre esclarecimiento sobre el grado de concentración existente en el mercado.

2) El elemento geográfico, a su vez, se refleja no solamente en la existencia de un cierto volumen de negocios realizado a nivel comunitario, sino también en la regla de 2/3, formulada en el apartado b del nº 2 del artículo 1.

El volumen de negocios realizado a nivel comunitario, designado por regla de *minimis*¹¹⁵², busca garantizar que la operación en causa tenga una verdadera base comunitaria, ya que es éste el auténtico ámbito de aplicación del Reglamento¹¹⁵³. De esta forma, se atenúan eventuales dificultades resultantes de la aplicación aislada del liminar principal, esto es, que podrían surgir en la ausencia de la exigencia de nacionalidad comunitaria o de la localización de la sede de una de las empresas del grupo en uno de los Estados miembros¹¹⁵⁴. La regla de *minimis* tendrá, así, un papel destacado en la determinación del ámbito de aplicación del Reglamento.

el criterio de la *dimensión de las partes* podría distorsionar los objetivos del control al abarcar solamente a las grandes empresas, mientras en realidad gran número de operaciones que no alcanzan estos liminares son capaces de restringir la competencia. Véase, en ese sentido: REASONER, Harry M.: Comments of the American bar association section of antitrust law with respect to the amended proposal for a council regulation (EEC) on the control of concentration between undertakings, *Antitrust Law Journal*. Vol. 59, London, 1990, p. 247.

¹¹⁵¹ Es importante subrayar que la verificación de los liminares establecidos en el art. 1, nº 2, funciona apenas como un criterio de distribución de competencia comunitaria o nacional, y no como un indicio de la nocividad de la operación. Véase, en ese sentido: VOGEL, Louis: *Le nouveau droit européen de la concentration*, JCP. Editions Techniques, Paris, 1990, p. 716; VOGEL, Louis: Le règlement européen sur le contrôle des concentrations ou de la difficulté de concilier efficacité et compromis, *Journal du Droit International (JDI)*. Nº 1, Janvier-Fevrier-Mars, Marchal, Paris, 1991, p. 892. El cumplimiento de los tres liminares cuantitativos apenas nos permite, por lo tanto, decantarnos por la aplicación del Reglamento, no autorizándonos, todavía, a hacer cualquier juicio de valor negativo sobre tal operación.

¹¹⁵² Designación adoptada por la Comisión. Bol. CE, Suplemento 2/90, p. 23.

¹¹⁵³ Nótese que la *regla de minimis* no exige que las dos empresas desarrollen en la Comunidad sus actividades principales sino que, solamente, requiere que en la UE desarrollen operaciones sustanciales. Véase, en ese sentido: SATZKY, Horst: The Merger Control Regulation of European Economic Community, *The American Journal of Comparative Law (AJCL)*. Vol. 38, 1990, p. 923.

¹¹⁵⁴ BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. Éditions A. Pedone, Paris, 1992, p. 98.

Por otro lado, con el requisito de la regla de minimis quedan excluidas las empresas que desarrollen una actividad insignificante en la Comunidad, o sea, desprovistas de la importancia necesaria para quedar en el ámbito de la jurisdicción comunitaria¹¹⁵⁵. Se evita, de esa forma, la aplicación del Reglamento de control de las concentraciones a situaciones en que una gran empresa adquiere participación en una pequeña empresa, ya que en ese caso, solamente la primera tendría un volumen de negocios superior a la regla de minimis¹¹⁵⁶.

No obstante, este objetivo queda en parte obstaculizado en el caso de la creación de las filiales comunes y las adquisiciones conjuntas. Así, se podría transformar en irrelevante la determinación de la dimensión comunitaria de la tercera empresa (empresa común creada o adquirida), ya que, para la aplicación del Reglamento, es suficiente que las dos empresas en causa, por ejemplo las dos empresas madres, cumplan el requisito de la regla de minimis.

3) El último elemento del nº 2 del art. 1 del Reglamento 139/2004, designado por regla de 2/3, o criterio de la transnacionalidad¹¹⁵⁷, establece una condición negativa: las empresas involucradas en la concentración no pueden

¹¹⁵⁵ JONES, Christopher: The scope of application of merger regulation, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* (FCLl). M. Bender, New York, 1991, p. 387.

¹¹⁵⁶ Obsérvese que estos casos podrán siempre quedar sujetos al control de las concentraciones empresariales en conformidad con las normas del Tratado, desde que cumplan los requisitos de los artículos 81 y 82 TCE.

¹¹⁵⁷ Designación adoptada por la Comisión en el XIX Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, 1989, punto 34. Nótese que este test, teniendo una finalidad semejante al criterio clásico de *afectación del comercio entre los Estados miembros*, presenta, todavía, una redacción distinta. ¿La expresión *afectación del comercio intracomunitario* se revela inadecuada en el ámbito de aplicación del control de las operaciones de concentración empresarial? Los desarrollos jurisprudenciales en cuanto a la noción de afectación del comercio permiten considerarla existente, como ya hemos dicho, no solamente cuando es alterado el flujo de transacciones, sino también cuando es modificada la propia estructura de la competencia. Por otras palabras, la extensión de la fórmula *afectación del comercio intracomunitario* parece tornar posible la aplicación de esta condición en el contexto de un sistema de control de las concentraciones. Véase, en ese sentido: KOVAR, Robert: *The EEC Merger Control Regulation – Yearbook of European Law*. Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 80. Además, nos parece que la cuantificación de ese criterio, en el Reglamento, encontrará, sobre todo, su justificación en razones de seguridad jurídica. Por otro lado, es cierto que el criterio de 2/3 no puede ser totalmente identificado con la afectación del comercio. De hecho, el Reglamento exige que los efectos transfronterizos de una concentración sean probados mediante la realización, por una de las empresas en causa, de un cierto volumen de negocios en más de dos Estados miembros, por lo que, de acuerdo con la regla de 2/3, quedan fuera del Reglamento concentraciones entre empresas en el mismo Estado miembro, aunque afecten al comercio entre los Estados miembros, en los términos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

realizar más de 2/3 de su volumen total de negocios en la Comunidad en un único Estado miembro¹¹⁵⁸. Se busca excluir del ámbito de aplicación del Reglamento operaciones que deban quedar sujetas a las respectivas legislaciones nacionales.

Por lo tanto, se delimita la frontera entre el control comunitario y el control nacional, con base en el carácter transnacional de la operación de concentración, en los términos configurados por la regla de los 2/3¹¹⁵⁹. Se trata, sin duda, de un requisito similar al de la afectación del comercio entre los Estados miembros, necesario para la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE^{1160/1161}.

¹¹⁵⁸ Lo que, en una formulación positiva, podríamos expresar de la siguiente forma: el volumen de negocios de por lo menos una de las empresas en causa debe ser realizado en un montante superior a 1/3 en el exterior de un único Estado miembro. Véase, en ese sentido: IDOT, Laurence: *Commentaire du Règlement du 21 Décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations*, JCP. N° 12, Mars, Editions Techniques, Paris, 1991, p. 35.

¹¹⁵⁹ BOURGEOIS, Jacques H.J. y DRIJBER, Berend-Jan: Le règlement CEE relatif au contrôle des concentrations: un premier commentaire, *Revue des Affaires Européennes*. N° 2, Paris, 1995, p. 19.

¹¹⁶⁰ Al respecto de la regla de 2/3, se pronunció la Comisión en la decisión *Digital/Kienzle* (Decisión de la Comisión de 22/02/1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto n° IV M. 0057 – Digital / Kienzle, sobre la base del Reglamento CEE n° 4064/89 del Consejo – DO n° C056 de 05/03/1991), y en la decisión *Eridania / ISI* (Decisión de la Comisión de 30/07/1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto n° IV M. 062 – Eridania / ISI, sobre la bases del Reglamento CEE n° 4064/89 del Consejo, DO n° C 204 de 03/08/1991), para confirmar que, aunque una de las dos empresas participantes estuviera realizando más de 2/3 de su volumen de negocios en un único Estado miembro, la operación tenía dimensión comunitaria si la otra empresa no tuviera 2/3 de su volumen de negocios en el mismo Estado miembro. En cuanto a la decisión referida en primer lugar, la Comisión acaba por no oponerse a la concentración y declara la operación compatible con el mercado común, con base en el apartado *b* del n° 1 del artículo 6 del Reglamento, ya que, aunque la empresa *Digital* fuera un de los más importantes suministradores mundiales de sistemas informáticos, la empresa *Mannesmann Kienzle* era un pequeño vendedor de sistemas informáticos con una cuota de mercado limitada, incluso en el mercado alemán, donde era más fuerte. Luego, aunque fuera una operación abarcada por el campo de aplicación del Reglamento, las condiciones de la competencia en los mercados afectados no serían modificadas después de realizada la operación.

¹¹⁶¹ La regla de las *dos terceras partes* levanta, aún, ciertas dudas en cuanto a la cuestión de saber si la expresión *cada una de las empresas afectadas*, utilizada en la parte final del art. 1, n° 2, apartado *b*, debe ser interpretada aisladamente o en conjunto con la *regla de minimis*. (Al respecto de esta cuestión, véase: DOWNES, A.T. Anthony y ELLISON, Julian: *The legal control of mergers in the European communities*. Blackstone Press Limited, London, 1991, p. 56; COOK, John y KERSE, Chris S.: *EEC merger control. Regulation 4064/89*. Sweet & Maxwell, London, 1991, p. 43). Estas dificultades surgen cuando las empresas involucradas en la concentración son en número superior a dos. Supongamos el siguiente ejemplo: las empresas A, B y C son participantes en una operación de concentración. El volumen de negocios total realizado a nivel mundial por las empresas sobrepasa los 5 mil millones de euros, verificándose, por lo tanto, el liminar principal. Las empresas A y B realizan individualmente en la Comunidad un volumen de negocios superior a los 205 millones de euros

Cumplidos cumulativamente los tres elementos (volumen del negocio, elemento geográfico y regla de 2/3, o criterio de la transnacionalidad), la operación de concentración tendrá dimensión comunitaria, aplicándose el Reglamento Comunitario del control de las concentraciones (Reglamento 139/2004). Esta aseveración tiene una doble consecuencia:

1) Por un lado, deberá considerarse excluida la aplicación de las leyes de los Estados miembros a tales operaciones, en los términos del art. 21, nº 3, del Reglamento 139/2004.

2) Por otro lado, las operaciones de concentración denominadas infracomunitarias (o de dimensión no comunitaria), ya que no cumplen los requisitos del nº 2 del art. 1 y del apartado 3 del art. 1 del Reglamento 139/2004, quedarán sujetas a la aplicación de las legislaciones nacionales por parte de las respectivas autoridades de Derecho interno.

Finalmente, obsérvese que la fijación de montantes tan elevados es fruto de un compromiso político que la Comisión tuvo que aceptar para ver aprobado el Reglamento¹¹⁶².

3.2. El cálculo del volumen de negocios

Con relación al cálculo del volumen de negocios, la opción por este criterio, y no por el de la cuota de mercado, se basa, esencialmente, en razones de simplicidad y seguridad, permitiendo a las empresas participantes

y ambas realizan más de dos terceras partes de su volumen de negocios, en la Comunidad, en un único Estado miembro. La empresa C, que no cumple el requisito del *liminar minimis* del Reglamento realiza, todavía, menos de dos terceras partes de su volumen de negocios en la Comunidad, en el mismo Estado miembro. ¿El Reglamento se aplicaría a una situación de ese tipo? La solución depende de la interpretación dada a la regla de 2/3. Si consideramos que debe ser entendida en conjugación con el *liminar minimis*, la expresión *cada una de las empresas* se refiere, en nuestro ejemplo, tan sólo a las empresas A y B. Luego, el Reglamento no se aplica porque esas empresas realizan 2/3 de su volumen de negocios en un único y mismo Estado miembro. Si los dos criterios fuesen aplicados separadamente, esto es, si la expresión *cada una de las empresas afectadas*, utilizada en la regla de 2/3, no fuera conjugada en su aplicación con la *regla de minimis*, el Reglamento ya se aplicaría a nuestro caso, ya que la empresa C, aunque no cumpla el requisito de la *regla de minimis*, es una de las empresas afectadas a efectos de la regla de los 2/3. Así, ya que la empresa C realiza menos de 2/3 de su volumen de negocios en el mismo Estado miembro de A y B, se verifican los tres límites establecidos en el art. 1 y el Reglamento debe ser aplicado al caso concreto.

¹¹⁶² Nótese que, sea cual sea el límite adoptado, el mismo será siempre arbitrario, abarcando transacciones que no levantan problemas a nivel comunitario y dejando de fuera operaciones que producen efectos negativos a nivel comunitario. Véase, en ese sentido: FOLGUERA CRESPO, Jaime: *Algunas notas sobre el Reglamento de control de concentraciones de empresas*, GJ. B-51, nº 77, Marzo, EINSA, Madrid, 1990, p. 4.

en una operación de concentración prever la necesidad de proceder a su notificación. En la práctica, su utilización no siempre se revela sencilla, además de no tener la aprobación unánime de la doctrina en cuanto a las razones subyacentes a su aplicación.

La crítica fundamental reside en el hecho de tratarse de un criterio con poco sentido en términos económicos, afirmándose que, en última instancia, depende de la dimensión del mercado¹¹⁶³.

El cálculo del volumen de negocios debe ser hecho con base en el art. 5 del Reglamento de 2004. Sin embargo, la noción de volumen de negocios no está exenta de dificultades.

1) Así, desde luego, se discute la concepción de actividades ordinarias. En principio, tal noción abarcará todas las operaciones que estén definidas en el objeto social del ente societario, y que hacen referencia a su gestión normal, quedando excluidas situaciones de ganancias excepcionales, que resulten de operaciones extraordinarias¹¹⁶⁴.

2) La noción fue, además, abordada en el caso Cereol/ Continental Italiana¹¹⁶⁵, donde fue discutida la cuestión de saber si los auxilios comunitarios debían ser abarcados en el cálculo a efectuar. La Comisión, en el aludido caso, excluyó del cálculo del volumen de negocios, el auxilio comunitario atribuido en el ámbito de la Política Agrícola Común¹¹⁶⁶. Tal actitud de la Comisión fue justificada por entender el órgano comunitario que el auxilio en cuestión no constituye un auxilio a la venta de los productos transformados por una de las empresas involucradas en la operación de concentración, sino un auxilio a los productores de materias primas (semillas) utilizadas por esa empresa¹¹⁶⁷.

¹¹⁶³ WINCKLER, Antoine y GERONDEAU, Sophie: *Étude critique du règlement CEE sur le contrôle des concentrations d'entreprises*, RMC. N° 339, Août-Septembre, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1990, nota 10, p. 543.

¹¹⁶⁴ BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. Éditions A. Pedone, Paris, 1992, p. 106.

¹¹⁶⁵ Decisión de la Comisión de 27/11/1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto n° IV M. 156 – Cereol / Continental Italiana) sobre la base del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, DO n° C 007 de 11/01/1992.

¹¹⁶⁶ XXI Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1991, p. 382.

¹¹⁶⁷ Obsérvese que, aunque en el caso concreto la Comisión consideró que los auxilios comunitarios no deberían estar incluidos en el cálculo del volumen de negocios de la empresa

3) Otro punto importante a subrayar es el de la determinación del período a considerar a efectos de cálculo del volumen de negocios. El art. 5, nº 1 del Reglamento 139/2004 refiere como relevante el período correspondiente al último ejercicio que corresponder a sus actividades ordinarias, solución que tendría la ventaja de no tener las empresas que preparar cuentas específicas para cada notificación de operación de concentración.

4) Sin embargo, surgen dificultades prácticas cuando la operación de concentración es realizada poco después del cierre de un ejercicio y del inicio de otro, no estando aún disponibles los respectivos números de las empresas.

Este problema fue abordado en el caso *Accor/Wagons-Lits*¹¹⁶⁸, donde la Comisión decidió que la expresión último ejercicio debía ser interpretada en el sentido del último ejercicio cuyas cuentas estuvieran disponibles¹¹⁶⁹.

Tal solución, siendo la preferible desde un punto de vista práctico, no está tampoco exenta de críticas. De hecho, basar el cálculo del volumen de negocios en datos suministrados en el penúltimo ejercicio, cuando muchas de las veces ya han pasado varios años desde el mismo, puede no tener ninguna correspondencia con la actual dimensión de la empresa. Igual desfase, entre las informaciones prestadas y la real dimensión de la empresa, ocurre cuando, después del cierre del último ejercicio, las empresas afectadas empiezan a desarrollar nuevas actividades, las cuales no serán, por lo tanto, contempladas en las informaciones cedidas a la Comisión.

A fin de solucionar estas dificultades diversas correcciones fueron sugeridas al criterio interpretativo hecho por la Comisión. A las cuentas disponibles del último ejercicio deberían ser adicionadas o sustraídas, a efectos de cálculo del volumen de negocios, las adquisiciones y ventas realizadas

en causa, la cuestión en general, de saber si los auxilios pueden ser efectivamente tomados en consideración en el cálculo del volumen de negocios de una empresa en causa, continúa abierto. Véase, en ese sentido: XXI Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1991, cit.

¹¹⁶⁸ Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1992, por la cual se declara la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración (Asunto nº IV/M. 126 – *Accor/Wagons – Lits*) – Reglamento CEE nº 4064/89 del Consejo, DO nº L 204 de 21/07/1992.

¹¹⁶⁹ Véase punto 4 de la referida decisión (decisión *Accor/Wagons, cit.*).

después de su cierre (o sea, las operaciones realizadas después de su último ejercicio)¹¹⁷⁰.

Sin dejar de reconocer el mérito de ésta solución, creemos todavía que, al permitir una mirada más realista de la verdadera dimensión de las empresas en causa, puede crear el riesgo de tornarse demasiado morosa y onerosa. De ahí que la Comisión parezca haber encontrado una solución práctica, bastante más sencilla, al promocionar el desarrollo de contactos informales con las empresas, antes de ser hecha la notificación, en que se tienen en cuenta esos datos, buscando, de este modo, evitar crear los nuevos encargos que la necesidad de cálculos específicos implicaría para las empresas obligadas a la notificación¹¹⁷¹.

Es necesario subrayar además que el volumen de negocios a tener en cuenta debe ser considerado en términos netos, lo que parece lógico, ya que solamente con esos valores podremos conocer la verdadera dimensión e importancia económica de las empresas participantes en la operación de concentración, así como apreciar el impacto de la operación en el mercado común¹¹⁷².

El artículo 5, nº 1, parte final (Reglamento 139/2004), esclarece que las transacciones efectuadas entre las empresas pertenecientes al mismo grupo son consideradas, por los autores del Reglamento, irrelevantes, ya que se sitúan en un plano interno. Así, lo importante es la mirada externa del grupo como un todo, lo que, representando una única oferta en el mercado, permitirá apreciar el impacto de la operación sobre la competencia comunitaria.

Finalmente, importa determinar el sitio donde es realizado el volumen de negocios, ya que se trata de una cuestión previa a la verificación de la regla de minimis y de la regla de los 2/3. Así, el artículo 5, nº 1 del Reglamento 139/2004 tiene como principio que el volumen de negocios está localizado en el territorio donde se encuentra el usuario final de los

¹¹⁷⁰ JONES, Christopher y GONZÁLEZ DÍAZ, Enrique: *The EEC merger regulation*. Sweet & Maxwell, London, 1992, p. 18.

¹¹⁷¹ BOS, Pierre y otros: *Concentration control in the European Economic Community*. Op. cit., p. 130.

¹¹⁷² BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. Op. cit., p. 107.

productos¹¹⁷³. O sea, para saber si el volumen de negocios fue realizado en un cierto Estado, se verifica, generalmente, la sede del comprador del producto o servicio en causa, en la fecha de la transacción. El volumen de negocios será, así, considerado efectuado en el Estado donde se encuentra la empresa o consumidor individual con quien es realizada la operación¹¹⁷⁴.

3.3. Identificación de la empresa afectada para efectos del cálculo del volumen de negocios

Referidos sumariamente los principios observados en el cálculo del volumen de negocios, se torna, ahora, esencial determinar las empresas a tener en cuenta en dicho cálculo.

La determinación de las empresas relevantes a efectos del cálculo del volumen de negocios es un proceso que se desarrolla en una doble fase. En un primer momento, la Comisión identifica las empresas participantes en la operación, para en seguida delimitar los grupos a que pertenecen.

El Reglamento nº 139/2004 utiliza en su art. 5, nº 4, la fórmula empresa afectada, sin adelantar, todavía nada, en cuanto a la definición de su contenido. De ahí que surja como cuestión previa saber si el concepto de empresa utilizado en el Reglamento tiene el alcance que le es dado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de los artículos 81 y 82

¹¹⁷³ RUBIN, Chantal: Le règlement européen n. 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *Revue de la Concurrence et de la Consommation*. Nº 53, Janvier-Fevrier, Paris, 1990, p.6.

¹¹⁷⁴ La aplicación de esta disposición levanta especiales dificultades en ciertos sectores de actividad. Es el caso, por ejemplo, de las operaciones de concentración realizadas entre distintas compañías aéreas. ¿Cómo deberá ser calculado el volumen de negocios de las compañías aéreas, principalmente en cuanto a la *regla de minimis* y a la *regla de 2/3*? El problema surgió en el caso *Delta AirLines / Pan An* (Decisión de la Comisión de 13 de septiembre de 1991, Asunto IV/M 130, DO nº C 289/14, de 07/11/1991), donde la Comisión tuvo que aplicar el segundo párrafo del nº 1 del art. 5 del Reglamento 4064/89 a los servicios de transporte trasatlántico. La autoridad comunitaria admitió tres métodos posibles de repartición de negocios del transporte aéreo entre la Comunidad y los Estados miembros: a) repartición por países de destino del vuelo; b) repartición idéntica por país de origen y país de destino del vuelo y; c) repartición por países en que los billetes fueron vendidos. Todavía, existen más problemas: ¿y si el Estado donde es realizado el volumen de negocios solamente se vuelve miembro de la Comunidad poco antes de ser efectuada la transacción? ¿El volumen de negocios debe ser considerado realizado en la Comunidad, para efectos del cálculo de la *regla de minimis*, cuando las cuentas del último ejercicio de la empresa afectada reflejan la situación anterior en que el Estado aún no pertenecía a la Comunidad? Cuestión semejante fue abordada en el caso *Paribas / MTH / MBH* (Decisión de la Comisión de 17 de octubre de 1991, Asunto IV/M 122, DO nº C 277/18 de 24/10/1991), donde la Comisión declaró que el volumen de negocios de la empresa MTH era en su globalidad comunitario, incluyendo el realizado en la RDA, ya que, cuando fue realizada la operación, ya se había verificado la reunificación de Alemania, siendo, por lo tanto, la RDA considerada parte de la Comunidad Europea.

TCE, en los términos del cual empresa es toda actividad organizada que pretenda la prosecución de intereses económicos, disponiendo de autonomía de decisión y siendo capaz de determinar de forma independiente su comportamiento en el mercado¹¹⁷⁵.

Solucionada esta primera dificultad (definición de empresa), nos surge luego otra duda, que es la de saber cuál es el alcance de la expresión empresa afectada, elemento esencial para la determinación del volumen de negocios en los términos del art. 1 del Reglamento.

El concepto de empresa afectada no es definido en el Reglamento, pero ha sido interpretado en distintas decisiones de la Comisión. Nótese, desde luego, que existen dos situaciones en que la determinación de las empresas involucradas en la concentración se hace de forma relativamente simple. Es el caso de las fusiones o de las adquisiciones de control de una empresa por otra. En la primera hipótesis, no existen dudas de que deban ser consideradas empresas afectadas las participantes en la operación de fusión. En la segunda hipótesis, las empresas afectadas serán las empresas adquirentes y las empresas adquiridas.

Sin embargo, la cuestión se complica cuando, además de las empresas involucradas directamente en la operación, deban ser observadas las empresas que participaron indirectamente tal como, por ejemplo, las operadoras que dieron un soporte financiero a la operación de concentración¹¹⁷⁶. En este marco podremos configurar distintas hipótesis:

1) Una primera hipótesis es la de la creación de una filial común con carácter de concentración, tanto en el caso de que esa creación sea resultado de una nueva empresa como de la adquisición de control de una filial sobre la cual el cedente, igualmente, conserva un cierto grado de control. En esta hipótesis, se plantea la cuestión de saber si las empresas madres deben ser consideradas empresas afectadas en la acepción del art. 1, nº 2 del Reglamento 139/2004.

¹¹⁷⁵ En el sentido de que la noción de empresa, para efectos del Reglamento, es la misma que fue adoptada en el marco del Tratado, véase: COOK, John y KERSE, Chris S.: *EEC merger control, Regulation 4064/89. Op. Cit.*, p. 47 y ss.

¹¹⁷⁶ COOK, John y KERSE, Chris S.: *EEC merger control, Regulation 4064/89. Op. Cit.*, p. 48.

Nos parece que la solución que mejor se adapta, no solamente al objetivo del Reglamento de conferir una amplia jurisdicción a la Comisión en materia de control de las concentraciones empresariales, sino también a la finalidad del criterio del volumen de negocios de determinar la importancia económica de las empresas participantes en la operación de concentración, será una respuesta afirmativa, aunque tal opción presente ciertas dificultades¹¹⁷⁷.

Fue ésta, además, la solución seguida por la Comisión en el caso Varta Bosch¹¹⁷⁸, objeto todavía de ciertas críticas.

De hecho, se subrayó que, en los casos en que las sociedades matrices crean una pequeña filial común con carácter de concentración, es suficiente que las sociedades madre cumplan los tres requisitos del art. 1, nº 2 del Reglamento para que surja la obligación de notificar a la Comisión la realización de la operación. Pues bien, la notificación de operaciones tan pequeñas genera un dispendio de mucho más tiempo y dinero, lo que, en principio, no parece justificado por los objetivos del Reglamento¹¹⁷⁹.

2) Otra cuestión es la de saber quién debe ser considerada empresa afectada, en los términos del art. 1, nº 2 (Reglamento 139/2004), en los casos en que dos empresas pretendan adquirir conjuntamente el control de una tercera empresa, aprovechándose para tal efecto de una filial común que les pertenece. ¿Deben ser consideradas empresas afectadas solamente la filial común y la tercera empresa, o también deben ser consideradas como tal las sociedades madre? Los resultados alcanzados cambiarán según las empresas que incluyamos en el cálculo del volumen de negocios a realizar.

¹¹⁷⁷ Todavía, si no todas las sociedades participan en el control conjunto de la filial común, parece que la mejor solución será aplicar la regla del art. 5, nº 2 del Reglamento, esto es, solamente se tendrá en cuenta el activo transferido a la filial común por las sociedades fundadoras para la determinación del volumen de negocios del grupo de sociedades. Véase, en ese sentido: SIRAGUSA, Mario y SUBIOTTO, Romano: *Le contrôle des opérations de concentration entre entreprises au niveau européen: une première analyse pratique*, RTDE. 28 année, nº 1, Sirey, Paris, 1992, p. 70.

¹¹⁷⁸ Decisión de la Comisión, de 31 de julio de 1991, por la que se declara la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración (Asunto IV / M.012 – Varta/Bosch) sobre la base del Reglamento CEE nº 4064/89 del Consejo, DO nº L 320 de 22/11/1991.

¹¹⁷⁹ JONES, Christopher y GONZÁLEZ DÍAZ, Enrique: *The EEC merger regulation*. Op. cit., p. 20.

La solución de ese problema tiene que pasar por un análisis riguroso del estatuto o contrato social de la filial común, atendiendo principalmente a los siguientes puntos:

a) momento en que fue creada la filial común – si fue creada en el momento inmediatamente anterior a la adquisición de la tercera empresa, es altamente probable que no se trate de una verdadera empresa independiente sino solamente un mero vehículo de adquisición;

b) el activo de la filial común – es sintomática la inexistencia de bienes además de los necesarios para la realización de la propuesta de adquisición;

c) la participación de las sociedades matrices en la operación realizada – principalmente en cuanto a la iniciativa de la oferta, organización y financiamiento.

Así, observados estos tres puntos presentados anteriormente tenemos cómo verificar la existencia o no de una verdadera autonomía de la filial común con relación a las sociedades madre.

Caracterizada tal autonomía, las empresas afectadas estarán entonces calificadas solamente como la filial común y la tercera empresa adquirida. En los términos de esa solución, el Reglamento solamente será aplicado si el volumen de negocios de la filial común, y el volumen de negocios de la tercera sociedad adquirida, sobrepasan individualmente el liminar de 250 millones de euros (verificándose, obviamente, los demás requisitos).

En otros casos, los más frecuentes, son las sociedades matrices las que realmente intervienen en el negocio, o sea, la filial común fue creada tan sólo con el objetivo de servir como instrumento para hacer la oferta a la empresa adquirida. Las sociedades madre controlan, de este modo, indirectamente, la empresa adquirida, por medio de la filial común, creada con el objeto de permitir tal adquisición. En este caso, la Comisión tendrá la obligación de desvelar la realidad económica que se esconde detrás del velo social. Empresas afectadas, a efectos del art. 1 del Reglamento, en este caso, serán consideradas las sociedades matrices, la filial común y la empresa

adquirida, debiendo ser calculados separadamente los respectivos volúmenes de negocio para averiguar sobre la aplicación del Reglamento 139/2004.

La Comisión parece, en la práctica, haber seguido los principios expuestos arriba. Un ejemplo particularmente claro de tal hecho es la decisión proferida en el caso *Aérospatiale-Alenia/de Havilland*¹¹⁸⁰, relativa a la adquisición conjunta, por la empresa francesa *Aérospatiale* y por la empresa italiana *Alenia*, del segundo mayor fabricante europeo de aviones, la empresa *De Havilland*, por medio de la filial común *ATR*.

El problema que se planteaba era el de saber si la *ATR* debía ser considerada como un simple vehículo de la propuesta o no. La Comisión respondió afirmativamente, considerando las tres sociedades – *Aérospatiale*, *Alenia* y *De Havilland* – como empresas afectadas. Como el volumen de negocios realizado en el plano mundial por las tres sociedades era superior a los 5 mil millones de euros, y las sociedades francesa y italiana cumplían la regla de *minimis* (siendo irrelevante el hecho de que el volumen de negocios de *De Havilland* realizado en la Comunidad fuese inferior a los 250 millones de euros), además de que las empresas en causa no producían más de 2/3 de su volumen de negocios en un único Estado miembro¹¹⁸¹, la autoridad comunitaria afirmó que la concentración tenía dimensión comunitaria, en los términos del art. 1, nº 2 del Reglamento.

Nótese, sin embargo, que, si la filial común hubiera sido calificada como una entidad económica independiente, ella sería considerada conjuntamente con las sociedades madre como una única empresa afectada al lado de la *De Havilland*. En este caso, como era necesario que el volumen de negocios realizado individualmente en la Comunidad fuera superior a los 250 millones de ecus por parte al menos de dos de las empresas en cuestión, esto es, tanto por la empresa afectada *ATR/Aérospatiale/Alenia*, como por la empresa *De Havilland*, y ya que ello no sucedía con relación a esta última, no se alcanzará la regla de *minimis*, alejándose la aplicación del Reglamento ya que la operación no tendría dimensión comunitaria.

¹¹⁸⁰ Decisión de la Comisión, de 2 de octubre de 1991, por la que se declara la incompatibilidad con el mercado común de una operación de concentración (Asunto nº IV/M.053-*Aérospatiale-Alenia/De Havilland*) Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, DO nº L 334 de 05/12/1991.

¹¹⁸¹ Punto 6 de la referida Decisión de la Comisión.

3) Una tercera hipótesis será la situación en que una empresa realiza la adquisición de parte de otra empresa, generalmente una filial.

Nos parece la mejor solución considerar como empresas afectadas a las empresas que, después de la operación de concentración, tienen vínculos con el nuevo grupo de sociedades constituido¹¹⁸².

Además, es en este sentido que surge la excepción del art. 5, nº 2 del Reglamento, a la regla general del art. 5, nº 4 del mismo Reglamento 139/2004, según la cual si la concentración se lleva a cabo mediante la adquisición de partes de una o más empresas, sólo se tendrá en cuenta el volumen de negocios relativo a las partes que son objeto de la transacción. Lo que equivaldría a decir que sólo son considerados los volúmenes de negocios de la empresa adquirente y de la filial adquirida. Así, solamente el volumen de negocios imputable a la parcela vendida es tenido en cuenta en el cálculo a efectuar, siendo excluidos los restantes bienes de la empresa vendedora¹¹⁸³.

En la misma línea de ideas, si una empresa viene a adquirir el control total de una filial anteriormente controlada en conjunto por ella y otra sociedad, no debe esta última empresa ser considerada abarcada por la fórmula empresa afectada.

Así, en el caso ICI/Tioxide¹¹⁸⁴, relativo a la adquisición por la ICI de un 50% de las acciones de la Cookson en la Tioxide que, antes de la operación, era controlada en conjunto por la ICI y la Cookson, la Comisión calificó como empresas afectadas la ICI y la Tioxide. La actuación de la Comisión está, por lo tanto, de acuerdo con la finalidad del art. 5, nº 2 del

¹¹⁸² JONES, Christopher y GONZÁLEZ DÍAZ, Enrique: *The EEC merger regulation*. Op. cit., p. 22.

¹¹⁸³ En ese sentido, véanse las siguientes Decisiones de la Comisión, de entre otras: DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 08/02/1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV/M.009 - FIAT GEOTECH / FORD NEW HOLLAND) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO n° C 118 de 03/05/1991*; DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 17.12.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0027 - PROMODES / DIRSA) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO n° C 321 de 21/12/1990*; DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 02.09.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.129 - DIGITAL / PHILIPS) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO n° C 235 de 10/09/1991*.

¹¹⁸⁴ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 28.11.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0023 - ICI / TIOXIDE) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO n° C 304 de 04/12/1990*.

Reglamento, la cual es, excluir los bienes de la empresa vendedora que no tiene ningún interés para el desarrollo de la vida futura de la filial, después de realizada su adquisición por otra empresa. Claro está que, en la práctica, son innumerables las dificultades a solucionar en tal caso, ya que no siempre será sencillo repartir el volumen de negocios de la empresa cedente.

4) Aún, en cuanto al art. 5, nº 2 del Reglamento 139/2004, es discutida su aplicación a las empresas comunes con carácter de concentración.

Así, parte de la doctrina defiende, invocando su ratio legis, que, en la apreciación de la dimensión comunitaria de una operación de concentración, relativa a la creación de una empresa común con carácter de concentración, no deberían ser incluidos en el cálculo del volumen de negocios los bienes de la sociedad madre, ya que la finalidad de esa disposición es eliminar la consideración del peso económico, que no tiene ninguna influencia en la situación del nuevo ente societario¹¹⁸⁵.

Por lo tanto, siendo la empresa común vista como una entidad económica independiente, en cuya política comercial las sociedades madre no ejercen ningún tipo de control, el cálculo de la dimensión comunitaria de la concentración, que pretende determinar su impacto en la oferta comunitaria, no debería tener en cuenta el peso económico de las empresas fundadoras.

La práctica decisoria de la Comisión está, sin embargo, orientada en términos opuestos, excluyéndose en principio la aplicación del art. 5, nº 2 a las empresas comunes con carácter de concentración que sean creadas como entidades nuevas o mediante la adquisición de control de la empresa en que el cedente conserva parte del control, desde que exista un verdadero control conjunto¹¹⁸⁶.

5) Finalmente, para impedir que los objetivos de la primera parte del art. 5, nº 2 del Reglamento sean defraudados, su párrafo 2 establece que "...cuando dos operaciones en el sentido del primer párrafo tengan lugar en un

¹¹⁸⁵ BOS, Pierre; STUYCK, Jules y WYTINK, Peter: *Concentration Control in the European Economic Community. Op. cit.*, p. 135.

¹¹⁸⁶ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 10.06.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0072 - SANOFI / STERLING DRUG) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 156 de 14/06/1991.

período de dos años entre las mismas personas o empresas se considerarán como una sola concentración realizada en la fecha de la última operación”.

Se busca así evitar que una operación de concentración escape a la aplicación del Reglamento, mediante su fraccionamiento en distintas adquisiciones sucesivas de pequeñas parcelas de una empresa, estableciéndose que las múltiples adquisiciones serán, en la fecha de la última adquisición, consideradas como una única concentración.

Esta disposición fue invocada por primera vez en el caso Volvo/Lex, en que la empresa Volvo adquirió los activos vinculados a la producción de una filial irlandesa de la Lex, habiendo previamente adquirido los activos de su filial británica¹¹⁸⁷.

3.4. Delimitación del grupo al que pertenece la empresa afectada

Identificadas las empresas participantes en la concentración, sigue una segunda fase, que consiste en la delimitación del perímetro del grupo a que pertenecen tales empresas.

Partiendo el concepto y el método de cálculo del volumen de negocios de la presunción que, cuanto mayores sean las empresas participantes en la concentración, mayor es la probabilidad de verse afectado el comercio comunitario, parece lógico incluir, en el volumen de negocios de la empresa afectada, el volumen de negocios del grupo de sociedades a que pertenece, ya que solamente así es posible verificar su verdadero peso económico.

La noción de grupo de sociedades, cuyo volumen de negocios debe ser notificado a la Comisión en su totalidad, tampoco se encuentra definida en el Reglamento, aunque éste tenga como punto de referencia el concepto de control¹¹⁸⁸. De esta forma, en el cálculo del volumen de negocios del grupo deben ser consideradas todas las empresas que ejercen un control

¹¹⁸⁷ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 03.09.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto n° IV M.261 - VOLVO / LEX) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO n° C 239 de 18/09/1992.

¹¹⁸⁸ BOS, Pierre; STUYCK, Jules y WYTINK, Peter: *Concentration Control in the European Economic Community. Op. cit.*, p. 132.

directo o indirecto sobre las empresas afectadas o que son controladas por las empresas en cuestión, esto es, por las empresas participantes en la concentración.

El artículo 5, nº 4, apartado b del Reglamento 139/2004, refiere los distintos medios de control que la empresa afectada puede ejercer sobre otra empresa, directa o indirectamente, a saber:

- “ - de más de la mitad del capital o del capital circulante, o
- del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto, o
- del poder de designar más de la mitad de los miembros del Consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o
- del derecho a dirigir las actividades de la empresa.”

La opción por la enumeración de un listado de situaciones de control a efectos del cálculo del volumen de negocios, al contrario de una noción general, a semejanza de la estipulada en el art. 3 del Reglamento, se justifica por razones de seguridad y simplicidad en la operación a realizar.

Sin embargo, la elección de métodos de expresión distintos parece sobrepasar, a veces, el mero formalismo, para traducirse en diferencias sustanciales entre las dos disposiciones. Lo que equivaldría a decir que el concepto realizado en el art. 5, nº 4 del Reglamento 139/2004 parece divergir sustancialmente de la noción establecida en el art. 3, nº 2 del mismo Reglamento (en el anterior Reglamento 4064/89, la divergencia se daría con el art. 3, apartado 3).

Tal distinción aparece, además, confirmada en la decisión de la Comisión en el asunto Arjomari Prioux / Wiggins Teappe Appleton (WTA)¹¹⁸⁹. Se encontraba aquí en causa una operación de concentración a realizar en dos fases. Primero, la Arjomari transfería la mayoría de sus activos a una de sus

¹¹⁸⁹ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 10.12.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0025 - ARJOMARI-PRIOUX SA / WIGGINS TEAPE APPLETON) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 321 de 21/12/1990.

filiales a 100%, la Arjomari Decor. En una segunda fase, la Arjomari transfería a la WTA la mayor parte de sus acciones en la Arjomari Decor, en cambio de un 39% de las acciones de la WTA, encontrándose dispersas las restantes acciones de la WTA. De este modo, después de la operación de concentración, la Arjomari pasaría a detentar un 39% de las acciones de la WTA que, a su vez, poseería un 99% de las acciones de la empresa de explotación de la Arjomari¹¹⁹⁰.

La Comisión consideró que la propiedad, por la Arjomari – Prioux, de un 39% de las acciones de la WTA le confería el poder de ejercer una influencia determinante sobre la actividad de la WTA, por lo que la Arjomari habría adquirido el control de la empresa, en la acepción del art. 3 del Reglamento¹¹⁹¹. Todavía, en el cálculo del volumen de negocios, la Comisión rehusó tomar en consideración los volúmenes de negocios del Groupe Saint-Louis (accionista minoritario de la Arjomari) y de la Pechelbronn (la mayor accionista del Groupe Saint – Louis), en los términos del art. 4, apartado c, y el párrafo 3, apartado b del art. 5, ambos del Reglamento 4064/89, ya que, a su entender, el ejercicio por el Groupe Saint – Louis de 45,19% de los derechos de voto presentes o representados en la Asamblea General de la Arjomari, así como el hecho de que su participación hubiese aumentado posteriormente a un 45,12% de los derechos totales de voto, no era suficiente para comprobar que el Groupe Saint – Louis detentaba sobre la Arjomari el poder previsto en el art. 5, nº 4, apartado b, esto es, el de designar más de la mitad de los miembros del consejo general o del consejo de administración o de los órganos que representan legalmente la empresa¹¹⁹².

La propiedad de los derechos totales de voto del orden de un 45% no es suficiente, por lo tanto, según la Comisión, para establecer la existencia de una influencia determinante. Y, de este modo, la exclusión del Groupe Saint – Louis y, en consecuencia, de la Pechelbronn, como parte del grupo Arjomari, a efectos del cálculo del volumen de negocios, llevó a que se concluyera la ausencia de la dimensión comunitaria de la concentración.

¹¹⁹⁰ Puntos 2 y 3 de la Decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 1990, cit.

¹¹⁹¹ Punto 4 de la Decisión de 10 de diciembre de 1990, cit.

¹¹⁹² Punto 7 de la decisión de 10 de diciembre de 1990, cit.

Esencial, en esta decisión, es subrayar la distinta aproximación hecha por la Comisión a los conceptos de control presentes en el art. 3 (Reglamento 4064/89), relativo a la definición de concentración, y el art. 5 (Reglamento 4064/89), sobre el cálculo del volumen de negocios. Parece que es suficiente la utilización de un test económico bastante general para considerar cumplida la primera disposición, como demuestra el hecho de bastar la detención de un 39% de las acciones de una empresa, cuando las restantes estarán dispersas, para convenir en la posibilidad de ejercicio de una posición determinante.

Sin embargo, con relación al cálculo del volumen de negocios, el test de la existencia de un control, establecido por la Comisión, se muestra mucho más exigente. De esta forma, solamente se considerará que una empresa controla a otra, principalmente por medio del poder de designar más de la mitad de los miembros del órgano de fiscalización, del órgano de administración, o de los órganos que la representan legalmente, en dos momentos:

a) cuando existe el derecho contractual de hacer esas nominaciones¹¹⁹³;

b) cuando es posible probar que una empresa que posee la mayor parte de los derechos de voto de otra empresa, aunque no detenta la mayoría absoluta, y siempre que los demás derechos de voto se encuentren dispersos, tuvo efectivamente la posibilidad de efectuar estas nominaciones por medio del control de más de un 50% de los derechos de voto en la Asamblea General, debido a la ausencia de otros derechos de voto¹¹⁹⁴.

La Comisión subrayó, por lo tanto, que el poder de efectuar nominaciones no debe ser interpretado en términos exclusivamente jurídicos,

¹¹⁹³ En los términos del Asunto *Accor/Wagons Lits* (Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1992, por la cual se declara la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración (Asunto nº IV/M. 126 – *Accor/Wagons – Lits*), *cit.*), en que, aunque la empresa *Accor* solamente detentaba participaciones minoritarias en otras empresas, había acuerdos en el sentido de le conferirle el derecho de gestionar los negocios de las empresas, considerando la Comisión que se verificaba entonces la situación del art. 5, nº 4, apartado *b* del Reglamento 4064/89.

¹¹⁹⁴ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 10.12.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0025 - ARJOMARI-PRIOUX SA / WIGGINS TEAPE APPLETON), *cit.*, punto 6.

pues es sobre todo un poder de hecho. En el asunto Arjomari Prioux, como no se comprobó que el Groupe Saint – Louis tenía el derecho de realizar efectivamente esas nominaciones, no se consideró verificada la hipótesis del art. 5, nº 4, apartado b, tercer párrafo del Reglamento 4064/89¹¹⁹⁵.

Ésta misma interpretación sigue válida para el análisis del Reglamento 139/2004. En éste caso, sin embargo, la divergencia ocurre entre los artículos 5, letra b y artículo 3, apartado 2, ambos del nuevo Reglamento de control de las operaciones de concentración en la UE (Reglamento 139/2004).

Además, el distinto grado de exigencia utilizado para determinar el cumplimiento de la noción de control en los términos del art. 5, nº 4 y del art. 3, nº 3 (Reglamento 4064/89), surge igualmente de forma clara cuando comparamos el asunto Arjomari Prioux, en que la detención de un 45% de los derechos de voto no era suficiente para que el Groupe Saint – Louis detuviera el control a efectos del art. 5, nº 4 del Reglamento (4064/89), con otro asunto, la decisión Renault / Volvo¹¹⁹⁶, donde la participación de un 45% fue considerada suficiente para conceder una influencia determinante, según el art. 3, nº 3 del Reglamento 4064/89.

Bien, esta interpretación, particularmente exigente, del art. 5 del Reglamento 139/2004, se revela contraria a las finalidades del Reglamento, principalmente en cuanto a la posibilidad de permitir un control lo más amplio posible de la expansión económica efectuada por medio de concentraciones¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁵ Esta decisión fue, además, confirmada en otras situaciones. Así, por ejemplo, el asunto *Eridania / ISI* (Decisión de la Comisión de 30/07/1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M. 062 – Eridania / ISI, *cit.*), en que se planteó un problema semejante. La solución dada, en este caso, fue distinta, ya que la situación de hecho divergía de la del asunto *Arjomari Prioux*, pero el raciocinio seguido fue el mismo. La Comisión consideró que, aunque *Ferruzzi* apenas detentaba una participación del 43,695 % en la *Montedison*, que detentaba una participación en *Eridania*, detentaba de hecho el poder de controlar *Montedison*, en los términos del art. 5, nº 4 del Reglamento 4064/89, debido a gran dispersión de los demás accionistas. En este caso, la decisión de la Comisión de considerar *Eridania* como parte del grupo *Ferruzzi* llevó a que la operación fuera considerada de dimensión comunitaria.

¹¹⁹⁶ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 07.11.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0004 - RENAULT / VOLVO) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 281 de 09/11/1990.

¹¹⁹⁷ La cuestión era aún más compleja cuando buscábamos articular la sección 3, Anexo I del Formulario CO del Reglamento CEE nº 2367/90 de la Comisión (de 25 de julio de 1990, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento CEE nº 4064/89 del

Además de las filiales de la empresa afectada, deben ser igualmente consideradas como pertenecientes al grupo de esa empresa, a efectos del cálculo del volumen de negocios, las empresas que se sitúan en relación a la empresa afectada en una línea ascendente, o sea, las sociedades madres de tal empresa.

Así, en los términos del art. 5, nº 4, letra c, Reglamento 139/2004, también serán considerados los volúmenes de negocios de las empresas "...que dispongan, en la empresa afectada, de los derechos o facultades enumerados en la letra b)". Esencial es la existencia de una relación de control de las sociedades madre sobre la empresa afectada.

Otro punto importante a subrayar son las empresas colaterales¹¹⁹⁸ o empresas hermanas¹¹⁹⁹. A ellas se refiere el art. 5, nº 4, letra d) del Reglamento 139/2004, al disponer que deban ser igualmente incluidos, en el cálculo a realizar, los volúmenes de negocios de las empresas "...en las que una empresa de las contempladas en la letra c) disponga de los derechos o facultades enumerados en la letra b)". Son, por lo tanto, incluidas las otras filiales – directas o indirectas – de las sociedades madres de la empresa afectada.

Consejo, DO nº L 219 de 14/08/1990), que especificaba las informaciones a suministrar, por una o más empresas, en el momento de la notificación, a la Comisión, de una operación de concentración de dimensión comunitaria, con el art. 5, nº 4 del Reglamento nº 4064/89 (véase, sobre esta cuestión: SIRAGUSA, Mario y SUBIOTTO, Romano: *The EEC merger control regulation: the Commission's evolving case law*, CMLR. 28, Stevens and Sons, London, 1991, p. 899). El Formulario CO, Anexo I, sección 3, exigía un listado de todas las empresas que pertenecían al grupo de la *empresa afectada*, acrecentando que la participación en el grupo dependería de la existencia de una relación de control definida en la acepción del nº 3 del art. 3 del Reglamento 4064/89, y no en la acepción del art. 5, nº 4 del mismo reglamento. Bien, mientras algunos (como era el caso de BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. *Op. cit.*, p. 101-102), sugerían una equivalencia de las nociones de control utilizadas en los artículos 3, nº 3 y art. 5, nº 4, ambos del Reglamento 4064/89, otros (como el caso de BOS, Pierre; STUYCK, Jules y WYTINK, Peter: *Concentration Control in the European Economic Community*. *Op. cit.*, p. 134), subrayaban que existía un error en el Formulario CO, Anexo I, Sección 3 del Reglamento 2367/90. De hecho, parece ser éste el caso, ya que el Reglamento (CE) nº 3384/94 de la Comisión, de 21 de Diciembre de 1994 (DO nº L 377 de 31/12/1994), que revoca el Reglamento CEE nº 2367/90, ha hecho desaparecer la referencia al nº 3 del art. 3 del Reglamento 4064/89, así como el Reglamento (CE) nº 447/98 de la Comisión de 1 de marzo de 1998 relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contempladas en el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las concentraciones empresariales (DO nº L 061 de 02/03/1998), que revoca el Reglamento nº 3384/94, mantiene la situación referida en este último Reglamento.

¹¹⁹⁸ COOK, John y KERSE, Chris S.: *EEC merger control, Regulation 4064/89*. *Op. cit.*, p. 50.

¹¹⁹⁹ DOWNES, Anthony T. y ELLISON, Julian: *The legal control of mergers in the European communities*. *Op. cit.*, p. 57; BOLZE, Christian: *Le règlement (CEE) 4064 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration*. *Op. cit.*, p. 15.

Finalmente, deben ser incluidas, en los términos del art. 5, nº 4, letra e) del Reglamento 139/2004, las empresas afectadas controladas conjuntamente por empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades (sean ellas empresas afectadas, sus filiales, las sociedades madre, o aun las filiales de éstas). Según tal disposición, debe tenerse en cuenta el volumen de negocios de “las empresas en las que dos o más empresas de las contempladas en las letras a) a d) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enumerados en la letra b)”.

3.5. El cálculo del volumen de negocios y el sector público

Finalmente, en cuanto al cálculo del volumen de negocios, se plantea el problema de las empresas del sector público.

La cuestión es abordada en el considerando nº 22 del preámbulo del Reglamento 139/2004, según el cual “...en el régimen que se establezca para el control de las concentraciones debe respetar, sin perjuicio del apartado 2 del artículo 86 del Tratado, el principio de igualdad de trato entre los sectores público y privado. Por consiguiente, en el sector público hay que tomar en consideración, a la hora de calcular el volumen de negocios de una empresa que participe en la concentración, a las empresas que constituyan una unidad económica dotada de un poder de decisión autónomo, independientemente de cómo esté configurada la propiedad de su capital o de las normas de tutela administrativa que les sean aplicables”.

Se pretende garantizar, de este modo, en los términos de la misma disposición normativa, el principio de igualdad de tratamiento entre los sectores público y privado.

En la práctica se consigue, con estas indicaciones, limitar la complejidad del art. 5, nº 4. Si aplicáramos esta disposición, sin los debidos cuidados, al sector público, quedaría fácilmente cumplido el liminar principal, ya que serían consideradas empresas pertenecientes al mismo grupo económico todas aquellas bajo la titularidad directa o indirecta o bajo el control de la

misma entidad pública, aunque no respondieran a una misma estrategia industrial o comercial de conjunto¹²⁰⁰.

De ahí que, el considerando 22 del Reglamento 139/2004, al hacer hincapié en la noción de grupo económico dotado de poder de decisión autónomo, cuando excluye el criterio de la titularidad del capital como test determinante para se apurar el volumen de negocios de la empresa afectada, adopta la solución más sensata. Evita, así, el riesgo de los Estados miembros viren a ser considerados como la última empresa madre de empresas por ellos participadas, ya que se tendría que sumar el volumen de negocios de todas las empresas detentadas por el Estado, en los términos del art. 5, nº 4 del Reglamento 139/2004¹²⁰¹.

De esta forma, en el caso de las sociedades holding públicas, no es necesariamente considerado su volumen de negocios cuando una de sus filiales participa en una operación de concentración¹²⁰². Sin embargo, alcanzando ésta los liminares previstos en el art. 1 del Reglamento 139/2004, las empresas participantes en la concentración se ven obligadas a notificar la operación a la Comisión, en la forma indicada en el Formulario CO¹²⁰³.

En conclusión a este punto podríamos afirmar lo siguiente:

1) La fijación de los liminares, definidores de la dimensión comunitaria de la concentración, en montantes muy elevados, fruto de un compromiso político, reducen el ámbito de actuación de la Comisión, poniendo en causa el principio del one stop shop y, consecuentemente, la delimitación clara de las competencias nacionales y comunitaria.

¹²⁰⁰ Véase, en ese sentido: FOLGUERA CRESPO, Jaime: *Algunas notas sobre el Reglamento de control de concentraciones de empresas*. Op. cit., p. 5.

¹²⁰¹ SATZKY, Horst: *The Merger Control Regulation of European Economic Community*. Op. cit., p. 931.

¹²⁰² Fue lo que sucedió, por ejemplo, en el asunto *Aerospatiale – Alenia / De Havilland* (Decisión de la Comisión, de 2 de octubre de 1991 - Asunto nº IV/M.053-Aéropatiale-Alenia/De Havilland, cit.), en que la Comisión no tuvo en cuenta el volumen de negocios de la sociedad holding pública IRI, atendiendo solamente al volumen de negocios de la sociedad madre Alenia.

¹²⁰³ En los términos del art. 2, nº 1 del Reglamento (CE) nº 447/98 de la Comisión de 1 de marzo de 1998 relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO nº L 061 de 02/03/1998.

2) La opción por el criterio del volumen de negocios (excluida, obviamente, la fijación de tests distintos para sectores específicos) sin vinculación directa con los reflejos de la concentración sobre el mercado, unida a las dificultades sentidas en la definición, a los efectos del cálculo del volumen de negocios, de empresa afectada, así como en la identificación del grupo a que la empresa afectada pertenece, parecen comprometer los objetivos de eficacia, seguridad y simplicidad del Reglamento, que se queda por debajo de las expectativas creadas con su entrada en vigor.

3) De hecho, las finalidades que la Comisión se proponía perseguir con la adopción del Reglamento 4064/89 quedaron limitadas por los compromisos políticos que dicha autoridad ha tenido que aceptar. Por otro lado, el mantenimiento de las resistencias de los Estados (a aceptar la reducción de los liminares), que hicieron hincapié en el principio de subsidiaridad e invocaron como factor de erosión gradual de valor real de la regla de minimis, llevó a la Comisión a proponer al Consejo el retraso de la revisión prevista en el nº 4 del art. 1 del Reglamento 4064/89, manteniendo, en nuestra opinión, situaciones de equilibrio precario¹²⁰⁴.

4) Finalmente, con la vigencia del nuevo Reglamento de control de las concentraciones empresariales (Reglamento 139/2004) ésta situación no se alteró, ya que la regla de minimis (art. 1) no fue modificada.

3.6. Noción de concentración. Modalidades de concentración referidas en el art. 3 del Reglamento: fusión y adquisición de control

Cumplidos los límites determinantes de la dimensión comunitaria de la operación, el Reglamento no es automáticamente aplicable. De hecho, es aún requisito para su aplicación la configuración de la operación en cuestión como concentración.

La noción de concentración viene definida en el art. 3 del Reglamento 139/2004, cuyo nº 1 dispone:

“1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

¹²⁰⁴ CASTRO LLAMAS, Ignacio: Control de concentraciones en la Comunidad Europea, *Boletín económico de información comercial española*. Nº 2365, Abril, Secretaria de Estado de Comercio, Madrid, 1993, p. 1047.

a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o

b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas”¹²⁰⁵.

El Reglamento comunitario enuncia dos criterios alternativos a seguir en la definición de concentración¹²⁰⁶: ésta puede resultar de la forma adoptada por la operación (fusión)¹²⁰⁷ o del resultado pretendido; esto es, se tienen en cuenta los efectos económicos de la operación (adquisición de control)¹²⁰⁸.

En éste punto surge una importante distinción entre el régimen del Reglamento 4064/89, y el régimen del nuevo Reglamento (Reglamento 139/2004).

En los términos del Reglamento 4064/89, esencial según el Consejo, es que el concepto de concentración sea definido como “...todas las operaciones que impliquen una modificación permanente de la estructura de

¹²⁰⁵ El régimen de competencia español seguía un sistema distinto del sistema del Reglamento 4064/89, no trayendo ninguna noción de concentración. Esta tradición llevó a que parte de la doctrina española fuera muy crítica en cuanto a la noción de concentración elaborada por el Reglamento, afirmando que la opción del Reglamento es excesivamente casuística, y que la seguridad jurídica es solamente aparente, por lo que es preferible establecer una noción amplia de concentración, basada en el control de una empresa por otra y dejar la definición del instituto a la interpretación jurisprudencial. Véase, en ese sentido: ALONSO SOTO, Ricardo: *El control de las concentraciones de empresas en la nueva ley española de defensa de la competencia*, GJ. B-57, nº 85, Octubre, EINSA, Madrid, 1990, p. 09.

¹²⁰⁶ IDOT, Laurence: *Commentaire du Règlement du 21 Décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations*. *Op. cit.*, p. 31.

¹²⁰⁷ La definición de la concentración a partir de la técnica utilizada (en que la enumeración clásica de las formas jurídicas de realización de concentración, además de las fusiones, la adquisición de participaciones y de activos) como criterio de definición rígido que es, tiene la desventaja de poder comprometer la eficacia del control visado. Por otro lado, son igualmente razones de seguridad, esto es, de garantía de la autonomía de acción de las empresas, que llevaron a los autores del Reglamento a optar por un control directo de las operaciones de concentración en detrimento de un sistema de control del grado de concentración, favorecedor de la eficacia económica del control (Véase: VOGEL, Louis: *Le droit européen des affaires*. Éditions Dalloz, Paris, 1992, p. 363-364.).

¹²⁰⁸ Este segundo criterio invierte los valores del primero, esto es, su formulación amplia privilegia la eficacia del control a ejercer por las autoridades comunitarias, en detrimento de la seguridad jurídica de las empresas. En otras palabras, la libre iniciativa de las empresas es sacrificada por razones de eficacia de control. Sobre esta cuestión, véase: KOVAR, Robert: *The EEC Merger Control Regulation – Yearbook of European Law*. *Op. cit.*, p. 81.

las empresas participantes¹²⁰⁹; que procede, por tanto, excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento las operaciones que sólo tengan por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes, las cuales deberán examinarse a la luz de las disposiciones pertinentes de los reglamentos de aplicación de los artículos 85 u 86 del Tratado...¹²¹⁰.

La noción de concentración del Reglamento parte, por tanto, de la distinción entre comportamiento y estructura para limitar la aplicación del Reglamento a esta última hipótesis, reservando la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE al primer tipo de situaciones¹²¹¹.

A su vez, el nuevo Reglamento de control de las concentraciones (Reglamento 139/2004), no soluciona explícitamente la cuestión de la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, ni mismo hace delimitación del concepto de concentración sujeta a la aplicación del mismo Reglamento. Lo que determina el nuevo Reglamento, en su considerando 28, es que la Comisión "...publique unas directrices que brinden un sólido marco económico para la evaluación de las concentraciones, con vistas a determinar si pueden declararse compatibles con el mercado común"¹²¹².

Nótese, desde luego, que los agentes económicos involucrados en la realización de la concentración difieren en consonancia al tipo de operación en cuestión. Así, mientras en el caso de una fusión los actores tendrán que ser empresas, la situación es distinta en la hipótesis de la adquisición de control. En esta segunda modalidad de concentración, el control

¹²⁰⁹ Nótese que el Reglamento no se refiere a su aplicación a las concentraciones verticales o conglomeradas. Sin embargo, hoy por hoy se entiende que se aplicaría también en estos casos. Véase, en ese sentido: HAWK, Barry: *The EEC merger regulation: the first step toward one-stop merger control*, *Antitrust Law Journal* (ALJ). Vol. 59, nº 1, London, 1990, p. 207.

¹²¹⁰ Considerando 23 del preámbulo del Reglamento 4064/89.

¹²¹¹ La distinción realizada reflejaría la intención de que ciertas delegaciones gubernamentales excluyeran el control de las concentraciones del ámbito de actuación de la Comisión o de los Tribunales nacionales, con base en los artículos 81 y 82, para lo cual habría contribuido la utilización del art. 308 TCE como fundamento del Reglamento 4064/89. En otras palabras, la política de concentraciones sería un dominio autónomo e independiente, por lo menos parcialmente, del dominio del antiguo artículo 85 y artículo 86 TCEE (actuales artículos 81 y 82 TCE, respectivamente). Véase, en ese sentido: WINCKLER, A. y GERONDEAU: *Op. cit.*, p. 546. Claro está que este argumento no es definitivo, ya que el Reglamento, como hemos visto anteriormente, también se basa en el art. 83 TCE.

¹²¹² Considerando 28 del Reglamento 139/2004, *cit.*

puede ser tomado por una o más empresas o por una o más personas, desde que éstas detenten el control de por lo menos una empresa¹²¹³.

A) La primera modalidad de operación de concentración referida en el art. 3 del Reglamento 139/2004 es la fusión. No existe, sin embargo, en el texto del Reglamento, ninguna definición de tal concepto. Parece, a priori, que se tratará de alejar cualquier tentativa a interpretar de forma amplia esa operación, bajo pena de hacer coincidir las dos modalidades de concentración¹²¹⁴.

De ahí que una noción restrictiva de “fusión” implique necesariamente un recurso a la Tercera Directiva del Consejo, relativa a la fusión de sociedades anónimas¹²¹⁵. En ese sentido, los artículos 3 y 4 de la Directiva definen la fusión como la operación por medio de la cual distintas sociedades, a través de su disolución sin liquidación, transfieren a otra (anteriormente existente, en el caso de la fusión incorporación – situación prevista en el art. 3 de la Directiva; o una sociedad nueva, en el caso de la fusión mediante la creación de una nueva sociedad – hipótesis prevista en el art. 4 de la Directiva) todo su patrimonio activo y pasivo, mediante la atribución a los accionistas de acciones de la sociedad resultante de la operación de fusión (tanto en la fusión incorporación como de la fusión creación). Además, eventualmente puede ser atribuida a los accionistas una cuantía en dinero no superior a un 10% del valor nominal de las acciones atribuidas o, en el caso de

¹²¹³ Subrayase que en el asunto *Air France / Sabena* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 05.10.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.157 - AIR FRANCE / SABENA, sobre la base del Reglamento CEE nº .4064/89 del Consejo, DO nº C 272 de 21/10/1992), relativo a un acuerdo entre la *Air France*, la sociedad anónima belga, y el Estado belga, que visaba conferir a la *Air France* una participación de alrededor de un 37% en el capital de la *Sabena*, por medio de la creación de la sociedad *EC Finacta* – el Estado belga está presente en el acuerdo por medio de la *Sabena*, cuyo control detentaba sólo hasta el acuerdo - , la Comisión consideró al Estado una persona. Esta ficción fue considerada necesaria ya que el Reglamento 4064/89 no prevé la posibilidad de que el Estado sea propietario de una empresa. Así, la Comisión trató el asunto como una empresa común entre el Estado belga y la *Air France*.

¹²¹⁴ En ese sentido: BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. Op. cit., p. 66.

¹²¹⁵ Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas *Diario Oficial* nº L 295 de 20/10/1978.

la no existencia del valor nominal, de su valor contable. Esta orientación fue confirmada por la Comisión en la decisión Renault / Volvo¹²¹⁶.

La materia que realmente nos interesa como objeto de nuestra tesis, en materia de fusión, sería la de saber la definición y aplicación del Reglamento 139/2004 en el caso de la fusión entre empresas del mismo grupo de sociedades. Temática ésta extremadamente conflictiva en la doctrina, no habiendo la misma alcanzado una uniformidad.

1) Así, en contra de la aplicación del Reglamento 139/2004 a tales situaciones, se alega que la noción de independencia utilizada es una noción económica¹²¹⁷, por lo que se conferiría a los grupos de sociedades inmunidad en el caso de reestructuración interna. De este modo, las concentraciones intra grupos quedarían fuera del ámbito de aplicación del Reglamento comunitario¹²¹⁸.

Estos argumentos siguen, en realidad, el razonamiento subyacente a la exclusión de los acuerdos intragrupos del ámbito de aplicación del art. 81 TCE. En otras palabras, se afirma que, si una de las dos empresas que promocionó la fusión, ya detentaba el control de la otra, o si una tercera empresa ya controlaba a aquellas que van a promocionar la operación de concentración, la fusión no produce ninguna modificación sustancial en la estructura del mercado¹²¹⁹. Esto significa que el Reglamento 139/2004 no debe ser aplicado, ya que su ratio no pretende abarcar situaciones en que la concentración es apenas aparente, ya que en la realidad las empresas ya estaban concentradas. Luego, tal operación formal estaría, en principio, desprovista de incidencia en la estructura del mercado¹²²⁰.

¹²¹⁶ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 07.11.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0004 - RENAULT / VOLVO, *cit.*

¹²¹⁷ En ese sentido: SERRAS, Françoise y otros: *Droit communautaire et international des groupements*, JCP. Editions Techniques, Paris, 1990, p. 458.

¹²¹⁸ IDOT, Laurence: *Commentaire du Règlement du 21 Décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations*. *Op. cit.*, p. 31.

¹²¹⁹ BLAISE, Jean Bernard: *Concurrence – Contrôle des opérations de concentration*. *Op. Cit.*, p. 748.

¹²²⁰ La fusión entre dos empresas del mismo grupo no podría ser abarcada por el ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004, ya que las empresas fusionadas y la sociedad madre serían la misma unidad económica. En ese sentido, véase: PAPPALARDO, Aurélio: *Concentrations entre entreprises et droit communautaire*. *Op. cit.*, p. 17-18.

2) Desde una perspectiva distinta, se subraya que el simple hecho de pertenecer una empresa a un determinado grupo societario no significa, per se, la pérdida de autonomía de acción de la empresa en cuestión sobre el mercado, además de que la no aplicación del Reglamento 139/2004 a esas situaciones equivaldría a la institución de una zona de inmunidad demasiado alargada¹²²¹.

A partir del marco elaborado, entendemos que la mejor solución será considerar que las fusiones en el interior de un grupo de sociedades quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004 cuando tales operaciones tengan, tan sólo, un carácter formal¹²²². Esto no significa, todavía, que en los casos en que la operación realizada no sea meramente aparente o formal, no se deba efectuar el control de esa concentración en los términos del Reglamento 139/2004. Por lo tanto, en esa segunda hipótesis (concentración no meramente formal) entendemos que la operación de concentración intragrupo de sociedades estará en el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario de control de las concentraciones.

En este acercamiento a la noción de fusión, importa todavía destacar la figura designada por participaciones cruzadas¹²²³. Así, en la Comunicación de la Comisión, queda esclarecido que la noción de concentración realizada por el art. 3, nº 1 del Reglamento 4064/89 (en el mismo sentido el art. 3, apartado 1 del Reglamento 139/2004) se refiere no solamente

¹²²¹ VOGEL, Louis: *Le nouveau droit européen de la concentration*. Op. cit., p. 715.

¹²²² BLAISE, Jean Bernard: *Concurrence – Contrôle des opérations de concentration*. Op. cit., p. 748.

¹²²³ En los términos de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, DO nº C 203/10 de 04/08/1990, relativa a las operaciones con carácter de concentración y de cooperación en los términos del Reglamento 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989. La Comunicación 90/C 203/06, fue sustituida por la Comunicación 94/C 385/01, DO nº C 385/01 de 31/12/1994, cuyas alteraciones reflejan, según la Comisión, el saber adquirido por medio de la aplicación del Reglamento 4064/89 desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1990. Además, fueron aún introducidas la Comunicación 94/C 385/02, relativa al concepto de concentración de empresas, publicada en el DO nº C 385/5 de 31/12/1994; la Comunicación 94/C 385/03, relativa al concepto de empresas en cuestión, publicada en el DO nº C 385/12 de 31/12/1994 y la Comunicación 385/04, relativa al cálculo del volumen de negocios, publicada en el DO nº C 385/21 de 31/12/1994. Estas Comunicaciones, que reflejan la experiencia acumulada por la Comisión sobre la aplicación del Reglamento 4064/89, pretenden clarificar la interpretación de la Comisión sobre los conceptos utilizados, para mejorar la transparencia jurídica de las decisiones adoptadas, garantizando la seguridad jurídica de las empresas interesadas en recurrir a tales operaciones. Importante subrayar que haremos el desarrollo de los posicionamientos de la Comisión en cuanto a la materia, haciendo referencia a la Comunicación 90/C 203/06 aunque haya sido ya sustituida, ya que la misma es la base del entendimiento actual de la Comisión.

a las concentraciones con carácter legal, sino también a las concentraciones económicas, considerándose abarcados en esa expresión los esquemas de dirección recíproca y de participaciones cruzadas (o circulares) entre las empresas o grupos de sociedades con vistas al acercamiento entre esas empresas o grupos autónomos¹²²⁴. Sin embargo, para reconocer la existencia de esas concentraciones económicas, la Comisión exige que las empresas o grupos en cuestión estén no solamente sujetos a una gestión económica única y permanente, sino también integrados en una unidad económica genuina, caracterizada, internamente, por una compensación de ganancias y pérdidas entre las distintas empresas en el ámbito de los grupos y, externamente, por una responsabilidad conjunta¹²²⁵.

Es importante subrayar, además, que la Comisión afirma que una concentración puede resultar del cambio de títulos, aunque entre las empresas asociadas no se cree una relación de sociedad madre y filial, incluso aunque mantengan su propia personalidad jurídica¹²²⁶. Determinante para que el cambio de títulos -esto es, para que el cruce de participaciones- origine una operación de concentración propiamente dicha, y no una cooperación industrial o comercial entre las empresas o grupos, es que tal cambio fundamente una verdadera representación de cada una de las empresas en los órganos de la otra, permitiéndoles ejercer una influencia decisiva sobre la otra empresa¹²²⁷.

Una decisión particularmente ilustrativa de la aplicación de estos principios es el asunto AG / Amev¹²²⁸, relativo a una operación de concentración prevista entre la Compagnie Financière et Réassurance du Groupe AG y la NV Amev. La operación consistía en la reunión de todas las participaciones y actividades de ambos grupos en dos sub.-holdings. La AG y

¹²²⁴ Puntos 40 y 41 de la Comunicación 90/C 203/06, *cit.*

¹²²⁵ Punto 41 de la Comunicación 90/C 203/06, *cit.*

¹²²⁶ Punto 42 de la Comunicación 90/C 203/06, *cit.*

¹²²⁷ Es aún a la luz de los principios de las participaciones cruzadas que la Comisión aprecia la participación simultánea de los mismos miembros en los órganos de gestión o de fiscalización de distintas empresas, ya que la representación de una empresa en los órganos de decisión de otra empresa puede conducir, tal como en el caso de las participaciones cruzadas, a la coordinación del comportamiento de la competencia entre las empresas en cuestión o a su concentración. La calificación jurídica dependerá de las circunstancias del caso en concreto. Véase: Puntos 43-45 de la Comunicación 90/C 203/06, *cit.*

¹²²⁸ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 21.11.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto n° IV M.0018 - AG / AMEV) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO n° C 304 de 04/12/1990.

la Amev adquirirían entonces, respectivamente, un 50% de las acciones de esas holdings y ambas sociedades madre continuarían existiendo únicamente como sociedades gestoras de participaciones sociales independientes. Las dos sub.-holdings funcionaban como un grupo único, con administración unitaria, en que los órganos de decisión del grupo nuevo serían constituidos por un número equitativo de miembros, designados, respectivamente, por la AG y la Amev¹²²⁹.

La Comisión consideró que la operación constituía una concentración bajo el punto de vista económico, en la acepción del nº 1, letra b), del art. 3 del Reglamento 4064/89¹²³⁰. La misma interpretación sigue válida para la aplicación del Reglamento 139/2004.

B) La segunda modalidad de operaciones de concentración viene referida en el art. 3, nº 1, letra b) del Reglamento 139/2004, y consiste en la adquisición del control del conjunto o de partes de una o distintas empresas. Esta hipótesis, formulada en términos extremadamente amplios, abarca tanto la adquisición de control directo como la adquisición de control indirecto¹²³¹.

Tal adquisición se puede obtener por ciertos procedimientos clásicos¹²³², o por la vía contractual¹²³³, o incluso por cualquier otro medio. La toma de control puede, por lo tanto, resultar de la adquisición, por una empresa, de participaciones en otra empresa en que ambas mantienen su personalidad jurídica, pero quedan como miembros de un grupo que detenta el

¹²²⁹ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 21.11.1990, Asunto nº IV M.0018 - AG / AMEV, *cit.*, punto 1.

¹²³⁰ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 21.11.1990, Asunto nº IV M.0018 - AG / AMEV, *cit.*, punto 2.

¹²³¹ La adquisición de control indirecto pretende abarcar aquellas situaciones en que la empresa que adquiere el control (empresa A), por medios de la compra de capital o activos de otra empresa (empresa B), es a su vez controlada por otra empresa (empresa C). Esta última (C) adquiere el control indirecto de B por medio del control directo de A. En ese caso, la empresa C puede venir a ser considerada como empresa en cuestión, para efectos del art. 1 del Reglamento 139/2004.

¹²³² Como, por ejemplo, la compra de participación en el capital o la compra de elementos del activo de la empresa adquirida por la adquirente.

¹²³³ La referencia a los contratos merece dos pequeñas observaciones. Por un lado, se busca abarcar ahí contratos distintos de aquéllos que dan origen a una fusión o a una compra de participaciones o de activos, bajo pena de que tal referencia sea redundante. Son generalmente considerados incluidos en esa disposición los contratos de gestión, de licencia de derechos de propiedad exclusiva, de suministro exclusivo, etc. Por otro lado, parece claro que tales contratos solamente generarán una operación de concentración cuando, además de las relaciones contractuales entre las partes, se establezcan verdaderos vínculos institucionales. Véase, en ese sentido: BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. *Op. cit.*, p. 70.

control por medio de un órgano de dirección común¹²³⁴. La adquisición de control puede resultar, finalmente, de la adquisición de activos¹²³⁵, que debe verse acompañada de clientela, trabajadores o tecnología que confiera una cuota de mercado (sin la cual no se puede hablar de una adquisición de control), o aun de cualquier medio, dejándose así una puerta abierta a la imaginación de los juristas¹²³⁶.

3.7. Tentativa de definición previa de control

La realización de una operación de concentración, por medio de la adquisición de control de otra empresa, tiene como elemento nuclear la noción de control.

El art. 3, nº 2 del Reglamento 139/2004 (art. 3, apartado 3 del Reglamento 4064/89), define ese concepto en términos extremadamente amplios, al disponer que:

“El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa...”

Esencial para la adquisición de control es, por lo tanto, la obtención de la posibilidad de ejercer una influencia decisiva¹²³⁷.

¹²³⁴ JACQUEMIN, Alexis: Horizontal concentration and european merger policy, *European Economic Review*. Vol. 34, nº 1, January, North-Holland, Amsterdam, 1990, p. 14.

¹²³⁵ La Comisión considera que en causa está la transferencia unilateral de activos. Ya el cambio de activos pretenderá, generalmente, una coordinación del comportamiento de la competencia como, por ejemplo, los acuerdos de especialización. Véase, en ese sentido: Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*, punto III, nº 4.

¹²³⁶ BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. *Op. cit.*, p. 67.

¹²³⁷ Es importante subrayar que el alcance de esta noción, ya antes del Reglamento 139/2004, fue objeto de discusión por las autoridades comunitarias. Como ejemplo revelador de una noción formal de control, podríamos apuntar la Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (86/C 231/02, DO nº C 231 de 12/09/1986), donde, en el punto 9 b), se enuncian los instrumentos considerados susceptibles de operar el control. Así, en los términos de esa disposición, son consideradas empresas participantes "...las empresas en las que una parte del acuerdo, directa o indirectamente: - disponga de más de la mitad del capital social o del capital de explotación, - disponga de más de la mitad de los derechos de voto, - disponga de la capacidad de designar más de la mitad de los miembros del Consejo de vigilancia o del de administración, o de los órganos de representación legal de la empresa, o disponga del derecho de gestión sobre los asuntos de la empresa...". En contrapunto a esta noción formal, encontramos una definición material de control en la Sentencia del Tribunal de Justicia *Metro II* (Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, de 22 de octubre de 1986 – *Metro SB – Grossmärkte GmbH und Co Kg*

¿La noción de control contenida en el art. 3, nº 2 del Reglamento 139/2004, debe ser leída en términos estrictamente legales o podrá configurarse como un control de hecho? ¿Cuál debe ser el objeto de ese control? Sabiéndose que la adquisición de control se traduce en la posibilidad de ejercicio de una influencia determinante, ¿será necesario el ejercicio efectivo de tal poder? ¿Cuál es el momento decisivo en que se debe considerar adquirido el control? ¿A quién debe ser imputada tal adquisición?

Primeramente cabe subrayar que el concepto de control, enunciado por el art. 3 del Reglamento 139/2004 excede claramente los límites de una noción formal, legalista. En realidad, aunque razones de seguridad jurídica pudieran justificar un concepto formal de control, los autores del Reglamento optaron por una definición más amplia, más adecuada a los objetivos de un control eficaz, que permitiera abarcar situaciones en que la concentración efectuada se basaba en un mero control de hecho. La elección de esta solución se infiere, además, en la visión económica del fenómeno de la concentración, inscrita en el Reglamento, que se preocupa por las operaciones que dan origen a concentraciones, sea cual sea el procedimiento utilizado¹²³⁸. Esencial es el resultado obtenido: si la apreciación de los hechos permite concluir por la adquisición de la posibilidad del ejercicio de una influencia determinante sobre la empresa, habrá una operación de concentración¹²³⁹.

c. Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 75/84, Recueil de Jurisprudence, 1986, p. 3021). Esta distinción entre control formal / material parece haber influenciado el Reglamento 139/2004. De hecho, mientras en su art. 3, nº 2, encontramos una noción material de control, a semejanza de la que encontramos en la Sentencia *Metro II* (una vez que aquella disposición exige que en la averiguación de la existencia del control se tengan en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho); a su vez, en el art. 5, nº 4 del mismo Reglamento 139/2004, nos deparamos aparentemente con una noción formal de control. En los términos de esta última norma, su aplicación depende de la verificación formal de una de las situaciones ahí previstas, esto es, se basa en la ficción legal del control social. Véase, en ese sentido: BOS, Pierre; STUYCK, Jules y WYTINK, Peter: *Concentration Control in the European Economic Community*. *Op. cit.*, p. 154.

¹²³⁸ Son importantes, a este propósito, las declaraciones hechas por la Comisión en el XXII Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, 1992, en que afirma proseguir su práctica normal de apreciar el contenido económico de una operación en vez de considerar como factor decisivo la forma jurídica escogida, punto 20, p. 125. Además, el propio art. 3, nº 2 del Reglamento 139/2004, enuncia a título meramente de ejemplo, como lo demuestra la utilización del término "u otros medios que", distintos instrumentos por medio de los cuales se puede obtener el control. Subrayado nuestro.

¹²³⁹ Se trata de un criterio material muy flexible apoyado en una apreciación de hecho y no en un criterio formal (véase, en ese sentido: BLAISE, Jean Bernard: *Concurrence – Contrôle des opérations de concentration*. *Op. cit.*, p. 749). Se optó por un acercamiento concreto y no puramente formal (que estaría fundado en elementos como la mayoría de capital o en los

Es importante subrayar además que existen situaciones (por ejemplo cuando una empresa detenta más de la mitad del capital o de los activos de otra empresa) en que se puede presumir la existencia de una influencia determinante¹²⁴⁰. Sin embargo, incluso la presencia de tal presunción, a nuestro entender, no puede alejar la necesidad de que la Comisión proceda a un análisis de la situación concreta¹²⁴¹. En el plano opuesto, otras situaciones se presentan extremadamente dudosas. Nos referimos a los casos de adquisiciones de participaciones minoritarias por una determinada empresa. Así, la posibilidad de que esa empresa ejerza una influencia determinante dependerá necesariamente del análisis de las circunstancias de hecho y de derecho (art. 3, nº 2 del Reglamento 139/2004).

Después de aproximada una noción de control, surge la siguiente duda: ¿sobre qué actividad económica debe incidir la influencia determinante ejercida por la empresa?; ¿el control ejercido por una cierta empresa tiene que abarcar todas las actividades de la empresa controlada o solamente aquéllas que fueren más importantes?; ¿que tipo de actividades deben ser consideradas más significativas?

Parece claro en la doctrina¹²⁴² que, para reconocer el control de una empresa sobre otra, no es necesario que la primera ejerza una influencia decisiva sobre todas las actividades de la segunda, siendo suficiente que tenga una influencia sobre cierto sector de actividad relevante de esa empresa controlada.

órganos de gestión) de la noción de control (véase, en ese sentido: GHELCKE, Bernard Van de Walle de: Le règlement CEE sur le contrôle des concentrations, *Journal des Tribunaux*. 109ème année, nº 5544, Avril, Larcier, Bruxelles, 1990, punto 24). Este entendimiento es, además, confirmado por las decisiones de la Comisión – véase, por ejemplo, la decisión *Renault/Volvo*, *cit.*

¹²⁴⁰ Presunción igualmente válida (en los términos de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*, punto 12), si la empresa tuviera el derecho de designar más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección o de fiscalización, o controlar más de la mitad de los votos en uno de estos órganos o aun si tuviera el derecho de gestionar sola la actividad de la empresa.

¹²⁴¹ En ese mismo sentido, véase: LAURENCIE, Jean Patrice de la: Le contrôle communautaire des acquisitions internationales: l'application du nouveau règlement européen sur les concentrations, *Droit et Pratique du Commerce International* (DPCI). Vol. 18, nº1, Masson, Paris, 1992, p. 75.

¹²⁴² De entre otros, véase: JONES, Christopher y GONZÁLEZ DÍAZ, Enrique: *The EEC merger regulation*. *Op cit.*, p. 6; BOS, Pierre; STUYCK, Jules y WYTINK, Peter: *Concentration Control in the European Economic Community*. *Op. cit.*, p. 146.

Es además desde ésta perspectiva como se entiende la referencia hecha por el art. 3, nº 1, letra b) del Reglamento 139/2004, a la realización de una operación de concentración resultante de la adquisición del control de partes de una empresa¹²⁴³. El verdadero problema es encontrar un criterio delimitador del círculo de actividades relevantes.

La Comisión ya afirmó, a este propósito, que no es necesario el ejercicio de una influencia sobre todas las decisiones diarias de la empresa controlada, bastando el derecho de controlar las decisiones estratégicas que afecten la vida de la empresa controlada, para estar caracterizado tal control efectivo¹²⁴⁴.

Obsérvese, además, que el control ejercido en los términos del art. 3 del Reglamento no se confunde con la noción de control fijada en la jurisprudencia Philip Morris¹²⁴⁵.

De hecho, entendemos que la noción de control, en el caso Philip Morris, queda más limitada de lo que queda el concepto fijado en el Reglamento. La noción fijada en el art. 3 del Reglamento va, por lo tanto, allende el control del comportamiento mercantil de otra empresa. Dicho con otras palabras, en los términos del Reglamento 139/2004 y de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06¹²⁴⁶ (relativa al Reglamento 4064/89, que regula la materia de la misma forma que el nuevo Reglamento 139/2004), no debemos considerar la noción de control limitada al ejercicio de una influencia decisiva en el comportamiento mercantil de la empresa controlada, como fue sugerido en la sentencia Philip Morris. El control puede, antes, abarcar todo el destino

¹²⁴³ ¿Cuál es el entendimiento de este concepto? ¿Deberá identificarse la noción de parte con la noción de una filial? En el sentido de que la parte sobre la cual incide el control debe ser capaz de funcionar por sí misma como una empresa, véase: COOK, John y KERSE, Chris S.: *EEC merger control, Regulation 4064/89. Op. cit.*, p. 35. Sobre la misma cuestión, véase, aun: PAPPALARDO, Aurélio: *Concentrations entre entreprises et droit communautaire. Op. cit.*, p. 23-24.

¹²⁴⁴ Véase, por ejemplo, la decisión *Mitchell Cotts / Sofiltra*, Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1986, Asunto IV/31.340 – *Mitchell Cotts / Sofiltra, cit.*, punto 18.

¹²⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de noviembre de 1987, asuntos acumulados nº 142 y 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd y R. J. Reynolds Industries Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas, cit.*

¹²⁴⁶ Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, DO nº C 203/10 de 04/08/1990, *cit.*

de la empresa¹²⁴⁷, manifestándose en las decisiones relativas a los más distintos aspectos, sean ellos, por ejemplo, la producción, la investigación, las inversiones o las adquisiciones.

Este significado, que nos parece el más razonable, es aún favorecido por el hecho de que las disposiciones indicadas se limitasen a decir, en general, las actividades de la empresa sobre las cuales es ejercido el control¹²⁴⁸, sin concretar nada, contentándose con la remisión a las circunstancias de hecho y de derecho del caso en concreto¹²⁴⁹. Por otro lado, la propia práctica de la Comisión parece apuntar en ese mismo sentido, como revela, por ejemplo, la utilización de la noción amplia de control en la decisión Eridania / ISI¹²⁵⁰.

Igualmente problemática es la cuestión de saber cuál es el grado de control que la empresa tiene que adquirir para poder ejercer una influencia decisiva sobre la otra empresa. ¿Basta que la empresa adquirente tenga derechos contractuales que le confieran el derecho de voto en las decisiones

¹²⁴⁷ En este sentido: BOS, Pierre; STUYCK, Jules y WYTINK, Peter: *Concentration Control in the European Economic Community*. Op. cit., p. 161, para quien la conducta mercantil está contenida en el conjunto de actividades sobre las cuales puede ser ejercido el control.

¹²⁴⁸ Art. 3 del Reglamento 4064/89, cit.; y Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, DO nº C 203/10 de 04/08/1990, cit., punto 9.

¹²⁴⁹ Son, todavía, a título meramente ejemplar dos situaciones en que se puede traducir el ejercicio del control. La primera, referida en el art. 3, apartado 2, letra a), determina que puede haber control cuando se puede ejercer una influencia determinante sobre "derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa". Es importante acordar que, para las transacciones de parte de los activos de una empresa sean abarcadas por el Reglamento comunitario, no es suficiente la transferencia aislada de ciertos activos – es necesario que sea acompañada simultáneamente de la transferencia de personal, derechos de propiedad industrial, etc. Solamente en estas hipótesis se cumple la norma, esto es, solamente ahí se podría hablar de parte de los activos de una empresa. Es preciso, por lo tanto, una cierta vinculación entre esos activos y la empresa, exigencia que no causa sorpresas, ya que el art. 3, nº 1 del Reglamento estipula que se realiza una concentración cuando es adquirido el control conjunto o de partes de una empresa. Subrayase, aún, que según el punto 7 de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, conviene distinguir se estamos ante una adquisición unilateral de activos o de acciones, caso en que existe una fuerte presunción a favor de la aplicación del Reglamento, o delante de una adquisición recíproca de activos o de acciones, situación que resultará normalmente de un acuerdo entre empresas relativo a sus inversiones, producción o ventas y sirve para coordinar su comportamiento competencial (punto 47 de la referida Comunicación). La segunda hipótesis, prevista en la letra b) del art. 3, nº 2, se refiere al control ejercido sobre "derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa". Esta disposición pretende abarcar los casos de creación de una filial común.

¹²⁵⁰ De hecho, en esa decisión la Comisión parece confirmar la idea de que el control significa más que tener una influencia decisiva sobre el comportamiento comercial de la empresa, cuando habla en *influencia determinante en la gestión cotidiana* de la otra empresa, conforme: Decisión de la Comisión de 30/07/1991, Asunto nº IV M. 062 – Eridania / ISI, DO nº C 204 de 03/08/1991, cit.

estratégicas a adoptar por la empresa controlada o, al contrario, es necesario su ejercicio efectivo? Dicho en otras palabras: ¿cuándo el control es posible? ¿Es posible cuando es meramente potencial o tiene que ser actual?

Nos parece que la mejor solución, -además, en línea con las posiciones de la Comisión-, es considerar la concentración realizada en el momento de la adquisición de derechos que permiten a la empresa adquirente determinar el comportamiento estratégico de la sociedad adquirida, siendo dispensada la prueba del ejercicio de esa influencia¹²⁵¹. En otras palabras, no es preciso que la influencia sea efectiva en el momento de la conclusión del acuerdo¹²⁵², siendo suficiente que la empresa adquirente pueda, aunque de forma potencial, ejercer el control¹²⁵³.

En este momento, conviene distinguir los casos en que la empresa tiene la posibilidad de ejercer una influencia determinante de aquellos en que ella apenas tiene la posibilidad de adquirir una influencia decisiva. De este modo, la Comunicación de la Comisión relativa a las restricciones accesorias distingue las operaciones de concentración de las operaciones que preparan el establecimiento del control en los términos definidos en el art. 3 del Reglamento, quedando estas fases preparatorias sujetas a la aplicación del art. 81 y del art. 82 TCE¹²⁵⁴. Es necesario, por lo tanto, distinguir las situaciones en que la operación conduce a la posibilidad de ejercicio de una influencia determinante, como es el supuesto de la adquisición de una participación mayoritaria en que se presume generalmente la adquisición de una influencia determinante, de los casos en que las operaciones se limitan a preparar el establecimiento de esa influencia, quedando, así, fuera del ámbito de actuación del Reglamento. Un ejemplo de esa segunda hipótesis es el lanzamiento de una OPA. De hecho, solamente con la aceptación de la OPA la posibilidad de adquisición de control se transforma en posibilidad de ejercicio de control.

¹²⁵¹ En este sentido, véase: LAURENCIE, Jean Patrice de la. *Le contrôle communautaire des acquisitions internationales: l'application du nouveau règlement européen sur les concentrations*. Op. cit., p. 74. Decisivo es, por tanto, el momento en que la empresa adquirida pierde su autonomía competencial.

¹²⁵² Lo que parece estar confirmado a nivel procesal por el dispuesto en el Formulario CO del Reglamento CEE nº 2367/90 de la Comisión (de 25 de julio de 1990), cit.

¹²⁵³ BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. Op. cit., p. 74.

¹²⁵⁴ Véase: POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine: *Premier bilan sur la pratique décisionnelle de la Commission dans l'application du règlement relatif au contrôle des concentrations*, RTDC. Nº 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1992, p. 61-62.

Particularmente ilustrativas de ésta distinción son las decisiones de la Comisión adoptadas en los asuntos CONAGRA/IDEA¹²⁵⁵ y ICI/Tioxide¹²⁵⁶.

En el primer caso, la Comisión consideró que la adquisición por la CONAGRA de un 20% del capital de IDEA, le confería un control conjunto sobre ésta, debido a los acuerdos accesorios a la adquisición de la participación minoritaria establecidos entre los accionistas. En esa decisión el hecho de que la CONAGRA tenga derecho de opción de adquirir un 30% más de la IDEA no parece haber sido considerado relevante por la Comisión, que se abstuvo de hacerle cualquier referencia, pareciendo considerar que la existencia de la opción en sí no es susceptible de conducir a la adquisición de control. De este modo, la simple existencia de ese derecho, mientras no fuera ejercido, no permitiría la adquisición de control en los términos del art. 3 del Reglamento¹²⁵⁷.

En el segundo caso, la operación notificada a la Comisión se refería a un acuerdo entre la ICI y la Cookson, celebrado el 21 de octubre de 1990, en los términos del cual la ICI adquiriría un 50% de las acciones de la Cookson en la Tioxide, con efectos a partir de 1 de enero de 1991. Este acuerdo estaba sujeto a ciertas condiciones suspensivas, como es el caso de la aprobación de los accionistas de la Cookson, en Asamblea General, y de la necesidad de ciertas autorizaciones, para eventuales acuerdos financieros celebrados por la Cookson¹²⁵⁸.

Sin embargo, la Comisión consideró el acuerdo celebrado entre la ICI y la Cookson como un acuerdo jurídicamente relevante, en los términos del art. 4, nº 1 del Reglamento 4064/89, ya que no podría ser objeto de rescisión unilateral y tenía por objetivo la creación de una relación jurídica entre las

¹²⁵⁵ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 30.05.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV/M.0010 - CONAGRA / IDEA) sobre la base del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, DO nº C 175 de 06/07/1991.

¹²⁵⁶ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 28.11.1990, Asunto nº IV M.0023 - ICI / TIOXIDE, DO nº C 304 de 04/12/1990, cit.

¹²⁵⁷ Véase, aun, la decisión *Banesto / Totta*: DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 14.04.92 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.192 - BANESTO / TOTTA) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 107 de 28/04/1992. La misma interpretación sigue válida para la aplicación del Reglamento 139/2004, cit.

¹²⁵⁸ Punto 6 de la decisión *ICI / Tioxide*, cit.

partes¹²⁵⁹. En otras palabras, el hecho de un cierto acuerdo estar sujeto a condiciones suspensivas no impidió a la Comisión considerar la concentración realizada antes de la verificación de esas condiciones, siendo relevante, a efectos de la obligación de notificación, el momento de la celebración del dicho acuerdo.

En éste punto, un importante cambio ocurrió con el nuevo Reglamento de control de las concentraciones (Reglamento 139/2004).

Es que el Reglamento anterior (4964/89) estipulaba, en su artículo 4, apartado 1, que la notificación previa de la concentración de dimensión comunitaria, debería darse a la Comisión en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo.

A su vez, en artículo 4, apartado 1 del nuevo Reglamento (Reglamento 139/2004), no estipula plazo fijo, pero determina que la concentración de dimensión comunitaria deberá notificarse a la Comisión "...antes de su ejecución en cuanto se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control".

Finalmente, en la apreciación de la existencia de una influencia determinante, cumple referir a quién pueda ser el receptor de tal influencia. Así, el art. 3, nº 3 del Reglamento 139/2004 dispone:

"Se entenderá que han adquirido el control las personas o empresas:

a) que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o

b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos".

Esta disposición en poco o nada altera las soluciones que resultan de la lectura conjugada del art. 3, nº 2 del Reglamento 139/2004, con el nº 1 del mismo artículo. Tiene, sin embargo, la ventaja de esclarecer en su letra b) que pueden ser considerados como poseedores del control personas que no sean los titulares jurídicos de los derechos sociales. Esencial es que sean

¹²⁵⁹ Punto 7 de decisión *ICI / Tioxide, cit.*

considerados los dirigentes de hecho¹²⁶⁰ de la sociedad controlada, exigencia que está, además, en perfecta sintonía con la concepción material de control, establecida en el art. 3, nº 2 del Reglamento 139/2004.

3.8. Adquisición de control exclusivo

Dentro de la noción amplia de control, el Reglamento distingue dos formas de ejercicio de una influencia decisiva: el control exclusivo y el control conjunto. Entre estos dos polos pueden surgir situaciones de alteración de un control exclusivo para un control conjunto y al revés.

La adquisición de control exclusivo se realiza, generalmente, por medio de la compra de activos o de participaciones en otra empresa, que confieren al adquirente la mayoría de los derechos de voto en la empresa controlada¹²⁶¹.

Cuando el adquirente no detenta la mayoría absoluta de las acciones de la empresa controlada, la solución es más complicada. De hecho, en el caso de participaciones minoritarias la determinación de la existencia de control dependerá de las circunstancias de hecho y de derecho de la concreta situación. Está claro que, normalmente, bastará una participación del 30% en el capital de la otra empresa, encontrándose disperso el resto del capital, para obtener un control de hecho¹²⁶².

Además, la Comisión parece haberse orientado en ese sentido, como demuestran las decisiones adoptadas en los casos Renault/Volvo¹²⁶³, Arjomari Prioux¹²⁶⁴, y CCIE/GTE¹²⁶⁵.

¹²⁶⁰ BLAISE, Jean Bernard: *Concurrence – Contrôle des opérations de concentration*. Op. cit., p. 749.

¹²⁶¹ Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, DO nº C 203/10 de 04/08/1990, cit., punto 12.

¹²⁶² El accionista que detenta tal participación podrá, normalmente, controlar la Asamblea General, principalmente si las restantes participaciones de la empresa estuvieren ampliamente dispersas por el público. Véase, en ese sentido: COOK, John y KERSE, Chris S.: *EEC merger control, Regulation 4064/89*. Op. Cit., p. 21.

¹²⁶³ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 07.11.1990, Asunto nº IV M.0004 - RENAULT / VOLVO, DO nº C 281 de 09/11/1990, cit.

¹²⁶⁴ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 10.12.1990, Asunto nº IV M.0025 - ARJOMARI-PRIOUX SA / WIGGINS TEAPE APPLETON, DO nº C 321 de 21/12/1990, cit.

¹²⁶⁵ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 25.09.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.258 - CCIE / GTE) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 265 de 14/10/1992.

a) Mientras en el primer caso la Comisión consideró que la adquisición por la Renault y por la Volvo del 20% al 25% de las acciones de la otra parte no originaba, por sí, el control exclusivo de una parte con relación a la otra¹²⁶⁶; ya en el caso Arjomari Prioux la Comisión afirmó que el hecho de que la empresa Arjomari pasase a detentar un 39% de las acciones de la WTA era suficiente para que aquélla pudiera ejercer una influencia determinante sobre la actividad de la WTA, ya que las restantes acciones de la WTA se encontraban dispersas entre más de 107.000 accionistas, no poseyendo ninguno de éstos más de un 4% del capital emitido¹²⁶⁷. Determinante en esa última decisión de la Comisión fue, por tanto, el hecho de que las demás participaciones encontrasen ampliamente dispersas por el público.

b) Por su parte, en el caso CCIE/GTE, la autoridad comunitaria reconoció que un accionista minoritario¹²⁶⁸ podría pasar a detentar el control exclusivo de la empresa debido a la existencia de especiales circunstancias de hecho como, por ejemplo, quedarse con una plaza permanente en el Consejo de Administración de la adquirida, nominar al presidente y al administrador delegado, etc.

En síntesis, podemos afirmar que, para que la adquisición de participaciones minoritarias sea capaz de conferir un control de hecho, es necesario la conjugación con otros factores, como la dispersión del resto del capital, cierto tipo de sistemas de votos, o la realización de acuerdos accesorios¹²⁶⁹ que atribuyan a la empresa adquirente derechos o poderes determinantes en su influencia sobre la adquirida parcialmente¹²⁷⁰.

¹²⁶⁶ Punto 2 de la decisión *Renault / Volvo*, cit.

¹²⁶⁷ Punto 4 de la decisión *Arjomari Prioux*, cit.

¹²⁶⁸ La empresa adquirente ha obtenido solamente un 19% de los derechos de voto de la empresa adquirida parcialmente.

¹²⁶⁹ Además, fue la existencia de ciertos acuerdos entre los accionistas lo que llevó a la Comisión a decidir en el caso *CONAGRA / IDEA* (Asunto nº IV/M.0010 - *CONAGRA / IDEA, DO n° C 175 de 06/07/1991*, cit.) que la adquisición por la *CONAGRA* del 20% del capital de *IDEA* le daba el control conjunto sobre la empresa *IDEA*, tratándose, por lo tanto, de una operación de concentración.

¹²⁷⁰ Obsérvese que, en los casos en que la participación minoritaria no genera un control exclusivo de la empresa adquirente, puede tal participación, eventualmente, conjugada con los poderes de otro(s) accionista(s), fundamentar una situación de control conjunto.

3.9. Del control conjunto al control exclusivo

Además de estos supuestos de control exclusivo, que podemos contraponer a los casos de control conjunto, pueden aun surgir situaciones designadas por la Comisión como alteraciones del tipo de influencia determinante. Son los casos en que se verifica, por ejemplo, la modificación de un control conjunto por un control exclusivo.

Lo mismo sucedió en el asunto ICI/Tioxide¹²⁷¹ y el asunto ABB/Brel¹²⁷².

a) El primer caso se refiere a la adquisición, por la ICI, del control exclusivo de la Tioxide, una vez que, antes del acuerdo, la Cookson y la ICI detentaban cada una el 50% del capital de la Tioxide¹²⁷³. Este cambio de un control conjunto por el control exclusivo fue considerado, por la Comisión, como una concentración en la acepción del nº 1, letra b), del art. 3 del Reglamento 4064/89 (art. 3, apartado 1, letra b del Reglamento 139/2004), con el siguiente argumento: la influencia determinante ejercida exclusivamente es substancialmente distinta de la influencia determinante ejercida conjuntamente, ya que en este último caso deben ser tomadas en consideración los intereses potencialmente distintos de la otra parte o de las partes en cuestión. Así, al transformar el tipo de influencia determinante ejercida por la ICI sobre la Tioxide, la transacción implicará una transformación duradera de la estructura de las partes en causa^{1274/1275}.

¹²⁷¹ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 28.11.1990, Asunto nº IV M.0023 - ICI / TIOXIDE, DO n° C 304 de 04/12/1990, cit.

¹²⁷² DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 16.05.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.221 - ABB / BREL) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO n° C 142 de 04/06/1992.

¹²⁷³ Punto 3 de la decisión ICI/Tioxide, cit.

¹²⁷⁴ Punto 2 y 4 de la decisión ICI/Tioxide, cit.

¹²⁷⁵ En conformidad aún, con las decisiones *Solvay-Laporte / Interlox* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 30.04.1992, Asunto nº IV M.197 - SOLVAY LAPORTE / INTEROX, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO n° C 165 de 02/07/1992), relativa a la división de una empresa común, en que el cambio de un control conjunto a control exclusivo, por medio de la división de activos, fue igualmente considerado por la Comisión como configurando dos operaciones de concentración separadas; y la decisión *CAMPASA* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 19.12.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, Asunto nº IV M.138 – CAMPASA, DO n° C 334 de 28/12/1991), que trata de un problema semejante. En este último caso, la CAMPASA era propiedad de tres empresas,

b) En el segundo caso, la situación era semejante, habiendo sido obtenido por la ABB el control exclusivo, del que anteriormente disponía del control conjunto de la Brel¹²⁷⁶.

Obsérvese que esta solución, defendida por la Comisión, fue pensada para la hipótesis más probable de que el control conjunto sea ejercido efectivamente por dos (o más) accionistas. En este supuesto, se puede dar el caso de que uno de los accionistas detenta el control de una forma pasiva, o sea, aunque sea poseedor del 50% del capital de la empresa controlada, no interfiere de forma significativa en las decisiones estratégicas de esa empresa. ¿Es que en este caso el control es ejercido de forma conjunta? Parece que, en esta hipótesis, no podremos hablar de la existencia de un control conjunto. Cuando el accionista pasivo vende sus participaciones al accionista activo ocurre una mera alteración formal, ya que en realidad el segundo accionista ha ejercido siempre un control exclusivo. En esta situación, en nuestra opinión, no se podría hablar, por lo tanto, de una concentración resultante de un cambio del tipo de influencia determinante¹²⁷⁷.

Es importante subrayar, finalmente, que estos casos, en que hay una transformación del control, no siempre producirán un impacto apreciable en la competencia, tal como demuestra, de forma significativa, la decisión de compatibilidad con el mercado único adoptada por la Comisión en el caso ICI/Tioxide¹²⁷⁸, ya que la adquisición de control exclusivo de la Tioxide por la ICI no creaba ni reforzaba una posición dominante¹²⁷⁹.

Repsol, Cepsa/Ertoil y Petromed. La división del activo de la CAMPSA entre los tres accionistas, de acuerdo con sus participaciones en el capital, llevó a que la Comisión afirmara la existencia de una concentración, en los términos del art. 3 del Reglamento 4064/89.

¹²⁷⁶ Nótese que esta práctica fue seguida en el caso *Solvay-Laporte / Interlox*, *cit.*, en que la escisión de la empresa común fue considerada como configurando dos operaciones de concentración. En el plano opuesto, tenemos el caso *Mannesmann / Hoech* (Decisión de la Comisión, de 12 de noviembre de 1992, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.222 - Mannesmann/Hoesch, DO nº L 114 de 08/05/1993), donde distintas transacciones fueron consideradas como una única operación de concentración.

¹²⁷⁷ Parece ser ésta, igualmente, la tesis defendida por COOK, John y KERSE, Chris S.: *EEC merger control, Regulation 4064/89. Op. Cit.*, p. 27.

¹²⁷⁸ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 28.11.1990, Asunto nº IV M.0023 - ICI / TIOXIDE, DO nº C 304 de 04/12/1990, *cit.*

¹²⁷⁹ Puntos 19 y 20 de la decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 1990, *cit.*

3.10. Adquisición del control conjunto: empresas comunes

3.10.1. Aproximación a la materia

Contrapuestas las situaciones de adquisición de control exclusivo, surgen las hipótesis de adquisición de control conjunto.

El Reglamento 139/2004 nada dice respecto de los criterios calificadores de ese control conjunto, pero la referencia a tal modalidad de control está contenida en la redacción del nº 1, letra b del art. 3 del mismo diploma legal, cuando reconoce que una empresa puede ser controlada por una o más empresas, y en sus números 2 y 3, que establecen que el control deriva de los derechos, contratos u otros medios que confieren a las empresas la posibilidad de ejercer una influencia determinante sobre la empresa controlada.

Además, la adquisición conjunta viene referida en el preámbulo del Reglamento 4064/89¹²⁸⁰ (en el Reglamento 139/2004, véase considerando 27), según el cual "...no existe coordinación de comportamiento competitivo con arreglo al presente Reglamento cuando dos o más empresas acuerdan adquirir en común el control de una o de varias otras empresas, con la finalidad y efectos de repartir entre ellas dichas empresas o sus activos".

Nótese que, la distinción entre cooperación y concentración subyace al régimen de las adquisiciones conjuntas¹²⁸¹. De hecho, el considerando 24 del preámbulo del Reglamento 4064/89 afirma estar en causa una operación de concentración a ser realizada en dos fases sucesivas:

- 1) la estrategia común se limita a la adquisición del control;
- 2) para constituirse una concentración a la adquisición debe producirse la separación clara de las empresas o activos en causa¹²⁸².

¹²⁸⁰ Considerando 24 del preámbulo del Reglamento 4064/89.

¹²⁸¹ La adquisición en común de empresas sólo queda sujeta al régimen de las empresas comunes si la operación de adquisición es seguida de un período de control en común, con una duración a medio plazo. Nótese, por otro lado, que si la repartición de activos es hecha en beneficio de terceros, la operación no es una concentración.

¹²⁸² Punto IV, nº 1, Comunicación de la Comisión nº 90/C 203/05, relativa a las restricciones accesorias a las operaciones de concentración, DO nº C 203/05 de 14/8/1990.

Exige, por lo tanto, que el acuerdo que tiene por objetivo la división de los activos o de la empresa entre en vigencia inmediatamente después de la adquisición¹²⁸³.

Surge así la cuestión de saber si los acuerdos que tramitan alrededor de la adquisición común deben ser considerados verdaderos acuerdos de cooperación, a efectos de la aplicación del art. 82 del TCE.

Antes de la entrada en vigor del Reglamento 4064/89, la Comisión parecía tratar la adquisición común a la luz del art. 81 TCE y no del art. 82 TCE¹²⁸⁴. Con la publicación de la Comunicación 90/C 203/05, la Comisión aclaró que, tanto los acuerdos establecidos entre los participantes en la adquisición común (sobre no presentar separadamente ofertas en competencia sobre la misma empresa o sobre no adquirir su control por otra manera), como los acuerdos relativos a la división de la empresa o de sus activos¹²⁸⁵, deben ser considerados restricciones accesorias a la operación de concentración¹²⁸⁶, alterando la posición defendida en la decisión *Irish Distillers Group*¹²⁸⁷, y optando por un tratamiento tolerante de los acuerdos necesarios a la realización de la adquisición de control común.

En un plano distinto, nos confrontamos con la hipótesis de creación de una empresa común, que es el ejemplo típico de la adquisición de control conjunto. Obsérvese, desde ya, que la creación de una empresa común no significa la aplicación automática del Reglamento 4064/89.

De hecho, como determina el art. 3, nº 2 del Reglamento 4064/89, "una operación, incluida la creación de una empresa común, que tenga por objeto o efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes no constituirá concentración...".

Sin embargo, determina aún el art. 3, nº 2, segunda parte (Reglamento 4064/89), que "la creación de una empresa común que

¹²⁸³ Punto 48 de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, DO nº C 203/10 de 04/08/1990, *cit.*

¹²⁸⁴ Decisión de la Comisión *Irish Distillers Group*, *cit.*

¹²⁸⁵ Así, v.g., los acuerdos con vistas a la división de las unidades de producción o de las redes de distribución. Véase el punto 3 de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/05, DO nº C 203/05 de 14/8/1990, *cit.*

¹²⁸⁶ Punto IV, nº 2 y nº 3 de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/05, DO nº C 203/05 de 14/8/1990, *cit.*

¹²⁸⁷ XVIII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1988, *cit.*, punto 88.

desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no implique coordinación de comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí ni las empresas participantes constituirá una operación de concentración según lo dispuesto en la letra b) del apartado 1". Los principios básicos establecidos en esta disposición, y desarrollados por las Comunicaciones de la Comisión, que permiten distinguir las empresas comunes con carácter de concentración, de aquéllas con carácter de cooperación, no surgen de una laguna jurídica.

Nuestro estudio de esta cuestión se desdoblará esencialmente en dos momentos: 1) en primer lugar, procederemos al análisis del marco jurídico de las empresas comunes, a la luz del TCE; 2) y después desarrollaremos su tratamiento con la entrada en vigor del Reglamento de 1989 (y su análisis bajo la óptica del Reglamento 139/2004).

Importa subrayar, antes que nada, que la calificación de la filial común como instrumento de concentración o de cooperación es esencial a la luz de la teoría del doble standard¹²⁸⁸, que establece la aplicación de reglas distintas de acuerdo con que las situaciones concretas fueren consideradas un acuerdo entre empresas (cooperación entre empresas) o una concentración empresarial. Mientras las primeras estarían sujetas a un régimen de prohibición automática, las segundas tan sólo excepcionalmente serían prohibidas, ya que les eran asociadas sustanciales ventajas económicas¹²⁸⁹.

¹²⁸⁸ Véase, en ese sentido: HAWK, Barry E.: *Joint ventures under EEC law, FILJ*. Vol. 15, nº 2, M. Bender, New York, 1991-1992, p. 322.

¹²⁸⁹ Para un estudio de la teoría del *doble standard* en el derecho norteamericano y en el derecho comunitario, véase: VOGEL, Louis: *Droit de la concurrence et concentration économique*. Serie Etudes et Recherches, ed. Économica, Paris, 1988, p. 253-296. Este autor destaca diferencias significativas entre la formulación realizada a la teoría del *doble standard* en el derecho comunitario y en el derecho norteamericano a tres niveles, a saber: a) distinciones en cuanto a las premisas de que parten las dos interpretaciones; b) distinciones en cuanto a sus consecuencias y; c) distinciones en cuanto al fundamento de la teoría del *doble standard*. Muy resumidamente podríamos formular las distinciones de la siguiente forma: mientras en el derecho comunitario la teoría del *doble standard* tiene como premisas la definición categórica de los conceptos jurídicos de cooperación empresarial y concentración empresarial (éstas son definidas en el Memorando de la Comisión por tres vectores: modificación irreversible de la propiedad, pérdida de la autonomía económica de las empresas, y su agrupamiento bajo una dirección única), y es de estos conceptos jurídicos de los que parte la realidad económica, lo que significa que una operación económica puede ser desmembrada en varias categorías jurídicas a las cuales apenas corresponde una norma jurídica (entendimiento que favorece la seguridad jurídica en detrimento de la flexibilidad de aplicación del régimen jurídico); en el derecho norteamericano se hace el camino inverso – se considera que definiciones categóricas escinden la realidad económica de forma arbitraria, al aplicar

La teoría del doble standard fue abordada por primera vez en el plano comunitario con el Memorando de la Comisión de diciembre de 1965¹²⁹⁰, en el que la autoridad comunitaria se basó fundamentalmente en la conjugación del criterio de la transferencia de propiedad con el criterio de la estructura de la empresa, para distinguir las dos realidades. La Comisión consideraba que las operaciones de concentración se realizaban por medio de la adquisición de la propiedad de empresas¹²⁹¹, implicando una alteración permanente en la estructura de las mismas, que perderían su autonomía económica y serían reagrupadas bajo una dirección única. Mientras las cooperaciones entre empresas constituirían acuerdos que permanecerían autónomos en cuanto a su comportamiento en el mercado¹²⁹².

regímenes jurídicos distintos a comportamientos que pueden tener los mismos efectos. Se aleja, así, cualquier veleidad de definición, afirmándose que la distinción entre cooperación y concentración no es una cuestión de naturaleza sino de grado de integración. Las consecuencias será, por lo tanto, distintas. Mientras en el derecho comunitario se afirma, con relación a las concentraciones, un tratamiento más favorable, esto es, se invoca la inadecuación del art. 81 TCE como instrumento de control de las concentraciones, para alejar su aplicación, en el derecho norteamericano existen dos dominios de control, esto es, se hace una aplicación diferenciada de la norma, según la operación tenga carácter de concentración o de cooperación. En otras palabras, en el derecho norteamericano la teoría se concretiza en el seno del propio *Sherman Act*, o sea, no se excluyen las concentraciones del régimen de las cooperaciones (se hace una aplicación diferenciada de la norma consonante estén en causa elementos *concentrativos*, a los que se aplica la *regla de la razón*, o elementos *cooperativos*, sujetos a la prohibición *per se*). Las distintas premisas y consecuencias resultarían, en el caso del derecho comunitario, en que la teoría en causa fuera vista como un instrumento de realización de una cierta política económica, o sea, se favorezcan los fenómenos de concentración con vistas al refuerzo de las estructuras industriales europeas, aumentando su competitividad delante de empresas de Estados terceros. Por otro lado, en el derecho norteamericano, la teoría es vista como una mera teoría económica neutra. Concluyendo, aunque el resultado pretendido, de cierta forma, sea el mismo en los dos sistemas jurídicos (europeo y norteamericano) – dar un tratamiento más favorable a las operaciones de concentración –, los métodos utilizados son divergentes.

¹²⁹⁰ *Memorandum de la Comisión de la Communauté Economique Européenne sur la concentration dans le Marché Común, cit.*

¹²⁹¹ Memorando de la Comisión de 1965, *cit.*, p. 669. Esta teoría va a ser criticada por ampliar demasiado la noción de concentración, olvidando que incluso las cooperaciones o acuerdos entre empresas contra la competencia pueden involucrar la transferencia de propiedad. Véase, en ese sentido: LUEDER, Tilman E. *Joint ventures under the merger control regulation: what is a "concentrative" joint venture?*, Elsa Law Review, vol. III, nº 2, London, 1992, p. 155. Además, la propia Comisión aplicó el art. 81 TCE a empresas comunes que involucraban la transferencia de propiedad. Véase, en ese sentido: Decisión de la Comisión, de 25 de julio de 1977, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE, Asunto IV/27 093 - De Laval-Stork, DO n° L 215 de 23/08/1977, prorrogada por la Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, Asunto IV/27.093 - De Laval-Stork, DO n° L 059 de 04/03/1988.

¹²⁹² Nótese que, en el Memorando de diciembre de 1965, la Comisión se refería a la alteración de la estructura interna de las empresas, criterio que va ser posteriormente sustituido por la alteración de la estructura del mercado, pasando a establecerse la dicotomía entre concentración y cooperación en los siguientes términos: la primera implica una alteración permanente en la estructura del mercado, reduciendo, generalmente, el número de empresas

De esta forma, el art. 81 TCE debía ser aplicable solamente a los acuerdos de cooperación entre empresas (ententes), revelándose como un instrumento inadecuado con relación a las concentraciones empresariales¹²⁹³.

Por otro lado, la Comisión se aparece atenta a las desventajas que podrían resultar, a nivel de la competencia, de un aumento del poder económico de las empresas implicadas en la operación de concentración¹²⁹⁴, afirmando así la aplicabilidad del art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE) a estos casos¹²⁹⁵.

La verificación del paso de esta distinción teórica y categórica, entre cooperación y concentración, en la práctica es difícil de efectuarse. Los obstáculos surgen con particular acuidad a la luz de ciertos fenómenos mixtos, como es el caso significativo de las empresas comunes, en que encontramos reflejos de las dos realidades. Es importante subrayar, desde ya, que no es fácil encontrar una definición de empresa común¹²⁹⁶, dada la diversidad de las formas que la misma puede asumir¹²⁹⁷.

en competencia mientras la cooperación implica una coordinación transitoria de comportamientos, manteniéndose el número de empresas independientes en el mercado. Este criterio distintivo será extremadamente difícil de aplicar a las empresas comunes, que, dada su naturaleza ambivalente, pueden ser vistas como concentración o como cooperación.

¹²⁹³ La Comisión se aleja, con estas afirmaciones, de las posiciones seguidas en el derecho norteamericano. De hecho, aunque éste también reconozca la necesidad de afirmar la especificidad de los fenómenos de concentración, las consecuencias que de ahí derivan son distintas. Así, en el derecho norteamericano no encontramos una afirmación semejante a aquella hecha por la Comisión, en el Memorando de diciembre de 1965, en cuanto a no aplicación del art. 81 TCE (ex art. 85 TCEE) a las concentraciones. Antes lo contrario, el derecho norteamericano relativo a la cooperación empresarial fue siempre considerado aplicable a las concentraciones empresariales.

¹²⁹⁴ Conforme p. 5 del Memorando de diciembre de 1965, donde la Comisión afirmó expresamente que las fusiones de empresas pueden impedir el funcionamiento de la competencia.

¹²⁹⁵ Como ya subrayamos, la Comisión afirmó en el Memorando que cooperación y concentración son realidades distintas y que, por lo tanto, deben estar sujetas a regímenes distintos. Otro problema es saber si el criterio, y el alcance de la distinción, tiene sentido de ser. Sobre esta cuestión, véase: GOLDMAN, Berthold y LYON-CAEN, Antoine: *Droit Commercial européen*. 4ème ed., Dalloz, Paris, 1983, punto 608 y ss.

¹²⁹⁶ De todas formas, la noción que ha inspirado a la Comisión ha sido la que fue dada por BRODLEY (BRODLEY, Joseph F.: Joint Ventures and antitrust policy, *Harvard Law Review* (HLR). Vol. 95, nº 5, March, Harvard Law Review Association, Cambridge, 1982, p. 1523). Véase, además, Primera Parte, Capítulo II, apartado 5.4. de nuestra tesis.

¹²⁹⁷ De acuerdo con la imagen particularmente ilustrativa dada por VERSTRYNGE (VERSTRYNGE, J. F.: *Problèmes relatives aux filiales comunes*, CDE. Nº 1, 1979, p. 13), la empresa común es como si fuera un vaso conteniendo un líquido. La simple visión del vaso no permite comprender la naturaleza del líquido contenido, o sea, la empresa común es una forma jurídica que puede tener un número infinito de modelos de cooperación de empresas, modelos cuyo contenido no es definido por el simple vocablo *empresa común*. Sobre esta cuestión véase, aún: FERRY, John E.: *Joint research and development and other joint ventures*, ALJ.

El elemento determinante de la noción de empresa común, según la Comisión, es la existencia de un control conjunto. La autoridad comunitaria ya había afirmado¹²⁹⁸ que la empresa común debería ser entendida como una empresa sujeta al control conjunto de dos o más sociedades económicamente independientes entre sí¹²⁹⁹. La empresa común puede, así, constituir un fenómeno de concentración de empresas¹³⁰⁰ o puede ser un medio de cooperación entre empresas.

Es este carácter ambivalente de la empresa común, representando normalmente realidades que traducen una integración más profunda que una cooperación pero menos profunda que una concentración¹³⁰¹, lo que la transforma en particularmente compleja. De ahí que la Comisión haya optado por una actitud extremadamente prudente ante este

Vol. 54, London, 1985, p. 681; FAULL, Jonathan: Joint ventures under the EEC competition rules, *European Competition Law Review* (ECLR). Vol. 5, nº 1, ESC, Oxford, 1984, p. 359. Por otro lado, la creación de reglamentos de exención por categorías, visando en general los acuerdos constitutivos de una empresa común, es manifiestamente imposible dada la variedad de situaciones que ahí pueden ser abarcadas, como demuestra la esclarecedora imagen dada por VERSTRYNGE. Parece, entonces, que las soluciones tendrán que ser, necesariamente, casuísticas. En esta línea, la Comisión publicó un Reglamento (Reglamento nº 151/93 de la Comisión, de 23 de diciembre de 1992, DO nº L 21/54 de 29.1.93), que visa modificar ciertos reglamentos de exención por categorías (Reglamento nº 417/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 TCEE a determinadas categorías de acuerdos de especialización, DO nº L 053 de 22/02/1985; Reglamento nº 418/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del TCEE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, DO nº L 053 de 22/02/1985; Reglamento nº 2349/84 de la Comisión, de 23 de julio de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a ciertas categorías de acuerdos de licencia de patentes, DO nº L 280 de 22/10/1985; Reglamento nº 556/89 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 TCEE a determinadas categorías de acuerdos de licencia de «know-how», DO nº L 061 de 04/03/1989, derogado por el Reglamento nº 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del TCEE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, DO nº L 031 de 09/02/1996), visando extender el alcance de la exención colectiva a las empresas comunes con carácter de cooperación que desarrollan todas las actividades de una empresa normal, principalmente la venta, así como aplicar el régimen de los acuerdos de licencia relativos a las actividades de una empresa común en que participen dos partes.

¹²⁹⁸ IV Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, 1974.

¹²⁹⁹ IV Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, *cit.*, punto 37. Obsérvese que esta definición deja fuera las filiales controladas en conjunto por sociedades del mismo grupo de sociedades. Véase, en ese mismo sentido: GLAIS, Michel y LAURENT, Philippe: *La filiale commune et l'article 85 du Traité de Rome*, RMC. Nº 231, Editions Techniques et Economiques, Paris, novembre, 1979, p. 495, nota 1.

¹³⁰⁰ Como apunta PAULEAU (PAULEAU, Christine: *Les entreprises comunes et le droit européen de la concurrence*, RIDE. 2, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1992, p. 209), parece ser ésta la calificación que es adoptada por la Comisión. En el mismo sentido, véase: PATHAK, Anand S.: *The EC Commission's approach to joint venture's: a policy of contradictions*, ECLR. 5, ESC, Oxford, 1991, p. 174.

¹³⁰¹ VERSTRYNGE, J. F.: *Problèmes relatifs aux filiales comunes*. Op. cit., p. 14.

fenómeno, afirmando que la calificación de la empresa común como un instrumento de cooperación o de concentración solamente puede ser hecha caso a caso, teniendo en cuenta el contexto económico¹³⁰². Además, tal declaración está de acuerdo con el propósito de la autoridad comunitaria, ya anteriormente explicado¹³⁰³, y más de una vez aquí confirmado¹³⁰⁴ de, en la aplicación de las normas comunitarias de la competencia atender, no a la forma jurídica escogida por las partes, sino a la situación económica en causa.

En una primera fase, la Comisión desarrolló la teoría de la concentración parcial como criterio calificador de la categoría de empresas comunes que escapan a la prohibición del art. 81, nº 1. Los pilares de esta teoría son esencialmente el VI Informe de la Comisión sobre Política de Competencia y la decisión SHV Chevron¹³⁰⁵.

En esta decisión, dos sociedades (la SHV y la Chevron), con participaciones iguales en el capital, habían creado, por medio de un holding, filiales comunes para garantizar la distribución de productos en ciertos países. Para eso, las empresas fundadoras transfirieron a las filiales comunes, con una duración de por lo menos 50 años, la totalidad de sus redes de distribución y el conjunto de los correspondientes activos. Las empresas madre perdieron, en consecuencia, su independencia económica en el mercado, donde solamente podrían actuar por medio de su empresa común¹³⁰⁶.

El hecho de que la SHV y la Chevron permanecieran como empresas en competencia en mercados de productos vecinos no afectaba a su calificación como concentración parcial, ya que se trataba de productos técnica y económicamente distintos del mercado en el que operaban las empresas comunes que tenían aún carácter autónomo¹³⁰⁷. La Comisión consideró, de

¹³⁰² VI Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, 1976, punto 53.

¹³⁰³ Memorando de la Comisión, *cit.*, p. 669.

¹³⁰⁴ VI Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, 1976, punto 54.

¹³⁰⁵ Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 1974, *SHV – Chevron*, asunto nº IV/C/26872, *cit.*

¹³⁰⁶ IV Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, *cit.*, punto 41. Esta situación de concentración parcial, en que las empresas madre se retiran del mercado donde opera la empresa común, la contrapone la Comisión a la figura de concentración total, cuando las empresas madre dejan de ser económicamente independientes en el mercado después de la concentración.

¹³⁰⁷ VI Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, *cit.*, punto 56.

este modo, que estaba ante una concentración parcial, por lo que el art. 81 TCE (ex art. 85 TCEE) sería inaplicable¹³⁰⁸.

En el VI Informe sobre la Política de Competencia, la Comisión restringe aún más el ámbito de aplicación de la concentración empresarial¹³⁰⁹. Para verificarse esta situación, tienen que cumplirse dos condiciones: 1) desde luego, es necesario que los fundadores desaparezcan completamente y definitivamente del sector de actividad de la empresa común¹³¹⁰; 2) y, por otro lado, el funcionamiento de la empresa común no debe languidecer la competencia en otros sectores, y principalmente en sectores vecinos, en los cuales los participantes permanezcan oficialmente independientes¹³¹¹. En otras palabras, no debe generar un efecto de grupo¹³¹². Solamente la verificación de estos supuestos asegura, según la Comisión, la ausencia de coordinación de comportamientos de competencia entre las sociedades fundadoras, o entre ellas y la empresa común¹³¹³.

Por otro lado, la autoridad comunitaria subraya que las empresas comunes pueden ser igualmente consideradas instrumento de cooperación.

Lo mismo ocurrirá, principalmente, en el caso de las empresas comunes que solamente sirven para reagrupar ciertas funciones de las sociedades participantes, como por ejemplo la compra o venta en común, o sociedades comunes de investigación, así como el caso de la propia creación de la empresa común, que será una unidad económica autónoma desempeñando funciones de una empresa, pero en que las fundadoras, después de su creación, permanezcan por lo menos como potenciales empresas en competencia con la empresa común creada¹³¹⁴.

El art. 81 TCE no será aplicable a la creación de empresas comunes entre empresas en competencia actual o potencial si las empresas

¹³⁰⁸ El art. 82 TCE no fue, a su vez, considerado susceptible de ser aplicado ya que la empresa no estaba en posición dominante.

¹³⁰⁹ VI Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, *cit.*, puntos 55 y ss.

¹³¹⁰ VI Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, *cit.*, punto 55.

¹³¹¹ VI Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, *cit.*, punto 55; IV Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, *cit.*, puntos 114 –119.

¹³¹² El efecto de grupo, en términos generales, consiste en la posibilidad de coordinación del comportamiento de las empresas madre en el mercado donde permanezcan como entidades independientes después de la creación de la empresa común.

¹³¹³ VI Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, *cit.*, punto 55.

¹³¹⁴ VI Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, *cit.*, punto 55.

fundadoras transfieren todo su activo a la empresa común y se transforman en meras sociedades holding, o si la transferencia del activo es limitada a ciertos sectores de actividades ejercidos hasta entonces autónomamente por los fundadores, desde que las empresas madre desaparezcan completa y definitivamente del sector de actividad de la empresa común.

Si la elaboración de la teoría de la concentración parcial demuestra, de hecho, una cierta búsqueda por parte de la Comisión en seguir la dicotomía afirmada en el Memorando, incluso ahí podremos constatar que esa separación no es perfecta.

En efecto, esta doctrina, cuyos principios fueron establecidos en la decisión SHV Chevron y confirmados en el VI Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, apunta hacia una visión más restrictiva de la noción de empresa común como concentración¹³¹⁵, relativamente a la definición elaborada en el Memorando de diciembre de 1965, con el consecuente alargamiento del ámbito de aplicación del art. 81 TCE.

Para que la operación sea considerada una concentración es necesario, por lo tanto, una modificación estructural permanente del mercado, objetivo que solamente se consigue con la retirada irreversible de las empresas fundadoras del mercado de la empresa común, unida al no languidecimiento de la competencia entre todas las empresas participantes en la concentración.

Finalmente, a partir de la decisión SHV Chevron, se limita el principio de la no aplicación del art. 81 TCE a las empresas comunes con carácter de concentración, o sea, ella marca el fin de un período de aceptación clara de la dicotomía entre empresas comunes cooperativas, sujetas al art. 81 TCE, y las empresas comunes con carácter de concentración, sujetas al art. 82 TCE. De ahí en adelante, la Comisión se encamina hacia el establecimiento progresivo de las distinciones entre las dos realidades, para consumir la eventual dimensión de concentración de la empresa común en su dimensión de cooperación, con la consecuente aplicación sistemática del art. 81 TCE.

¹³¹⁵ Obsérvese que la designación empresa común con carácter de concentración surge solamente más tarde, con las Comunicaciones 90/C 203/05 y 90/C 203/06, citadas.

3.10.2. Aplicación del Reglamento 139/2004 a las empresas comunes

Esta situación poseía, a primera vista, las condiciones para su alteración con la publicación del Reglamento 4064/89, en la medida en que se introdujo, a nivel comunitario, un control destinado específicamente a las operaciones de concentración (lo mismo sigue válido para la aplicación del Reglamento 139/2004).

Colmada la laguna existente en el Tratado de Roma en esta materia, la Comisión podría abandonar sin remordimientos la política expansionista seguida hasta entonces, relativa a la aplicación del art. 81 TCE.

Sin embargo, si es verdad que el Reglamento pretende representar un paso adelante en cuestiones como la rapidez, simplicidad y seguridad en el tratamiento jurídico de los fenómenos de concentración (entre los cuales ocupan un lugar destacado las empresas comunes – filiales comunes – con carácter de concentración), los resultados prácticos obtenidos parecen quedar por debajo de las expectativas creadas.

En efecto, el Reglamento, desde luego, ha fallado, como veremos, en el establecimiento de una distinción clara entre las filiales comunes cooperativas y las filiales comunes con carácter de concentración¹³¹⁶.

El Reglamento 139/2004 establece, en su art. 3, nº 4, que la creación de una empresa común (empresa en participación) puede, verificadas ciertas condiciones, constituir una operación de concentración (cómo también ocurría con el Reglamento 4064/89, en su artículo 3, apartado 2).

La noción general de empresa común es referida en la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06¹³¹⁷. Ahí se establece que las empresas comunes son empresas controladas conjuntamente por varias

¹³¹⁶ HAWK, Barry: *The EEC merger regulation: the first step toward one-stop merger control*. *Op.cit.*, p. 202.

¹³¹⁷ Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, DO nº C 203/10 de 04/08/1990, *cit.*

sociedades madre¹³¹⁸, manteniéndose, por lo tanto, la concepción restrictiva defendida anteriormente por la Comisión¹³¹⁹.

Tres son los elementos de la empresa común que la Comisión va a desarrollar a lo largo de la Comunicación. Ellos son:

1) En primer lugar, una empresa común debe de estar definida, o sea, un conjunto organizado de recursos humanos y materiales destinado a proseguir en una base duradera un objeto económico definido¹³²⁰. La Comisión retoma así la definición hecha anteriormente por el Tribunal de Justicia, en la sentencia Mannesman¹³²¹, con la significativa diferencia de la exigencia de la autonomía jurídica, hecha inicialmente por el Tribunal y abandonada en la Comunicación, en sintonía, además, con la determinación de la Comisión de atender a la realidad económica y no a la forma jurídica atribuida por las partes¹³²².

En cuanto a la exigencia de una actividad organizada y con fin económico, no presentan grandes dificultades de interpretación, al contrario de la referencia a una base duradera. De hecho, este último elemento, igualmente presente en el art. 3, nº 4 del Reglamento 139/2004 (“...desempeño de forma permanente...”), y que será referido con frecuencia en la práctica de la Comisión¹³²³, es bastante controvertido.

Esta característica es identificada por la Comisión con el requisito de la autonomía de la empresa común con relación a las empresas madre, esto es, el carácter duradero de la empresa común sería un indicio de que ella es

¹³¹⁸ Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*, punto 7.

¹³¹⁹ IV Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, 1974. Véase, además: PAULEAU, Christine: *Les entreprises comunes et le droit européen de la concurrente*. *Op. cit.*, p. 229.

¹³²⁰ Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*, punto 8.

¹³²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1962, *Mannesmann AG c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 19/61, *Recueil de Jurisprudence*, 1962, p. 675

¹³²² En los términos del VI Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia, 1976, punto 53. Acuérdesse, aun, que la exigencia de autonomía jurídica va ser convertida por el Tribunal en una exigencia de autonomía económica. Véase, en ese sentido: Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 1971, *Beguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Exporta* (Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Comercio de Nice), Asunto 22-71, *Recueil de Jurisprudence*, 1971, p. 00949; Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Winthrop BV.*, asunto 16-74, *Recueil de Jurisprudence*, 1974, p. 01183.

¹³²³ Véase, v.g., la decisión *SHV Chevron* (asunto nº IV/C/26872, *cit.*), y la decisión *De Laval – Stork* (Asunto IV/27 093, *cit.*).

una entidad económica independiente, por lo que le debía ser atribuida naturaleza de concentración y no de cooperación¹³²⁴. La exigencia de una base duradera no sería, por lo tanto, caracterizadora del concepto de empresa común, pero sí funcionaría como un factor de distinción entre concentraciones y cooperación empresarial. Así, no debería haber sido incluida la idea de una base duradera en la noción previa de filial común.

De este modo, se afirma que transponer aquella característica de las empresas comunes con carácter de concentración (base duradera) a la noción general de empresa común significa no solamente la reducción de la laguna entre las dos figuras. Además, también permite que las empresas comunes con carácter de cooperación sin una base duradera puedan huir del control del Derecho Comunitario cuando, en realidad, siendo instrumentos de cooperación, restringen la competencia en el mercado, independientemente de su duración¹³²⁵.

2) Por otro lado, la empresa común tiene que ser controlada por otras empresas.

La Comunicación de la Comisión 90/C 203/06 define el control como la posibilidad de las empresas ejercer, directa o indirectamente, una influencia determinante sobre las actividades de la empresa común, recuperando, de este modo, la noción amplia dada por el art. 3, nº 3 del Reglamento 4064/89¹³²⁶. En ese mismo sentido es la noción de control dada por el art. 3, apartado 2 del Reglamento 139/2004.

3) Finalmente, es aún necesaria la existencia de un control conjunto.

¹³²⁴ Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*, punto 17.

¹³²⁵ Véase, en ese sentido: GONZALEZ-ORUS, Jerónimo Maíllo: La noción de filial común en el derecho comunitario de la competencia a la luz del reglamento sobre el control de las operaciones de concentración, *Revista de Instituciones Europeas (RIE)*. Vol. 19, nº 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1992, p. 575 y; PATHAK, Anand: *The EC Commission's approach to joint venture's a policy of contradictions*. *Op. cit.*, p. 173, que apunta como solución posible eliminar la categoría de las empresas comunes con carácter de cooperación y pasar a aplicar el Reglamento a las empresas comunes con carácter de concentración y el art. 81 TCE a los acuerdos de creación de una empresa común que disimulen los carteles, así como a los acuerdos restrictivos considerados no accesorios de la empresa común con carácter de concentración.

¹³²⁶ Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*, punto 9.

Se trata de una característica intrínseca al concepto de empresa común, como reconoce la Comisión¹³²⁷, sin la cual no se puede hablar de empresa común a efectos del Reglamento 4064/89, ni mismo a los efectos del Reglamento 139/2004, artículo 3, apartado 4.

En los términos de la Comunicación, sólo existe control conjunto cuando se exige la existencia del acuerdo de las empresas madre en cuanto a las decisiones de las actividades de la empresa común¹³²⁸. Lo esencial es, por lo tanto, la determinación conjunta de las actividades comerciales de la empresa conjunta y no el hecho de poseer participaciones iguales en el capital de la empresa común.

Claro está que el hecho de que las empresas madre detentan un 50% de las participaciones y de los votos de la empresa común va, en principio, a obligarles a ejercer el control de forma conjunta, aunque no tengan establecido ningún acuerdo, a fin de evitar votos de bloqueo recíprocos en cuanto a las decisiones que afecten a la actividad de la empresa común¹³²⁹.

Pero, incluso en la ausencia de la existencia de esa paridad, se puede, aún, hablar de control conjunto, atendiendo a las circunstancias legales y de hecho. Así, la Comisión ya se pronunció en ese sentido, en la decisión *Amersham / Buchler*¹³³⁰, donde afirmó la existencia de un control conjunto, aunque las dos empresas fundadoras disponían de un 60% y un 40% del capital de la empresa común. De esta forma, aunque una empresa fundadora detenta una participación mayoritaria en la empresa común, puede existir un

¹³²⁷ Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*, punto 11.

¹³²⁸ Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*, punto 12.

¹³²⁹ Punto 13 de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06. Nótese que nos referimos aquí a dos empresas madre, pero la lógica se mantiene si fuesen tres o más las empresas fundadoras, ya que sin su cooperación surgen los bloqueos. Cada una tiene, por tanto, un derecho de veto. La existencia de un derecho de veto sobre las decisiones más importantes, o la necesidad de una mayoría calificada para tales decisiones, que no es detentada individualmente por ninguna de las partes, como sucedió, por ejemplo, en el caso *Varta Bosh* (Decisión de la Comisión, de 31 de julio de 1991, Asunto IV / M.012 – *Varta/Bosch, cit.*), serán indicios de un control conjunto.

¹³³⁰ Decisión de la Comisión, de 29 de octubre de 1982, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE, Asunto IV/30.517 - *Amersham Buchler, DO n° L 314 de 10/11/1982.*, punto 2. Véase, aun: Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, Asunto IV/32.306 - *Olivetti/Canon, DO n° L 052 de 26/02/1988 (punto 21 de la decisión)*, donde, aunque la Olivetti tuviera más del 50% de los votos en la empresa común, la Comisión consideró que existía un control conjunto.

control conjunto, teniendo por base acuerdos¹³³¹, o un esquema de concertación¹³³² entre las sociedades madre del grupo¹³³³.

Los medios a través de los cuales se procesa el control resultan, así, indiferentes: pueden ser derechos adquiridos en la empresa común¹³³⁴,

¹³³¹ De hecho, aunque el control conjunto no esté consagrado explícitamente en los estatutos de la empresa común, puede resultar, por ejemplo, de acuerdos formales entre las empresas fundadoras en que la sociedad madre con una participación mayoritaria se obligue a conferir a la otra empresa minoritaria el derecho de participar en el control de la empresa común. Fue lo que sucedió, por ejemplo, en el asunto *Thomas Cook / LTU / West LB*, en que los dos accionistas detentaban un 90% y un 10% del capital de la *Thomas Cook*, pero, atendiendo a la celebración del acuerdo que preveía el consentimiento de ambas partes en relación a las decisiones estratégicas de la empresa común, la Comisión concluyó que había un caso de control conjunto (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 14.07.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.229 - THOMAS COOK / LTU / WEST LB, DO nº C 199 de 06/08/1992). Una situación semejante ocurrió en el asunto *Eucom / Digital*, en que una repartición de participaciones del orden de 75% y 25% fue acompañada de un acuerdo de accionistas que preveía el control conjunto de la empresa común (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 18.05.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M 218 - EUCOM / DIGITAL, DO nº C 140 de 03/06/1992). Refiérase, finalmente, al asunto *James River / Rayne*, en que un accionista fue sustituido por otro que adquirió el control conjunto, habiendo la operación sido considerada una concentración (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 13.02.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.162 - JAMES RIVER / RAYNE, sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 043 de 18/02/1992).

¹³³² En el caso, por ejemplo, de que las participaciones de la empresa común estén bastante dispersas, pero entre los accionistas minoritarios exista un grupo que se armoniza para ejercer la política común delante de la empresa común. Véase, en ese sentido: BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. Op. cit., p. 87.

¹³³³ Véase: punto 13 de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, cit. El problema de la definición de control en el dominio de las empresas comunes, particularmente en los casos en que se fundamenta en la adquisición de participaciones minoritarias, nos recuerda a la jurisprudencia *Philip Morris*. La cuestión que se plantea es la de saber si la sentencia podrá tener relevancia en el marco del Reglamento 139/2004. Nos parece que la mejor solución es alejar tal hipótesis, ya que el caso referido en la sentencia involucra niveles de influencia que quedan más limitados que el concepto utilizado en el Reglamento. O sea, el art. 3, nº 4 del Reglamento 139/2004, parece excluir las hipótesis del tipo *Philip Morris*. En el mismo sentido, con análisis del Reglamento 4064/89, véase: LAURENCIE, Jean Patrice de la: *Le nouveau règlement communautaire sur les concentrations: comment un bon compromis politique produit un nid à contentieux*. Op. cit., p. 145. Para este autor, a partir de la vigencia del Reglamento 4064/89, la Comisión debería abandonar la jurisprudencia *Philip Morris*. Así, las situaciones del tipo *Carnaud / Sofreb* (XVII Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1987, cit.) quedarían bajo el ámbito del reglamento comunitario. Sin embargo, no toda la experiencia desarrollada por las autoridades comunitarias a la luz del TCE será, en nuestra opinión, desproveyda de interés a efectos de la aplicación del Reglamento comunitario. De hecho, ya se podrán aplicar, en el análisis de la noción de control conjunto, a efectos del Reglamento 139/2004, las orientaciones hechas por la Comisión en decisiones anteriores. Así, por ejemplo, los principios establecidos en el asunto *Mitchell Cotts / Sofiftra* (Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1986, Asunto nº IV/31.340 – *Mitchell Cotts / Sofiftra*, cit.), donde la Comisión consideró que una inversión minoritaria podría originar una influencia decisiva, se mantiene válida cuanto al cumplimiento de la noción de control conjunto a la luz del Reglamento 139/2004. En ese mismo sentido: VENIT, James S.: *The merger control regulation: europe comes of age... or caliban's dinner*. Op. cit., p. 37. Hay que distinguir, por tanto, los casos de mera influencia o coordinación, pertenecientes al marco de la sentencia *Philip Morris*, de las situaciones de influencia decisiva, pertenecientes al marco jurídico del Reglamento comunitario.

contratos u otros medios¹³³⁵. Lo fundamental es el ejercicio conjunto de una influencia decisiva sobre las decisiones estratégicas de la empresa común. De este modo, la definición de estas decisiones es esencial para apurar la existencia de un control conjunto. Esto significa que, solamente después de averiguar cuáles son las decisiones más importantes que tienen que ser tomadas en conjunto por las empresas fundadoras -esto es, para las cuales se exige unanimidad o mayoría cualificada- se sabrá si hay control conjunto o no¹³³⁶.

¿Es posible establecer un criterio general que permita afirmar la existencia de un control conjunto cuyo ejercicio involucre a un accionista minoritario?

La Comisión parece haber seguido, en esta materia, el siguiente criterio: existirá un control conjunto cuando el accionista minoritario tenga derechos que sobrepasen la protección normal de los intereses de los accionistas minoritarios en los Estados miembros de la Comunidad, de forma que decisiones importantes queden sujetas al consentimiento del accionista¹³³⁷.

Sin embargo, la pregunta siguiente sería, ¿cuáles son los derechos que sobrepasen la protección normal de los accionistas minoritarios?

¹³³⁴ En ese sentido, véase el asunto *Sanofi / Sterling Drug*: DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 10.06.1991, Asunto nº IV M.0072 - SANOFI / STERLING DRUG, *cit.*

¹³³⁵ Punto 11 de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*

¹³³⁶ Siendo necesaria la unanimidad o la mayoría cualificada para la adopción de ciertas decisiones estratégicas, eso significa que el derecho de las empresas madre de vetar esas decisiones implica, en principio, la existencia de un control conjunto entre las fundadoras. Lo que fue, además, confirmado por la Comisión, en el caso *ELF/BC/CEPSA*: DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 24.07.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0088 - ELF / ENTERPRISE, sobre la base del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, *DO n° C 203 de 02/08/1991* (hoy Reglamento 139/2004). En este caso, las decisiones estratégicas relativas a la política de inversión, adquisiciones, etc., tenían que ser tomadas por mayoría cualificada del 75%, por lo que la Comisión consideró que había un control conjunto de la empresa común, atendiendo a que ambas sociedades madre tenían derecho de veto.

¹³³⁷ En este sentido, la decisión *CONAGRA / IDEA* (Asunto nº IV/M.0010 - CONAGRA / IDEA, *DO n° C 175 de 06/07/1991, cit.*, punto 14), donde la Comisión afirma que la exigencia de mayoría cualificada significa que la empresa común no puede actuar sin el consentimiento de la *CONAGRA*. Luego, los derechos de ésta sobrepasan la protección normal de los intereses de los accionistas minoritarios en los Estados miembros comunitarios y permite a la *CONAGRA* ejercer en conjunto con la *holding* una influencia decisiva en la empresa común. Véase, aún, la decisión *Elf-Enterprise* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 24.07.1991, Asunto nº IV M.0088, *cit.*) y la decisión *Eridania / ISI* (Decisión de la Comisión de 30/07/1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M. 062 - *Eridania / ISI, cit.*).

Está claro que hay ciertos derechos que son, generalmente, inherentes a la posesión de una determinada participación en el capital de una empresa y que pretenden, por tanto, mantener el valor integral de las inversiones hechas, tales como el derecho de voto, el derecho a participar en las asambleas generales, derechos de preferencia, derecho a los beneficios de la sociedad, etc., mientras otros derechos, que forman parte de un conjunto inicialmente indefinido, quedan fuera de ese círculo.

De esta forma, ya se consideraron derechos que sobrepasan la protección normal de los accionistas minoritarios, con vistas a la protección de sus inversiones, el poder de vetar decisiones comerciales estratégicas, como la aprobación del lanzamiento de nuevos productos y la remuneración y selección del personal de dirección¹³³⁸, la designación del órgano de decisión¹³³⁹, el pedido de licencias de petróleo o concesiones para la explotación¹³⁴⁰, etc. Por otro lado, la autoridad comunitaria afirmó la existencia de un control conjunto cuando tenían que ser tomadas por acuerdo las decisiones relativas a la aprobación de los planes presupuestarios para la empresa común y la nominación y destitución de los directores y miembros de los órganos de administración y de fiscalización de las filiales de la nueva empresa¹³⁴¹.

Establecida la existencia de una empresa común, importa operar su calificación como concentración o cooperación. Del Reglamento 4064/89 y de la Comunicación 90/C 203/06 resulta que la empresa común solamente tendrá carácter de concentración si se verifican dos requisitos: 1) la empresa común debe desempeñar de forma duradera todas las funciones de una entidad económica autónoma y; 2) por otro lado, es necesaria la inexistencia de coordinación del comportamiento competencial entre las propias sociedades madre y entre ellas y la empresa común.

Importante subrayar que en el sistema del nuevo Reglamento de control de las concentraciones (Reglamento 139/2004), solamente la primera condición es necesaria para la calificación de una empresa en participación

¹³³⁸ Decisión *CONAGRA/IDEA*, cit.

¹³³⁹ Decisión *Eridania/ISI*, cit.

¹³⁴⁰ Decisión *ELF/Enterprise*, cit.

¹³⁴¹ Decisión de la Comisión, de 31 de julio de 1991, Asunto IV / M.012 – *Varta/Bosch*, cit

como concentración, en los términos del artículo 3, apartado 4 de dicho Reglamento.

Sin embargo, como anteriormente referido, haremos el análisis de las dos condiciones ya que, aunque el Reglamento 4064/89 esté derogado, sigue aplicable a las concentraciones que hayan sido objeto de un acuerdo con anterioridad a la fecha de aplicación del nuevo Reglamento, en los términos del art. 26, apartado 2 del Reglamento 139/2004.

1) La primera condición, que la Comisión calificó en la Comunicación como positiva, se desdobra en una autonomía que podemos considerar por una lado, a) funcional y, por otro lado, b) de decisión¹³⁴².

1.a) Existirá autonomía funcional, en los términos de la Comunicación, cuando la empresa común actúe como suministrador y comprador independiente en el mercado. Ya las empresas comunes que solamente asumen de las empresas madre responsabilidades parciales específicas no deben ser consideradas concentraciones, ya que son meramente instrumentos auxiliares de las actividades comerciales de las sociedades madre¹³⁴³.

Además, serán considerados violaciones a la autonomía funcional de la empresa común los suministros o ventas que la empresa común haga exclusivamente a las sociedades madre¹³⁴⁴.

Es importante subrayar, aún, que la empresa común solamente tendrá autonomía funcional si tiene capacidad para desarrollar su actividad por un período de tiempo ilimitado, o por lo menos largo, pues sólo así quedará asegurada la alteración a largo plazo de las estructuras de las sociedades

¹³⁴² LESGUILLONS, Henry y GRAVISSE, Caroline: Two years of application of the EEC concentration regulation, *Revue de Droit des Affaires Internationales*. N° 8, Paris, 1992, p. 982.

¹³⁴³ Punto 16 de la Comunicación 90/C 203/06, *cit.* Así, en el caso *Flachglas/Vegla* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 13.04.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto n° IV M.168 - FLACHGLAS / VEGLA, DO n° C 120 de 12/05/1992), la Comisión concluyó que, una vez que la empresa común solamente desempeñaba una función auxiliar de las actividades de las sociedades madre, la operación no constituía una concentración.

¹³⁴⁴ Nótese, todavía, que si los compromisos fuesen provisionales, la Comisión ya los acepta como restricciones accesorias a la operación de concentración. Véase, en ese sentido, la decisión *Courtaulds / SNIA* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 19.12.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto n° IV M.113 - COURTAULDS / SNIA, DO n° C 333 de 24/12/1991), en que fue aceptado el acuerdo de suministro entre la *Courtaulds* y la empresa común.

madre. La Comisión esclarece, a este propósito, que más importante que el período de tiempo determinado para la existencia de la empresa común¹³⁴⁵ (que es de hecho un indicio significativo de la autonomía de la empresa común), son los recursos humanos y materiales de la empresa común que, por la naturaleza y cantidad, deben asegurar la existencia y la independencia de la empresa común a largo plazo¹³⁴⁶.

Además, aunque el Reglamento 4064/89 realice un tratamiento sistemáticamente separado a las dos condiciones que caracterizan la empresa común con carácter de concentración, pensamos que ciertos factores explicativos del requisito positivo son igualmente válidos para la segunda condición. Esto significa que la exigencia de que la empresa común prosiga de forma duradera todas las actividades de una entidad económica autónoma es igualmente un factor a considerar en la apreciación de la ausencia de coordinación de comportamientos entre las sociedades madre, comportamientos estos restrictivos de la competencia.

Este criterio fue utilizado por la Comisión en ciertas decisiones, tanto para justificar la calificación de la empresa común como una operación de concentración -ello sucedió, por ejemplo, en el asunto Renault/Volvo¹³⁴⁷- como para aislar su carácter de concentración -como ocurrió en la decisión Baxter/Nestlé/Salvia¹³⁴⁸, donde la autoridad comunitaria argumentó que la transferencia de licencias y de know-how a la empresa común tenía una duración limitada, por lo que la empresa común no podría ejercer sus actividades de forma duradera.

1.b) La autonomía de decisión se verificará cuando la empresa común ejerza su propia política comercial, esto es, cuando determine

¹³⁴⁵ Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*, punto 17.

¹³⁴⁶ Así, el asunto *Elf Atochem / Rohm & Haas* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 28.07.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.160 - ELF ATOCHEM / ROHM AND HAAS, DO nº C 201 de 08/08/1992), la consideración de los recursos humanos y materiales fue decisiva para que la Comisión afirmase que la empresa común tenía carácter de concentración.

¹³⁴⁷ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 07.11.1990, Asunto nº IV M.0004 - RENAULT / VOLVO, *cit.*

¹³⁴⁸ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 06.02.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0058 - BAXTER / NESTLE / SALVIA) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 037 de 13/02/1991.

libremente, de forma independiente, su comportamiento con relación a la competencia, y en función de sus intereses económicos¹³⁴⁹.

La influencia ejercida por las sociedades madre tiene que limitarse, así, a la estructura de la empresa, debiendo de abstenerse de cualquier intervención en relación con la política comercial de la empresa común, que debe ser perseguida autónomamente por ésta.

¿Será posible separar estas dos cuestiones? ¿Cómo es que se consigue conciliar ésta idea de autonomía decisoria, con la exigencia de un control conjunto de las sociedades madre, inherente a la propia noción de empresa conjunta?

Estas dudas, en cuanto a la existencia de empresas comunes en que las sociedades madre abandonen, de hecho, toda influencia sobre su política comercial, son sentidas por la generalidad de la doctrina¹³⁵⁰.

¿El requisito de un control en conjunto por las empresas fundadoras, inherente al propio concepto de empresa común, no alejará la idea de autonomía de decisión de la empresa común? En respuesta, ya fue sugerida la siguiente solución de compromiso: saber si existe autonomía de decisión de la empresa común es, en el fondo, una cuestión de grado¹³⁵¹. Por tanto, se debe entender que a una dependencia financiera y estatutaria, se contrapone una independencia comercial que la Comisión traduce en la mera

¹³⁴⁹ Punto 18 de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*

¹³⁵⁰ Así, entre muchos, SIRAGUSA, Mario y SUBIOTTO, Romano: *Le contrôle des opérations de concentration entre entreprises au niveau européen: une première analyse pratique. Op. cit.*, p. 60; PAULEAU, Christine : *Les entreprises comunes et le droit européen de la concurrente. Op. cit.*, p. 232. Más radical parece ser la posición de PEREZ-BUSTAMANTE (PEREZ-BUSTAMANTE, Jaime Köster: *Las filiales comunes concentrativas en el reglamento (CEE) n. 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*, GJ. Boletín 69, Diciembre, EINSA, Madrid, 1991, p. 6), al defender que afirmar que las sociedades madre deben excluir toda participación en la estrategia del mercado común de la filial común es absolutamente ficticio. Así, el análisis de la autonomía de la filial debería limitarse a verificar si las sociedades madre dejarán de operar en el mercado de la filial común, o en mercados actual o potencialmente vinculados a este último: los demás criterios sólo contribuyen a fomentar la falta de transparencia en las relaciones de competencia entre las sociedades madre y las filiales. Finalmente, el criterio de concentración debe incidir, sobre todo, en la alteración de la estructura del mercado y menos en la estructura interna de las empresas. Por otro lado, es difícil conciliar la idea de que la empresa común sólo es concentrativa si es una entidad económica autónoma con la idea de que la empresa común es una entidad donde las decisiones son tomadas en común por sociedades fundadoras.

¹³⁵¹ SIBREE, William: EEC merger control and joint ventures, *European Law Review (ELR)*. Sweet & Maxwell, London, 1992, p. 95

necesidad de una actividad práctica por la propia empresa común¹³⁵². Otra solución para sanar esta aparente contradicción sería considerar la exigencia de una entidad económica autónoma solamente a la luz del requisito de una alteración estructural permanente del mercado¹³⁵³.

La verdad es que, a pesar de las amplias explicaciones hechas por la Comisión a respecto de la necesidad de la existencia de una autonomía de decisión, el papel desarrollado por ese criterio en su práctica decisoria parece ser poco relevante¹³⁵⁴. De esta forma, ya consideró la Comisión, por ejemplo, en la decisión *Aérospatiale Alenia/De Havilland*¹³⁵⁵, la transferencia de una actividad íntegra de las empresas madre a la empresa común, como prueba suficiente de la independencia de la empresa común, afirmando que la empresa común desarrollaba todas las funciones de una entidad económica autónoma¹³⁵⁶.

2) De ahí que, a pesar de ser referida la condición positiva en primer lugar, es a la condición negativa a la que la Comisión ha dado prioridad en el análisis del carácter de concentración de la empresa común.

La empresa común no puede tener por objeto o efecto la coordinación del comportamiento entre las sociedades madre (coordinación horizontal)¹³⁵⁷, ni entre las sociedades madre y la empresa común (coordinación vertical). La existencia de esa coordinación significa que se verifica la segunda condición, de naturaleza negativa, exigida por la Comunicación para el reconocimiento del carácter de concentración de la empresa común. Tal coordinación será la consecuencia probable de la

¹³⁵² BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. *Op. cit.*, p. 89.

¹³⁵³ Véase, en ese sentido: JONES, Christopher: *Procedures and enforcement under EEC merger regulation*, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute (FCLI)*. M. Bender, New York, 1991, p. 476.

¹³⁵⁴ El asunto *Mitsubishi/Ucar* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 04.01.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0024 - MITSUBISHI / UCAR, DO n° C 005 de 09/01/1991).

¹³⁵⁵ Decisión de la Comisión, de 2 de octubre de 1991 - Asunto nº IV/M.053-Aérospatiale-Alenia/De Havilland, *cit.*

¹³⁵⁶ Véase aún, en el mismo sentido: Decisión de la Comisión, de 31 de julio de 1991, Asunto IV / M.012 – Varta/Bosch, *cit.*

¹³⁵⁷ GYSELEN, Luc: *Le règlement du Conseil des Communautés Européennes relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*. N° 1, Sirey, Paris, 1992, 45 ème anné, p. 12.

conjugación de los criterios definidores de la empresa común con carácter de concentración¹³⁵⁸.

La verdad es que la utilización de la empresa común como instrumento para la coordinación del comportamiento de las empresas en el mercado aleja la aplicación del Reglamento 4064/89, esto es, se le aplicará el régimen de las cooperaciones empresariales y no el de las concentraciones empresariales¹³⁵⁹.

La solución de este problema tendrá que pasar por la difícil tarea, como reconoció la Comisión¹³⁶⁰, de la demarcación de la frontera entre la concordancia de intereses en una empresa común y la coordinación del comportamiento de competencia incompatible con la noción de concentración.

La autoridad comunitaria presume la existencia de un riesgo de coordinación cuando las sociedades madre, o una de ellas, siguen actuando en el mercado de la empresa común, o cuando la empresa común opera en los mercados vecinos, arriba o abajo de los mercados de las sociedades madre¹³⁶¹.

¹³⁵⁸ En ese sentido, GUDIN, Charles-Étienne y GRELON, Bernard: Le droit européen des concentrations et les entreprises communes, *Revue des Affaires Européennes*. Nº 2, Paris, 1991, p. 15, utilizan el siguiente raciocinio: la empresa común es controlada en conjunto en su estructura en relación a las operaciones relativas a su objeto social, a su capital o a sus beneficios de capital pero, por otro lado, la empresa común permanece libre para determinar su política comercial en el mercado con relación a las actividad que le fueron atribuidas por las sociedades madre, fundadoras. Luego, siendo la empresa común independiente, en el plano comercial, con relación a las sociedades madre, podrá en cooperación con las mismas sociedades madre, restringir la competencia en el mercado, violando así la prohibición del art. 81, nº 1 TCE.

¹³⁵⁹ La exigencia de la Comisión de que no haya efecto de grupo en otros mercados debería ser definida de forma más rigurosa, ya que la expresión efecto de grupo (o *spillover effect*), se refiere esencialmente al efecto cooperativo entre las sociedades madre, no pareciendo correcto aplicarlo a un efecto cooperativo entre la filial común y las sociedades madre, tanto en el mercado de la empresa común como en el mercado de las sociedades fundadoras (Véase, en ese sentido: HAWK, Barry: Concentrative / Cooperative joint ventures metaphysics and law, *European Business Law Review* (EBLR). Vol. 3, nº 1, TMC Asser Institute, The Hague, 1992, p. 5). Por otro lado, tres tipos de riesgos existirían contra la competencia, asociados a las empresas comunes, a saber: a) riesgo de extinción de la competencia actual o potencial en el mercado de la empresa común cuando una o ambas de las sociedades madre ahí competían antes de la operación; b) riesgos de la producción de efectos de grupo en mercados distintos de la empresa común; c) efectos verticales o de exclusión. Véase, en ese sentido: VOGEL, Louis: *Droit de la concurrence et concentration économique*. Op. cit., p. 287.

¹³⁶⁰ Punto 23 de la Comunicación 90/C 203/06, cit.

¹³⁶¹ Punto 19 de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06. Cuando las sociedades madre continúen actuando en mercados vecinos del mercado de la empresa común, la colaboración en el mercado de la empresa común puede conducir a la coordinación del comportamiento competencial de las sociedades madre en esos mercados vecinos. Este problema surgió en el

El riesgo de coordinación en estos casos sólo será eliminado si las empresas madre transfieren la totalidad de determinadas actividades a la empresa común y se retiran de forma permanente del mercado¹³⁶², o, en el caso de no haber actuado las sociedades madre en el mercado de la empresa común, se establece que ellas no penetrarán en el mismo mercado en un futuro previsible¹³⁶³.

La Comisión parece retomar, de este modo, los criterios utilizados antes de la entrada en vigor del Reglamento 4064/89: sólo la retirada de las sociedades madre del mercado de la empresa común y de los mercados vecinos, donde están en competencia, permite configurar la presencia de una empresa común con carácter de concentración.

De esta forma, las críticas hechas anteriormente a la práctica decisoria de la Comisión se mantienen: la Comunicación transforma automáticamente empresas comunes con carácter de concentración en empresas comunes con carácter de cooperación si las sociedades madre no abandonasen el mercado relevante, aunque no existan acuerdos restrictivos de la competencia. La decisión Apollinaris / Schweppes¹³⁶⁴ es particularmente representativa de esa situación.

En este caso, las razones presentadas por la Comisión parecen, por lo tanto, difíciles de aceptar mientras exista una verdadera integración

asunto *Lucas Eaton* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 09.12.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.149 - LUCAS / EATON, DO nº C 328 de 17/12/1991), donde la Comisión, después de examinar los hechos, acabó por concluir la ausencia de coordinación del comportamiento competencial.

¹³⁶² Punto 20 y punto 25 de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*

¹³⁶³ Así, en el asunto *Ahold / Jerónimo Martins* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 29.09.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.263 - AHOLD / JERONIMO MARTINS, DO nº C 261 de 10/10/1992), relativo a la venta al por menor de productos alimenticios en Portugal, en que una sociedad madre, la *Ahold*, ha mantenido una parte importante de minoristas de productos alimenticios en otros mercados geográficos, pero no tenía ninguna actividad en Portugal, la Comisión afirmó que, ya que no existía ninguna interacción entre estos distintos mercados geográficos, no había ningún riesgo de coordinación competencial entre la *Ahold* y la empresa común en el mercado portugués de venta de productos alimenticios.

¹³⁶⁴ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 24.06.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0093 - APOLLINARIS / SCHWEPES, DO nº C 203 de 02/08/1991. Véase aun la decisión *BSN / Nestlé / Cokoladovny* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 17.02.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0090 - BSN - Nestlé / Cokoladovny, DO nº C 047 de 21/02/1992), donde la Comisión sintió un riesgo de coordinación de los comportamientos entre las empresas fundadoras de la empresa común, por el hecho de que aquéllas no hubiesen retirado del mercado a favor de la filial común.

económica (ya que las sociedades madres transfirieron recursos sustanciales a la filial común y ocurrió una verdadera integración de activo). Sobre todo, cuando los hechos citados en la decisión no prueban la existencia de cualquier coordinación entre empresas.

Por otro lado, la utilización del criterio de la retirada permanente de las sociedades madre¹³⁶⁵ tiene aún que ser conjugada con la aplicación, en ciertas decisiones, de los principios de la Comunicación de la Comisión relativa a las restricciones accesorias. Véase, por ejemplo, los casos Mitsubishi/UCAR¹³⁶⁶ y ASKO/Omni¹³⁶⁷, en que la Comisión afirmó que las empresas comunes tenían carácter de concentración debido al acuerdo de no competencia celebrado por las sociedades fundadoras con relación a la filial común, considerando, por lo tanto, la conclusión de que tal acuerdo era decisivo para la verificación del requisito de la retirada de las sociedades fundadoras del mercado relevante de la filial común.

En síntesis, las expectativas creadas con la entrada en vigor del Reglamento 4064/89, en cuanto a un tratamiento jurídico de las filiales comunes caracterizado por la rapidez, simplicidad y seguridad jurídica, quedaron frustradas por la supervivencia de las contradicciones e incertidumbres existentes en esa materia. De ahí que, la única solución posible sería eliminar la categoría de las empresas comunes con carácter de cooperación, con la interpretación que les es dada por la Comisión, para pasar a aplicar el Reglamento 4064/89 a las empresas comunes con carácter de concentración y el art. 81 TCE a las empresas comunes con carácter de cooperación empresarial, así como a los acuerdos restrictivos considerados no accesorios de la filial común con carácter de concentración.

Esta situación queda aún agravada con la adopción del Reglamento 139/2004 ya que, como anteriormente referido, aquí vigora

¹³⁶⁵ Obsérvese que, a este propósito, ya se ha afirmado que la interpretación de la Comisión de que la inexistencia de coordinación de comportamiento competencial sólo se verifica con la retirada permanente de las sociedades madre del mercado relevante, no tiene ningún apoyo directo en el texto del Reglamento. En ese sentido, véase: PATHAK, Anand: *The EC Commission's approach to joint venture's a policy of contradictions*. Op. cit., p. 175.

¹³⁶⁶ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 04.01.1991, Asunto nº IV M.0024 - MITSUBISHI / UCAR, cit.

¹³⁶⁷ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 21.02.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0065 - ASKO / OMNI, DO nº C 051 de 27/02/1991.

exclusivamente el primer requisito: se califica como concentración la "...creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma...", en los términos de su art. 3, apartado 4.

Sin embargo, estas dificultades van a ser, de cierta forma, atenuadas a medida que la Comisión introduce nuevos criterios en el análisis de la filial común con carácter de concentración, principalmente de los riesgos de coordinación. De esta forma, afirmó, desde luego, en las decisiones Elf/BC/CEPSA¹³⁶⁸ y Thomson/Pilkilgton¹³⁶⁹, que no había riesgo de coordinación del comportamiento competencial de las empresas involucradas en la operación, pues su participación en el mercado relevante era insignificante.

La autoridad comunitaria introduce, por lo tanto, un criterio de *minimis* en el análisis de la condición negativa. Así, si las sociedades fundadoras actuaran en el mercado geográfico de la filial común pero lo hiciesen de una forma insignificante, no se presume el riesgo de coordinación, o sea, teniendo poca importancia, los elementos de cooperación no alejan la calificación de la empresa común como concentración¹³⁷⁰.

Además, la Comisión subrayó, en el caso Thomson / Pilkilgton, que no había riesgo de coordinación si una de las empresas fundadoras permanece activa en el mercado de la filial común o en mercados vecinos, mientras ella conserve, por medio de acuerdos con las otras empresas fundadoras, la responsabilidad de determinar el comportamiento en el mercado de la filial común. En ese caso, la empresa común tendría carácter de concentración.

Esta teoría, designada como liderazgo industrial, está basada en los siguientes supuestos: a) solamente una de las sociedades madre se

¹³⁶⁸ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 24.07.1991, Asunto n° IV M.0088, DO n° C 203 de 02/08/1991, cit.

¹³⁶⁹ DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 23.10.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto n° IV M.0086 THOMSON / PILKINGTON, DO n° C 279 de 26/10/1991.

¹³⁷⁰ Véase, en ese sentido: SIRAGUSA, Mario y SUBIOTTO, Romano: *Le contrôle des opérations de concentration entre entreprises au niveau européen: une première analyse pratique*. Op. cit., p. 61; SIBREE, William: *EEC merger control and joint ventures*. Op. cit., p. 98.

mantiene en el mercado de la empresa común, mientras la otra se queda inactiva en dicho mercado; b) o se retira de forma duradera de ese mercado, y esa empresa fundadora queda responsable por el comportamiento, en el mercado, de la empresa común.

Este criterio marca una nueva etapa en materia de empresas comunes. Es que, con este test, la Comisión se alejó no sólo de la posición seguida en decisiones anteriores¹³⁷¹, sino también de los principios enunciados en la Comunicación 90/C 203/06¹³⁷², donde consideraba esencial la retirada de todas las sociedades fundadoras para la eliminación del riesgo de coordinación del comportamiento competencial.

Por otro lado, normalmente no habrá coordinación entre la empresa común y la sociedad madre cuando la sociedad madre que apenas tiene interés financiero en la empresa común salga del mercado, permaneciendo en el mercado de la empresa común la otra sociedad fundadora, que tiene un interés comercial en la filial común. En este caso, no puede haber riesgo de coordinación del comportamiento competencial entre la empresa común y la sociedad madre que queda en el mercado, porque esa sociedad madre tiene el control de hecho del comportamiento comercial de la filial común. Fue lo que la Comisión afirmó una vez más en la decisión *Ericsson/ Kolbe*¹³⁷³.

Por último, la Comisión estableció, como tercer criterio orientador de su política en materia de empresas comunes, que, si la coordinación de comportamiento competencial entre las sociedades madre ocurre en mercados geográficos no comunitarios, y no teniendo efectos apreciables sobre la

¹³⁷¹ Conforme, por ejemplo, la decisión *Du Pont / Merck* (XXI Informe de la Comisión sobre Política de Competencia, 1991, *cit.*, punto 85), donde la Comisión consideró a la empresa común con carácter de cooperación, con el argumento de que una de las sociedades madre no se retiró del mercado.

¹³⁷² Véase el punto 33 de la Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, *cit.*, que exige que todas las empresas fundadoras se retiren del mercado para poderse afirmar excluido el riesgo de cualquier coordinación del comportamiento competencial.

¹³⁷³ Fue lo que sucedió en el asunto *Ericsson / Kolbe* (DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 22.01.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.133 - ERICSSON / KOLBE, DO n° C 027 de 04/02/1992), donde la Comisión llegó a la conclusión de que la Ericsson asumió la responsabilidad general por la filial común desde el punto de vista industrial y que el interés de la Kolbe en la empresa común se revistió más de un carácter financiero que del comercial. Consecuentemente, sería poco probable que estuviera presente una coordinación de comportamiento competencial de empresas que permanecían independientes.

competencia en el interior de la Comunidad Europea, la filial común es considerada como teniendo carácter de concentración, aunque exista esta coordinación de comportamientos¹³⁷⁴.

Es importante subrayar, aun, que el análisis desarrollado por la Comisión en cuanto a las características de las empresas comunes con carácter de concentración, que se diferencian de las empresas comunes con carácter de cooperación, se afirma como necesario en el dominio del Derecho Comunitario, ya que hay presentes divergencias entre los regímenes existentes (de cooperación y de concentración), cuya aplicación cumulativa parece ser excluida¹³⁷⁵. Mientras en el primer caso estaremos ante una verdadera operación de concentración, la cual tiene como marco jurídico el Reglamento 139/2004; en el segundo supuesto (empresa común con carácter de cooperación empresarial), la operación será analizada a la luz de otros reglamentos de ejecución del art. 81 TCE.

En conclusión, llegado a este punto podremos afirmar que la calificación previa y artificial de la empresa común como teniendo carácter de concentración o de cooperación posee importantes efectos prácticos. Desde luego, por un lado está asociada a la aplicación del régimen de las cooperaciones una prohibición automática; un procedimiento de exención extremadamente lento; así como la inexistencia de liminares que alejen un control comunitario de la operación. Por otro lado, el sistema de control de las concentraciones del Reglamento es más flexible y rápido. De ésta forma, existe el peligro de que las empresas distorsionen sus operaciones económicas en una tentativa de conferir a una empresa común un carácter más concentracionista, que la transforme en objeto de un control más flexible (el del Reglamento de control de las concentraciones).

¹³⁷⁴ Véase: Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, *DO n° C 385 de 31/12/1994, p.05-11*; Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, *DO n° C 066 de 02/03/1998, p.05 – 13*.

¹³⁷⁵ Véase el considerando 27 del preámbulo del Reglamento 139/2004, *cit.*

El tratamiento discriminatorio que las distintas soluciones legales, principalmente a nivel procesal, podrían causar a las empresas comunes fue una crítica constante en la doctrina¹³⁷⁶.

De hecho, bajo el punto de vista sustancial, si una empresa común con carácter de cooperación produce, sin restringir la competencia en el mercado comunitario, las mismas ventajas (en el plano de la eficiencia) que una empresa común con carácter de concentración, el tratamiento conferido debe ser el mismo, esto es, el nº 1 del art. 81 TCE no debe ser aplicado a esa empresa común con carácter de cooperación, ya que, se si tratase de una empresa común con carácter de concentración ésta se beneficiaría de una decisión de compatibilidad a la luz del Reglamento.

De ahí que la Comisión, en una tentativa por armonizar los regímenes existentes y evitar un tratamiento desigual a las operaciones, haya publicado una Comunicación relativa a las empresas comunes con carácter de cooperación, en la cual, después de dar una definición general de empresa común con carácter de cooperación, en sintonía con el art. 3, nº 2 del Reglamento 4064/89¹³⁷⁷ (hoy por hoy art. 3, apartado 4 del Reglamento 139/2004), reafirma que la verificación del carácter de cooperación de una empresa común no tiene efectos jurídicos materiales. Significa únicamente que la compatibilidad de la empresa común con el nº 1 y el nº 3 del art. 81 TCE debe ser apreciada en el ámbito de un procedimiento con bases en el Reglamento nº 17¹³⁷⁸.

3.10.3. El control conjunto por medio de las filiales comunes: síntesis

En síntesis de este punto podríamos afirmar que:

¹³⁷⁶ PEREZ-BUSTAMANTE, Jaime Köster: *Las filiales comunes concentrativas en el reglamento (CEE) n. 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*. Op. cit., p. 7.

¹³⁷⁷ Comunicación de la Comisión 93/C 43/02, DO nº C 43/02 de 05/6/1993, punto 10.

¹³⁷⁸ KORAH, Valentine: Collaborative joint venture for research and development where markets are concentrated: the competition rules of the common market and the invalidity of contracts, *Fordham International Law Journal*. Vol. 15, New York, 1991-1992, p. 250.

1) El Reglamento comunitario 139/2004 enuncia dos criterios alternativos a seguir en la definición de concentración. Tal concepto puede ser cumplido, considerando la forma utilizada por la operación (fusión) o, alternativamente, atendiendo al resultado pretendido, esto es, teniendo en cuenta los efectos económicos de la operación (adquisición de control de empresas – constitución de un grupo de sociedades de base contractual o de base societaria).

Esta última condición puede asumir la forma de un control exclusivo, de control conjunto o, traducirse en el paso de un nivel de control a otro.

2) El control conjunto puede ser ejercido por medio de la creación de una empresa común. El análisis de esta figura, por su carácter ambivalente, se revela particularmente difícil.

En efecto, ya antes de la entrada en vigencia del Reglamento 4064/89 la Comisión distinguía, con cierta dificultad, y atendiendo a la falta de claridad de los criterios formulados, entre las empresas comunes con carácter de cooperación, sujetas al art. 81 TCE, y las empresas comunes con carácter de concentración (configuradas en los términos de la teoría de la concentración parcial), que estaban bajo la alzada del art. 82 TCE (ex art. 86 TCEE). Las limitaciones a la aplicación de esta última disposición llevaron a la autoridad comunitaria a recurrir al art. 81, interpretando extensivamente y a veces de forma irreal la noción de empresa común con carácter de cooperación. Esta aplicación fácil del art. 81 TCE ha conducido a la Comisión, de esta forma, a calificar verdaderas operaciones de concentración como empresas comunes cooperativas, a las cuales, después, concedía exenciones en los términos del art. 81, nº 3 TCE.

3) El tratamiento favorable dado a las empresas comunes a través del recurso sistemático al art. 81, nº 3 TCE no exime de críticas, al procedimiento seguido.

En efecto, la actitud de la Comisión nos parece condenable, no sólo porque invierte los papeles de los dos números del art. 81 TCE, sino también porque es un reflejo de la asimilación de las dos categorías de

empresas comunes, bajo la vestimenta de la cooperación, cometiendo la negligencia de desconsiderar su carácter de concentración, que puede exigir un tratamiento específico.

4) Con la entrada en vigor del Reglamento 4064/89, se mantienen las dificultades en la distinción, artificial, entre filiales comunes con carácter de cooperación, y filiales comunes con carácter de concentración.

La Comisión buscó atenuar los problemas que rodean su aplicación elaborando distintas (y variadas) Comunicaciones en ese sentido. Se destacan, principalmente, las Comunicaciones relativas a las operaciones con carácter de concentración y de cooperación, las restricciones accesorias y las empresas comunes con carácter de cooperación.

5) Los obstáculos a la comprensión de las características de la empresa común con carácter de concentración, así como la aparente exigencia del cumplimiento de esas características, sugerían la existencia de un número reducido de empresas comunes bajo el alcance del Reglamento 4064/89.

La verdad es que, en la aplicación de los principios realizadores de la dicotomía entre empresas comunes con carácter de cooperación y de empresas comunes con carácter de concentración, la Comisión se mostró extremadamente liberal en la apreciación de estas últimas, manteniendo la política, anterior al Reglamento 4064/89, de concederles un tratamiento lo más favorable posible, no sólo por medio de una interpretación amplia de la condición positiva de la empresa común con carácter de concentración, sino también con la introducción de un concepto de minimis en el análisis de la condición negativa. Además, la Comisión promueve la creación de la teoría del liderazgo industrial.

Así, la mayoría de las decisiones adoptadas por la Comisión fueron, por tanto, en el sentido de atribuir carácter de concentración a las empresas comunes.

6) Nótese que la interpretación flexible, desarrollada por la Comisión, se enmarca en la preocupación de la Comunidad Europea de alejar los obstáculos jurídicos que puedan dificultar que las empresas recurran a la creación de filiales comunes, consideradas uno de los medios privilegiados

para el desarrollo y crecimiento de la industria europea, en un mercado único, y delante de las empresas en competencia advenidas de Estados terceros.

7) La dificultad de caracterización de la empresa común con carácter de concentración se queda aun agravada con la vigencia del Reglamento 139/2004. Lo mismo es afirmado porque en los términos del art. 3, apartado 4 vigora solamente el primer criterio para la definición de una empresa común como concentración: la empresa común debe desempeñar "...de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma...".

4. Aplicación del Reglamento 4064/89 (hoy Reglamento 139/2004) en las relaciones económicas internacionales

4.1. Posición adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Wood Pulp al respecto del campo de aplicación del Derecho Comunitario

En el Derecho Internacional Privado, existen dos fundamentos indiscutibles de la determinación de la competencia de los Estados: la nacionalidad y la territorialidad¹³⁷⁹.

Este último fundamento abarca el principio de que el Estado tiene jurisdicción sobre los actos que tengan origen en su territorio, aunque su consumación ocurra en el extranjero (principio de la territorialidad subjetiva). Tal principio fue ampliado en el sentido de que la jurisdicción del Estado abarca igualmente los actos practicados en el extranjero, pero cuyos efectos se han producido en su propio territorio (principio de la territorialidad objetiva)¹³⁸⁰.

El problema que se plantea es el de saber cómo podremos aplicar esta idea de territorialidad objetiva (también designada por teoría de los

¹³⁷⁹ Para un análisis cuidadoso de las relaciones del derecho comunitario con la noción de territorialidad, véase: GROUX, Jean: *Territorialité et droit communautaire*, RTDE. N° 1, Sirey, Paris, 1987, p. 5 y ss.

¹³⁸⁰ WHISH, Richard: *Competition Law*. Butterworths, Edinburgh, 1989, p. 379; LANGE, Wilmer G. F. y SANDAGE, John Byron: The Wood Pulp decision and its implications for the scope of EC competition law, *Common Market Law Review*. N° 26, Stevens and Sons, London, 1989, p. 138-139.

efectos; principio del efecto territorial o principio del efecto interno)¹³⁸¹, esto es, si el Estado tendrá competencia para reconocer los efectos que se producen en su territorio, resultantes de comportamientos que no se verificaron en este territorio. La cuestión discutida, en el Derecho Comunitario de la Competencia es, por lo tanto, la de saber si la Comunidad tiene jurisdicción sobre los efectos, que ocurrieron en su territorio, resultantes de una operación realizada en un Estado tercero¹³⁸².

Mientras en los EE.UU. la jurisprudencia parece haber aceptado la teoría de los efectos¹³⁸³, en la Comunidad Europea el Tribunal de Justicia ha evitado responder a este problema, buscando soluciones alternativas menos polémicas.

El problema de la aplicación de la teoría de los efectos en Derecho Comunitario surgió en relación a la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE. En los términos de estas disposiciones, la práctica restrictiva debe afectar al comercio entre los Estados miembros, teniendo por objeto, o efecto, obstaculizar la competencia en el mercado único. La redacción de las disposiciones del Tratado sugería que el criterio de aplicación del Derecho Comunitario de la competencia es el de la ubicación del efecto anti-competencial en el territorio del mercado único, siendo indiferente la

¹³⁸¹ CASEIRO ALVES, José Manuel: *Op. cit.*, p. 145.

¹³⁸² WHISH, Richard: *Competition Law. Op. cit.*, p. 380; LANGE, Wilmer G. F. y SANDAGE, John Byron: *The Wood Pulp decision and its implications for the scope of EC competition law. Op. cit.*, p. 140.

¹³⁸³ Conforme a la sentencia *Alcoa* donde el juez Learned Hand declaró el *Sherman Act* aplicable a los comportamientos de empresas extranjeras establecidas en el exterior de los EE.UU., en la medida en que esos comportamientos han producido efectos en los EE.UU. (MOURA RAMOS, Manuel: *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional. Coleção Teses*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 52). Nótese que la teoría de los efectos, con la dimensión absoluta que le es dada por la sentencia *Alcoa*, suscita ciertas dificultades, principalmente conflictos de jurisdicción. Así, se presentan varias tentativas para definir mejor su alcance. Es importante subrayar, especialmente, al *Antitrust Guide for International Operations*. Se refiere a la necesidad de que la concentración tenga efectos sustanciales y previsibles, características que fueron acogidas para calificar el test de los efectos como criterio de competencia por los órganos comunitarios. Véase, en ese sentido: sentencia *ICI / Comisión* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, asunto 48-69, *cit.*) y sentencia *Wood Pulp* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 31 de marzo de 1993, A. *Ahlstroem Osakeyhtiö y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 hasta C-129/85, *cit.*). Para un estudio más detallado del alcance de la doctrina de los efectos en el derecho norteamericano véase, de entre otros: DEMARET, Paul: *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?*, RTDE. N° 1, Janvier – Mars, Sirey, Paris, 1985, p. 3. Sin embargo, esta teoría ha sido criticada por parte de la doctrina que la considera poco compatible con la soberanía de los Estados. Véase, en ese sentido, de entre otros: BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations. Op. cit.*, p. 51.

nacionalidad o localización geográfica de las empresas involucradas en la operación de concentración¹³⁸⁴.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en los procesos en que se abrió la posibilidad de aplicación de la teoría de los efectos, evitó sistemáticamente manifestarse sobre el asunto, dejando la cuestión en abierto. De este modo, en la sentencia ICI/Comisión¹³⁸⁵ prefirió recurrir a la teoría de la unidad económica del grupo, formado por filiales comunitarias y sociedades madre extranjeras, para justificar la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia, a pesar de que el abogado general (Henri Mayaras) le había sugerido la adopción de la teoría de los efectos limitada a los efectos cualificados, esto es, a los efectos directos, inmediatos, previsibles y sustanciales¹³⁸⁶.

¹³⁸⁴ Así, por ejemplo, GOLDMAN, Berthold y LYON-CAEN, Antoine: *Droit Commercial européen. Op. cit.*, puntos 775 y 777, que suscriben la designación, dada por la Comisión, de *teoría del efecto interno*. En el mismo sentido, véase: PÉREZ SANTOS, José: The territorial scope of article 85 of the EEC Treaty, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute (FCLI)*. M. Bender, New York, 1990, p. 573. Ya la utilización de la expresión *aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia* suscita reservas a la generalidad de la doctrina, ya que el elemento de conexión que determina la competencia del derecho comunitario está ubicado en el territorio del mercado único.

¹³⁸⁵ Sentencia de 14 de julio de 1972, *cit.*

¹³⁸⁶ Este caso es considerado, de cierta forma, como un marco en la polémica cuestión de la aplicación *extraterritorial* del derecho comunitario de la competencia. De hecho, la Comisión afirmó expresamente, en el asunto *Materias Colorantes* (Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 1969, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del TCEE (IV / 26.267 – Materias colorantes, DO nº L 195 de 07/08/1969), que la ley comunitaria podría ser aplicada en todos los casos en que fuera desarrollada una práctica ante competencial en el seno del mercado único, incluso cuando tales empresas estuvieran ubicadas fuera de la Comunidad. El Tribunal de Justicia, a su vez, se reveló extremadamente cauteloso y no se pronunció en contra o a favor de la teoría de los efectos. Para justificar la aplicación del art. 81 TCE (ex art. 85 TCEE) en el caso *ICI / Comisión*, determinó, tan sólo, que las empresas establecidas fuera del territorio de la Comunidad habían operado en el mercado único a través de sus filiales ubicadas en la Comunidad. Existen dos interpretaciones posibles de esa jurisprudencia: a) una es fundamentar la sentencia en la idea de unidad económica formada por las filiales y las sociedades madre, para considerar las sociedades madre ubicadas en la Comunidad; b) la otra interpretación es entender que el Tribunal de Justicia reconoció que la realización de prácticas restrictivas de la competencia habían ocurrido en la Comunidad. Véase, en ese sentido: KOVAR, Robert: *The EEC Merger Control Regulation – Yearbook of European Law. Op. cit.*, p. 76. Obsérvese que la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Wood Pulp*, se refirió expresamente a esta segunda interpretación. De hecho, el Tribunal de Justicia determinó ahí que el art. 81 TCE (ex art. 85 TCEE) era aplicable a empresas no comunitarias que actuaban directamente en la Comunidad, implementando acuerdos de precios fijos, en detrimento de las empresas comunitarias. Nótese que parte de la doctrina entendió, a partir de la sentencia del Tribunal, que el criterio determinante sería el desarrollo de una actividad comercial en el territorio de la Comunidad, no bastando, por tanto, la producción de efectos en ese territorio. Véase, en ese sentido: SCHAPIRA, Jean; LE TALLEC, Georges y BLAISE, Jean-Bernard: *Op. cit.*, p. 311. Al respecto de esta cuestión, subrayase aún la propuesta de reglamento sobre el control de las concentraciones de 1973, que estipulaba la necesidad de que por lo menos una de las empresas estuviese establecida en la Comunidad para la aplicabilidad del Reglamento.

Por otro lado, en la sentencia Béguelin¹³⁸⁷, el Tribunal de Justicia mencionó la posibilidad de justificar la aplicación del Derecho Comunitario por la teoría de los efectos, cuando afirmó que el hecho de que una de las empresas participantes en el acuerdo tenga su sede social en un país tercero no constituye un obstáculo a la aplicación del art. 81 TCE (ex art. 85 TCEE), mientras el acuerdo produzca sus efectos en el territorio del mercado único¹³⁸⁸. Nótese, sin embargo, que el caso en concreto se refiere a un acuerdo de concesión exclusiva en que una de las partes estaba establecida en la Comunidad; luego, la declaración del Tribunal de Justicia no puede ser vista como un argumento decisivo a favor de la aplicación de la teoría de los efectos en materia de competencia, sino, tan sólo, como un indicio en tal sentido.

Más tarde, en el asunto Wood Pulp¹³⁸⁹, la Comisión invoca nuevamente la teoría de los efectos¹³⁹⁰.

La disposición del texto de 1973 no fue acogida por la versión definitiva de 1989. De hecho, en el Reglamento 4064/89 las únicas referencias geográficas están en el art. 1, en cuanto a la localización de la *regla de minimis* y en cuanto a la regla de 2/3, así como en el art. 2 (lo mismo sigue válido para el Reglamento 139/2004). En la ausencia de una exigencia similar a la formulada en la propuesta de 1973, ya se ha afirmado que concentraciones entre empresas no comunitarias sin ninguna representación física en la Comunidad, aun así podría caer bajo el alcance del Reglamento 4064/89, hoy del Reglamento 139/2004 (Véase, en ese sentido: FINE, Frank L.: *EC merger control: an analysis of the new regulation. Op. cit.*, p. 48). Sin embargo, hay quien entienda que podrían no haber ventajas en cuanto a la adopción de la teoría de los efectos por el Reglamento (Véase, en ese sentido: KOVAR, Robert: *The EEC Merger Control Regulation – Yearbook of European Law. Op. cit.*, p. 77). Así, entiende este autor que las concentraciones afectan a la estructura de las empresas, mientras los artículos 81 y 82 TCE se refieren al fenómeno de comportamiento de las empresas. Además, habría una distinción entre la jurisdicción ejercida por la Comisión sobre los comportamientos en el mercado de las empresas de Estados terceros y la jurisdicción ejercida sobre las alteraciones en la estructura industrial del Estado tercero. Así, si reconociéramos tal jurisdicción a la Comisión (en la 2ª hipótesis), ella estaría promocionando una ingerencia en la estructura industrial de un Estado tercero soberano, hecho que sería inadmisibles. Véase, en ese sentido: LEVER, J. y LASOK, P.: *Mergers and joint ventures in the EEC, Yearbook of European Law*. 6, 1986, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 156-157.

¹³⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export*, asunto 22/71, *cit.*

¹³⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export, cit.*, considerando 11.

¹³⁸⁹ Decisión de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE, Asunto nº IV/29.725 – Wood Pulp (Pasta de madera), *DO n° L 085 de 26/03/1985*, p. 01 – 52.

¹³⁹⁰ En esta decisión, la Comisión afirmó que el art. 81 TCE (ex art. 85 TCEE) se aplica a las prácticas restrictivas de la competencia susceptibles de afectar los cambios entre los Estados miembros, incluso cuando las empresas y asociaciones vinculadas a tales prácticas restrictivas estén establecidas o tengan su sede social fuera de la Comunidad, e incluso cuando esas prácticas restrictivas afecten mercados fuera de la Comunidad. Además, acrecentó la Comisión que si es verdad que la teoría de los efectos es aun contestada en derecho internacional, la Comisión entiende que es sobre todo por el Reino Unido y no a nivel de la OCDE ni de otros derechos nacionales. La Comisión consideró, así, que la Comunidad no deberá estar vinculada

A su vez, el Tribunal de Justicia evitó nuevamente la cuestión¹³⁹¹, afirmando que, una vez que el acuerdo fuese llevado a cabo en la Comunidad, no habría necesidad de recurrir a la doctrina de los efectos, ya que la cuestión podría ser solucionada por el principio de la territorialidad, que es universalmente reconocido en el Derecho Internacional¹³⁹².

De este modo, la aplicabilidad del Derecho Comunitario de la competencia no depende de la localización en el territorio de la Comunidad de los operadores de la cooperación empresarial, sino, tan sólo, se exige que en el territorio de la Comunidad se verifique la ejecución de la cooperación empresarial. En otras palabras, el Derecho Comunitario podrá aplicarse a una operación concluida en el extranjero entre empresas no comunitarias, desde que la ejecución de esa operación ocurra en el territorio de uno o más Estados miembros de la Comunidad¹³⁹³.

No obstante, el Tribunal de Justicia continúa dejando en abierto la cuestión de saber si una práctica restrictiva de la competencia, formulada y

por un criterio de competencia más restrictivo que aquél que es aceptado en relación a los Estados. Finalmente, la Comisión subrayó que la Comunidad es competente porque los efectos en causa eran directos, sustanciales e internacionales, y que no exige una competencia más extensa de la que es admitida con relación a los Estados miembros. Véase, en ese sentido: Decisión de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, Asunto nº IV/29.725 – *Wood Pulp*, *cit.*, punto 79 y ss.

¹³⁹¹ Parécenos que el Tribunal de Justicia no consagró la teoría de los efectos en la sentencia *Wood Pulp* (*cit.*), por lo menos con el alcance de la sentencia *Alcoa* (*cit.*). En el mismo sentido, véase: VAN GERVEN, Walter: *EC jurisdiction in antitrust matters: The Wood Pulp judgment*, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute (FCLI)*. M. Bender, New York, 1990, p. 467; IDOT, Laurence: *Arrêt du 27 Septembre 1988 – Note*, *RTDE*. Sirey, Paris, 1989, p. 347; LANGE, Wilmer y SANDAGE, John: *The Wood Pulp decision and its implications for the scope of EC competition law*, *CMLR*. 26, Stevens and Sons, London, 1989, p. 158.

¹³⁹² En los términos del considerando 18 de la sentencia. Véase, aun, el considerando 16 de la misma sentencia *Wood Pulp* (*cit.*), donde el Tribunal de Justicia declaró que una infracción al art. 85 TCEE (actual art. 81 TCE), como es el caso de la celebración de un acuerdo que tenga por efecto restringir la competencia en el mercado común, implica dos elementos de comportamiento: a) la formación del acuerdo y, b) la respectiva ejecución del mismo acuerdo. Hacer depender la aplicabilidad de las prohibiciones establecidas por el Derecho de la Competencia del lugar de formación de la cooperación redundaría, evidentemente, en suministrar a las empresas un medio sencillo para huir de las referidas prohibiciones. Así, lo que es determinante, en el entendimiento del Tribunal de Justicia en ese momento, es el lugar de la ejecución del acuerdo.

¹³⁹³ Véase, en ese sentido, el considerando 16 y ss. de la sentencia *Wood Pulp*, *cit.* Esta tesis, designada por *doctrina de la ejecución*, fue muy criticada por ciertos sectores de la doctrina. Así, le apuntan un importante límite: el criterio de la implementación podrá ser aplicado a comportamientos de no competencia por omisión, ya que ahí el nexo con la Comunidad será muy tenue. Véase, en ese sentido, de entre otros: VAN GERVEN, Walter: *EC jurisdiction in antitrust matters: The Wood Pulp judgment*. *Op. cit.*, p. 471; PÉREZ SANTOS, José: *Jurisdiction and mergers under EEC competition law*, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute (FCLI)*. M. Bender, New York, 1990, p. 586.

ejecutada fuera de la Comunidad, pero produciendo efectos dentro de la misma, estará sujeta a la aplicación de las normas comunitarias. A nuestro entender, una jurisdicción basada solamente en criterios puramente territoriales parece, actualmente, insuficiente, en virtud de la interdependencia de la economía mundial¹³⁹⁴.

4.2. Ausencia de criterios precisos al respecto de la aplicación del Reglamento a empresas no comunitarias: doctrina de la ejecución y teoría de los efectos

Con la aparición del Reglamento 4064/89, la cuestión de la adopción de la teoría de los efectos se encuentra una vez más en el foco de las discusiones.

Es importante subrayar, desde luego, que el Reglamento 4064/89 no posee una disposición específica que estipule el régimen de su aplicación a las empresas no comunitarias¹³⁹⁵. Lo mismo ocurre con respecto al Reglamento 139/2004.

De hecho, en el Reglamento 139/2004 apenas encontramos referencias al mercado único en las disposiciones relativas a la dimensión comunitaria de la operación (art. 1, nº 2, letra b), además de referencia a los efectos de no competencia de la operación¹³⁹⁶(art. 2, nº 3)¹³⁹⁷.

Además, el hecho de que las disposiciones del Reglamento que contienen referencias geográficas no requiriesen la presencia en el mercado comunitario de las empresas involucradas en la operación de concentración,

¹³⁹⁴ Véase, en ese sentido: LANGE, Wilmer G. F. y SANDAGE, John Byron: *The Wood Pulp decision and its implications for the scope of EC competition law*. Op. cit., p. 164.

¹³⁹⁵ Nótese que el art. 24 del Reglamento 4064/89, relativo a su relación con países terceros, trata otro problema. Esta disposición consagra un principio de reciprocidad: verifica si la aplicación no discriminatoria del reglamento a las empresas de países terceros tiene una contrapartida en la aplicación, por esos países terceros, de su legislación nacional a las operaciones de concentración en que participan empresas comunitarias. Lo mismo sigue válido para el análisis del art. 24 del Reglamento 139/2004.

¹³⁹⁶ El reglamento solamente sería aplicable si los efectos fueran sustanciales (una posición dominante que obstaculice significativamente la competencia en el mercado común), inmediatos (la concentración debe crear o promocionar el refuerzo de una posición dominante) y previsibles. Véase, en ese sentido: BOURGEOIS, Jacques: *EEC Control over international mergers*, *Yearbook of European Law*. Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 117-119.

¹³⁹⁷ En los términos del cual deben ser declaradas incompatibles con el mercado único las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante de que resulten obstáculos significativos a la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste.

suscitó el problema de la aplicación del Reglamento a las concentraciones entre empresas no comunitarias -sin sede en el territorio de la Comunidad- que restringían la competencia en el territorio de uno o más Estados miembros de la UE¹³⁹⁸.

Cierto sector de la doctrina defiende que el ámbito de aplicación del Reglamento 4064/89 (hoy Reglamento 139/2004) tiene su base en la teoría de los efectos, invocando la redacción del art. 1 y del art. 2 del Reglamento comunitario, que no hacen ninguna exigencia en cuanto a la localización de las empresas en el territorio comunitario, al contrario de lo que sucedía en la propuesta de 1973¹³⁹⁹.

Sin embargo, en contra de una interpretación literal de las disposiciones del Reglamento 4064/89, como fundamento de la teoría de los efectos, hay quien invoque el considerando nº 11 del Preámbulo¹⁴⁰⁰, que exige el desarrollo de actividades sustanciales en la Comunidad cuando la concentración es realizada entre empresas que no tienen su dominio de actividad en la Comunidad. Tal situación sigue siendo regulada de la misma forma en el Reglamento 139/2004, todavía ahora en su considerando 10¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁸ FINE, Frank L.: *EC merger control: an analysis of the new regulation*. Op. cit., p. 50.

¹³⁹⁹ Así, para este sector de la doctrina, las autoridades comunitarias tendrán jurisdicción sobre concentraciones que tengan efectos directos, sustanciales y razonablemente previsibles en la Comunidad, retomando los criterios referidos en la sentencia *ICI/Comisión por el abogado general*, idea esta de clara inspiración en el derecho norteamericano. Véase, de entre otros, en ese sentido: JONES, Christopher y GONZÁLEZ DÍAZ, Enrique: *The EEC merger regulation*. Op. cit., p. 89-90. Por otro lado, aunque haya desaparecido, en la versión definitiva del Reglamento 4064/89, la exigencia de que por lo menos una de las empresas implicadas en la concentración tenga su sede social en la Comunidad, hay quien considere que la vinculación al territorio comunitario estará siempre asegurada, presumiendo, con base en el criterio del volumen de negocios realizados en la Comunidad, que los efectos restrictivos estarán, generalmente, ubicados en la comunidad. Véase, en ese sentido: IDOT, Laurence: *Commentaire du Règlement du 21 Décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations*. Op. cit., p. 35.

¹⁴⁰⁰ El considerando nº 11 del Reglamento 4064/89 establece: "Considerando que existe una operación de concentración de dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas sobrepase, tanto a escala mundial como comunitaria, un nivel determinado y cuando al menos dos de las empresas que participan en la operación de concentración tengan su campo exclusivo o principal de actividad en un Estado miembro diferente o cuando, a pesar de que dichas empresas actúan principalmente en un mismo Estado miembro, al menos una de ellas lleve a cabo actividades sustanciales en, al menos, otro Estado miembro; que así sucede también cuando las concentraciones las protagonizan empresas que no tienen su campo principal de actuación en la Comunidad, pero que desarrollan en ella actividades sustanciales". Véase, aún: FINE, Frank L.: *EC merger control: an analysis of the new regulation*. Op. cit., p. 48.

¹⁴⁰¹ "Se considera que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas supera un umbral determinado con independencia de

De este modo, se sustenta la aplicación del principio establecido en la sentencia Wood Pulp en el dominio de las concentraciones, que se podría formular en los siguientes términos:

1) El Reglamento 139/2004 será aplicado a las concentraciones realizadas entre empresas no comunitarias siempre que las mismas sean ejecutadas en el territorio comunitario¹⁴⁰².

2) Esta solución tendría la ventaja de alejar ciertos obstáculos a la aplicación extraterritorial¹⁴⁰³ del control de las concentraciones basado en la teoría de los efectos, principalmente los riesgos de conflictos de jurisdicciones e involucrados en la estructura industrial de un Estado soberano.

Los argumentos invocados pueden ser resumidos en los siguientes términos:

a) la ley de competencia de un Estado es dirigida a la definición de conductas permitidas (o prohibidas) que en éste Estado ocurren, o que, como mucho, tiene efectos en el mercado nacional;

b) los Estados están poco preocupados por la conducta de empresas establecidas en su territorio en relación a mercados de exportación, a no ser que existan igualmente efectos en el mercado doméstico;

c) así, la reivindicación de la jurisdicción sobre la conducta en el mercado de empresas establecidas en países terceros, que tiene efectos en la Comunidad, no implica necesariamente un conflicto de intereses entre la Comunidad y el país tercero en causa.

La cuestión es completamente distinta cuando la Comunidad se propone reivindicar jurisdicción sobre alteraciones en la estructura industrial de un tercer país. En este caso, no es posible separar la actividad de las empresas en causa en el mercado de exportación, de la actividad en el

que las empresas participantes en la concentración tengan o no su sede o sus actividades principales en la Comunidad, siempre y cuando realicen operaciones sustanciales en la misma". Considerando 10 del Reglamento 139/2004, cit.

¹⁴⁰² BERLIN, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. Op. cit., p. 52.

¹⁴⁰³ Esta expresión, como ya referimos, debe ser utilizada con reservas, ya que puede crear ciertos equívocos. De hecho, es preciso subrayar que, al contrario de lo que es sugerido por su contenido literal, el elemento de conexión que determina la competencia del derecho comunitario se encuentra en el territorio del mercado único. Véase, en ese sentido: GOLDMAN, Berthold y LYON-CAEN, Antoine: *Droit Commercial européen*. Op. cit., punto 871 y ss.

mercado doméstico: la reivindicación de la jurisdicción implica necesariamente el involucramiento de las autoridades comunitarias en la formación de la estructura industrial de un Estado soberano¹⁴⁰⁴.

Hay que reconocer, sin duda, que el ejercicio de las competencias de las autoridades comunitarias contrasta con los límites fijados por los principios generales del Derecho Internacional. Sin embargo, es imprescindible distinguir, aquí, dos planos: el plano del imperium, del plano de la jurisdicción.

1) Como es sabido, el imperium, esto es, el poder de ejecución de la Comunidad, está limitado al territorio del Mercado Único, no teniendo como traspasar sus fronteras, bajo pena de atentar contra la soberanía de Estados terceros.

2) Ya en el plano de la jurisdicción, o de la competencia normativa, los poderes de la Comunidad pueden basarse en la mera localización del efecto anti-competencial en el territorio comunitario.

La conclusión a que llegamos a partir de los dos números arriba elaborados es la que las autoridades comunitarias no pueden, obviamente, proceder a la verificación o ejecutar sanciones en el territorio de terceros Estados¹⁴⁰⁵, mientras sí pueden verificar una infracción y ordenar su cese o solicitar al Estado que aplique las sanciones a los infractores, cuando ello no implique la violación de un interés legítimo del tercer Estado.

Si estuviesen en causa intereses legítimos del Estado tercero, la interferencia dictada por las autoridades comunitarias se arriesga a ser puramente teórica¹⁴⁰⁶. Quiero decir, la distinción entre condenación y ejecución de una sanción no siempre es fácil de establecer. De ahí, que tenga que ser atemperada por una idea de moderación que incite a la Comisión a no renunciar a su tentativa de control, amoldando su contenido de forma que respete los intereses legítimos del Estado extranjero.

¹⁴⁰⁴ LEVER, J. y LASOK, P.: *Mergers and joint ventures in the EEC. Op. cit.*, p. 156-157.

¹⁴⁰⁵ Aunque puedan las autoridades comunitarias imponer sanciones, junto a las filiales existentes en el interior del espacio comunitario, con o sin colaboración de las mismas. Además, fuera del espacio comunitario, las autoridades comunitarias podrían sancionar a las empresas infractoras de la norma comunitaria de competencia desde que ocurra la colaboración de las empresas sancionadas.

¹⁴⁰⁶ GOLDMAN, Berthold y LYON-CAEN, Antoine: *Droit Commercial européen. Op. cit.*, punto 884.

Dicho esto, nos parece que, de partida, la no aceptación sufrida por la teoría de los efectos, en materia de control de las concentraciones empresariales, debe ser vista con reservas.

Desde luego, el texto del Reglamento 139/2004 no hace ninguna referencia a la necesidad de que las empresas participantes en la concentración se encuentren ubicadas en la Comunidad, o de que la realización de la operación ocurra en territorio comunitario¹⁴⁰⁷.

Además, la actitud abstencionista del Tribunal de Justicia, en cuanto a la adopción de la teoría de los efectos en el ámbito del Derecho Comunitario de la competencia, no significa que en otros ámbitos el Tribunal no se haya mostrado favorable a la adopción de tal teoría. De hecho, en la sentencia *Walrave* el Tribunal afirmó la aplicación de la teoría de los efectos, a propósito del principio de la no discriminación¹⁴⁰⁸, y, en nuestra opinión, no hay razones para alejar su transposición para el dominio del Derecho de la Competencia¹⁴⁰⁹. Finalmente, obsérvese que el recurso a la teoría de los efectos se revela necesario para garantizar una aplicación eficaz del Derecho Comunitario de la Competencia por la Comisión¹⁴¹⁰.

Afirmada, en el plano teórico, la posibilidad de aplicación del Reglamento, con base en la teoría de los efectos, cuando fijamos los casos concretos verificamos que ese tipo de situación es prácticamente inexistente.

De hecho, son prácticamente inconcebibles operaciones de concentración que desencadenan efectos directos, sustanciales y previsibles en la Comunidad, sin que, en el territorio de algún Estado miembro, tengan un vínculo fuerte, por medio de filiales ahí ubicadas, o por la ejecución de la operación en el Mercado Único. De ahí que nos inclinemos por concordar con aquéllos que subrayan la irrelevancia práctica de la teoría de los efectos, frente

¹⁴⁰⁷ Como es sabido, solamente encontramos referencias al mercado único en el art. 1, nº 2, letra b); y en el art. 2, nº 3 del Reglamento 139/2004.

¹⁴⁰⁸ Véase, en ese sentido, el Considerando 28 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1974, *BNO Walrave, L.J.N Koch c. Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie y Federación Española de Ciclismo*, Asunto 36-74, *Recueil de Jurisprudence*, 1974, p. 1405.

¹⁴⁰⁹ En el mismo sentido, véanse las conclusiones del abogado general Marco Darmon en la sentencia *Wood Pulp*, *cit.*, p. 5217.

¹⁴¹⁰ Al respecto de la utilización de la teoría de los efectos como garantizadora de la eficacia de las leyes económicas, véase: DEMARET, Paul: *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?*. *Op. cit.*, p. 33.

a la doctrina de la ejecución, en materia de control de las concentraciones empresariales¹⁴¹¹.

Por otro lado, en la decisión *Kyowa / Saitama*¹⁴¹², las operaciones de concentración fueron notificadas a la Comisión, una vez que las empresas participantes cumplían los liminares del art. 1 del Reglamento 4064/89 (hoy art. 1 del Reglamento 139/2004), aunque la Comisión afirmara que la operación apenas producía efectos marginales en el interior del Mercado Único. Así, a partir de ahí podremos entender que las concentraciones de dimensión comunitaria tendrán que ser notificadas a la Comisión desde que tengan un efecto en el Mercado Único, concretado por el criterio del volumen de negocios¹⁴¹³, aunque tales situaciones tengan generalmente un pequeño impacto en el mercado comunitario, no mereciendo, por regla general, gran interés para las autoridades comunitarias. Esto es, aunque no produzca efectos significativos en la Comunidad, la concentración, presentando un vínculo, incluso tenue, con la Comunidad, traducido en la dimensión comunitaria de la operación, suscita la aplicación del Reglamento 139/2004.

Finalmente, para concluir este punto, podríamos decir que, el ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004 puede ser considerado, por todo lo anteriormente dicho, más amplio de lo que resultaría de la aplicación de la teoría de los efectos.

4.3. Síntesis de la aplicación del Reglamento 139/2004 en las relaciones de concentración internacional

En síntesis, podremos afirmar que:

1) El principio de la territorialidad, como elemento de conexión, no permite resolver actualmente todos los problemas vinculados a la dimensión del comercio internacional. Una de las soluciones apuntadas para superar la rigidez de ese principio es el recurso a la teoría de los efectos.

¹⁴¹¹ JONES, Christopher y GONZÁLEZ DÍAZ, Enrique: *The EEC merger regulation. Op. cit.*, p. 90.

¹⁴¹² DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 07.03.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto n° IV M.0069 - KYOWA / SAITAMA BANKS, sobre la base del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, DO n° C 066 de 14/03/1991.

¹⁴¹³ LAURENCIE, Jean Patrice de la: *Le contrôle communautaire des acquisitions internationales: l'application du nouveau règlement européen sur les concentrations. Op. cit.*, p. 67.

2) La teoría de los efectos ha sido defendida, por la Comisión, al nivel de la aplicación del Derecho de la Competencia. A su vez, el Tribunal de Justicia siempre ha evitado manifestarse directamente sobre la cuestión, como sucedió, por ejemplo, en la sentencia *Wood Pulp*, donde declaró que el criterio determinante para la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia es el lugar de ejecución del acuerdo.

3) Con la entrada en vigor del Reglamento 139/2004, y en la ausencia de disposiciones específicas sobre su ámbito de aplicación, se discute la utilidad de la teoría de los efectos. En principio, la adopción de la teoría de los efectos no es prohibida por el Reglamento comunitario. Luego, el poder normativo reconocido a los Estados miembros, con base en la ubicación de los efectos de anticompetencia, no debe ser recusado a la Comunidad.

Además, el Tribunal de Justicia reconoció la teoría de los efectos, en relación al principio de la no discriminación, en la sentencia *Walrave*, jurisprudencia que, a nuestro entender, puede ser transpuesta para el Derecho de la Competencia.

Nótese, por fin, que el recurso a la teoría de los efectos se revela necesario para garantizar la aplicación eficaz del Derecho Comunitario por la Comisión.

4) En la práctica, difícilmente son concebibles operaciones de concentración que produzcan efectos directos, sustanciales y previsibles en la Comunidad, sin tener con ella un vínculo significativo, por medio de filiales ahí ubicadas, o por la ejecución de la operación en el territorio del mercado único. De ahí que sea reducido el interés práctico por la teoría de los efectos en materia de control de las concentraciones empresariales en el ámbito comunitario.

5) Finalmente, cumple subrayar que la concentración debe ser notificada a la Comisión, una vez alcanzada la dimensión comunitaria de la operación, aunque los efectos producidos en el mercado interior sean verdaderamente marginales. En esta medida, podremos decir que el ámbito de aplicación del Reglamento tiene un alcance más amplio de aquél que resultaría de la aplicación de la teoría de los efectos.

Después de analizados los puntos más importantes del Derecho de la Competencia como mecanismo de control de los grupos de sociedades en la UE, pasemos al análisis del control de las concentraciones en el MERCOSUR, para finalmente llegar a la conclusión de nuestro trabajo de tesis.

Es importante subrayar que el análisis del Derecho de la Competencia en EE.UU. es de fundamental importancia en nuestro trabajo ya que el mismo es referencia básica para la existencia de los demás sistemas de control de las concentraciones. Se justifica el análisis del sistema de control de las concentraciones en la UE., ya que éste es un elemento esencial para el entendimiento del control de las concentraciones en la actualidad. El sistema de control comunitario de las concentraciones empresariales es, hoy por hoy, a nuestro entender, el más elaborado de los sistemas de control existentes, debiendo ser la referencia para la constitución de un sistema multilateral (internacional) de control de las concentraciones empresariales, en especial en cuanto al control de los grupos de sociedades. Finalmente, es esencial el análisis del control de las concentraciones empresariales en el MERCOSUR, con sus lagunas y, aunque incipiente aplicación. En esta materia, lo que pretendemos con nuestra tesis es demostrar la necesidad y posibilidad de constitución de un sistema más moderno, avanzado, efectivo de control de las concentraciones empresariales (especial referencia al grupo de sociedades) en el seno del MERCOSUR. Es lo que pasamos a analizar.

TERCERA PARTE:

**LA COMPETENCIA EN EL SENO DEL
MERCOSUR**

CAPÍTULO I – EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO JURÍDICO DEL MERCOSUR: UNA NECESIDAD PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN

Después de analizada la cuestión del grupo de sociedades como instrumento jurídico privilegiado de inserción de la actividad empresarial en el nuevo escenario de la economía globalizada; después de demostrada la necesidad de control de éste instrumento de concentración, por medio del Derecho de la Competencia, con especial referencia al Derecho *Antitrust* norteamericano y al sistema de control de las concentraciones en la UE; es llegado el momento máximo de nuestra tesis.

Lo que pretendemos en esta Tercera parte de nuestro trabajo es hacer un análisis del Derecho de la Competencia en el MERCOSUR, además de un estudio de los sistemas de competencia de los miembros de pleno derecho y de los Estados asociados de éste bloque regional, mecanismos éstos de funcionan como herramienta de control de la actividad transnacional de la empresa en el seno del MERCOSUR. Pasemos a nuestra tarea.

1. Aproximación a la materia

Los objetivos del MERCOSUR, tal como han sido definidos por sus países miembros en el Tratado de Asunción, trascienden el libre comercio. Se trata claramente de una asociación voluntaria entre naciones soberanas, orientada a crear un mercado común, esto es, un espacio integrado de competencia para productores de bienes y prestadores de servicios, en beneficio del bienestar de ciudadanos y consumidores¹⁴¹⁴.

Los países del MERCOSUR se encuentran hoy en plena transición de un modelo económico de protección a los competidores (aún a costa de la eficiencia, de la incorporación del progreso técnico y del funcionamiento de los

¹⁴¹⁴ DREYZIN DE KLOR, Adriana: *El MERCOSUR – generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*. Zavalia Editor, Buenos Aires, 1997, p. 53 y ss.

mercados), a uno de protección de la competencia, de los mercados y, en última instancia, de los consumidores.

La defensa de la competencia ocupa en la actualidad, un lugar crecientemente importante en este contexto de transformación económica y social de los países del MERCOSUR. Es un fenómeno relativamente reciente, que también se observa en otros países latinoamericanos. En todos estos casos, se han dictado en los últimos años leyes de competencia, vinculadas con los procesos de apertura y de transformación productiva, de privatización y de desregulación económica. Implican pasos en la dirección del desarrollo de una verdadera *cultura de la competencia*, como bien público a preservar, en particular en la perspectiva de la consolidación de sistemas democráticos y de una mayor equidad social.

Tanto a nivel nacional como en el del MERCOSUR, las políticas de competencia son parte integral de un enfoque más amplio de transformación productiva conjunta y de creación de condiciones de competitividad sistémica, que apunta a facilitar la capacidad de productores de bienes y de prestadores de servicios, para competir con eficiencia en sus propios mercados internos, en los de la región y a escala global.

Con este enfoque, la política de competencia no se concibe como un instrumento aislado de protección del mercado, y menos aún de los competidores, sino como parte de un complejo de políticas e instituciones, que sólo en su conjunto adquieren su plena eficacia y su legitimidad social. Potencian y se potencian en un marco indispensable de calidad en las políticas macroeconómicas y sectoriales, y de negociaciones comerciales internacionales, orientadas no sólo a ampliar los mercados internos, sino también a lograr igualdad en las condiciones de competencia, en la región en su sentido más amplio (Sudamérica y las Américas), a nivel interregional, v.g., con la Unión Europea, y a nivel global, en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio.

En el MERCOSUR, tanto como a nivel nacional en los países miembros, en especial Argentina y Brasil, se han dado pasos significativos en los últimos años en materia de competencia, tanto en el plano del Derecho de la Competencia, como en el desarrollo institucional y de experiencia

práctica. Ello crea las bases para avanzar en el futuro hacia una efectiva política común de competencia, que se integre en un enfoque más amplio de fortalecimiento del MERCOSUR.

En el plano del MERCOSUR, el actual punto de partida es el Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR aprobado en Fortaleza en 1996 por la Decisión CMC 18/96¹⁴¹⁵.

En el plano de las legislaciones nacionales de los países socios del MERCOSUR, la situación actual tiene diferencias significativas con respecto a la existente cuando se negoció el Protocolo de Fortaleza, en particular por las modificaciones legales introducidas en Argentina. Además se observan diferencias entre 1996 y el momento actual, en cuanto al desarrollo institucional y al grado de experiencia acumulada por los países en la materia.

Se observan fuertes similitudes en los aspectos sustantivos incluidos en las legislaciones de las dos principales economías del área, las de Argentina y Brasil, y entre ellas y los incluidos en el Protocolo de Fortaleza. Tal similitud se genera a partir de la nueva legislación argentina. A pesar de las diferencias existentes, están creadas las condiciones objetivas que faciliten tanto el desarrollo de una política común de defensa de la competencia, como la armonización de legislaciones y la cooperación entre los órganos nacionales de aplicación.

La experiencia ya acumulada en el MERCOSUR, y el grado de avance logrado en la puesta en práctica de modernas legislaciones e instituciones de defensa de la competencia en Argentina y Brasil, generan condiciones objetivas apropiadas para continuar desarrollando el camino abierto con la negociación y aprobación del Protocolo de Fortaleza.

La cuestión de la competencia está colocada en el centro mismo del enfoque conceptual y estratégico del MERCOSUR. No se trata de una cuestión marginal o accesorio. Es, por el contrario, la esencia del proyecto común encarado (por libre voluntad soberana y con legitimidad democrática),

¹⁴¹⁵ Véase: PASCAR, Norma A.: El Protocolo de Defensa de la Competencia en el MERCOSUR, en: *Economía Globalizada y MERCOSUR*. (Coordinadores: LATTUCA, Ada y CIURO CALDANI, Miguel A.), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 113 y ss.

por los cuatro países que lo integran. De ahí que una política común y sus correspondientes instrumentos, orientada a defender la competencia en el ámbito del espacio económico ampliado, tiene que ocupar un lugar relevante en la agenda del MERCOSUR. Sería difícil concretar el MERCOSUR sin una política común de competencia, a su vez integrada en un complejo más amplio de políticas e instrumentos orientados hacia los mismos objetivos.

En el MERCOSUR, el libre comercio y la unión aduanera son los primeros pasos de una construcción gradual que está lejos aún de su conclusión y que, sin dudas, llevará muchos años para su pleno desarrollo, a pesar de algunas de las expectativas creadas en el momento fundacional.

Si bien se han eliminado los aranceles para todo el universo arancelario y se ha establecido el arancel externo común, quedan aún en pie excepciones significativas al libre comercio irrestricto, por su importancia en el intercambio comercial intra-MERCOSUR (sectores automotriz y azucarero). Así tendremos que:

a) se siguen aplicando restricciones no arancelarias, teóricamente eliminadas;

b) hay excepciones y perforaciones al arancel externo común;

c) muchas de las reglas de juego aprobadas por consenso y necesarias para el funcionamiento de la unión aduanera, aún no han sido internalizadas en los respectivos ordenamientos jurídicos internos, lo que incluso puede estar afectando a la reciprocidad de intereses y de expectativas entre los socios, que como se sabe, son el principal sustento del vínculo asociativo y del ordenamiento jurídico que de él deriva (incluso pueden estar afectando al principio de reciprocidad de derechos y obligaciones sobre el que está fundado el MERCOSUR, según el artículo 2 del Tratado de Asunción);

d) el concepto mismo de libre comercio dentro de la unión aduanera no es plenamente aplicable, por ejemplo, por la subsistencia del requerimiento de certificados de origen y por el doble cobro de arancel externo, cuando un producto internado en el territorio aduanero de uno de los socios es introducido en el de otro de los socios;

e) subsiste la admisión temporal para productos exportados al MERCOSUR.

Claramente se trata de una unión aduanera en construcción, en la que se requieren aún pasos importantes para lograr su pleno funcionamiento en un marco razonable de estabilidad y de seguridad jurídica¹⁴¹⁶.

Tampoco se han efectuado progresos significativos en la coordinación de políticas macroeconómicas y en el plano de las políticas sectoriales. No se han podido cumplir así los supuestos económicos fundamentales bajo los cuales se pactó el libre comercio y la unión aduanera, y que fueron claramente definidos, primero en el Anexo I del Acta de Buenos Aires¹⁴¹⁷ (pieza fundamental para entender la lógica implícita del programa de liberación comercial), y luego en el propio Tratado de Asunción, en su artículo 5. Tales supuestos eran que el proceso de la liberación comercial y el establecimiento del arancel externo común, iban a ser acompañados por la coordinación macroeconómica (calificada como indispensable), y por la eliminación de asimetrías originadas en políticas públicas que afectaran a las competitividades relativas entre los socios¹⁴¹⁸.

A su vez, la profundización en los compromisos originales a través de la inclusión de los servicios y de las compras gubernamentales, no ha tenido aún el desarrollo que se esperaba originalmente. Y la ampliación del MERCOSUR a otros países miembros de la ALADI, a través de acuerdos de asociación o de libre comercio, sólo se ha cumplido parcialmente con los acuerdos celebrados con Chile y con Bolivia. Siguen pendientes las negociaciones con los países de la Comunidad Andina y con México, con los

¹⁴¹⁶ DÍAZ LABRANO, Roberto Ruiz: *MERCOSUR – Integración y Derecho*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 357 y ss.

¹⁴¹⁷ En el Acta de Buenos Aires, de julio de 1990, los Presidentes de Argentina y Brasil deciden establecer un mercado común, acortando a cuatro años el plazo originalmente previsto en el Tratado de Integración bilateral de 1988. En su Anexo I, se define "la metodología para la conformación del mercado común", señalando en su punto 1 que "el avance hacia la conformación definitiva del mercado común exige de manera indispensable la coordinación y armonización de políticas macroeconómicas, especialmente de aquellas que tienen mayor impacto en los flujos comerciales y en la configuración del sector industrial de ambos países".

¹⁴¹⁸ El compromiso de identificar y, en lo necesario, modificar o eliminar políticas públicas que distorsionan la competitividad, fue parte del conjunto de instrumentos negociados en la Cumbre de Ouro Preto, en el que se incluyó además la cuestión de la competencia económica. Véase, al respecto, las Decisiones CMC 20/94 y 21/94.

cuales los socios del MERCOSUR han negociado preferencias individualmente, hasta que se concreten las negociaciones previstas como unión aduanera.

Lo antes señalado no significa plantear una visión negativa ni pesimista sobre la evolución y las perspectivas del MERCOSUR. Significa, por lo contrario, reconocer con realismo la magnitud de la tarea que queda por delante, a fin de lograr los objetivos originalmente definidos por los cuatro socios. La complejidad de la empresa encarada, así como las dificultades económicas que han atravesado los socios del MERCOSUR en los últimos años, también originadas por factores externos a la región, explican muchas de las dificultades que se debieron confrontar y algunos de los relativos fracasos.

Pero los objetivos originales siguen vigentes. Así lo han manifestado reiteradamente los cuatro Gobiernos al más alto nivel político. La voluntad de relanzar el MERCOSUR está claramente expresada. La reunión del Grupo Mercado Común de abril de 2000 definió en tal sentido una agenda de trabajo¹⁴¹⁹ que retoma muchos de los temas pendientes, algunos de los cuales ya estaban incluidos en el Cronograma de Las Leñas de 1992¹⁴²⁰, y en el Programa de Acción "MERCOSUR 2000" de 1995¹⁴²¹.

Esa voluntad política de relanzar el MERCOSUR, tiene lógica si se consideran, por lo menos, cuatro hechos que forman parte del balance positivo que se puede efectuar del proceso de integración económica regional, más allá de las dificultades y relativos fracasos antes señalados. Ellos son:

1) En primer lugar, están los resultados logrados desde el inicio del proceso de integración, primero en 1986 entre Argentina y Brasil¹⁴²², luego

¹⁴¹⁹ Véase el Acta Final de la Reunión del Grupo Mercado Común, realizada en Buenos Aires, los días 5 y 6 de abril de 2000.

¹⁴²⁰ Véase el Cronograma de Las Leñas, en la Decisión CMC 1/92.

¹⁴²¹ Véase el Programa de Acción "MERCOSUR 2000", en la Decisión CMC 9/95.

¹⁴²² El proceso de integración económica entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay a través del MERCOSUR, tiene su origen en el Programa de Integración y Cooperación Económica entre Argentina y Brasil, iniciado formalmente en 1986. Ambos a su vez son parte del proceso más amplio, iniciado en 1960 con la creación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y luego en 1980, con su transformación en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). El MERCOSUR se integra jurídicamente en el ámbito de la ALADI, donde se protocolizan los acuerdos que contienen preferencias comerciales entre los socios, incluyendo el propio Tratado de Asunción, a fin de excluirlos de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida prevista en el artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980. En tal marco, Argentina y Brasil concluyeron, en diciembre de 1990, un Acuerdo de

en 1990, entre los actuales cuatro socios. Son resultados que se miden, entre otros indicadores, por el crecimiento del comercio recíproco; por el crecimiento de las inversiones extranjeras directas orientadas al MERCOSUR; y por las estrategias de producción y de distribución de un amplio número de empresas (multinacionales, regionales e incluso pequeñas y medianas) que han respondido a las señales enviadas por los Gobiernos al invitarles a operar en un mercado ampliado y en expansión -que en la actualidad alcanza más de los 220 millones de consumidores, y que está abierto al mundo-, con una demanda potencial insatisfecha para muchos bienes y servicios que hoy están al alcance de los consumidores en los países más avanzados.

2) En segundo lugar, están los progresos efectuados al acreditar en el mundo la imagen del MERCOSUR como expresión de una nueva realidad política y económica del Sur de las Américas, integrado por países dispuestos a competir y negociar con otros países y regiones, en base a sus propias transformaciones productivas operadas en un contexto de legitimidad democrática. Es decir, el MERCOSUR como expresión de un regionalismo abierto, competitivo y democrático. Es lo que se denominará en 1995, con ocasión de la crisis tequila, como la "*marca MERCOSUR*".

3) En tercer lugar, está la percepción de los Gobiernos y de sus opiniones públicas, de que más allá de las dificultades encontradas en el desarrollo del proyecto original, el trabajo conjunto en un marco de integración económica continua siendo para cada uno de los socios la mejor opción estratégica, a fin de sustentar sus propios procesos internos de transformación y de consolidación democrática. En un mundo globalizado y de gran dinámica de cambio, la creación de un entorno regional favorable a tales procesos domésticos, sigue siendo percibida como una prioridad indiscutible y quizás la única opción racional.

4) Y en cuarto lugar, está el creciente reconocimiento de que la construcción de un espacio de integración, basado en el libre consentimiento

Complementación Económica (ACE 14) que técnicamente aún está vigente. Este acuerdo bilateral fue negociado conjuntamente con el Tratado de Asunción. En lo concerniente al programa de liberación comercial sus cláusulas y sus alcances son similares. No incluye, en cambio, un arancel externo común. Para un análisis de la ALALC y de la ALADI, véase: BARRAZA, Alejandro y JARDEL, Silvia: *MERCOSUR, aspectos jurídicos y económicos*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 28 y ss.

de naciones soberanas, no es un proceso lineal y automático. Por lo contrario, es un proceso sometido a todas las tensiones originadas por intereses nacionales y sectoriales no siempre convergentes; penetrado por los efectos de la dinámica del cambio constante operado en el entorno global y regional; e influenciado por las demandas de las propias realidades políticas y económicas nacionales, a su vez impactadas por el desarrollo de los compromisos del MERCOSUR (por ejemplo en el comercio en algunos sectores más sensibles). En tal sentido, las lecciones que se pueden extraer de la integración europea, son claras en cuanto al carácter sinuoso de la construcción consensuada de un espacio económico común entre un grupo de países, que no sólo preservan su soberanía, su identidad y sus intereses nacionales, sino que además tienen dimensiones económicas diferentes.

La cuestión de un Derecho de Competencia común, es parte de la agenda de consolidación y profundización del MERCOSUR¹⁴²³. Desde que se aprobara en 1996 el Protocolo de Fortaleza, que tiene por objetivo regular la defensa de la competencia en MERCOSUR, no se han efectuado mayores progresos. Aún no está reglamentado. Otras cuestiones que fueron negociadas simultáneamente con la política de competencia en la Cumbre de Ouro Preto, en 1994 (es decir, que formaban parte del "paquete de avances" allí aprobado), tampoco se han traducido en los instrumentos requeridos. Tal es el caso de las políticas públicas que distorsionan la competitividad, las ayudas del Estado y el tratamiento a las prácticas desleales de comercio dentro del MERCOSUR. Son todas ellas cuestiones vinculadas entre sí en el marco de una política de competencia, definida en su sentido amplio.

La percepción de muchos analistas y empresarios, es de que subsisten (en un contexto de pronunciadas asimetrías en la dimensión económica de los socios y de fuertes disparidades macroeconómicas), muchas políticas e instrumentos gubernamentales (provenientes en su mayor parte de períodos anteriores de mayor proteccionismo económico e intervencionismo estatal), que contribuyen a desnivelar artificialmente el campo de juego entre los competidores. Dichas políticas se encuentran en los cuatro países, pero

¹⁴²³ Véase al respecto, la Declaración Ministerial de Buenos Aires, firmada con ocasión del Encuentro Ministerial Argentina-Brasil, del 27 y 28 de abril de 2000, punto 15.

indudablemente tienen mayor impacto en el desnivel del campo de juego, cuando existen y se aplican en Argentina y Brasil, por ser las dos economías de mayor dimensión en la región.

Tal percepción hace más difícil lograr que se acepte la idea de que el Derecho de Competencia, como bien público común a proteger en el MERCOSUR, pueda ser asegurado sólo con un instrumento específico para su defensa (como por ejemplo, el Protocolo de Fortaleza), si él no se integra en un cuadro más amplio de políticas públicas comunes e internas de los países socios, destinadas efectivamente a asegurar un funcionamiento eficiente de los mercados en un entorno efectivamente competitivo.

La construcción del MERCOSUR (entendida como la resultante de procesos nacionales de transformación productiva) es entonces, con tal enfoque, sinónimo de la construcción de un entorno común del Derecho de Competencia (entendido como cultura, ambiente, políticas públicas, instrumentos e instituciones). Y construir una política común y específica de competencia (basada en políticas nacionales y entendida en su sentido estricto, de principios, normas e instituciones orientados a protegerla) es, a su vez, un instrumento clave en la construcción del MERCOSUR¹⁴²⁴.

Hay por lo tanto entre ambas construcciones (la del MERCOSUR y la de la política común de competencia), constantes sinergias y una necesaria sincronización en sus avances. Un MERCOSUR que complete su unión aduanera, con asimetrías de dimensión económica entre sus socios y sin política común de competencia, equivaldría a abrir el camino o a la ruptura del cuadro de ganancias mutuas que lo sustenta (sería percibido como un juego de suma cero), o a un modelo de regionalismo cerrado, disfuncional a las actuales tendencias del regionalismo en el mundo y contrario a los compromisos asumidos en la OMC.

Es quizás esa relación simbiótica entre integración y competencia, la principal lección que puede extraerse de la fecunda experiencia de la

¹⁴²⁴ Sobre el vínculo entre integración económica y política de competencia, véase: BULLARD, Alfredo: Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad, en: *Derecho de la Competencia*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 21 y ss; DIEZ Y CANSECO MUÑOZ, Luis José: Competencia e Integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados, en: *Derecho de la Competencia*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 49 y ss.

integración europea. Integración y competencia, fueron las dos nociones medulares del origen de la experiencia que condujo a la actual Unión Europea. La racionalidad económica y política del Plan Schuman, residió precisamente en lograr el desmantelamiento de los cárteles del carbón y del acero especialmente en la cuenca del Ruhr, sometiéndolos a las disciplinas de un marco de instituciones y de reglas comunes.

Es con este enfoque que se ha encarado la elaboración de este parte esencial de nuestra tesis. Se trata de facilitar un debate sobre la cuestión. Sus objetivos son:

1) pasar revista al estado actual de la cuestión de la competencia, como parte de los procesos de transformación productiva y de integración económica en la que se encuentran envueltos los países del MERCOSUR;

2) examinar la situación presente en el tratamiento de las políticas de competencia en el MERCOSUR y en sus países socios y;

3) plantear recomendaciones con respecto a los próximos pasos que deberían darse para el desarrollo de un control de los grupos de sociedades en el MERCOSUR, basados en las respectivas experiencias nacionales, incluyendo el análisis del marco institucional que permita sustentar una política común de competencia, que sea eficaz y efectiva (es decir, que penetre en la realidad produciendo el efecto de proteger la competencia en el mercado ampliado), teniendo en cuenta además, las futuras negociaciones en la OMC, en el ALCA y con la Unión Europea¹⁴²⁵.

2. Mercado Común del Sur: origen y características básicas

2.1. Breves referencias

El MERCOSUR surgió en 26 de marzo de 1991, por medio del Tratado de Asunción, firmado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay¹⁴²⁶,

¹⁴²⁵ Para un análisis del entendimiento del grupo de sociedades en el MERCOSUR, véase, de entre otros: PÉREZ LOZANO, Néstor O.: Los grupos empresarios en el MERCOSUR, en: *Negocios Internacionales y MERCOSUR* (dirigido por: FAVIER DUBOIS, Eduardo M.). Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 372 y ss.

¹⁴²⁶ Chile y Bolivia se adhirieron al MERCOSUR, como miembros asociados, respectivamente, por la Decisiones del CMC n° 03/96 y n° 04/96.

caracterizándose como la mejor experiencia integracionista ocurrida en Latinoamérica hasta el momento¹⁴²⁷.

Como hemos dicho, el MERCOSUR deriva de una serie de movimientos integracionistas anteriores, principalmente entre Brasil y Argentina, en el sentido de la creación de un espacio económico común. Así, en 1986 fue firmada en Buenos Aires, el *Acta para Integración Argentino-brasileña*, que instituyó el *Programa de Integración y Cooperación Económica – PICE*¹⁴²⁸. En el caso de Brasil, el ideal de integración de los países de Latinoamérica se encuentra reafirmado en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, como uno de los principios fundamentales que vigora en el país en sus relaciones internacionales¹⁴²⁹.

Además, el MERCOSUR se crea como una respuesta a los procesos de integración que estaban ocurriendo en distintas regiones del mundo, teniendo en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales,

¹⁴²⁷ Algunos procesos anteriores existieron en la tentativa de integración de Latinoamérica. Los más recientes, y de mayor importancia para los Estados miembros del MERCOSUR, son la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio) y la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración). La ALALC fue creada en 1960, por medio del Tratado de Montevideo, reuniendo a Argentina, Brasil, Chile, Uruguay, México, Perú y Paraguay, juntándose posteriormente a ellos, Colombia y Ecuador. En 1968, se integran también Venezuela y Bolivia. Objetiva un intercambio comercial en Latinoamérica. Sus resultados no corresponden a lo esperado, aunque existente la expansión comercial, ya que no alteró con importancia las economías regionales. Así, en 1967 es promovida una nueva cumbre de Gobiernos de los países latinoamericanos, ocurrida en Punta del Este, con el objetivo de integración de las economías regionales en un Mercado Común, estableciendo sus relaciones con polos centralizados del mundo, especialmente EE.UU. Todavía, el referido Tratado de Montevideo constituye más una respuesta a problemas limitados, surgidos en función del comercio entre los países miembros, y no propiamente una apertura en el sentido de estructurar en nuevas bases las relaciones económicas y sociales entre los países de la región (véase, en ese sentido: FURTADO, Celso: *Formação Econômica da América Latina*. Editorial Lia, Rio de Janeiro, 1969, p. 42. En 1980, es creada la ALADI, en función del fracaso de la ALALC. Tenía por finalidad formar áreas de libre comercio con aranceles reducidos para determinados productos, formándose, gradualmente, un Mercado Común, sin barreras arancelarias. La ALADI estaba formada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Como es sabido, la ALADI tampoco llegó a buen término, ya que sus objetivos de integración globales de Latinoamérica eran bastante generales y, por lo tanto, de difícil implementación.

¹⁴²⁸ El PICE visaba la creación de un espacio económico común con la apertura selectiva de los respectivos mercados y el estímulo a la complementación de sectores específicos de la economía de los dos países. Tenía por bases los principios de constitución gradual, equilibrio y simetría, permitiendo la adaptación progresiva de los sectores empresariales de cada Estado a las nuevas condiciones de competitividad. Véase, en ese sentido: VAZ, Isabel: *Direito Econômico da Concorrência*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.

¹⁴²⁹ Art. 4, párrafo único: "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações".

en especial la consolidación de grandes espacios económicos, y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países¹⁴³⁰.

En el Tratado de Asunción están previstas las directrices básicas que orientarán el proceso durante el primer período de transición de la integración, hasta la implantación de la unión aduanera, que ocurrió en 1 de enero de 1995¹⁴³¹.

El proceso de integración del cono sur, por medio del MERCOSUR, se ha revelado altamente positivo para los países integrantes del bloque regional, a pesar de existir una serie de dificultades normales de un proceso de integración tan joven¹⁴³². Además, el MERCOSUR ha atraído la atención de países y demás bloques regionales en el mundo, como por ejemplo la Unión Europea¹⁴³³, los EE.UU.¹⁴³⁴, Canadá¹⁴³⁵, etc.

¹⁴³⁰ En su primera fase, la propuesta del MERCOSUR difería de la Comunidad Europea, ya que la finalidad inmediata es la integración económica, y no la creación de una organización de integración de naturaleza supranacional, como es el caso de la UE. El objetivo del Tratado de Asunción, constituir un mercado común, no corresponde al objetivo del Tratado de Roma (instituir una comunidad económica). El mercado común es una forma de integración simplemente económica y la comunidad económica representa otra forma, más avanzada, que se identificaría con una integración político-económica. Véase, en ese sentido: FARIA, Werter: *A Integração Econômica e o Direito Comercial, Revista de Estudos Judiciais da Justiça Federal*. N° 2, Brasília, 1997. Sin embargo, con la promulgación del Protocolo de Ouro Preto, el proceso de integración del MERCOSUR pasa por cambios profundos.

¹⁴³¹ La unión aduanera constituida con el MERCOSUR es considerada imperfecta, ya que no está en libre circulación todas las especies de bienes, existiendo un régimen especial para determinados bienes. Véase, en ese sentido: PEREIRA, Lia Valls: *Tratado de Asunción: resultados e perspectiva*, en: *Mercosul – Perspectivas de Integração*. (Coordinado por: BRANDÃO, Antônio Pereira y PAREIRA, Lia Valls), FGV Editora, 2ª edición, São Paulo, 1997, p. 18-20. En sentido contrario, entendiendo que la unión aduanera del MERCOSUR no es imperfecta, sino que solamente tiene que ser complementada, véase: BOLDORINI, Maria Cristina: *Mecanismos Institucionais, Revista de estudos Judiciais da Justiça Federal*. N° 2, Brasília, 1997, p. 26 y ss.

¹⁴³² Las exportaciones intraregionales pasaron de US\$ 4.127,3 millones de dólares en 1990, a US\$ 10.026,7 millones de dólares en 1993. En términos relativos, el comercio intraregional pasó del 8,81% de las exportaciones totales al 18,32% en el mismo período. Coincidentemente, las exportaciones al resto de la América Latina también ganaron terreno, creciendo del 8,17% al 11,36% de las exportaciones totales. Paraguay y Uruguay, que históricamente destinaban parcelas superiores a un 30% de sus exportaciones para los países del MERCOSUR, sedimentaron esta tendencia. Argentina y Brasil, a su vez, reorientaron masivamente sus exportaciones para el bloque regional. Véase, en ese sentido: QUADROS, Salomão: *Mercosul: Sinopse Gráfica*, en: *Mercosul – Perspectivas de Integração*. (Coordinado por: BRANDÃO, Antônio Pereira y PAREIRA, Lia Valls), FGV Editora, 2ª edición, São Paulo, 1997, p. 284. En el año 2000, último dato oficial existente, las importaciones intrabloque (dentro del MERCOSUR) representaron un 20,4% del volumen de importaciones de sus Estados miembros (números totales). A su vez, las exportaciones intrabloque representaron un 20,9% de las operaciones realizadas. Véase, en ese sentido: Boletín de Indicadores Macroeconómicos del MERCOSUR, Febrero 2003, n° 97.

¹⁴³³ La UE es hoy el principal socio económico del MERCOSUR. La UE es origen de prácticamente un 25% de las importaciones del MERCOSUR, absorbiendo más de un cuarto

Cabe subrayar que, actualmente, el MERCOSUR es un importante mercado regional, lo que genera interés por su actuación no solamente a nivel regional, sino también global, y cuenta con los siguientes datos geopolíticos y macroeconómicos¹⁴³⁶:

1) Área:	11.863 miles de Km ²	8,89% del área mundial
2) Población /1999	213 millones	3,56% población mundial
3) PIB / 2001	815,8 miles de millones (US\$)	2,59% a escala mundial

A su vez, si analizamos los datos estadísticos teniendo en consideración los miembros de pleno derecho del MERCOSUR, agregados los Estados asociados, tendríamos¹⁴³⁷:

1) Área	13.719 miles de Km ²	10,29% del área mundial
2) Población/1999	236 millones	3,95% población mundial

de sus exportaciones; el 36% del capital extranjero invertido en la región es de origen europeo, así como el 40% de la banca de la región, etc. Además, en este sentido de una mayor integración entre el espacio comunitario europeo y el MERCOSUR, fue firmado, en diciembre de 1995, el *Acuerdo Marco Interregional de cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes* (DO n° L 069 de 19/03/1996, p. 4-22), aprobado por el Consejo en la Decisión de Consejo de 22 de marzo de 1999 – 1999/279/CE, DO L 112/65, de 29/4/1999. En este Acuerdo Marco se encuentran previstas la cooperación a la gestión del proceso de integración comercial del propio MERCOSUR y su comercio externo; ayuda técnica (investigación y desarrollo, sistemas de información y proyectos de telecomunicaciones europeos); proyectos panregionales (en materia de transportes, energía, medio ambiente, telecomunicaciones, ordenamiento urbano y otros sectores industriales). El Acuerdo Marco sería una especie de asociación que no se limita a la liberalización comercial, estableciendo mecanismos de cooperación política, científico-tecnológica y cultural. Para una profundización en el estudio del acuerdo marco véase, de entre otros: PASCAR, Norma Adelina: *Unión Europea: estructura y acuerdo con el MERCOSUR*, en: *Negocios Internacionales y MERCOSUR*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 453 y ss.; DROMI, Roberto y MOLINA DEL POZO, Carlos: *Acuerdo MERCOSUR Unión Europea*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 31 y ss.

¹⁴³⁴ El inicio de las negociaciones para la implantación del ALCA hasta el año 2005, ha generado algunas controversias en Brasil, ya que el país pretende participar pero, por el tamaño de su economía, necesita tener una actuación diferenciada en el bloque regional (El PIB de Brasil corresponde casi a un 70% del PIB de MERCOSUR, casi a un 3% del PIB mundial – fuente: Boletín de Indicadores Macroeconómicos del MERCOSUR, febrero 2003, n° 97). Sin embargo, un punto favorable a la posibilidad de negociación y constitución del ALCA es el entendimiento actual de que el MERCOSUR, con el proceso de integración más ampliado (ALCA), no sufrirá riesgos de desintegración, ya que la metodología utilizada para la negociación del ALCA es la de que la integración del hemisferio debe ocurrir a partir de la convergencia gradual de los distintos esquemas regionales ya existentes (*Building blocks*). Véase, en ese sentido: GONÇALVES, J. Botafogo: *A Consolidação do MERCOSUL: O Primeiro ano de vigencia da União Aduaneira*. Boletín de Integración Latinoamericana, n° 17.

¹⁴³⁵ Véase la Decisión n° 14/97 que trata del Proyecto de Entendimiento de Cooperación en Materia de Comercio e inversiones entre el MERCOSUR y Canadá.

¹⁴³⁶ Fuente: Boletín de Indicadores Macroeconómicos del MERCOSUR, febrero 2003, n° 97.

¹⁴³⁷ Anuario de Estadísticas de la América Latina y el Caribe, CEPAL, Año 2002.

3) PIB / 2001 890,7 miles de millones (US\$) 2,83% a la escala mundial

Finalmente, es importante señalar que en el seno del MERCOSUR presente la novena economía mundial en producción (Brasil), elemento determinante para una valoración internacional del bloque regional¹⁴³⁸.

2.2. Barreras institucionales a la consolidación del MERCOSUR

Atendiendo, por lo tanto, a todo ese proceso evolutivo, el 26 de marzo de 1996 fue promulgado el Protocolo de Ouro Preto¹⁴³⁹, que es considerado el *instrumento jurídico-institucional* del MERCOSUR.

Ahí se encuentran definidos los principales órganos del MERCOSUR, y sus respectivas competencias.

Son los siguientes:

- 1) Consejo del Mercado Común (CMC);
- 2) Grupo Mercado Común (GMC);
- 3) Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM);
- 4) Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC);

¹⁴³⁸ El PIB mundial (las trece primeras economías):

	PIB por paridad de poder compra	% sobre PIB a el PIB mundial	% sobre precios corrientes	el PIB mundial
EEUU	9.963	23,98	9.963	33,13
China	5.230	12,59	1.080	03,59
Japón	3.319	07,99	4.760	15,83
India	2.104	05,06	474	01,58
Alemania	2.082	05,01	1.878	06,25
Francia	1.458	03,51	1.289	04,29
Reino Unido	1.425	03,43	1.417	04,71
Italia	1.404	03,38	1.077	03,58
Brasil	1.214	02,92	588	01,97
Rusia	1.120	02,70	247	00,82
Canadá	903	02,17	699	02,33
México	890	02,14	574	01,91
España	797	01,92	560	01,86

Año 2002. En miles de millones de dólares.

Fuente: Annual Report 2002 - The Goldman Sachs Group Inc.

¹⁴³⁹ Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR, Ouro Preto, 17/12/1994.

5) Foro Consultivo Económico-Social (FCES);

6) Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM)¹⁴⁴⁰.

1) La función de los órganos con poder de decisión no está adecuada a la construcción del MERCOSUR. Así, compete al Consejo, en síntesis, la conducción política del proceso de integración, la adopción de decisiones para asegurar el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción, y lograr la constitución final del mercado común¹⁴⁴¹.

2) Según el Protocolo de Ouro Preto, el Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del MERCOSUR, jerárquicamente inferior al Consejo y sin independencia de los Gobiernos de los Estados Partes¹⁴⁴². Entendemos que el Grupo no debería estar en posición inferior a la del Consejo, no poseyendo

¹⁴⁴⁰ Tres de los seis órganos de la estructura del MERCOSUR corresponden al tipo intergubernamental, ya que son constituidos por representantes de los Gobiernos de los Estados Partes. Las decisiones del CMC, del GMC y de la CCM son obligatorias para los Estados Partes, en el plano internacional. En el plano interno, la aplicación de tales decisiones exige la incorporación de esas normas a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Los actos de esos órganos se imputan al MERCOSUR, cuyo poder normativo, como sucede en una organización internacional, puede visar situaciones internas propias de la organización, pero puede también dirigirse a las situaciones *externas* y crear obligaciones jurídicas para los Estados miembros de la organización (Véase, en ese sentido: CARREAU, Dominique: *Droit International*. 4ª ed., Pedone, Paris, 1994, p. 33). En el momento en que son aprobadas las decisiones, resoluciones o directrices de los órganos administrativos del MERCOSUR por el poder legislativo de los Estados Partes, y se incorporan a los respectivos ordenamientos jurídicos, equivalen a las normas internas de cada uno de los países. En Brasil, por adoptar la teoría dualista, una norma posterior puede modificar o revocar los actos unilaterales del MERCOSUR, aún aquellos que sean esenciales y puedan comprometer el buen funcionamiento del bloque regional. Éste es uno de los elementos que dificultan, sobremanera, el proceso de integración en la región.

¹⁴⁴¹ En los términos del Tratado de Asunción (art. 1 del Tratado), Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay decidieron constituir un mercado común. La expresión *mercado común* se refiere a un proceso de integración más avanzado que la zona de libre comercio y la unión aduanera. La zona de libre comercio es constituida por dos o más Estados, con la finalidad de transformar sus mercados nacionales en un mercado más extenso, mediante la eliminación de los obstáculos al comercio de bienes y servicios, para facilitar su circulación transfronteriza. La unión aduanera es establecida por dos o más Estados, para sustituir sus territorios aduaneros por solamente uno, en el interior del cual son eliminados y prohibidos los derechos de aduana y todas las medidas de efecto equivalente, en la importación y en la exportación, además de estar dotada de una tarifa de aduana común en las operaciones con países terceros. A su vez, el mercado único es instituido por dos o más Estados con el objetivo de crear un espacio sin fronteras en que, además de las mercancías, las personas, los servicios y los capitales circulen libremente, gracias a la supresión de los obstáculos existentes. Véase, en ese sentido: FARIA, Werter R.: *O impasse do Mercosul*, *Revista de Informação Legislativa*. Ano 39, nº 155, jul/set., Brasília, 2002, p. 29.

¹⁴⁴² No se trata, por lo tanto, de un órgano equivalente a la Comisión Europea, que tiene el encargo de garantizar el funcionamiento y el desarrollo del mercado único, y que para tal posee independencia (véase art. 213 del Tratado de Niza – Tratado de la UE, DO C 325/120, de 24/12/2002). Esa misión está, equivocadamente, en el caso del MERCOSUR, vinculada al Consejo, al cual el Grupo propone proyectos de decisión.

independencia, atributo indispensable para el ejercicio de la función ejecutiva o administrativa que le corresponde desempeñar.

3) El tercer órgano de la estructura del MERCOSUR, la Comisión de Comercio, fue creado por el Protocolo de Ouro Preto. El nuevo órgano fue creado para auxiliar al Grupo, pero lo insertó en la estructura del MERCOSUR, en igualdad formal con los demás órganos principales del bloque regional¹⁴⁴³.

Con relación a los tres órganos estructurales del MERCOSUR con capacidad decisoria¹⁴⁴⁴, cumple aún subrayar que ninguno de ellos posee autonomía con relación a los Gobiernos de los Estados Partes, y los Ministros que constituyen el Consejo detentan el control indirecto del Grupo, investido de funciones ejecutivas, y de la Comisión, encargada de prestar asistencia al Grupo, así como de tomar decisiones relacionadas con la administración y la aplicación de la tarifa externa común, y de los instrumentos de política comercial común.

Al respecto de los tres órganos restantes, es importante hacer algunas observaciones sobre la composición de cada uno de los mismos, el papel inadecuado que desempeñan y la propia inserción de uno de ellos en la estructura del MERCOSUR.

4) Así, la Comisión Parlamentaria Conjunta forma parte de la estructura del MERCOSUR como órgano representativo de los Parlamentos de los Estados miembros. La Comisión Parlamentaria no debería tener, en rigor, naturaleza de órgano constituyente de la estructura del MERCOSUR, ya que actúa de acuerdo con los intereses de los Parlamentos nacionales.

Sin embargo, el Protocolo de Ouro Preto confiere una serie de encargos de colaboración a la Comisión Parlamentaria, tales como los siguientes:

¹⁴⁴³ La asistencia que debe prestar al Grupo indicaba la calificación de órgano subsidiario. Sin embargo, le fue atribuida a la Comisión de Comercio el poder de decidir en materias relativas a la administración y aplicación de la tarifa externa común y de los instrumentos de política comercial común, así como de examinar reclamaciones de los Estados partes y de los particulares dentro de los límites de su competencia.

¹⁴⁴⁴ Consejo del Mercado Común (CMC), Grupo Mercado Común (GMC) y Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM).

a) buscar acelerar los procedimientos necesarios para la incorporación de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR con capacidad decisoria a los ordenamientos jurídicos nacionales;

b) coadyuvar en la armonización de las legislaciones de los Estados Partes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración;

c) examinar temas prioritarios por solicitud del Consejo del Mercado Común;

d) encaminar recomendaciones al Consejo del Mercado Común, por medio del Grupo Mercado Común¹⁴⁴⁵.

5) Otro órgano del MERCOSUR es el Foro Consultivo Económico-Social. El Protocolo de Ouro Preto conceptúa el Foro como órgano de la estructura del MERCOSUR, representativo de los sectores económicos y sociales. Está compuesto por las Secciones Nacionales, y éstas, a su vez, definen los sectores de mayor representatividad y de ámbito nacional que las constituyen. Las entidades de los trabajadores y empresariales participan de forma paritaria en las reuniones del Plenario del Foro, por medio de sus delegados titulares y suplentes, que pueden ser destituidos en cualquier momento.

El Foro es órgano consultivo, manifestándose por medio de recomendaciones al Grupo Mercado Común.

6) Finalmente, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR es el órgano de apoyo operacional y presta asistencia a los demás. El Director de la Secretaría es escogido por el Grupo Mercado Común y nombrado por el Consejo, por dos años, vedada la reelección.

La Secretaría fue creada para auxiliar al Grupo. Fue integrada en el MERCOSUR, como órgano estructural, por el Protocolo de Ouro Preto, aunque tenga características de órgano auxiliar.

¹⁴⁴⁵ El hecho de no poder enviar recomendaciones directamente al Consejo sería una demostración de la calificación inferior de la Comisión Parlamentaria en la estructura interna del MERCOSUR. La interposición del Grupo Mercado Común desequilibra la posición de la Comisión Parlamentaria. Es necesario que tenga un órgano democrático en que los ciudadanos estén representados y participen en la elaboración de los actos normativos, como ocurre en la UE, por medio del sufragio universal y directo de los representantes en la Parlamento Europeo.

Es importante subrayar que, aunque la estructuración del MERCOSUR ocurrió en un período de tiempo bastante corto, demostrando la voluntad de integración que tienen los Estados Partes, dos providencias básicas no fueron tomadas: la creación de un Tribunal del MERCOSUR y la existencia de órganos verdaderamente supra-gubernamentales¹⁴⁴⁶.

a) Con relación al segundo aspecto, la no existencia de un órgano supranacional¹⁴⁴⁷ en el seno del MERCOSUR, hace que las decisiones, resoluciones y demás formas de deliberación existentes tengan un sentido político, por estar discutiendo los intereses individuales de los Estados Partes, lo que dificulta inmensamente el proceso integracionista.

b) Con relación a la creación de un Tribunal del MERCOSUR existe, en la actualidad, un gran debate al respecto de su conveniencia. La solución de controversias surgidas en el seno del MERCOSUR, entre los Estados Partes, al respecto de la interpretación, aplicación o no cumplimiento de las disposiciones del Tratado de Asunción, fue regulada en el MERCOSUR por el Protocolo de Brasilia¹⁴⁴⁸, que hace previsión de un procedimiento fundado en tres etapas básicas:

1) Negociaciones directas;

2) Si no se produce un acuerdo, o solución parcial de la controversia, la situación pasará a ser examinada mediante un procedimiento de naturaleza administrativa por el Grupo Mercado Común;

3) Por último, se puede recurrir al procedimiento arbitral, donde se constituirá un Tribunal Arbitral para cada caso.

¹⁴⁴⁶ En todos los órganos del MERCOSUR con capacidad decisoria, los Ministros, representantes de los Ministerios y de los Bancos Centrales, así como otras autoridades designadas por los Gobiernos, representan y defienden intereses de los Estados Partes. El poder de decisión atribuido al Consejo, y, en corta medida, al Grupo y a la Comisión de Comercio, pertenece a los Estados Partes, porque es ejercido por sus representantes. Las decisiones pueden ser tomadas sin la obligatoriedad de solicitar el parecer de los órganos consultivos.

¹⁴⁴⁷ Los únicos órganos que tendrían tal carácter supranacional serían la Secretaría Administrativa, prevista en los arts. 31 a 33 del Protocolo de Ouro Preto, y el Comité de Defensa de la Competencia, previsto en el párrafo único del art. 8 del Protocolo de Fortaleza. La Secretaría funciona apenas como apoyo operacional, responsable de la prestación de servicios a los demás órganos del MERCOSUR, no teniendo ninguna naturaleza deliberativa. En cuanto al segundo órgano, el Comité de Defensa de la Competencia, apenas existe la previsión de su creación.

¹⁴⁴⁸ Firmado en Brasilia en 17 de diciembre de 1991.

Algunos consideran que este procedimiento es suficiente para atender a las necesidades del MERCOSUR en el momento actual, ya que ni siquiera la unión aduanera se encuentra en plena vigencia¹⁴⁴⁹. Sin embargo, tal procedimiento no ha encontrado amplia aceptación por las partes interesadas¹⁴⁵⁰ y, además, no suministra la misma seguridad jurídica que una estructura jurisdiccional suministraría¹⁴⁵¹.

Creemos que éste es un punto tan importante para el desarrollo del proceso de integración del MERCOSUR que entendemos necesario, aunque no de forma exhaustiva pero sí como mera referencia, hacer un apartado propio para la discusión del Tribunal Arbitral en el seno del MERCOSUR, con las innovaciones del Protocolo de Olivos en la materia.

2.3. La solución de conflictos en el seno del MERCOSUR

2.3.1. Introducción – las fuentes del Derecho del MERCOSUR

El Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias establece una jerarquía normativa de Derecho del MERCOSUR. Así, el Art. 19 del referido Protocolo considera como fuentes: 1) las disposiciones del Tratado de Asunción; 2) los acuerdos celebrados en el ámbito del mismo; 3) las decisiones del Consejo del Mercado Común; 4) las resoluciones del Grupo Mercado Común; 5) los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia.

¹⁴⁴⁹ BOGGIANO, Antonio: *As Cortes Supremas de Justiça no processo de integração do Mercosul*, REJFF. Nº 2, Brasilia, 1997; FARIA, Werter: *Experiências Latino-americanas de integração*, REJFF. Nº 2, Brasilia, 1997.

¹⁴⁵⁰ En realidad, el sistema vigente no agrada a los empresarios. Estos, generalmente, desconocen el procedimiento de consulta a las secciones nacionales de la Comisión del Comercio del MERCOSUR y del Grupo Mercado Común. Prefieren alzar su voz mientras encuentren perjuicios motivados por las actitudes de los Estados Partes, en trasgresión al derecho primario o secundario del bloque regional. El no colocar en funcionamiento el sistema acaba por generar una politización de las controversias comerciales, llevando a los Representantes de Estado a que se encarguen de deteriorar el proceso de integración y la imagen externa de MERCOSUR. En la práctica, pocas reclamaciones concretas llegan a la Comisión de Comercio del MERCOSUR y al Grupo Mercado Común. Véase, en ese sentido: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de: *Mercosul – União Européia – Um inédito acordo inter-regional*, *Revista del MERCOSUR*. Nº 36, Enero-Febrero, Buenos Aires, 1996.

¹⁴⁵¹ SAMTLEBEN, Jürgen: *Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a Experiência Européia*, *Scientia Iuridica, Rev. De Direito Comparado – Português e Brasileiro*. T. XLV, nº 262/264, Lisboa, 1996.

A tales efectos, el Protocolo de Ouro Preto, de 1994, dedica un capítulo a las fuentes del MERCOSUR (las cuales complementan el Protocolo de Brasilia) y establece en el Art. 41 las siguientes fuentes:

- a) El Tratado de Asunción, sus Protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
- b) Los acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción y sus Protocolos;
- c) Las decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las directrices de la Comisión del Comercio del MERCOSUR.

2.3.2. El Derecho del MERCOSUR y el Derecho interno o nacional

Ante el numeroso acervo de fuentes y normas de Derecho de los países que integran el MERCOSUR, existe la necesidad de una armonización legislativa, teniendo como fin atenuar las disparidades entre las disposiciones de los Derechos internos respectivos.

En un orden jurídico de carácter supranacional, las decisiones emanadas de los órganos internacionales prescinden de la aprobación interna o de la incorporación, alcanzando directamente vigencia y eficacia en los Estados integrantes.

Aún hoy, el MERCOSUR no está dotado de la característica de supranacionalidad de Derecho, no estando prevista en el Tratado de Asunción o en el Protocolo de Ouro Preto ninguna disposición que atribuya primacía a las normas editadas en su ámbito sobre las normas internas. Por lo tanto las disposiciones de los órganos del MERCOSUR dependen de la incorporación (integración) a las reglas internas de los países miembros para que puedan efectivamente generar sus efectos¹⁴⁵².

¹⁴⁵² El art. 38 del Protocolo de Ouro Preto determina que los Estados partes se comprometan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR.

El mismo acuerdo, en su art. 42, determina que las normas emanadas del MERCOSUR tendrán carácter obligatorio y deberán, cuando sea necesario, ser incorporadas a los

Podremos afirmar que *"... existen diversas técnicas o procedimientos de integración de las normas convencionales internacionales. En síntesis, puede decirse que estos procedimientos oscilan entre dos extremos: por un lado, aquellos que exigen un acto legislativo expreso para la incorporación del tratado en el orden interno y por otro, los que requieren la simple publicación del texto del acuerdo internacional, como sucede con las normas internas, sin necesidad de acto expreso"*¹⁴⁵³.

En las Constituciones de los países integrantes del MERCOSUR se puede notar una manifestación de voluntad de los Estados de estar vinculados a las reglas internacionales. Sin embargo, existen prescripciones en el sentido de un control constitucional posterior de las leyes, el cual puede resultar de la inaplicabilidad de los Tratados Internacionales.

a) Así, la Constitución de Argentina, después de la reforma de 1994, reconoce, en su art. 75 y apartados, la competencia del Congreso Nacional para aprobar Tratados celebrados con otras naciones y organizaciones internacionales, reconociendo la superioridad jerárquica de los mismos acuerdos en contraposición a las leyes nacionales. Todavía es necesaria la incorporación.

b) La Constitución de Paraguay, de 1992, establece, en su art. 137, la jerarquía de las normas constantes de su ordenamiento jurídico positivo, situando a los Tratados entre la Constitución y las leyes ordinarias. Admite un ordenamiento jurídico supranacional que tiene la finalidad de garantizar los derechos humanos, la cooperación y el desarrollo político, económico, social y cultural, siempre aprobado por mayoría absoluta en el Parlamento.

c) La Constitución de Uruguay, aunque propugne la solución pacífica de los litigios internacionales, no hace previsión de delegación de poderes a posibles organizaciones supranacionales. Aún no establece jerarquía de normas, mientras somete a la Suprema Corte al control constitucional de los Tratados Internacionales.

ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país.

¹⁴⁵³ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I. y SÁENZ DE SANTA MARIA, Paz Andrés: *Curso de Derecho Internacional Público*. Civitas, Madrid, 1998, p. 267.

d) Finalmente, Brasil adopta la *teoría dualista*, sustentando la existencia de dos órdenes jurídicos distintos e igualmente válidos, pero absolutamente independientes. Por lo tanto tendríamos un orden interno y otro internacional, de tal forma que la validez jurídica del primero no se condiciona al orden internacional¹⁴⁵⁴.

El art. 192 de la Constitución Federal de Brasil contiene un control constitucional de los Tratados Internacionales a cargo del Supremo Tribunal Federal. La gravedad de esta norma consiste en la arraigada concepción de aquél órgano en relación a la soberanía, determinando en su jurisprudencia que la ley interna posterior tiene el poder de dejar sin efecto un tratado internacional anterior.

Para nosotros claro está que la estricta observancia de los Tratados Internacionales, no estando sujetos a alteraciones por ley posterior, se impone como corolario lógico e imperativo jurídico, bajo pena de impedir el proceso de integración, teniendo tanto la legislación interna como la jurisprudencia que observar tales preceptos¹⁴⁵⁵.

Enfocando la vigencia de las reglas, se nota que la gran mayoría del Derecho derivado no ha sido incorporado aún por los órdenes nacionales. Entre la materia ya incorporada, dicha internacionalización ocurrió sobre todo a través de actos administrativos del Poder Ejecutivo, tales como reglamentos, decretos administrativos y circulares. Tales actos no solamente pueden ser anulados por el Poder Judicial sino también revocados por la propia administración pública en cualquier momento. En la discrepancia entre ley ordinaria o dispositivo constitucional, ciertamente prevalecen los segundos. No hay, por lo tanto, ninguna seguridad jurídica en ese tipo de incorporación¹⁴⁵⁶.

Concluyendo ese punto, las decisiones provenientes de las instancias del MERCOSUR no se constituyen, por sí mismas, en normas

¹⁴⁵⁴ GARCIA Jr., Armando Alvares: *Conflito entre normas do Mercosul e Direito Interno*. Ltr, São Paulo, 1997, p.128.

¹⁴⁵⁵ En el mismo sentido: CASELLA, Paulo Borba: *Mercosul, exigencias e perspectivas de integração e consolidação do espaço econômico integrado*. Ltr, São Paulo, 1995, p. 58; BASSO, Maristela: O Mercosul perante o sistema constitucional brasileiro, en: *Mercosul – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. (Coordinadora: BASSO, Maristela), 2ª Ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p.114.

¹⁴⁵⁶ VENTURA, Deyse de Lima Freitas: *Direito Comunitário do Mercosul*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 32.

jurídicas en sentido estricto, pero sí en determinadas políticas que vinculan a los Estados miembros a la promoción de la adecuación de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos al proceso de integración.

2.3.3. El Tribunal Arbitral del Protocolo de Brasilia

El Tratado de Asunción, en su Anexo III, adoptó un sistema temporal de solución de controversias que estaría vigente hasta 31 de diciembre de 1994, cuando sería aplicado un sistema permanente.

El referido Anexo, conjuntamente con el Protocolo de Brasilia (creado por el Decreto nº 1 del Consejo el Mercado Común, el 17 de diciembre de 1991), estableció mecanismos de solución de controversias. Se definieron los instrumentos de la negociación, la mediación y el arbitraje, y los mismos serían aplicados a través de un Tribunal Arbitral no permanente. En cuanto a la competencia de la Corte Arbitral *ad hoc* la misma ocurriría cuando se tratara de conflictos que versaran sobre la interpretación, aplicación o no cumplimiento de las disposiciones emanadas de los órganos del MERCOSUR. Tres años más tarde, el Protocolo de Ouro Preto ratificó el procedimiento, convirtiendo al mismo en permanente.

El modelo de negociación directa es una tentativa de conciliación, a través de la cual los Estados partes pretenden la obtención de la solución del conflicto, por medio de las vías diplomáticas. En esta fase del procedimiento tienen las partes un plazo de 15 días para la tentativa de solución del conflicto. Tal plazo puede ser prorrogado, por consenso de las partes.

No alcanzada la solución del problema por medio de las negociaciones, se pasa a la fase de Mediación, realizada por el Grupo del Mercado Común. Las partes litigantes presentan sus alegaciones, solicitando la presencia de informes técnicos elaborados por especialistas convocados por el GMC o sorteados de una lista de 24 personas, previamente indicadas por los países miembros del Mercado Común.

Terminada la instrucción, el Grupo dará sus recomendaciones a los Estados, no siendo las mismas obligatorias para las partes. Se hace una

crítica en el sentido de que difícilmente esta fase tendrá lugar cuando el litigio se origina por el no cumplimiento de resolución del GMC¹⁴⁵⁷.

Cuando la mediación no es acatada, cualquiera de los Estados litigantes podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al juicio arbitral. Es inútil la conclusión del compromiso arbitral ya que la jurisdicción privada ya fue previamente aceptada¹⁴⁵⁸.

El Tribunal Arbitral está formado por tres árbitros, pertenecientes a una lista previa de diez nombres, registrada en la Secretaría. Cada Estado litigante designa un árbitro. El Presidente del Tribunal será el tercer árbitro, que no podrá ser nacional de ninguno de los Estados litigantes. El propio Tribunal definirá sus normas de procedimiento, respetando los principios de amplia defensa y de la dilación probatoria así como la celeridad procesal. En cuanto a la cuestión del procedimiento, el art. 18 del Protocolo de Brasilia permite que el Tribunal Arbitral determine medidas provisionales, en caso de *periculum in mora*.

Los particulares también podrán efectuar reclamaciones en razón de la aplicación de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal. Siempre que las medidas emanadas de cualquier Estado parte implique la violación del Tratado y de los pactos celebrados en su ámbito; o estén violando las decisiones del CMC o las resoluciones del GMC y que perjudiquen a los particulares, podrán los mismos pretender reparación.

El procedimiento es semejante al utilizado en las controversias en que participan los Estados miembros. Sin embargo, en el caso del particular la reclamación es dirigida a la Sección Nacional del Grupo Mercado Común (del país de residencia o sede de los negocios del particular) y deberá la misma estar fundamentada, adjuntando el particular los elementos y pruebas que evidencien la veracidad de lo por él alegado. La Sección podrá, entonces, empezar las negociaciones con la Sección Nacional del Grupo del Estado infractor, o elevar la reclamación, directamente, al GMC, para su examen.

¹⁴⁵⁷ MELLO, Celso D. De Albuquerque: *Direito Internacional da Integração*. Renovar, Rio de Janeiro, 1996, p.306.

¹⁴⁵⁸ En ese sentido, véase art. 8 del Protocolo de Brasilia, *cit*.

El Grupo evaluará los fundamentos de admisión de la reclamación, convocando especialistas para la elaboración del informe técnico. Si la demanda no fuera procedente, cualquier Estado-parte podrá recurrir a la aplicación de medidas correctivas o solicitar la anulación de las medidas contestadas. Si no prosperan las decisiones, podrá el Estado parte instaurar la instancia arbitral ya detallada.

Una crítica que se puede hacer es la de que el particular participa solamente en la fase inicial del procedimiento, como mero interesado, pero jamás como parte, ya que la instancia arbitral prevista en el Protocolo de Brasilia prevé el arbitraje como un instrumento de solución de conflictos entre Estados soberanos, figurando éstos como partes y promoviendo la exclusión del particular.

Concluyendo este punto, el art. 25 del Protocolo de Brasilia, al limitar la capacidad del particular de instaurar el procedimiento arbitral está de cierta forma constituyéndose en un elemento de desmotivación del proceso de integración del MERCOSUR¹⁴⁵⁹.

2.3.4. Protocolo de Olivos

Con el Protocolo de Olivos se logra un avance significativo en la profundización del bloque regional. Era necesario dotar al MERCOSUR de nuevos aspectos institucionales de los que adolecía. Tiene un carácter temporal, ya que el mismo podrá ser revisado con ocasión de producirse la convergencia del Arancel Externo Común en el año 2006.

Mantiene la estructura clásica del Protocolo de Brasilia, en cuanto al acceso a la justicia por los Estados y los particulares. Los Estados son los sujetos de la integración desde el punto de vista jurídico y ellos tienen el acceso a los tribunales arbitrales, sin otra mediación además de la propia decisión jurídico política de cada uno de los Gobiernos en la esfera de sus competencias.

Los particulares, al igual que en el Protocolo de Brasilia, tienen un acceso indirecto. Así, deberán plantear su tema, su reclamo, o su derecho ante

¹⁴⁵⁹ ALMEIDA, Elizabeth A. P. de: *Mercosul e União Europeia: Estrutura Jurídico-Institucional*. Juruá, Curitiba, 1996, p.161.

la Sección Nacional del Grupo Mercado Común y la Sección Nacional del respectivo Estado. Además, ya sea la Sección Nacional de la nacionalidad de la persona o de la sede de la persona jurídica, será ésta la encargada de decir si se reúnen o no los requisitos para que el particular realice ese reclamo y llegar así a convertirlo en reclamo de Estado. Lo que significa que los particulares no tienen la legitimación procesal activa, ni una legitimación sustancial activa, sino cuando el Estado hace suyo el reclamo.

El Protocolo de Olivos introduce la posibilidad de la creación de los "*Mecanismos expeditos*", para resolver divergencias entre los Estados partes sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes¹⁴⁶⁰. Una vez que entre en vigencia el Protocolo de Olivos, estos mecanismos facilitarán la resolución de los problemas en el seno del MERCOSUR.

Otro tema que se incorpora son las "*Opiniones Consultivas*". No existía, hasta el Protocolo de Olivos, un instrumento de consulta como éste, que en la medida de lo posible trate de evitar las controversias. Sin embargo, las opiniones consultivas no significan un bloqueo del reclamo, ya que la consulta no es satisfactoria¹⁴⁶¹.

Otro tema de fundamental importancia tratado en el Protocolo de Olivos es el de la constitución de un Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR. Se puede decir que se produce una especie de combinación entre los Tribunales Arbitrales *ad hoc* del Protocolo de Brasilia, ya que éstos continuarían existiendo, y el Tribunal Permanente de Revisión del Protocolo de Olivos¹⁴⁶².

¹⁴⁶⁰ El Protocolo de Olivos, en su Capítulo II, art. 2, hace mención a los *mecanismos relativos a los aspectos técnicos*, tema que no es abordado en el Protocolo de Brasilia. En el Protocolo de Olivos se establece que, mientras sea necesario, se pueden establecer mecanismos para solucionar los problemas técnicos. El alcance y la naturaleza de los pronunciamientos serán definidos y aprobados por decisión del Consejo del Mercado Común.

¹⁴⁶¹ Estipuladas en el Capítulo III, art. 3 del Protocolo de Olivos, el Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de *opiniones consultivas* al Tribunal Permanente de Revisión, definiendo el alcance y procedimiento a seguir para la solución de conflictos.

¹⁴⁶² En los términos del art. 22 del Protocolo de Olivos, el Tribunal Permanente de Revisión podrá confirmar, modificar, o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral *ad hoc*. El alcance del laudo del Tribunal Permanente de Revisión será definitivo y prevalecerá sobre el laudo del Tribunal Arbitral *ad hoc*. Según el n° 1 del art. 23 del Protocolo de Olivos, las partes en controversia pueden, por acuerdo, "...someterse directamente y en

Otro tema importante a subrayar es la facultad de aplicar "*Medidas compensatorias*"¹⁴⁶³. Hay que aclarar que el laudo hay que cumplirlo, independientemente de las medidas compensatorias.

Finalmente, otro tema al que hacer referencia son las "*Medidas provisionales o cautelares*", que no existían y que pueden disponer los tribunales¹⁴⁶⁴.

2.3.5. Breves conclusiones

La constante evolución del proceso de integración en el MERCOSUR impone la discusión sobre cual es el mejor sistema para la solución de controversias en el ámbito de la asociación.

Para la resolución de esos conflictos, la jurisdicción estatal se ha mostrado históricamente inadecuada, presentándose como un complejo de normas dotado de formalismo exacerbado que atrasa y encarece el sistema.

La solución de controversias derivada de las relaciones internacionales exige celeridad, seriedad y conocimiento técnico avanzado.

Pretendemos enseñar que el arbitraje consigue unir todas esas ventajas en un procedimiento simplificado y mucho menos dispendioso, siendo ésta la forma más viable para la composición de los litigios en los días actuales.

En la forma en que el instituto analiza sus aspectos técnicos nos queda claro cómo el arbitraje atiende, de forma sencilla, segura, con rapidez, economía y seriedad los objetivos perseguidos por los litigantes. Tales objetivos serán alcanzados de manera sensiblemente diferenciada de la jurisdicción estatal.

Considerándose la dinámica utilizada para la constitución del MERCOSUR, es fácil constatar que las legislaciones nacionales de cada uno de los Estados partes continuarán conduciendo las actividades pactadas en el

única instancia al Tribunal Permanente de Revisión, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc y regirán, en lo pertinente, los artículos 9, 12, 13, 14, 15 y 16 del presente Protocolo".

¹⁴⁶³ El Capítulo IX, art. 31.1 del Protocolo de Olivos establece que, si un Estado, parte en la controversia, no cumple total o parcialmente el laudo del Tribunal Arbitral, la otra parte en la controversia tendrá la facultad de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes, tendentes a obtener el cumplimiento del laudo.

¹⁴⁶⁴ Véase art. 15, nº 1, 2 y 3 del Protocolo de Olivos.

ámbito de las respectivas soberanías. No habiéndose establecido en el Tratado de Asunción el compromiso de los Estados miembros de armonizar sus legislaciones, se verificó que esto ha representado el mayor obstáculo para el fortalecimiento del bloque. Para instituir un mercado común es necesario que exista un conjunto de normas que lo críe, que lo regule y que lo fiscalice.

Un aspecto importante a tener en cuenta en el Protocolo de Brasilia era el de transformar el Tribunal Arbitral en sede única de decisiones con respecto del Derecho de la Integración del MERCOSUR. Así, proporcionaría una armonización en las interpretaciones. El direccionamiento de la competencia de juzgar los asuntos del Derecho integracional quedaría en la Instancia Arbitral, dando así mucho más seguridad a los usuarios del sistema, evitándose las disparidades de interpretaciones.

Además, el Tribunal Arbitral Permanente (en los términos del Protocolo de Olivos) tendría la atribución de interpretar, en carácter consultivo, incidental o litigioso, las normas de integración, con la debida exclusividad (restringidos tales poderes a los objetos de su competencia).

Otro aspecto importante a destacar era la posición de los particulares, que no debemos olvidar que son actores esenciales para el suceso de la integración y merecen ser reconocidos como los protagonistas que son.

Tan importante como redactar el contrato, además de elegir el Derecho al que éste se someterá, será importante prever cuales serán los órganos encargados de resolver las controversias que puedan surgir a lo largo de la relación contractual. Así, las partes tienen dos posibilidades de actuación en éste momento: *"En primer lugar, pueden acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales. Y, en segundo lugar se puede recurrir a medios extrajurisdiccionales de resolución de conflictos, entre los que se destaca el arbitraje comercial internacional"*¹⁴⁶⁵.

Los países del MERCOSUR optaran por formar un mercado común, lo que refleja una integración superadora del espectro estrictamente

¹⁴⁶⁵ ESPLUGUES MOTA, Carlos; BARONA VILAR, Silvia y HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan: *Contratación Internacional*. Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 1005.

económico. Así, el Derecho del MERCOSUR necesita consolidarse de forma independiente de los intereses inmediatos de los Estados, para que la integración pueda prosperar.

Merece que se destaque la tendencia del proceso civil de valorización de los medios de solución de controversias de forma pacífica, entre los cuales encontramos el juicio arbitral. Así, nace la idea de establecer un ente con sede única de decisiones sobre el Derecho de la integración del MERCOSUR, competente para efectuar el control de los actos emanados de los órganos del Bloque.

Hasta ese momento se entendió que la existencia de un Tribunal Arbitral Permanente proporcionaría la armonización de las interpretaciones, construyendo una jurisprudencia propia, pautada en los principios y las costumbres internacionales. A su vez la existencia de un Tribunal Arbitral Permanente evitaría la creación de una burocracia excesiva con costes elevados.

El Tribunal Arbitral representaría una etapa del desenvolvimiento del bloque, implicando una posible transición hacia un Tribunal de Justicia o Corte de Justicia. Esto ocurriría naturalmente, dependiendo de la exigencia del desarrollo del MERCOSUR, en su constante búsqueda de una estructura aún más funcional¹⁴⁶⁶.

Las reclamaciones que se originen se regirán por lo dispuesto en el Protocolo.

El Estado reclamante la hará a través de su sección nacional, aunque puede hacerlo directamente, y presentará su reclamación ante la presidencia *pro tempore* de la Comisión de Comercio del MERCOSUR. Esta tomará las providencias necesarias para la incorporación del tema en la agenda de la primera reunión siguiente de la Comisión de Comercio del MERCOSUR con un plazo mínimo de una semana de antelación.

¹⁴⁶⁶ DÍAZ LABRANO, Roberto Ruiz: Hacia un Tribunal de carácter supranacional en el MERCOSUR, en: *Desafíos del MERCOSUR*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 159 y ss. En el mismo sentido: TORRES KIRMSEER, José Raúl: *Reflexiones ante la problemática jurídica del MERCOSUR – el desarrollo frente al desafío de la integración*. Intercontinental Editora, Asunción, 1998, p. 98-102.

Si no se alcanza una decisión en esta reunión la Comisión de Comercio del MERCOSUR remitirá los antecedentes sin más trámites a un Comité Técnico. El Comité Técnico preparará y llevará a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, en un plazo máximo de 30 días transcurridos, un dictamen conjunto sobre la materia.

La Comisión de Comercio del MERCOSUR decidirá sobre la cuestión en su primera reunión posterior a la recepción del dictamen conjunto y de no existir éste, de las conclusiones de los expertos.

Si no se logra un consenso en la primera reunión, la Comisión de Comercio del MERCOSUR elevará al Grupo Mercado Común las diferentes alternativas propuestas, así como el dictamen conjunto, o las conclusiones de los expertos del Comité Técnico, para que se adopte una decisión sobre el tema a resolver. El Grupo Mercado Común se pronunciará en cuanto al tema en un plazo de 30 días.

Si existiera consenso sobre la procedencia de la reclamación, el Estado parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas en la Comisión de Comercio del MERCOSUR o posteriormente el Grupo Mercado Común determinará un plazo razonable para la instrumentación de dichas medidas. Después de pasado este plazo y si el Estado reclamado no haya cumplido con lo establecido, ya sea lo dispuesto por la Comisión de Comercio del MERCOSUR o por el Grupo Mercado Común, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia o sea seguir el procedimiento arbitral.

Si no se logra un consenso sobre la procedencia de la reclamación, o sea que no se llega a consenso en la Comisión de Comercio del MERCOSUR y luego en el Grupo Mercado Común, o si el Estado reclamado no cumpliera en el plazo establecido en el Art. 6, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, comunicándose ello a la SAM.

Las reclamaciones de los Estados partes y de la propia sección nacional y de los particulares pueden ser canalizadas a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, que dada su composición más técnica puede lograr un resultado positivo.

Se puede decir que con el Protocolo de Olivos se demuestra que el MERCOSUR, desde el punto de vista jurídico, ha podido avanzar. El próximo paso, después de profundizado aún más el proceso de integración, quizás pueda ser la constitución de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR.

3. El Derecho de la Competencia en MERCOSUR

3.1. Introducción – Una política de competencia para el MERCOSUR

El MERCOSUR es, a la vez, el resultante de procesos orientados a introducir, en un contexto de mayor estabilidad, profundas transformaciones económicas y sociales en cada uno de sus países, y un instrumento concebido para potenciarlas.

Son transformaciones productivas efectuadas en el marco de la legitimidad democrática y, por lo tanto, fuertemente dependientes del continuo apoyo de las opiniones públicas. Se realizan en el contexto de una economía globalizada y en acelerado proceso de cambio, acentuado por el fin de la confrontación ideológica de la Guerra Fría y por profundas innovaciones tecnológicas, que inciden en procesos productivos y distributivos, en el acceso a la información y al conocimiento, y en los flujos financieros.

Pero son transformaciones que también se realizan en respuesta a los desafíos planteados por la necesidad de encarar negociaciones comerciales multilaterales, hemisféricas e inter-regionales (en la OMC, el ALCA y con la Unión Europea), de cuyos resultados dependerán accesos a mercados en condiciones de mayor previsibilidad; grados de permisibilidad para políticas públicas en múltiples planos de la vida económica y social, y capacidad para atraer inversiones y tecnologías.

Desde esa perspectiva, los avances del MERCOSUR sólo pueden ser correlativos a los cambios operados en las economías de los países que lo integran. En tal sentido, el MERCOSUR puede ser visualizado como un subproducto de procesos domésticos que tienen su propia lógica interna y dinámica. Su concreción gradual, debería producir la facilitación y la consolidación de los procesos de transformación productiva de los países

socios. Puede afirmarse entonces que el MERCOSUR, así concebido, tiene que ser un catalizador y un factor para potenciar energías desatadas en los países socios, orientadas a colocarlos en condiciones de competir y de negociar en el mundo globalizado del siglo XXI.

Es lógico entonces que el MERCOSUR sólo puede tener éxito, en la medida que se sustente en el impulso de las transformaciones internas de los socios. No podría ser un elemento de distorsión o de desaceleración de tales cambios, porque los países terminarían por dejarlo a un lado, al menos en su formulación actual. Tampoco podría sustituir el papel motor que ellos tienen. Incluso muchas de las dificultades que se han producido en los avances del MERCOSUR, derivan de dificultades producidas en el plano interno de los países socios y no necesariamente originadas en el proceso de integración económica¹⁴⁶⁷.

1) En una primera etapa, los puntos principales en torno a los cuales se han articulado los procesos nacionales de transformación económica y social, en un contexto democrático, han sido: a) la estabilidad macroeconómica; b) la disciplina fiscal; c) la apertura al comercio internacional; d) la reforma del Estado; y, e) las privatizaciones y la desregulación de la economía. Son reformas orientadas a crear condiciones sólidas para el crecimiento de la economía, en un marco de mayor transparencia de los mercados, de eficiencia productiva y de generación de bienestar colectivo.

2) En una segunda etapa, además de consolidar los logros de la etapa anterior, arraigándolos en una estabilidad macroeconómica sustentable (lo que implica además de disciplina fiscal, un aumento sustancial del ahorro interno, y un fuerte incremento de las exportaciones de bienes y de servicios), los procesos de transformación económica y social han avanzado hacia la introducción de reformas institucionales más profundas (denominadas de segunda generación).

a) Dichas reformas se expresan a través de políticas públicas orientadas a estimular la eficiencia en el funcionamiento del Estado y una mayor competencia económica. Debe lograrse así una asignación más

¹⁴⁶⁷ Véase, en ese sentido: MAYORAL, Alejandro: Los problemas de la integración, *Revista Archivos del Presente*. N°. 18, Buenos Aires 1999, p.81 y ss.

eficiente de recursos, ganancias de productividad, y una mejora sustancial de la competitividad de productores y de prestadores de servicios, tanto en los mercados internos, como en el propio MERCOSUR y a escala global.

b) Son reformas institucionales, además, que tienen como objetivo acelerar cambios estructurales que generen una mayor solidaridad y cohesión social, atacando en su raíz, los serios problemas distributivos provenientes del pasado y que muchas veces se han acentuado en el período inicial del proceso de transformación económica.

Desde esta perspectiva, las políticas de competencia económica, tanto a nivel interno de los países socios como a nivel del MERCOSUR, pasan a ocupar un lugar prioritario en la estrategia de transformación económica y social, individual y conjunta de los países socios.

Para el buen funcionamiento de la integración, es imprescindible que *"...los operadores económicos que actúan en el mercado de los países miembros compitan lealmente y en condiciones de igualdad"*¹⁴⁶⁸.

En el plano nacional, existe un reconocimiento creciente de que el estancamiento que se observó en América Latina tras el agotamiento del período de sustitución de importaciones, tiene tanto o más que ver con la falta de condiciones de competencia económica interna que con el proteccionismo externo¹⁴⁶⁹. Un sector estatal sobre-expandido, con el monopolio de servicios públicos e incluso de actividades productivas, y un sector privado fuertemente concentrado y no suficientemente abierto ni a la competencia externa ni a la interna, condujeron a una creciente obsolescencia tecnológica, al deterioro de la cultura de innovación, y a una ausencia de condiciones y de aptitudes para competir con productos y servicios con valor agregado intelectual, diferenciados y de calidad, en su propio mercado y con más razón en los externos, especialmente en los más exigentes de los países de la OCDE.

¹⁴⁶⁸ HARGAIN, Daniel y MIHALI, Gabriel: *Circulación de bienes en el MERCOSUR*. Julio César Faria Editor, Montevideo, 1998, p. 197.

¹⁴⁶⁹ Entre la amplia bibliografía sobre el tema, véase: STIGLITZ, Joseph: Más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo. Hacia el Consenso Post-Washington, en: *Desarrollo Económico*. N° 151, Buenos Aires, 1998, p. 691 y ss.

c) Por lo demás, en los sectores como la agricultura y la agro-industria, en que sí hay condiciones internas para producir con eficiencia bienes de calidad y con marca propia, y para competir en los mercados domésticos e internacionales, los productores del MERCOSUR fueron claramente afectados por el proteccionismo de los países de la OCDE. Pero también lo han sido por políticas públicas desarrolladas por algunos de estos países, a veces con un enorme coste fiscal e incluso ambiental, con el fin de estimular a productores ineficientes a exportar a terceros mercados, desplazando en muchos casos, productos más baratos y de calidad provenientes de los países del MERCOSUR.

Los países del MERCOSUR se encuentran hoy en plena transición de un modelo económico de protección a los competidores (aún a costa de la eficiencia, de la incorporación del progreso técnico y del funcionamiento de los mercados), a uno de protección de la competencia, de los mercados y, en última instancia, de los consumidores.

Como toda transición, se caracteriza por la superposición de elementos provenientes del viejo orden (como se ha observado en muchos de los servicios públicos privatizados que aún operan en condiciones limitadas de competencia económica), y los provenientes del nuevo orden, en los que la transparencia de los mercados y los efectos de las políticas de competencia empiezan a emerger.

Al hacerlo, se van creando condiciones más favorables a la eficiencia en la asignación de los recursos, a la competitividad y en última instancia, a la satisfacción de los intereses del ciudadano-consumidor-usuario-contribuyente-trabajador. Éste es, en definitiva, quien debe beneficiarse por el proceso de transformación económica y con las políticas de competencia, con mejores bienes y precios, con más empleo y bienestar.

En un contexto democrático y de sociedades crecientemente abiertas en lo económico, en lo político y cultural, es esa satisfacción del ciudadano la base de la legitimidad de los esfuerzos que cada sociedad ha emprendido con los procesos de transformación. Es la clave de su sustentabilidad en el largo plazo.

3) Las políticas de defensa de la competencia ocupan en la actualidad, un lugar crecientemente importante en este contexto de transformación económica y social de los países del MERCOSUR. Es un fenómeno relativamente reciente, que también se observa en otros países latinoamericanos. Algunos de ellos están vinculados al MERCOSUR por acuerdos de asociación, como es el caso de Chile. Otros, forman parte del mapa de ampliación futura del MERCOSUR como un amplio espacio de integración económica en Sudamérica, como son los casos de Colombia, Perú y Venezuela, o de su inserción en un área de libre comercio hemisférico, como es el caso de México¹⁴⁷⁰.

En todos estos supuestos, se han dictado en los últimos años leyes de competencia, vinculadas con los procesos de apertura y de transformación productiva, de privatización y de desregulación económica. Implican pasos en la dirección del desarrollo de una verdadera cultura de la competencia, como bien jurídico a preservar, en particular en la perspectiva de la consolidación de sistemas democráticos y de una mayor equidad social.

La de competencia es una política pública que tiene que ver con la estructura de los mercados, con conductas empresarias y con sus efectos económicos¹⁴⁷¹. Se plantea en términos de categorías jurídicas, procedimientos y mecanismos institucionales, que giran en torno a conceptos económicos, tales como poder de mercado, barreras al acceso a un mercado, precios y costes, cárteles, monopolios, etc. El bien público protegido es claramente el funcionamiento del mercado y su acceso, por entender que la transparencia y la libertad con la que en él operan los competidores, resultan beneficiosas para el bienestar general de una comunidad. Sobre tal situación se puede realizar una evolución de dicha problemática en sentido estricto y en sentido amplio:

¹⁴⁷⁰ Sobre tendencias recientes en países latinoamericanos en materia de políticas de competencia, y sobre su vínculo con los nuevos marcos reguladores en el sector de los servicios públicos, véase: GUASCH, J. Luis y SPILLER, Pablo: *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin América and Caribbean Story*. The World Bank, Washington 1999, p. 275 y ss.

¹⁴⁷¹ Véase: FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali (ed.): *The EC Law of Competition*. Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 3 y ss.

a) En un sentido estricto, la política de defensa de la competencia puede ser definida, acorde con la práctica más generalizada en los países de la OCDE, y hoy en las principales economías latinoamericanas y del MERCOSUR, como el conjunto de leyes y regulaciones que gobiernan, controlan, limitan e incentivan las prácticas empresariales, entendidas como los acuerdos horizontales y verticales entre empresas, de entre los cuales los grupos de sociedades, las fusiones, escisiones e incorporaciones, y adquisiciones de participación, todas figuras tendentes a generar los abusos de posiciones dominantes.

b) En sentido amplio, involucra el conjunto de políticas públicas, instrumentos legales e instituciones, que tienen un efecto en la competencia económica en todos los niveles de un país (nacional, estatal o provincial, y local), abarcando, entre otras cuestiones relevantes:

I) la protección al consumidor;

II) la liberalización comercial y la efectiva competencia en el plano de las importaciones;

III) la defensa comercial y sus mecanismos de aplicación efectiva, incluyendo la eficacia del control aduanero sobre prácticas de comercio desleal (por ejemplo, subfacturación);

IV) la regulación de la inversión directa extranjera;

V) la protección de los derechos de propiedad intelectual, incluyendo la eliminación de prácticas restrictivas al comercio que pueden estar con ellas vinculadas y;

VI) el Derecho Societario y el tratamiento de las quiebras¹⁴⁷².

En el plano del MERCOSUR, política de competencia en sentido amplio involucra todo el conjunto de políticas, instrumentos e instituciones, orientados a generar y preservar las condiciones de la competencia libre, entre quienes operan en la producción de bienes y en la prestación de servicios desde las respectivas economías nacionales.

¹⁴⁷² Véase, en ese sentido: ROWAT, Malcolm; LUBRANO, Michele y PORRATA Jr., Rafael: *Competition Policy and MERCOSUR*. World Bank, Technical Paper, n°. 385, Washington, 1997.

Ello es una consecuencia de la apertura recíproca e irrestricta de los mercados, resultante en el caso de los bienes, de la aplicación del Programa de Liberación Comercial establecido en el Tratado de Asunción, y que según se ha acordado, deberá extenderse a los servicios y a las compras gubernamentales.

Se procura impedir así que, a través de conductas empresariales y de la estructura de los mercados, se neutralicen los efectos previstos por el objetivo de la amplia apertura al comercio recíproco de bienes y de servicios, en términos de eficiencia en la asignación de los recursos, de productividad y de competitividad, y de mayor bienestar para la población.

Se involucra la política de defensa de la competencia en sentido estricto; en particular a través del Protocolo de Defensa de la Competencia, así como de la neutralización de los efectos de distorsión originados en políticas públicas aplicadas por los países miembros. Y también política de competencia en sentido amplio, incluyendo la defensa comercial; la defensa del consumidor; las políticas comerciales externas; las de inversión directa originada en el propio MERCOSUR y en terceros países; la armonización de legislaciones, entre otros, en el plano del Derecho mercantil, en el tributario y en el de la propiedad intelectual.

Con este enfoque, la política de competencia no es concebida como un instrumento aislado de protección del mercado, ni menos aún de los competidores, sino como parte de un complejo de políticas e instituciones, que sólo en su conjunto adquieren su plena eficacia y su legitimidad social. Potencian y se potencian en un marco indispensable de calidad en las políticas macroeconómicas y sectoriales, y de negociaciones comerciales internacionales, orientadas no sólo a ampliar los mercados internos, sino también a lograr igualdad en las condiciones de competencia económica, en la región en su sentido más amplio (Sudamérica y las Américas), a nivel inter-regional, v.g. con la Unión Europea, y a nivel global, en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio.

La defensa de la competencia, nos convoca antes de nada, a preguntarnos cual ha sido la finalidad perseguida por el Estado, en su decisión

de intervenir en el mercado, regulando y controlando las relaciones de competencia.

La competencia guarda no sólo razones económicas sino también éticas, y es el Estado quien debe velar porque esa relación se desarrolle armónicamente. Para ello subrayaremos dichas razones:

a) En cuanto a las razones económicas, en la dimensión interna de los Estados, en una economía de mercado se hace necesaria la libre competencia, evitando de esta forma el abuso de poder económico y otras conductas anticompetitivas que no sólo perjudican a los consumidores sino también a otros agentes económicos en su legítimo derecho a competir. En la dimensión externa, la creciente integración de la economía mundial conlleva tutelar la transparencia del mercado, y la regulación de la competencia comienza a formar parte de la integración.

La liberalización del comercio, tanto a nivel mundial como regional, genera crecimiento económico pero se hace necesario tener en cuenta los distintos niveles de desarrollo y tamaño de las economías, debiéndose evitar la adopción de políticas o medidas que puedan afectar negativamente al comercio y a la inversión. Y es conveniente por tanto diseñar sistemas, tomando en cuenta la experiencia de Europa y de Estados Unidos.

Partiendo de esta base el comercio internacional es conveniente que esté regido por un conjunto de reglas o principios mínimos a ser acatados por los operadores económicos públicos y privados.

b) En lo que refiere a las razones éticas, entendemos que independientemente de los resultados económicos asociados con la competencia, puede existir un valor autónomo, con capacidad para dispersar el poder económico y controlar las fuerzas impersonales del mercado. Es especialmente valiosa la oportunidad del individuo libre de llevar adelante sus negocios y de prosperar en base a sus propios méritos determinados por un mercado libre, y para tal la actuación de los actores en éste mercado debe estar controlada¹⁴⁷³.

¹⁴⁷³ FERRER, Daniel: *Prácticas Anticompetitivas y Abuso de Poder Económico*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993, p. 32.

Es por ello que la regulación de la competencia está comprometida con el interés general, el bien común, por lo que la regulación de la competencia necesariamente guarda consideraciones éticas y no solamente económicas; hay, por ende, una suerte de valores insertos en la defensa de la competencia que proporcionan la *ratio legis* de la norma.

La normativa sobre competencia es uno de los instrumentos legales con que cuentan los poderes públicos para el desarrollo de la Política de Competencia, pero no el único; el fomento es otro de los pilares que un Estado debe desarrollar. Es a través de la combinación de la desregulación, la liberalización y la privatización como el Estado debe fomentar la competencia, siendo necesario armonizar la actividad de los entes reguladores con la actividad de las autoridades de competencia, teniendo estas últimas el carácter exclusivo en la aplicación de la normativa sobre defensa de competencia. Los entes reguladores por su parte velarán por el mantenimiento de la competencia efectiva en sus respectivos mercados mediante la aplicación de su normativa.

El nuevo orden económico mundial lleva a la asociación de los Estados en bloques, generando la formación de esquemas de integración.

En el ámbito regional, se destaca el Tratado de Asunción de 1991 entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que consta además de cuatro Anexos, el I) el Programa de Liberación Comercial, el II) el Régimen General de Origen, III) Solución de Controversias y el IV) referido a Cláusulas de Salvaguardia¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷⁴ GROS ESPIEL, Héctor: *MERCOSUR: El Tratado de Asunción*. Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Montevideo, 1991. El art.5 del Protocolo de Fortaleza, dispone: "La simple conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación a sus competidores no constituye violación de la competencia". Esta cláusula es concluyente en cuanto a que no se prohíbe el monopolio cuando el mismo se apoya en razones de eficiencia en el mercado, y lo que sí no se admite es el abuso que se haga de ese monopolio. Por nuestra parte entendemos que estamos frente a la aplicación de la regla de la razón o de lo que es razonable, lo que lleva necesariamente al estudio pormenorizado de esa mayor eficiencia. Se definen las prácticas limitativas o restrictivas a la concurrencia, tales como aquellas que imponen precios y condiciones de compra y venta de bienes en violación a la libre competencia, como impedir el acceso de nuevas empresas al mercado y toda manipulación del mercado con la finalidad de imponer determinados precios. Véase, en ese sentido: BUGOLLO, Beatriz: Abuso de Posición Dominante: Derecho Comparado y Derecho Uruguayo Vigente, *Revista de Derecho*. Universidad de Montevideo, 2002; RUIZ DÍAZ LAMBRANO, Roberto: *MERCOSUR, Integración y Derecho*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

El propósito fundamental del Tratado de Asunción es la concreción, a través de sus mecanismos, de un Mercado Común, es decir de un Área de Libre Comercio entre los Estado Partes, por medio de la eliminación de las trabas aduaneras y otras restricciones al comercio que permitan la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, el establecimiento de un arancel externo común frente a terceros Estados, la armonización legislativa y la coordinación de las políticas macroeconómicas.

En el Tratado, en el Capítulo I) de Propósitos y Principios, el art. 4 nº 2 dispone: *"Paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial"*.

Mas allá de esta previsión en materia de competencia, es en 1996 con el Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR (Decisión nº 18/96) que se introduce una cláusula general: *"Constituyen infracción a las normas del Presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes"*.

3.2. El Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR

El control de la competencia en el MERCOSUR se encuentra aún en un punto bastante primario, a pesar de la gran evolución que se ha verificado en el proceso de su constitución.

Los Estados Partes siempre tuvieron una política económica fundada en el proteccionismo exacerbado, con prohibiciones de importaciones, altas tasas que buscaban la inhibición de la entrada de productos extranjeros en el mercado, empresas estatales poseedoras de grandes monopolios, control de precios, además de subsidios a la producción, que generaron un estancamiento económico.

Se caracterizaba, por lo tanto, de un mercado altamente distorsionado, donde no había campo propicio al florecimiento de los mecanismos de mercado y, menos aún, de la libre competencia¹⁴⁷⁵. Por otro lado, los únicos países que disponen de legislación específica respecto de la defensa de la competencia son Argentina y Brasil, transformando la armonización en aún más difícil¹⁴⁷⁶.

Es dentro de este marco normativo que surge el MERCOSUR, estando previsto en el art. 1 del Tratado de Asunción, como ya hemos referido, la constitución de un mercado común, fundado en la libre circulación de los bienes, servicios y factores productivos. Además, uno de los propósitos ahí insertos es la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados socios¹⁴⁷⁷, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes.

En la búsqueda de estos objetivos, fueron creados Subgrupos de Trabajo, que actúan en distintos sectores, para la conformación del mercado común. La primera medida anunciada con relación a la materia fue la Decisión del CMC n° 03/92, que trata de la Aprobación del Procedimiento de Quejas y Consultas sobre Prácticas Desleales de Comercio¹⁴⁷⁸, aplicables durante el período de transición¹⁴⁷⁹. La Decisión n° 07/93 aprueba el Reglamento Relativo a la Defensa contra las Importaciones que sean objeto de Dumping o de

¹⁴⁷⁵ VAZ, Isabel: *Direito Econômico da Concorrência*. Op. cit., p. 206.

¹⁴⁷⁶ En Argentina, la Ley n° 25.156, que entró en vigencia el 29 de septiembre de 1999, es la que regula la defensa de la competencia de ese país. En Brasil, la Ley 8.884, de 11 de junio de 1994, es quien regula la materia. Desarrollaremos el Derecho de la Competencia en los países miembros de pleno derecho y los asociados del MERCOSUR en apartado propio, más adelante.

¹⁴⁷⁷ Políticas macroeconómicas de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria y de capitales, de servicios, arancelaria, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden.

¹⁴⁷⁸ Las deliberaciones del Consejo del Mercado Común (CMC) son denominadas *decisiones*, mientras que las deliberaciones del Grupo Mercado Común (GMC) son *resoluciones*. Ambas son obligatorias para los Estados Partes. Véase, en ese sentido, el art. 9 y el art. 15, ambos del Protocolo de Ouro Preto (POP).

¹⁴⁷⁹ Esta decisión ha tenido vigencia hasta diciembre de 1994. Pretendía beneficiar al consumidor, ya que entendía que se debía asegurar a los consumidores el derecho de no ser inducidos al engaño. Además, determinaba que los Estados Partes deberían aceptar los valores y tolerancias de los contenidos de los productos industrializados anteriormente medidos y evaluados, en los términos que eran comercializados internamente, según las legislaciones nacionales vigentes en los países de origen, hasta que se pudiera proceder a la armonización.

Subsidios, principalmente con relación a países terceros, pretendiendo tornar efectiva la política comercial común¹⁴⁸⁰.

Finalmente, en el año 1994, fueron aprobadas las Decisiones n° 20 y n° 21, siendo la primera relativa a las directrices que deben ser observadas para eliminar las Políticas Públicas que distorsionen la competitividad, y la segunda relativa a las directrices a que deben ser seguidas en el sentido de la armonización de las legislaciones nacionales de defensa de la competencia¹⁴⁸¹.

Todo ese proceso alcanzó el objetivo pretendido, habiendo sido aprobado el Protocolo de Defensa de la Competencia en el MERCOSUR¹⁴⁸², por medio de la Decisión n° 18/96, de 16 de diciembre de 1996.

El control de la competencia en el seno del MERCOSUR se encuentra en una situación bastante incipiente, además de poseer una serie de deficiencias a nivel institucional. Sin embargo, el 18/09/2000 el Gobierno brasileño promulgó el Decreto n° 3.602, mediante el cual incorporó el Protocolo de Fortaleza al ordenamiento jurídico interno. La reciente iniciativa del Estado brasileño demuestra su interés en formalizar reglas claras y de extrema importancia para el correcto funcionamiento del mercado en la región, como consecuencia del proceso de integración económica¹⁴⁸³. Resulta también importante subrayar que Paraguay ya ha ratificado -a su vez- el referido Protocolo. Por otro lado, en conformidad con el art 75, apartado 22 de la Constitución de la República Argentina, los Tratados tienen jerarquía superior a

¹⁴⁸⁰ Este reglamento se encuentra en consonancia con las reglas del comercio internacional, ya que está elaborado en observancia al Acuerdo Relativo a la interpretación y aplicación del art. VI del GATT (Código *Antidumping*), así como al Acuerdo Relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT. Además, hoy por hoy, en consonancia con las normas de la OMC.

¹⁴⁸¹ Por medio de ambas decisiones fue creado de un Comité Técnico para elaborar los trabajos ahí determinados. Los resultados de la armonización ya se hacen sentir, como veremos en apartado propio, abajo, ya que ocurrió un profundo acercamiento del Derecho de la Competencia de las dos economías más importantes del bloque regional (Brasil, Argentina), con una influencia bastante clara del Derecho de la Competencia brasileño sobre el argentino, en la reforma de la ley de Argentina.

¹⁴⁸² Conocido como Protocolo de Fortaleza, por haber sido firmado en esta ciudad brasileña.

¹⁴⁸³ El 09 de agosto de 2000 el Gobierno de Brasil depositó el Instrumento de Ratificación del referido protocolo, pasando el mismo a estar en vigor internacionalmente y para Brasil desde 08 de septiembre de 2000, consonante la regla del art. 33 del Protocolo de Fortaleza. Como hemos dicho, el 18 de septiembre de 2000 este Protocolo fue incorporado al ordenamiento jurídico brasileño, por medio del Decreto n° 3.602, publicado en el Diario Oficial de la Unión Federativa de Brasil el 19 de septiembre de 2000.

las leyes, lo que significa decir que el Protocolo de Fortaleza goza de aplicabilidad directa con relación a la práctica anticompetencial de las empresas brasileñas, argentinas y paraguayas, desde que estén cumplidos los criterios de aplicación del Protocolo de Fortaleza¹⁴⁸⁴.

El Protocolo de Fortaleza tiene por objeto la defensa de la competencia en el ámbito del MERCOSUR, y sus reglas se aplican a los actos practicados por personas físicas o jurídicas de Derecho público o privado, o por otras entidades que tengan por objeto producir, o que produzcan, efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR, y que afecten al comercio entre los Estados Partes (art. 1, del Protocolo de Fortaleza)¹⁴⁸⁵.

Aunque las normas del Protocolo de Fortaleza sean aplicables a las empresas que ejercen monopolio estatal¹⁴⁸⁶, no se observan, sin embargo, normas destinadas a la regulación de los actos anticompetencia que puedan originarse derivados de la actuación de los Estados socios. Existe, tan sólo, un compromiso en el sentido de la elaboración de normas y mecanismos comunes que disciplinen las ayudas del Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean susceptibles de afectar al comercio entre los Estados socios¹⁴⁸⁷.

Además, se observa que el Protocolo de Fortaleza adopta un procedimiento de cooperación entre los órganos propios de cada Estado Parte que regulan la competencia con el Comité de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, siendo los primeros los responsables de la institución del procedimiento de verificación de afectación de la competencia¹⁴⁸⁸, de la

¹⁴⁸⁴ Véase, en ese sentido: SANTOS, Maria Cecilia de Andrade: A defesa da concorrência no Mercosul e o Protocolo de Fortaleza, *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Nº 12, julho 2001, p. 46.

¹⁴⁸⁵ Véase, en ese sentido: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: La defensa de la competencia en la UE y en MERCOSUR, en: *MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*. (Coordinador: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio), editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 183. Véase, además: SILVA, Eugênio da Costa e: *A Concorrência no Mercosul: considerações preliminares*, RDE. Nº 25, Brasília, julho/1997, p. 49. Al respecto del art. 1 del Protocolo de Fortaleza, con relación a los requisitos, afirma que estas exigencias básicas para la caracterización del acto como restrictivo deben ser aplicadas conjuntamente.

¹⁴⁸⁶ Art. 2, párrafo único, del Protocolo de Fortaleza: se incluyen entre estas personas jurídicas a que se refiere el *caput* de este artículo las empresas que ejercen monopolio estatal. En cuanto a la actuación de los Estados socios, hasta aquí, el único instrumento existente es la Decisión del CMC nº 20/94 sobre las *Políticas Públicas que distorsionan la Competitividad*.

¹⁴⁸⁷ Véase art. 32 del Protocolo de Fortaleza.

¹⁴⁸⁸ Art. 10 del Protocolo de Fortaleza.

investigación de la práctica restrictiva de la competencia en sí¹⁴⁸⁹, de la elaboración de informe al respecto de la práctica, que deba ser condenada y sometida al Comité.

El Comité de Defensa de la Competencia no adopta ningún tipo de decisión, medida preventiva o multa, sin el referendo de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, órgano de naturaleza intragubernamental, comprometiendo, por lo tanto, la independencia del referido Comité¹⁴⁹⁰.

El Comité de Defensa de la Competencia tendrá, ad referendum de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, siguiendo el modelo de la legislación de defensa de la competencia de Brasil¹⁴⁹¹, la posibilidad de homologar la celebración del Compromiso de Cesación de la práctica restrictiva de la competencia, bajo investigación¹⁴⁹².

El Comité de Defensa de la Competencia, ad referendum de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, posee también competencia para establecer sanciones en caso de no cumplimiento de la orden de cesación definitiva de la práctica de infracción, así como en la hipótesis de violación de las normas del Protocolo de Fortaleza¹⁴⁹³.

Otro punto importante a subrayar en el seno del Protocolo de Fortaleza es el de la consagración de la responsabilidad objetiva de los

¹⁴⁸⁹ Art. 15 del Protocolo de Fortaleza.

¹⁴⁹⁰ Art. 19 del Protocolo de Fortaleza. Acrciéntese, aún, que en la hipótesis de no llegarse a una decisión por consenso, el Comité deberá enviar sus conclusiones a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, que adoptará Directiva definiendo las sanciones aplicables a la parte infractora o las medidas correspondientes al caso.

¹⁴⁹¹ Ley nº 8.884, de 11 de junio de 1994, DOU de 13.6.1994.

¹⁴⁹² Véase: ETCHEVERRY, Raúl Aníbal: Derecho de la Competencia y MERCOSUR. Visión desde Argentina, en: *MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*. (Coordinador: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio), Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 226 y ss.

¹⁴⁹³ Artículos 27 y 28 del Protocolo. Están previstas como sanciones: a) multa, basada en los lucros obtenidos con la práctica infractora, en las ganancias totales o en los activos involucrado; multa ésta que revertirá a favor del órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio esté domiciliada la parte infractora; b) prohibición de participar en los regímenes de compras públicas en cualquier Estado Parte, por el plazo que sea determinado; c) prohibición de contratar con instituciones financieras públicas de cualquier Estado Parte, por el plazo que sea determinado. Por último, podrá el Comité de Defensa de la Competencia recomendar a las autoridades competentes de los Estados Partes que no concedan al infractor incentivos de cualquier naturaleza o facilidades en el pagamiento de sus obligaciones de naturaleza tributaria o fiscal.

agentes económicos. Así, cuando las empresas vengan a practicar cualquier tipo de acto, individual o colectivo, bajo cualquier forma, que tenga por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o el acceso al mercado, o que constituya abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR, y que afecten al comercio entre los Estados Partes, deberá ser prohibido o controlado¹⁴⁹⁴. Interesante es que, entre las prácticas que se encuentran expresamente previstas, presente una de las modalidades de abuso de posición dominante¹⁴⁹⁵.

Además, en el art. 6 del Protocolo de Fortaleza, están enunciadas, tan sólo a título de ejemplo, una serie de conductas que se caracterizan como restrictivas de la competencia, en línea con las que se encuentran en el art. 81 y 82 del TCE. Aunque existan en mayor número en el Protocolo de Fortaleza, se verifica que las mismas corresponden, en su mayoría, a la construcción jurisprudencial del TJCE¹⁴⁹⁶.

Como ya hemos aludido exhaustivamente, las deficiencias de naturaleza institucional constituyen el mayor problema enfrentado por el MERCOSUR para la puesta en práctica de su Derecho de defensa de la competencia. No todos los Estados socios poseen legislación propia acerca de la materia. Por eso mismo, la búsqueda de una legislación común constituye un elemento de gran relevancia para la promoción de la integración entre dichos países. Por otro lado, la solución de controversias derivadas de la búsqueda de una competencia sana exige soluciones más eficientes y eficaces de las que existen actualmente, teniendo en consideración que los mecanismos de soluciones de controversias presentes en el MERCOSUR pueden no ser adecuados para la defensa de la competencia, ya que los destinatarios de la defensa de la competencia no son los Estados soberanos, sino las empresas actuantes en el mercado unificado¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹⁴ Art. 4 del Protocolo de Fortaleza.

¹⁴⁹⁵ Entendida como la tentativa de impedir que nuevas empresas entren en el mercado ofreciendo bienes o productos que puedan afectar su situación de dominio del mercado.

¹⁴⁹⁶ Clara está ahí la influencia muy profunda del derecho comunitario de la competencia sobre el Derecho de la Competencia del MERCOSUR.

¹⁴⁹⁷ CIONFRINI, Ernesto: *Uma visão crítica da defesa de concorrência no Mercosul*. CADE, Brasília, 1998. El CADE (Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil), es una

Por consiguiente, es importante que el Protocolo de Fortaleza sea efectivamente plasmado por los Estados Partes y, que sean elaboradas reglas comunes no sólo en lo que dijo respecto a las prácticas de no competencia que afecten al comercio entre los Estados Partes del MERCOSUR, sino también referentes al control de las ayudas de Estado, a los servicios públicos y a las concentraciones empresariales. Deberá ser igualmente promocionada la armonización de las legislaciones nacionales, así como la cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia nacionales, especialmente en los aspectos de los procedimientos, como por ejemplo notificaciones y permuta de informaciones o documentos, admitiéndose, incluso, la posibilidad de consagrarse una investigación en paralelo entre las autoridades de la competencia de los Estados Partes y del MERCOSUR, asegurándose el sigilo de las informaciones prestadas por la empresas involucradas en el sistema de control.

3.3. Los progresos alcanzados en materia de competencia en MERCOSUR y en sus países miembros desde la aprobación del Protocolo de Fortaleza

Tanto en el MERCOSUR, como a nivel nacional en los países miembros, en especial Argentina y Brasil, se han dado pasos significativos en los últimos años en materia de política de competencia, tanto en el plano de la legislación, como en el desarrollo institucional y experiencia práctica. Ellos crean las bases para avanzar en el futuro hacia una efectiva política común de competencia, que se integre en un enfoque más amplio de fortalecimiento del MERCOSUR.

En tal sentido, es fundamental constatar que existe ahora entre las dos economías principales del área de integración, una base legislativa e institucional en la que predominan los denominadores comunes. Esa no era la situación imperante cuando se negoció y se aprobó el Protocolo de Fortaleza, que es el instrumento principal con el que cuenta hasta ahora el MERCOSUR,

agencia que tiene capacidad para estar en juicio creada por la Ley nº 4.137/2. Fue transformado en autarquía vinculada al Ministerio de Justicia por la Ley nº 8.884/94, con sede y foro en Brasilia. Tiene como principales funciones asegurar la libre competencia en el mercado, difundir la cultura de la competencia por medio del esclarecimiento al público sobre las formas de infracción al orden económico, y decidir las cuestiones relativas a las mismas infracciones. Las atribuciones de la agencia se extienden a todo el territorio del país.

en materia de defensa de la competencia. Este instrumento estuvo basado en la legislación y la experiencia de Brasil, la cual en ese momento era más evolucionada y completa que la Argentina, especialmente en materia de control de fusiones y concentraciones empresariales¹⁴⁹⁸.

3.3.1. Los progresos en el MERCOSUR

En el ámbito del MERCOSUR, el actual punto de partida es el Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, como hemos dicho, aprobado en Fortaleza en 1996 por la Decisión CMC 18/96¹⁴⁹⁹.

Sus antecedentes inmediatos son la Decisión CMC 21/94, la Resolución GMC 129/94 y, en particular, la Directiva 1/95 de la Comisión de Comercio. Los trabajos técnicos fueron desarrollados, en un primer momento, en el Subgrupo de Trabajo nº 10 del Grupo Mercado Común, y luego en el Comité Técnico nº 5 del Comité de Comercio.

La base legal del Protocolo surge del artículo 1 del Tratado de Asunción, cuando en su definición de lo que implica el mercado común al que se comprometieron los socios, prevé la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales para asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes.

A su vez, la fundamentación económica consiste en que los beneficios de la ampliación de los respectivos mercados nacionales a través, entre otros instrumentos, del cumplimiento del Programa de Liberación Comercial (arancel cero, sin restricciones arancelarias para todo el universo arancelario), no fueran neutralizados por los efectos restrictivos de la competencia, originados en conductas empresariales o en la estructura de los mercados.

El vínculo explícito entre libre comercio y libertad de competencia, es uno de los fundamentos de la Decisión CMC 18/96: "que es importante

¹⁴⁹⁸ BENECKE, Dieter W.: *MERCOSUR: Desafío Político*. CIEDLA, Buenos Aires, 2001, p. 235 y ss.

¹⁴⁹⁹ Véase su texto completo en el Boletín Oficial del MERCOSUR, nº. 2, Montevideo, 1997. Véase, aún: SILVEIRA, Paulo Antonio Caliendo V. da: *Defesa da Concorrência no MERCOSUL*. LTr., São Paulo, 1998, p. 46 y ss. Para la influencia del derecho comunitario europeo en materia de Derecho de la Competencia, sobre el Protocolo de Fortaleza, véase: SANTOS, María Cecilia de Andrade: *Direito Comunitario da Concorrência. Perspectivas para o MERCOSUL*, *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Nº 7, agosto de 2000.

contar con un instrumento que preserve y promueva la libre competencia en el ámbito del MERCOSUR y que contribuya así, al cumplimiento de los objetivos de libre comercio establecidos en el Tratado de Asunción". El establecimiento de condiciones adecuadas de competencia se relaciona tanto con la libre circulación de bienes como con la de los servicios.

Como se verá más adelante, el Protocolo contiene una estrecha relación entre competencia y sus efectos sobre el comercio entre los socios. Ambos son condiciones necesarias para que se reúnan los requisitos que habilitan su aplicación. Aquellos actos practicados en el territorio de un socio y cuyos efectos se limiten a él, son regulados exclusivamente por la legislación de cada país. Ello supone que, a su vez, los socios aseguren en el ejercicio de las actividades económicas en sus territorios, iguales condiciones de competencia.

El Protocolo de Fortaleza se inserta en un contexto más amplio de instrumentos que aún no han sido puestos en vigencia o aprobados, tales como el Reglamento de Salvaguardias Aplicables a Terceros Países (Decisión CMC 17/96), el Protocolo de Defensa del Consumidor, el tratamiento del dumping y los incentivos a las exportaciones en el MERCOSUR (Decisión CMC 10/94).

Pero sobre todo, tanto en su negociación como en su texto, se observa una estrecha vinculación entre política de defensa de la competencia, tratamiento al dumping intra-MERCOSUR y políticas públicas que distorsionen la competitividad. Es este triángulo de instrumentos, concebidos como parte de una misma estrategia de perfeccionamiento de la unión aduanera, el que refleja el balance de intereses nacionales sobre los que se construyen los acuerdos logrados en la Cumbre de Ouro Preto en 1994.

La idea central detrás del antes mencionado triángulo de políticas e instrumentos, es la de que teniendo en cuenta la asimetría de dimensión y de poder económico relativo entre los socios, sólo podría abordarse una política común de competencia, si a la vez se actuara sobre la posibilidad que tienen los Estados de mantener (o introducir) elementos artificiales de distorsión de la competitividad relativa entre empresas que operan desde los diferentes

mercados, a través de políticas públicas, muchas de ellas provenientes de períodos de fuerte protección de los competidores nacionales.

El enfoque supone que, operando en el plano de tales políticas públicas, con criterios comunes y con certeza sobre su eficacia, podrá avanzarse también en la exclusión en el comercio intra-MERCOSUR del tratamiento anti-dumping previsto en las legislaciones nacionales.

Es natural que en un proceso de integración económica entre naciones de desigual tamaño y poder económico, sean los países relativamente de menor dimensión (y sus empresarios) los que tengan mayor preocupación por la nivelación del campo de juego a la hora de abrir de forma irrestricta los mercados nacionales, y por la adopción de instrumentos de defensa de la competencia, que sean efectivamente aplicados por autoridades independientes de presiones políticas e intereses sectoriales.

Es en este triángulo de políticas e instrumentos, donde quizás reside una clave para comprender la evolución posterior que ha tenido el tratamiento de la cuestión de la competencia en el MERCOSUR. Es decir, es posible avanzar la hipótesis de que el hecho de que prácticamente no se avanzara, ya que el Protocolo de Fortaleza no ha sido ratificado por todos los socios, ni reglamentado, puede en principio explicarse por el hecho de que tampoco hubiera ningún progreso en el tratamiento de la cuestión de las políticas públicas que pueden distorsionar condiciones de competitividad en la unión aduanera.

Sin embargo, cabe reconocer, como se señaló más arriba, que tampoco hubo avances significativos desde Fortaleza en casi ninguno de los otros planos relacionados con el perfeccionamiento del libre comercio y de la unión aduanera.

En efecto, simultáneamente con la Decisión CMC 21/94, que estableció las pautas básicas sobre defensa de la competencia en el MERCOSUR, en base a las cuales se negoció el Protocolo, se aprobó la Decisión CMC 20/94, que crea el Comité Técnico encargado del tratamiento de la cuestión de las políticas públicas que distorsionen la competitividad.

El mandato del Comité Técnico era precisamente el de identificar las medidas en el ámbito de las políticas públicas, vigentes en cada país socio del MERCOSUR, que por su carácter discriminatorio, podrían distorsionar las condiciones de competencia de modo que beneficiasen a los agentes económicos localizados en el país que las practica.

El Comité Técnico, además de identificarlas, debía distinguirlas según fueran compatibles o incompatibles con el funcionamiento de la unión aduanera, de acuerdo con criterios de eficiencia económica y con los objetivos globales del MERCOSUR. El trabajo del Comité debía concluir con una propuesta, con especificación de plazos, para el tratamiento de las medidas identificadas, y que consistiera en su armonización o en su eliminación gradual.

A su vez, el Comité de Políticas Públicas no pudo avanzar en su cometido.

El vínculo explícito entre la defensa de la competencia y las distintas modalidades de ayudas del Estado, fue específicamente incluido en el Protocolo de Fortaleza, cuando en su art. 32, dispuso textualmente: "Los Estados Partes se comprometen, dentro del plazo de dos años de entrada en vigencia del presente Protocolo, y a los fines de su incorporación a este instrumento, a elaborar normas y mecanismos comunes que disciplinen las ayudas de Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean susceptibles de afectar al comercio entre los Estados Partes. Para tal fin, se tendrán en consideración los avances sobre el tema de las políticas públicas que distorsionen la competitividad y las normas pertinentes de la OMC".

Surgen algunos rasgos dominantes en la negociación del Protocolo de Fortaleza, que son:

a) su inserción en un contexto más amplio de políticas e instrumentos orientados a asegurar condiciones adecuadas de competencia entre el MERCOSUR; y en especial, a las políticas públicas que pudieran tener por efecto distorsionar la competitividad relativa entre empresas localizadas en los diferentes países;

b) la cobertura tanto de las prácticas distorsionantes de la competencia originadas en las empresas, como las originadas en las políticas públicas;

c) el vínculo constante entre la libre circulación de bienes y servicios (el libre comercio), y la defensa de la competencia, y;

d) la relación entre defensa de la competencia y la distribución equilibrada de los beneficios de la integración entre países de diferente dimensión económica.

El ámbito de aplicación del Protocolo son los actos practicados por personas físicas o jurídicas, de Derecho público o privado, u otras entidades, que tengan por objeto producir, o que produzcan, efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR, y que afecten al comercio entre los Estados Partes. Por lo tanto, el Protocolo de Fortaleza reglamenta los actos con efectos ciertos o potenciales, a la vez, sobre la competencia en más de un país del MERCOSUR y sobre el comercio entre los socios, siendo las dos condiciones concurrentes.

Finalmente, el Protocolo de Fortaleza excluye de la noción de violación de la competencia la simple conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación a sus competidores. Claramente, son los efectos restrictivos sobre la competencia, y el comercio restrictivo, lo que sanciona el Protocolo. Si los efectos sobre la competencia se limitan a la jurisdicción de un único país, los actos respectivos no entran en el ámbito de aplicación del Protocolo de Fortaleza, correspondiendo a la legislación nacional controlar la operación de concentración.

3.3.2. Progresos en los países socios

En el marco de las legislaciones nacionales de los países socios del MERCOSUR, la situación actual tiene diferencias significativas con respecto a la existente cuando se negoció el Protocolo de Fortaleza, en particular por las modificaciones legales introducidas en Argentina.

Además se observan alteraciones entre 1996 y el momento actual, en cuanto al desarrollo institucional y al grado de experiencia acumulada por los países en la materia. En tal sentido puede afirmarse que Brasil, desde 1994, ha acumulado una mayor experiencia en relación a la de Argentina.

a) En Argentina, se ha sancionado en 1999 la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, que reemplaza a la Ley 22.262, de 1980 y que estaba vigente cuando se negoció y aprobó el Protocolo de Fortaleza¹⁵⁰⁰. La nueva ley sigue los lineamientos de las legislaciones más avanzadas en la materia en los países de la OCDE, incluyendo las nuevas legislaciones latinoamericanas. Lo que es más importante, desde la perspectiva de este punto de nuestra tesis, es que la nueva ley se alinea sustancialmente con la legislación vigente en Brasil, al contemplar el control de fusiones y concentraciones empresarias, introduciendo así un elemento que facilitará el avance hacia una efectiva política común en materia de Derecho de Competencia, y control de las concentraciones en el MERCOSUR.

b) En Brasil, si bien el régimen legal proviene de 1962, a partir de la Ley 8.884, de 1994, se introducen estándares legales y administrativos propios de las legislaciones más avanzadas de los países de la OCDE¹⁵⁰¹. Era el régimen legal vigente cuando se negoció y aprobó el Protocolo de Fortaleza, y el que influyó decisivamente en su contenido.

c) Paraguay y Uruguay no cuentan, hasta el presente, con una legislación específica de Defensa de la Competencia. Su situación actual, por

¹⁵⁰⁰ Véase el análisis de la nueva ley en los siguientes artículos, de entre tantos: RAMOS, Dante Marcelo: *La nueva ley de defensa de la competencia*. La Ley, Buenos Aires, 1999; VERGARA DEL CARRIL, Angel: *Nuevo régimen de Defensa de la Competencia. Introducción del control de concentraciones*. Editorial El Derecho, Buenos Aires, 2000; G. De QUEVEDO, María Viviana: Reformas a la legislación de defensa de la competencia argentina, *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Nº 9, febrero de 2000; CORREA, Carlos: El derecho argentino de la competencia en proceso de cambio, *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Nº 9, febrero de 2000, p. 41 y ss.; DROMI, Roberto: *Competencia y Monopolio*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 22 y ss.

¹⁵⁰¹ Véase, de entre otros: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga: *Introdução ao Direito de Concorrência*. Malheiros Editores, São Paulo, 1996; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga: *Lei da Concorrência Conforme é Interpretada pelo CADE*. Editora Singular, São Paulo, 1998; STUBER, Walter Douglas y NOBRE, Lionel Pimentel: A atual atuação do CADE no Brasil, *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Nº 2, 1995; OLIVEIRA, Gesner: Defesa da Livre Concorrência no Brasil: Tendências Recentes e Desafios a Frente, *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Nº 6, 1999; OLIVEIRA, Gesner: Recent Trends and Prospects for Brazilian Antitrust, *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Nº 9, febrero, 2000.

lo tanto, sigue siendo la vigente cuando se negoció y aprobó el Protocolo de Fortaleza.

Es importante subrayar que volveremos al análisis de la situación del Derecho de la Competencia en los países miembros de pleno derecho del MERCOSUR, así como en sus miembros asociados, en apartado propio, abajo.

3.3.3. Análisis comparativo entre el Protocolo de Fortaleza y el Derecho de Competencia en Brasil y Argentina

Se observan fuertes similitudes en los aspectos sustantivos incluidos en las legislaciones de las dos principales economías del área, las de Argentina y Brasil, y entre ellas y los insertados en el Protocolo de Fortaleza. Tal similitud se genera a partir de la nueva legislación argentina. A pesar de las diferencias existentes, están creadas las condiciones objetivas que faciliten tanto a) el desarrollo de una política común de defensa de la competencia, como b) la armonización de legislaciones y c) la cooperación entre los órganos nacionales de aplicación.

En los tres casos los enfoques e, incluso, los contenidos con respecto a las conductas y prácticas empresariales, horizontales y verticales, que pueden restringir la competencia, incluyendo el abuso de posiciones dominantes, son en esencia, similares. Esa similitud se extiende asimismo a la legislación chilena de 1973¹⁵⁰².

En los tres casos se aplica la regla de la razón para la apreciación del carácter restrictivo de conductas empresariales, y de los abusos de posición dominante. No se sigue el criterio de la ilegalidad per se de conductas restrictivas, propio por ejemplo de la legislación estadounidense.

Tanto la legislación argentina como la brasileña, incluyen el control de los actos y contratos de concentración empresarial que pueden tener como efecto la restricción de la competencia en el mercado, obligando en determinadas circunstancias a su notificación, incluso previa, y en tal caso, a su aprobación por la autoridad competente.

¹⁵⁰² Como hemos señalado anteriormente, haremos un análisis de las legislaciones de defensa de la competencia por país, más adelante, en apartado propio.

A su vez, el Protocolo de Fortaleza, en materia del control de actos y contratos “que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o resultar en dominio del mercado regional relevante de bienes y servicios, inclusive aquellos que resulten en concentración económica”, prevé la adopción de normas comunes en el plazo de dos años, que se entiende a partir de su vigencia. Este diferimiento del tratamiento de una cuestión relevante en toda legislación avanzada en la materia, reflejó el hecho que en 1996, cuando se negoció y aprobó el Protocolo, la legislación entonces vigente en Argentina no contemplaba tal figura.

Finalmente, también se han aproximado los regímenes vigentes en cuanto a los órganos competentes, los procedimientos aplicables y las sanciones previstas. El Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) en Brasil y el Tribunal de Defensa de la Competencia en Argentina, tienen hoy más elementos similares en cuanto a su autonomía, composición y funciones, de los que existían en el momento de negociación y aprobación del Protocolo de Fortaleza. Ello, sin perjuicio de diferencias en cuanto al ámbito ministerial en el que actúan¹⁵⁰³, a las competencias en materia de investigaciones¹⁵⁰⁴, a los procedimientos aplicables¹⁵⁰⁵ y a las sanciones previstas. Además, en ambos casos se trata de regímenes que continúan evolucionando¹⁵⁰⁶ y que, incluso, en el caso argentino, no ha culminado su etapa de transición con respecto al régimen anterior.

¹⁵⁰³ Tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia, como la Secretaría de Defensa de la Competencia, pertenecen al Ministerio de Economía, en el caso de Argentina. La Secretaría de Defensa de la Competencia tiene entre sus funciones la de actuar como fiscal de la competencia, iniciando casos de oficio cada vez que se tenga la presunción de comportamientos anticompetitivos potencialmente contrarios al interés general. En tal sentido, debe realizar el seguimiento regular de la organización de los diversos mercados en los que puedan emerger prácticas anticompetitivas. En el caso de Brasil, el CADE y la SDE (Secretaría de Derecho Económico) pertenecen al Ministerio de Justicia.

¹⁵⁰⁴ En el caso de Brasil, la investigación corresponde a la SDE, vinculada al Ministerio de Justicia.

¹⁵⁰⁵ En el caso de Brasil, interviene también la Secretaría de Acompañamiento Económico (SEAE), del Ministerio de Hacienda.

¹⁵⁰⁶ Por ejemplo, el proyecto de creación de una Agencia Nacional de Defensa de la Competencia, que podría fusionar el CADE, la Secretaría de Direito Económico (SDE), que también funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y que interviene en la etapa de las investigaciones, y la Secretaría de Acompanhamento Económico (SEAE), que funciona en el ámbito del Ministerio de Hacienda.

3.3.4. Mecanismos, efectos y procedimientos de aplicación del Protocolo de Fortaleza

El Protocolo de Fortaleza tiene elementos que son propios de su carácter multinacional, en particular en cuanto a los órganos de aplicación, los procedimientos, las sanciones y el control jurisdiccional. Estos elementos no han sido reglamentados hasta el presente. La elaboración del Reglamento está en la actualidad a cargo del Comité Técnico nº 5 (Defensa de la Competencia), que opera en el marco de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, y que está integrado por funcionarios y técnicos de las instancias nacionales competentes en la materia¹⁵⁰⁷.

Dada la importancia de la cuestión en la perspectiva de los objetivos de esta parte de nuestra tesis, tales elementos se describen a continuación en detalle, siguiendo al efecto el articulado del Protocolo de Fortaleza.

Los órganos de aplicación del Protocolo de Fortaleza son la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM)¹⁵⁰⁸ y el Comité de Defensa de la Competencia (CDC). Fiel a la pauta institucional vigente en el MERCOSUR, se establece que el CDC, será un órgano intergubernamental integrado por los órganos nacionales de aplicación del Protocolo de Fortaleza en cada país miembro. Estos, a su vez, son los órganos responsables de la defensa de la competencia en cada uno de los socios, al menos en el caso de Argentina y Brasil.

El procedimiento previsto en el Protocolo de Fortaleza se puede iniciar por los órganos nacionales competentes, de oficio o por presentación fundada de parte legítimamente interesada. La presentación es elevada al CDC, quien puede proceder a abrir la investigación, o decidir el archivo del proceso, en este caso ad referendum de la CCM.

¹⁵⁰⁷ Véase el texto en el Acta de la XXIII reunión del Comité Técnico nº 5 (MERCOSUR/CCM/CT5/Acta 3/99), del 15 y 16 de julio de 1999.

¹⁵⁰⁸ La Comisión de Comercio es uno de los órganos previstos en el Protocolo de Ouro Preto. Está integrada por cuatro representantes por país y tiene por funciones el velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común. Ya analizada anteriormente, en la primera parte de este capítulo de la tesis.

Si se da una situación de urgencia o amenaza de daño irreparable a la competencia, el CDC determinará la aplicación de medidas preventivas, incluyendo el cese inmediato de la práctica sometida a investigación, el restablecimiento de la situación anterior u otras que considere necesarias. Pero en tal circunstancia, el CDC actuará ad referendum de la CCM. Si la medida preventiva no se cumple, el CDC podrá aplicar multas, también ad referendum de la CCM. La aplicación de la medida preventiva o de la multa, será ejecutada por el órgano nacional de aplicación del país en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte denunciada.

La investigación la realiza el órgano nacional de aplicación del país del domicilio del denunciado, pero en base a pautas definidas por el CDC sobre, entre otros aspectos, la estructura del mercado relevante, los medios de prueba de las conductas y los criterios de análisis de los efectos de la práctica investigada. Los órganos nacionales de aplicación de los demás socios deberán auxiliar al que efectúa la investigación, suministrando información, documentación y otros medios que se consideren esenciales para su correcta ejecución. Si hubiere divergencias en cuanto a los procedimientos a aplicar, el CDC podrá solicitar un pronunciamiento en la materia por parte de la CCM.

Concluida la investigación, el órgano nacional responsable elevará su dictamen al CDC, quien determinará las prácticas infractoras y establecerá las sanciones a ser impuestas, o las demás medidas que correspondan.

El CDC deberá adoptar su decisión por consenso y, en el caso de no alcanzarlo, elevará sus conclusiones a la CCM, consignando las divergencias existentes.

La CCM se pronunciará con respecto al dictamen o a las conclusiones del CDC, mediante Directivas, definiendo sanciones o medidas a aplicar a la parte infractora. Si no obtuviera consenso, elevará las diferentes alternativas propuestas al Grupo Mercado Común (GMC). Éste se pronunciará por consenso. Si no se logra el consenso, el país miembro interesado podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, previsto en el Protocolo de Brasilia y el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias.

En cualquier etapa del procedimiento, el CDC podrá homologar un compromiso de cese de la práctica sometida a investigación, el cual no comportará confesión en cuanto al hecho ni el reconocimiento de la ilicitud de la conducta analizada. También podrá homologar modificaciones al compromiso de cese. En ambos casos actuará ad referendum de la CCM. El órgano nacional del país donde el denunciado tiene su domicilio, estará a cargo de la ejecución del compromiso de cese, y de la multa que se hubiera previsto para su eventual incumplimiento.

El CDC determinará el cese definitivo de la práctica infractora dentro de un plazo que deberá ser especificado. Si no se cumpliera la orden de cese, el Protocolo prevé la aplicación de multas diarias, siempre ad referendum de la CCM.

Cuando se constate la violación de las normas del Protocolo de Fortaleza referidas a conductas restrictivas de la competencia, que tengan efecto en el ámbito de más de un miembro y que afecten al comercio intra-MERCOSUR, se prevén sanciones que incluyen multas, prohibición de participar en las compras públicas de cualquier país miembro por determinado plazo y la prohibición de contratar con instituciones financieras de cualquier socio, también por plazo a determinar. Incluso el CDC podrá recomendar a las autoridades competentes de los países miembros, ad referendum de la CCM, que no concedan al infractor incentivos de cualquier naturaleza, o facilidades de pago de sus obligaciones tributarias. Siempre el órgano de ejecución de las sanciones será el órgano nacional de aplicación del país del domicilio del infractor.

Finalmente y a fin de asegurar su aplicación, el Protocolo de Fortaleza prevé que los órganos nacionales de aplicación adoptarán mecanismos de cooperación y de consultas técnicas, a fin de:

a) sistematizar e intensificar la cooperación entre los órganos y autoridades nacionales responsables con vistas al perfeccionamiento de los sistemas nacionales y de los instrumentos comunes de defensa de la competencia, mediante un programa de intercambio de informaciones y experiencias, de entrenamiento de técnicos y de recopilación de jurisprudencia

relacionada con la defensa de la competencia, así como de la investigación conjunta de prácticas lesivas a la competencia en el MERCOSUR; y

b) identificar y movilizar, inclusive por medio de acuerdos de cooperación técnica en materia de defensa de la competencia celebrados con otros países o grupos regionales, los recursos necesarios para la puesta en práctica del previsto programa de cooperación.

Los proyectos de Reglamento del Protocolo de Fortaleza que han sido sometidos a la consideración del Comité Técnico nº 5 de la CCM¹⁵⁰⁹, prevén precisiones y detalles sobre el funcionamiento del CDC; su composición y el de las reuniones, incluyendo el quórum necesario; sobre el ámbito de aplicación y el carácter concomitante de las dos condiciones que se deben reunir para considerar que una conducta cae en el ámbito del Protocolo de Fortaleza (v.g., en el caso del proyecto elaborado por Brasil); sobre los órganos nacionales y el procedimiento a aplicar, incluyendo plazos; sobre el compromiso de cese, las sanciones y la cooperación.

Se observa el carácter marcadamente intergubernamental de las instituciones y los procedimientos previstos. En cada una de las instancias con competencias generadas por el Protocolo (el CDC, la CCM y el GMC), la regla dominante es el consenso. No existe ninguna instancia imparcial compuesta por técnicos independientes de los Gobiernos que puedan colaborar en la obtención del necesario consenso. No existe ningún órgano con competencias próximas a las de la Comisión Europea. Si no se obtiene el consenso (algo posible según la experiencia que ha acumulado el MERCOSUR en otros planos relacionados con controversias comerciales o con la interpretación del ordenamiento jurídico derivado del Tratado de Asunción), la única solución sería el mecanismo arbitral previsto en los Protocolos de Brasilia y de Olivos que, como se sabe, consiste en la constitución de tribunales arbitrales ad hoc en el primer Protocolo y el Tribunal Arbitral Permanente del MERCOSUR. En tal caso el laudo arbitral es obligatorio e inapelable. Si no se cumple, el país

¹⁵⁰⁹ Véase el texto en el Acta de la XXIII reunión del Comité Técnico nº .5 (MERCOSUR/CCM/CT5/Acta 3/99), del 15 y 16 de julio de 1999.

afectado puede aplicar medidas restrictivas a las importaciones del país infractor.

Tal como está redactado, el Protocolo de Fortaleza depende fuertemente en su cumplimiento de la voluntad política del país origen de la infracción de respetar el espíritu y los compromisos asumidos en materia de competencia. Sin subestimar la existencia de tal voluntad política en todos los socios del MERCOSUR, es posible que se genere un cierto escepticismo en cuanto al potencial de cumplimiento efectivo de la normativa prevista. Puede ser relativamente fácil para un país, en particular para los de mayor dimensión económica, producir un bloqueo de hecho en el funcionamiento de los órganos competentes en cualquiera de las instancias (CDC, CCM, GMC).

En la lógica institucional del Protocolo de Fortaleza, es baja la capacidad, casi nula, de asegurar algún tipo de visión de conjunto en los órganos intervinientes, y que actúan en función de un interés común superior al de cada país. Es natural que los órganos nacionales de aplicación, incluso cuando integran el CDC, tiendan a actuar en función de una perspectiva nacional, por más asegurada que esté su independencia dentro de sus respectivas jurisdicciones. Con más razón aún, lo harán los integrantes de los órganos de supervisión y decisión final, o sea la CCM y el GMC.

De ahí que la única posibilidad de una visión imparcial reside en el Tribunal arbitral, que eventualmente sea necesario constituir recurriendo al Protocolo de Brasilia, o ya constituido, en los términos del Protocolo de Olivos.

Por lo demás, pueden diferir los criterios a aplicar en distintas instancias con vistas a apreciar la configuración de las circunstancias que permiten calificar una conducta como contraria a lo prescripto por el Protocolo de Fortaleza. Tales diferencias entre órganos que sólo pueden actuar por consenso, pueden incentivar el juego de presiones políticas y empresariales sobre las instancias que por su naturaleza son más abiertas a ellas, como son los casos de la CCM y el GMC. Pero en el propio seno del CDC, las distintas autoridades pueden tener apreciaciones diferentes sobre los criterios a aplicar. El potencial de bloqueo en el proceso decisorio es, entonces, enorme. Fácilmente puede conducir a restarle toda efectividad a la política común de defensa de la competencia en el MERCOSUR.

4. La defensa de la competencia en el seno de los países participantes del MERCOSUR - referencias

Después de analizada la cuestión de la constitución del MERCOSUR como bloque regional de integración del cono sur, con los debidos problemas institucionales que posee; además de la situación del Derecho de la Competencia del MERCOSUR - quedando clara la necesidad de reformulación del sistema en sí, para su mayor efectividad, que vendrá con el desarrollo del propio proceso de integración -, cumple hacer una referencia a la situación del Derecho de la Competencia en los países miembros del MERCOSUR. Es esencial hacer un análisis del Derecho de la Competencia no sólo en los países miembros de pleno derecho en el MERCOSUR, sino también en los países asociados, verificando posibles acercamientos entre las regulaciones, para su futura armonización en el seno del bloque regional. Pasemos a nuestra tarea.

4.1. La defensa de la competencia en los Estados miembros de pleno derecho en el MERCOSUR

A. Argentina

a.1. Introducción

La defensa de la competencia en Argentina, si bien ha tomado un mayor importancia en los últimos años, tiene una historia de varias décadas, desde que se sancionó la primera ley antimonopólica en el país.

A lo largo de este tiempo, han sido diversos los marcos legales y, principalmente, los contextos políticos y económicos que ha atravesado el país.

No obstante, se ha ido forjando un régimen de defensa de la competencia que ha ido desarrollando una vasta jurisprudencia, tanto en el tema del análisis de las conductas de los mercados, como en el análisis preventivo de las estructuras de mercados a través del régimen de control previo de concentraciones económicas.

a.2. Antecedentes históricos

Desde 1923, Argentina cuenta con legislación en materia antimonopólica. La primera norma antimonopólica fue la Ley nº 11.210 de

Represión de los Monopolios¹⁵¹⁰, una ley de carácter eminentemente represivo que, dada su falta de precisión en la tipificación, resultó ser casi inaplicable.

Fue modificada en 1946 por la Ley N° 12.906¹⁵¹¹, la cual introdujo ciertas mejoras¹⁵¹² que la tornaron más precisa. No obstante, la misma fue aplicada en aproximadamente 100 casos en los 34 años de vigencia, sin registrar dictámenes de relevancia.

En 1980, con la sanción de la Ley n° 22.262¹⁵¹³ de Defensa de la Competencia, se produce un cambio sustancial con respecto a sus antecesoras.

En primer lugar, se amplía el espectro de las conductas estudiadas, dejando de ser una ley antimonopólica para garantizar también el acceso a los mercados, al incluir en su articulado los actos que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia.

La ley adoptó el sistema de la regla de la razón, por la cual no se penalizan las conductas per se sino que en cada caso se debe probar la existencia de un perjuicio al interés económico general. La ley también introduce conductas europeas, tales como el abuso de la posición dominante.

Por medio de la Ley N° 22.262 también se creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en el ámbito de la Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Economía, instituyendo por primera vez un órgano específico de aplicación de la ley.

En la Asamblea Constituyente de 1994 se elevó la defensa de la competencia a un nivel constitucional al establecerse en el artículo 42 de la Constitución Nacional que "las autoridades proveerán a (...) la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (...)". Asimismo,

¹⁵¹⁰ ADLA, 1920-1940, 110.

¹⁵¹¹ ADLA VII, 21.

¹⁵¹² Véase: O'FARRELL, Jorge y VERA VILLALOBOS, Enrique: *El acto ilícito en las leyes argentinas de defensa de la competencia*. La Ley, Buenos Aires, 1986-A, p. 1097.

¹⁵¹³ ADLA XL-C, 2521. La Ley 22.262 establecía en su artículo 1 que "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general."

en su artículo 43 sostiene que "toda persona puede interponer acción expedita de amparo (...) en lo relativo a los derechos que protegen (...) a la competencia", cuando un "acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesión, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley".

En 1996 se producen dos innovaciones institucionales con la que se le da un impulso político a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Con la segunda reforma del Estado instaurada por el Decreto N° 660/96¹⁵¹⁴ se transforma en organismo desconcentrado de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía, a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, "la que asumirá las facultades vinculadas con la aplicación de la Ley n° 22.262, teniendo como objetivo asegurar el correcto funcionamiento de los mercados garantizando la libre competencia, investigando, previniendo y aconsejando la sanción respecto a actos o conductas relacionadas con la producción e intercambio de bienes y servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de posición dominante en los mercados".

A raíz de este cambio institucional, la aplicación de la defensa de la competencia tuvo un crecimiento significativo. El nivel de dictámenes aumentó considerablemente así como el nivel de los casos en estudio. A partir del año 1997, la Comisión también comenzó a publicar una serie de estudios y pautas.

Mientras tanto, en el Congreso, seguían surgiendo distintos proyectos de reforma a la ley, contemplando entre otros cambios, la introducción de un régimen de control previo de las operaciones de concentración empresarial.

¹⁵¹⁴ Decreto n° 660 del 24 de junio de 1996, publicado en el Boletín Oficial el 27 de junio de 1996.

a.3. La Ley n° 25.156

a.3.1. El régimen general de la Ley n° 25.156

Si bien existieron algunos casos de mayor repercusión, tales como el caso *Ámbito Financiero/Clarín*¹⁵¹⁵, es en 1999 cuando el tema de defensa de la competencia comienza a tener impacto en la opinión pública.

El detonante para que se sancione la nueva ley fue la venta por parte del Estado Nacional de las acciones de YPF a Repsol. Esta operación tuvo un impacto social muy importante debido a que la empresa petrolera generaba beneficio, y por otro lado, por el hecho de que Repsol ya tenía el control de la empresa petrolera Eg3 en Argentina, con lo cual el nivel de concentración de mercado se elevaba sustancialmente.

El 25 de agosto de 1999 el Congreso de la Nación sancionó la Ley n° 25.156¹⁵¹⁶ de Defensa de la Competencia, modificando el antiguo régimen de la Ley n° 22.262 e introduciendo cambios significativos en la política de defensa de la competencia argentina.

Las principales características del régimen de la Ley n° 25.156 son:

a) Confirmación del principio de la regla de la razón.

El artículo 1° de la Ley N° 25.156, en su primer párrafo determina que: "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una

¹⁵¹⁵ AMFIN v. Arte Gráfico Editorial S.A. (AGEA), Ley n° 22.262, por discriminación de precios y obstaculización del acceso al mercado. Dictamen CNDC n° 286 del 18 de marzo de 1998, aprobado por Resolución SICyM n° 336 del 20 de mayo de 1998.

¹⁵¹⁶ Ley n° 25.156 de Defensa de la Competencia, promulgada con observaciones parciales a través del Decreto n° 1019 del 16 de septiembre de 1999, y publicada el 20 de septiembre de 1999 en el Boletín Oficial. Esta ley fue modificada por medio del Decreto n° 396 del 1 de abril de 2001, publicado en el Boletín Oficial del 5 de abril de 2001. La misma fue reglamentada por la Resolución n° 726/99 del 28/09/99 y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 29/09/99. La reglamentación fija los "lineamientos para el control de las concentraciones económicas" y "normas de procedimiento para el trámite de notificaciones obligatorias de las concentraciones económicas". A su vez, el 19 de octubre de 1999 se dicta la Resolución n° 788, que interpreta los conceptos involucrados y las fechas definitivas en los distintos supuestos del artículo 6 de la ley n° 25.156, a partir de la cual deberá considerarse que empieza a correr el plazo de una semana para efectuarse la notificación posterior obligatoria de la concentración económica que se establece en el artículo 8 de la misma ley.

posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

El objetivo de la Ley N° 25.156, tal como lo expresa su artículo 1°, es el mismo que el de la ley anterior: preservar el interés económico general de conductas anticompetitivas (restringir la competencia en un mercado o abusar de una posición dominante). La ley no penaliza prácticas anticompetitivas per se ya que debe haber un daño o un peligro real para la comunidad. En consecuencia, la ley continúa con la aplicación de la “regla de la razón”, que requiere la demostración de efectos económicos negativos que afecten a la comunidad.

b) Introducción de la teoría de los efectos

El nuevo régimen amplía, en su artículo 3°, el ámbito geográfico de aplicación de la ley al disponer que quedan sometidas a sus disposiciones “todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional”.

Si bien, en sentido estricto, bajo la derogada Ley N° 22.262 podía interpretarse, en virtud de la aplicación supletoria del Código Penal, que la misma era aplicable extraterritorialmente¹⁵¹⁷, esta nueva ley introduce la denominada “teoría de los efectos”, al regular actividades económicas que, a pesar de ser realizadas en el exterior, tienen efectos en Argentina.

c) Creación de un Tribunal autárquico

Otra innovación importante introducida por la Ley n° 25.156 es la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, como un ente autárquico vinculado al Ministerio de Economía. Este órgano fue creado para reemplazar a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que dependía económica y políticamente del Ministro de Economía y Producción, quien designa a los vocales y propone a su Presidente¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁷ Para un análisis pormenorizado de este tema, véase: QUEVEDO, Viviana G. de y PEÑA, Julián: *El control de concentraciones económicas entre empresas que exportan a la Argentina*. El Derecho, Buenos Aires, marzo de 2002, p. 1.

¹⁵¹⁸ DROMI, Roberto: *Competencia y Monopolio – Argentina, MERCOSUR y OMC*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 160-162.

d) Establecimiento del control previo de concentraciones económicas

Con esta nueva ley, se introdujo en Argentina el sistema de control de concentraciones económicas, adecuando la normativa argentina a las tendencias modernas del Derecho de la Competencia. Por primera vez se toman medidas de índole preventiva, pasando el Estado a actuar con anterioridad a la concreción de concentraciones que pueden producir distorsiones perjudiciales a la libre competencia en el mercado¹⁵¹⁹.

Una de las preocupaciones durante el período de elaboración de la nueva Ley de Defensa de la Competencia en el Congreso fue determinar si el control de las concentraciones económicas por parte del órgano de aplicación debía realizarse previamente, o con posterioridad a las mismas.

La preocupación se justificaba, por un lado, por el peligro que podría significar la imposición de una traba burocrática a las inversiones con un consecuente desvío de corrientes inversoras a otros países y, por el otro, la dificultad que conllevaría para la aplicación de la ley si el control se realizaba una vez perfeccionada la toma de control.

Esto se vio reflejado finalmente en el mecanismo establecido por el Capítulo III de la ley, y en particular por su artículo 8 que establece que los actos indicados en el artículo 6 de esta ley en los que las empresas afectadas tengan un volumen de negocios que superen determinados umbrales, "deberán ser notificadas previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados,

¹⁵¹⁹ Para un estudio más específico del tema, véase: QUEVEDO, María Viviana G. de: Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Depalma, Buenos Aires, Año 2000, p. 42 y ss.; RAMOS, Dante Marcelo: *La nueva ley de defensa de la competencia*. La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 37 y ss.; VERGARA DEL CARRIL, Angel: *Nuevo régimen de Defensa de la Competencia. Introducción del control de concentraciones*. El Derecho, Buenos Aires, febrero de 2000, p. 12 y ss.; ROVIRA, Alfredo: *Introducción a la ley de defensa de la competencia*. El Derecho, Buenos Aires, julio de 2001, p. 5 y ss.

bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto en el artículo 46 apartado d)".

El artículo 8 continúa determinando que "los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la presente ley, según corresponda". El artículo 13 se refiere a la posibilidad del Tribunal de expedirse en un plazo de 45 días de presentada la solicitud y la documentación respectiva, para autorizar, condicionar o bien denegar la operación. La aprobación tácita, vencido el plazo mencionado, está prevista en el artículo 14 de la ley.

Ahora bien, de acuerdo con la interpretación que hizo, primero la Res. 788/99¹⁵²⁰, luego la CNDC a través de opiniones consultivas¹⁵²¹, y por último el Decreto 89 en su artículo 14¹⁵²², con relación al cómputo del plazo del

¹⁵²⁰ El 19 de octubre de 1999 el entonces Secretario de Industria, Comercio y Minería firmó la resolución n° 788/99. A través del artículo 1 de esta resolución, se interpretó que los conceptos involucrados y las fechas definitivas en los distintos supuestos del artículo 6 de la Ley n° 25.156, a partir de la cual deberá considerarse que empieza a correr el plazo de una semana establecido por el artículo 8 de la misma ley, eran los siguientes:

- a) Conclusión del acuerdo en la fusión de empresas, el momento establecido en el apartado 4) del artículo 83 de la Ley n° 19.550, BO 1984.
- b) Conclusión del acuerdo de transferencia de fondos de comercio, el momento establecido por el artículo 7 de la Ley n° 11.867.
- c) Adquisición de una participación de control o de una influencia sustancial en una sociedad de responsabilidad limitada o en una sociedad anónima o similar (véase artículos 152 y 215 de la Ley n° 19.550. DO 1984).
- d) La conclusión de los actos o acuerdos que importen la transferencia de activos empresariales a una persona o grupo económico, los momentos de celebración de los contratos de conformidad a las previsiones de los artículos 1140 y 1184, apartado 8, del Código Civil y de la tradición de la cosa de conformidad a lo establecido por el artículo 1141 del mismo Código.

Esta resolución, a pesar de no haber sido publicada, fue ratificada con posterioridad por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en dos oportunidades a través de las opiniones consultivas 45 y 62, de fechas 26 de mayo y 29 de agosto de 2000. En esta última ocasión, el consultante planteó que, merced a la reglamentación introducida por la resolución, una operación de concentración debidamente notificada a la Comisión se encontraba sujeta a una condición resolutoria y que, consiguientemente, una vez notificada la operación, las partes podrían concluir la misma.

¹⁵²¹ La Comisión entendió que "la interpretación que hace el presentante de la Resolución SICM n° 788/99 es correcta, y que las partes pueden llevar a cabo la operación notificada, aún estando pendiente su aprobación. Sin embargo, esta Comisión advierte que, en caso de no aprobarse la operación, o de condicionarse la misma, deberían volver las cosas al estado anterior al de la celebración de la operación" (Opinión Consultiva n° 62 del 29/8/2000).

¹⁵²² El artículo 14 de la reglamentación determina que el plazo de una semana para la notificación obligatoria comenzará a correr:

1. En las fusiones entre empresas, el día en que se suscriba el acuerdo definitivo de fusión conforme lo previsto por el apartado 4 del Artículo 83 de la Ley n° 19.550, T.O. 1984.
2. En las transferencias de fondos de comercio, el día en que se inscriba el documento de venta en el Registro Público de Comercio de acuerdo con lo previsto por el Artículo 7° de la Ley n° 11.867.

artículo 8 de la ley para notificar, la situación se ha quedado de la siguiente forma:

a) Las operaciones de concentración se deben notificar una vez que queden perfeccionadas.

b) Por perfeccionadas se entiende, por ejemplo en el caso de transferencia de acciones, una vez que estén registradas a nombre del comprador.

c) Las operaciones se pueden finalizar desde el punto de vista jurídico pero no producirán "efectos" hasta la aprobación por parte del Tribunal, alterando completamente el sistema creado por el Código de Comercio al crear el Registro Público de Comercio.

d) Si el Tribunal decidiera denegar la operación, se debería volver a reinscribir las acciones a nombre del vendedor, sin preverse qué ocurriría con los efectos que la concentración transitoria tendría en el mercado relevante.

e) Al notificarse una operación una vez perfeccionada, sería imposible aplicar por parte del Tribunal condiciones suspensivas.

En consecuencia, si bien se sostiene que el sistema es previo, con la interpretación que se ha hecho con posterioridad se podría concluir que se lo ha transformado en un régimen ex post.

Cabe aclarar, asimismo, que no todas las concentraciones están sujetas al régimen de control previsto por la Ley n° 25.156.

A fin de determinar cuáles son las operaciones que deben ser notificadas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (y en un futuro al Tribunal) la ley, en su versión modificada, establece una serie de condiciones:

a) Que se trate de la toma de control de una o varias empresas (art. 6).

3. En las adquisiciones de la propiedad o de cualquier derecho sobre acciones o participaciones, el día en que quede perfeccionada la adquisición de tales derechos de acuerdo con el convenio o contrato de adquisición.

4. *En los demás casos, el día en que quede perfeccionada la operación en cuestión en virtud de las leyes respectivas.*

A tal fin, la ley enumera una serie de actos por los cuales se puede realizar esta toma de control. No obstante, en el apartado d) se deja abierta la posibilidad de la existencia de "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"¹⁵²³.

b) Que se supere un determinado umbral en el volumen de negocios de las empresas afectadas (art. 8).

Si la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supera en el país la suma de \$200.000.000, la operación deberá ser presentada para su examen¹⁵²⁴.

c) Que puedan producir efectos en el mercado nacional (art. 3).

La Comisión interpretó el alcance de los efectos, conforme lo han hecho en Estados Unidos y Europa, esto es, que deben ser directos, previsibles y sustanciales¹⁵²⁵.

d) Que no se encuentren expresamente exceptuadas por la ley (art. 10).

La ley establece cuatro excepciones al régimen general. Éstas son: cuando la compradora ya cuente con más del 50% de las acciones; cuando se compren bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas; cuando una empresa extranjera sin presencia en Argentina compre una primera empresa nacional; o bien cuando se adquieran empresas liquidadas (que no hayan registrado actividad en el país en el último año)¹⁵²⁶.

¹⁵²³ La Comisión ha interpretado asimismo, siguiendo la experiencia europea, que el cambio en la naturaleza del control (conjunto a exclusivo y viceversa) también está encuadrada en los términos del artículo 6 de la ley.

¹⁵²⁴ Antes del Decreto n° 396/2001, la ley exigía como umbral alternativo el de los \$ 2.500 millones a nivel mundial.

¹⁵²⁵ QUEVEDO, Viviana G. de y PEÑA, Julián: *El control de concentraciones económicas entre empresas que exportan a la Argentina*. Op. cit., p. 3 y ss.

¹⁵²⁶ A partir del Decreto n° 396/2001 se incorporó una nueva excepción por la cual cuando el montante de la operación y el valor de los activos situados en Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, los \$20.000.000, salvo que en el plazo de 12 meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho

Reunidas todas estas condiciones, y notificada la operación, el órgano de control determinará si el objeto o efecto de la misma sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art. 7 de la ley). O sea, que no infrinja los principios generales de la ley establecidos en el artículo 1 de la ley.

a.3.2. El interés económico general y la regla de la razón

Como anticipamos, la nueva ley no ha variado el enfoque de la derogada Ley 22.262 en el tratamiento de numerosos temas. Entre los elementos que el legislador ha mantenido, se destaca la finalidad de la nueva norma en cuanto a que se vuelve a consagrar como tal la protección del interés económico general, en una redacción casi idéntica a la del artículo primero de la Ley 22.262.

En efecto, el artículo 1, sigue siendo el elemento esencial bajo el cual se deben analizar las conductas presuntamente anticompetitivas por cuanto el mismo prescribe que “Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

Cabe destacar que la nueva ley, al igual que su antecedente, no exige que el interés económico general se vea efectivamente perjudicado, sino que basta con la existencia de un peligro potencial de afectación al mismo.

Ahora bien, siendo que el concepto de “interés económico general” es un concepto deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), autoridad de aplicación de la Ley 22.262 y de la Ley 25.156, hasta que se constituya el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia¹⁵²⁷,

importe, o el de \$60.000.000 en los últimos 36 meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado.

¹⁵²⁷ Artículo 58 de la Ley 25.156.

entendió que el empleo de conceptos económicos resultaba de utilidad para su mayor precisión.

Así, en distintos documentos emitidos por dicho organismo, como también en numerosos dictámenes, la CNDC ha entendido que el concepto de interés económico general se equipara al de eficiencia económica y que, consecuentemente, se considera que el mismo se ve afectado cuando se dejan de comercializar unidades de un bien para las cuales la valoración otorgada por los consumidores es mayor que el valor de los recursos asignados para producirlas¹⁵²⁸.

Por otra parte, la Ley 25.156, también manteniendo el criterio de su antecedente, no ha incluido en su texto ninguna figura per se, es decir prohibiciones en general de ciertas conductas respecto de las cuales no resulte necesario evaluar su impacto económico. En efecto, si bien existe una enumeración de conductas en el artículo 2 de la ley¹⁵²⁹, las mismas únicamente

¹⁵²⁸ Véase, en este sentido: Comisión Nacional de defensa de la Competencia. Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia, Serie Documentos, Número 1, 1997, p. 4 y ss.; Comisión Nacional de defensa de la Competencia - Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas aprobadas por la Resolución SICyM N°726/99, Serie Documentos, n° 3, 1999, punto II.2.

¹⁵²⁹ Ley 25.156, artículo 2. Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1, constituyen prácticas restrictivas de la competencia:

- a) Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- b) Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;
- c) Repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento;
- d) Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos;
- e) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios;
- f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste;
- g) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción;
- h) Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;
- i) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;
- j) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;
- k) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales;
- l) Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;

constituyen prácticas restrictivas de la competencia en la medida que se configuren, además, las hipótesis del artículo 1.

Sigue rigiendo, por tanto, la regla de la razón, al no haber conductas que violen en sí mismas la ley, sino que siempre se deberá seguir analizando en cada caso en particular el impacto económico de la conducta sobre el interés económico general.

a.3.3. La posición dominante

En el tratamiento de la figura de posición dominante, la nueva ley también ha mantenido el enfoque de la Ley 22.262 en cuanto a que no sanciona la sola existencia de una posición dominante sino únicamente su abuso.

Aún habiendo dicho esto, cabe notar que con la entrada en vigencia del régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas previsto en el Capítulo III del cuerpo legal, sólo en situaciones muy excepcionales se podría llegar a autorizar una operación que pueda crear o reforzar una posición de dominio¹⁵³⁰.

Con relación al concepto de posición dominante, la nueva ley brinda una definición muy similar a la que brindaba la ley 22.262 al establecer en su artículo 4 que "A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos".

m) Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público;

n) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su coste, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios.

¹⁵³⁰ Tal sería el caso, por ejemplo, de una operación que, a pesar de crear una posición de dominio, genere al mismo tiempo eficiencias de tal magnitud que no dé lugar a la existencia de poder de mercado, y por tanto, no exista el incentivo a subir los precios después de producida la operación. Para un estudio detallado de este tema, véase: DÁMORE, M. R.: *Estándares de Intervención en los Regímenes de Control de Fusiones*. XXIII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política, editorial Universidad de Mendoza, Mendoza, 1998, p. 83 y ss.

Así, la nueva ley únicamente se diferencia de su antecedente en cuanto a que en los fines de la apreciación de la posición de dominio se incluye explícitamente a los mercados de otras partes del mundo y a situaciones de control externo¹⁵³¹.

a.3.4. El Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia: conformación, funciones y facultades

Entre las novedades más significativas que introdujo la nueva ley se destaca la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia que reemplazará, una vez conformado, a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) como autoridad de aplicación. De acuerdo al artículo 17 del nuevo texto legal, el Tribunal ostentará la condición de organismo autárquico dentro del ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación.

La más relevante modificación introducida en este aspecto consiste en la transferencia de la competencia decisoria de la administración central a la esfera del Tribunal. En efecto, mientras que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia sólo emite dictámenes no vinculantes, siendo el Secretario de Defensa de la Competencia y el Consumidor quien dicta la resolución final, bajo la nueva ley será el Tribunal quien ponga fin a la vía administrativa, sin que sea necesaria la decisión de una autoridad política. Este cambio implica, sin dudas, un gran avance institucional.

Asimismo, la nueva ley otorga expresamente al Tribunal la facultad de emitir opiniones no vinculantes en materia de competencia, reglamentos y actos administrativos¹⁵³², así como recomendaciones de carácter general respecto a las modalidades de la competencia en los mercados¹⁵³³.

Con relación a las sanciones previstas para quienes infrinjan la ley, se debe mencionar la mayor flexibilidad de las mismas, ya que además de las penas de multa y las órdenes de cese ya previstas en la Ley 22.262, se

¹⁵³¹ Al respecto, véase: VERGARA DEL CARRIL, A.: *Nuevo Régimen de Defensa de la Competencia. Introducción del control de concentraciones*. El Derecho, Buenos Aires, 2000, p. 22 y ss.

¹⁵³² Artículo 24, apartado f).

¹⁵³³ Artículo 24, apartado g).

incorpora la posibilidad de imponer, a quienes incurran en abuso de posición dominante o a quienes adquieran o consoliden una posición monopólica u oligopólica en violación de la ley, el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia.

a.3.5. El control de las concentraciones empresariales: prohibición de concentraciones anticompetitivas

Otro de los cambios trascendentes en la legislación antimonopólica argentina vigente incorporados por la Ley 25.156 es, sin lugar a dudas, la adopción del control de concentraciones y fusiones. Mientras que la recientemente derogada Ley 22.262 no contemplaba un esquema explícito de control de operaciones de concentración económica, la nueva ley incluye un capítulo destinado a controlar las operaciones de concentración económica. Con esta incorporación se complementan las políticas de comportamiento que ya se encontraban presentes en la Ley 22.262¹⁵³⁴.

A estos efectos, la nueva ley argentina contiene un doble juego de prescripciones. Por un lado, la ley prohíbe genéricamente en el artículo 7 las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Por el otro lado, y con el propósito de posibilitar y hacer efectiva la prohibición referida, exige que las operaciones de concentración que superen determinados umbrales sean notificadas y sometidas a la autorización previa de la autoridad de aplicación de la Ley¹⁵³⁵.

a.3.6. Régimen de notificación previa obligatoria

La segunda pauta legislativa que adoptó Argentina para el control de concentraciones consiste en la obligatoriedad de notificar, y someter a autorización administrativa, las operaciones de concentración empresarial que

¹⁵³⁴ Cabe notar que si bien la ley 22.262 no contemplaba el control explícito de las concentraciones empresariales, las mismas podían llegar a constituir conductas prohibidas por la ley en tanto limitarían, restringirían o distorsionarían la competencia de modo que pudieran afectar al interés económico general. Acerca del encuadramiento implícito de las operaciones de adquisición y fusión dentro de la Ley 22.262, véase: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. El Control Previo de las Concentraciones y Fusiones y la Defensa de la Competencia en los mercados, Serie Documentos, Número 2, 1997, p. 18 y ss.; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1983, Capítulo IV.

¹⁵³⁵ Artículo 8 de la Ley 25.156.

superen determinados umbrales. Seguidamente haremos una breve descripción del régimen vigente.

a.3.6.1. La toma de control a través de actos de concentración

La ley entiende por concentración empresarial la toma de control de una o varias empresas a través de diferentes instrumentos jurídicos. En este sentido, la legislación argentina se vio fuertemente influenciada por la legislación comunitaria europea en cuanto al hecho de hacer girar el concepto de concentración económica en torno a la noción de control. En virtud de ello, la noción de concentración empresarial se erige en elemento clave en la interpretación y aplicación de la ley 25.156.

En efecto, de acuerdo a lo previsto por el artículo 6 de la ley, se entiende por concentración empresarial 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 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".

Las figuras incluidas en los apartados a) y b) no presentan mayores dificultades, ya que tanto la fusión, prevista en el apartado a) como la transferencia de fondos de comercio, prevista en el apartado b), se encuentran expresamente contempladas en otras leyes (la fusión en la Ley de Sociedades Comerciales y la transferencia de fondos de comercio en la Ley N° 11.683).

Sin embargo, el alcance preciso de los supuestos contemplados en los apartados c) y d) resulta una tarea más compleja y requiere, por ello, de un mayor análisis.

El tercer apartado, esto es, la toma de control a través de adquisiciones accionarias, de capital o de títulos de deuda convertibles en acciones o participaciones de capital, comprende, a su vez, dos supuestos.

a) El primer supuesto contempla las adquisiciones que dan lugar a una toma de control en los términos de la Ley de Sociedades Comerciales abarcando tanto al control interno de derecho, esto es, transferencias que otorguen los votos necesarios para formar la voluntad social¹⁵³⁶ como al de control interno de hecho. Este último se configura a través de transferencias que permitan poseer acciones, cuotas o partes de interés con las que se pueda ejercer una influencia dominante¹⁵³⁷.

b) El segundo supuesto de toma de control que contempla el apartado c) del artículo 6 se refiere a las adquisiciones que confieran al adquirente una "influencia sustancial". La noción de "influencia sustancial" es un concepto novedoso en la legislación argentina. Ahora bien, al haber distinguido el legislador entre las adquisiciones que confieren control, por un lado, y las que confieren "influencia sustancial" por otro, se desprende que se quiso incorporar ésta última categoría de adquisiciones como un supuesto independiente y diferente de toma de control del previsto por la Ley de Sociedades. En función de lo expresado, el concepto de control de la Ley de Sociedades se ha extendido a los fines de la legislación de defensa de la competencia.

Por ello, y en virtud de la inclusión, como un supuesto independiente de adquisición de control, de la obtención de influencia sustancial, serán consideradas operaciones de concentración no sólo las que

¹⁵³⁶ Ley de Sociedades Artículo 33, apartado 1, BO 30/03/1984.

¹⁵³⁷ Ley de Sociedades, artículo 33, apartado 2), primera parte. En estos casos el controlador puede ejercer esta influencia dominante por medio del *working control*, esto es debido al ausentismo de otros socios, común en las grandes sociedades anónimas con accionariado disperso y fundamentalmente inversor, o por medio del *management control*, en el que el controlador aprovecha el desinterés de los accionistas inversores y los induce a otorgarle poder. Sobre las modalidades de control en la legislación argentina, véase: OTAEGIN, Julio C.: *Concentración Societaria. Op.cit.*, p. 427.

confieran al adquirente la mayoría accionaria (control interno de hecho) o, una influencia dominante (control interno de hecho) sino también, aquellas operaciones en las cuales el comprador obtenga la posibilidad de ejercer una influencia sustancial sobre las decisiones de la empresa, más allá del número de acciones o títulos representativos de participación en el capital transferidos.

A su vez, el apartado d) del artículo 6 contempla también dos supuestos, la obtención de control por parte de una persona o grupo económico a través de cualquier otro acuerdo o acto que a) transfiera en forma fáctica o jurídica los activos de una empresa u b) otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.

a) Con relación al primer supuesto, a los efectos de determinar cuándo una transferencia de activos puede configurar una concentración empresarial, se debe atender a la naturaleza de los activos transferidos. En este sentido, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ya expresó, al analizar la transferencia de una marca, que no cualquier transferencia de activo debe ser notificada, "... sino únicamente en el caso que a través de la transferencia, y de acuerdo a las características del activo objeto de la transacción, se produzca una concentración económica en los términos del artículo 6 primera parte." En ese caso particular se entendió que la operación debía ser notificada ya que junto con la marca, se transfería al comprador, la clientela, ya que los consumidores asociarían la marca a la calidad del producto y se produciría, por lo tanto, un desplazamiento de clientela de un competidor a otro¹⁵³⁸.

b) El segundo supuesto del cuarto apartado es el más amplio del artículo 6, al referirse a la obtención de control a través de cualquier otro acuerdo o acto que otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa. El mismo se asemeja a lo que societariamente se conoce como "control externo o económico"¹⁵³⁹, existente cuando una persona ajena a la sociedad puede ejercer una "influencia dominante por los especiales vínculos existentes", lo

¹⁵³⁸ Resumen no Confidencial de la Opinión Consultiva n° 10.

¹⁵³⁹ Art. 33, apartado 2, última parte de la Ley de Sociedades Comerciales.

cual resulta comprensivo derivado tanto de los vínculos contractuales como de los no contractuales. La noción del control externo fue ampliamente analizada y precisada en la literatura societaria. En este sentido se considera que configuran situaciones de control externo societario determinados contratos de suministro, agencia, distribución, franquicia y licencia¹⁵⁴⁰.

a.3.6.2. Operaciones de concentración sujetas a notificación obligatoria

El texto sancionado por el Congreso de la Nación prescribía en su artículo 8 que se debían notificar los actos indicados en el artículo 6°, esto es, los de concentración empresarial "...que impliquen la participación de empresas o grupos de empresas en una cuota igual o superior al 25 % o más del mercado relevante o de una parte sustancial del mismo, o cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000)¹⁵⁴¹ o cuando el volumen de negocio total a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los dos mil quinientos millones de pesos (\$ 2.500.000.000)".

El primer supuesto contemplado por el texto sancionado – participación de empresas en un 25 % o más del mercado relevante o de una parte sustancial del mismo - fue observado por el Poder Ejecutivo Nacional al promulgarse la ley, debido a que ni el concepto de mercado relevante, ni la participación que cada empresa tiene en el mismo, son datos objetivamente disponibles. Puesto que la ley prevé severas multas por la falta, o tardía notificación de la operación, el veto ha limitado los casos en los que ésta debe hacerse conforme a parámetros claros y objetivos, resguardando así la seguridad jurídica.

Así, el único parámetro vigente en la ley, a los efectos de determinar qué operaciones deben ser notificadas, es el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas. En este aspecto la ley argentina

¹⁵⁴⁰ Véase la Primera Parte de la tesis, donde analizamos la posibilidad de constitución del grupo de sociedades teniendo por base los contratos de Derecho común, los contratos de Derecho de empresa (grupo de sociedades de base contractual), y los grupos de bases societaria (coparticipación societaria).

¹⁵⁴¹ En función de la vigencia de la Ley de Convertibilidad, en la Argentina un peso equivalía a un dólar estadounidense (Ley n° 23.981 del 1/5/91).

se diferencia de la legislación estadounidense, ya que no considera el volumen de la transacción como un parámetro para la obligatoriedad de la notificación.

En función de lo expuesto, deberán ser notificadas, incluso aquellas operaciones de concentración de escasa magnitud, cuando los volúmenes de negocios de las partes afectadas superen los umbrales definidos en el artículo 8, esto es, los doscientos millones de pesos en el país, o los dos mil quinientos millones de pesos a nivel mundial.

a.3.6.3. Operaciones exentas de notificación obligatoria

La ley prevé, en su artículo 10, que determinadas operaciones se encuentran exentas de la notificación obligatoria prevista en el artículo 8. Estas son:

a) Las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50 %) de las acciones;

b) Las adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas;

c) Las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en Argentina;

d) Adquisiciones de empresas liquidadas (que no hayan registrado actividad en el país en el último año)¹⁵⁴².

a.3.6.4. Cálculo de los volúmenes de negocios – Empresas afectadas

Como ya expresamos, la ley considera, a fin de determinar la obligatoriedad de notificar los actos de concentración económica, el volumen de negocios de las empresas afectadas.

La ley no contiene ninguna disposición expresa acerca de qué entiende por “empresas afectadas” a las que se refiere en el artículo 8. A los

¹⁵⁴² Artículo 10 Ley 25.156.

finés del correcto cálculo de los volúmenes de negocios, se debe distinguir entre las empresas intervinientes en el acto o acuerdo que da lugar a la concentración económica por un lado, y las empresas que resultan afectadas por la operación, por otro.

En algunos casos, existe una coincidencia entre las partes que intervienen en el acuerdo y las que resultan afectadas por el mismo. Tal es el caso del primer acto de concentración empresarial previsto por la ley en el artículo 6, esto, es, las fusiones entre empresas (art. 6, apartado a) ya que las mismas empresas que celebran el Acuerdo de Fusión son las que se concentran. Así, en las fusiones se consideran empresas afectadas a las empresas que se fusionan.

En otras situaciones, como por ejemplo las adquisiciones accionarias previstas en el apartado c del art. 6, las partes que celebran el Acuerdo de Compraventa Accionaria no son las mismas que las empresas que se ven afectadas por él, puesto que mientras que en el Acuerdo, las partes intervinientes son la compradora y la vendedora de las acciones, la concentración empresarial ocurre entre la empresa compradora y la empresa adquirida, esto es, la emisora de las acciones objeto de la transacción. En este caso, la empresa vendedora, claramente no se concentra sino que, por el contrario, se aleja.

a.4. Situación actual en Argentina

Con la firma del Decreto n° 89 del 25 de enero de 2001¹⁵⁴³ se ha reglamentado la Ley n° 25.156 de Defensa de la Competencia. De esta forma, se ha dado fin a una primera etapa en la transición hacia la aplicación plena de la nueva ley, y se ha determinado un plazo para que dicho objetivo se concrete con la entrada en funciones del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

El mencionado decreto reglamenta varios aspectos de la ley, pudiendo resumirlos en cuestiones vinculadas al control de concentraciones empresariales, el establecimiento del Tribunal, las funciones de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor a partir de la creación del

¹⁵⁴³ Boletín Oficial del 30 de enero de 2001, p. 1.

Tribunal y, por último, cuestiones procedimentales relacionadas a las causas iniciadas por conductas anticompetitivas.

La defensa de la competencia en Argentina está atravesando momentos de muchos cambios, tanto por motivos endógenos como por causas exógenas.

En el aspecto positivo cabe resaltar:

1) La decisión de la Cámara de Apelaciones ratificando el dictamen y la multa impuesta a YPF¹⁵⁴⁴ se puede considerar uno de los hitos más importantes en la historia de la defensa de la competencia en Argentina, al ser la primera vez que la Cámara ratifica una multa de tal envergadura¹⁵⁴⁵.

2) Se reglamentó la ley por medio del Decreto n° 89/2001 y se estableció un plazo para el llamado concurso para el establecimiento del Tribunal, el cual fue impulsado por la Resolución del Ministerio de la Producción n° 29, del 30 de octubre de 2002¹⁵⁴⁶.

3) Se modificaron los umbrales para la notificación de las operaciones de concentración empresarial con la firma del Decreto N° 396/2001. Consecuentemente, se ha reducido significativamente el volumen de operaciones sujetas al régimen del control previo, quedando para el análisis aquéllas que requieren un estudio más complejo del impacto económico¹⁵⁴⁷.

4) La influencia determinante del dictamen de la Comisión en el fracaso de la operación OCA-Correo Argentino y el respaldo del mismo por parte de la Secretaría¹⁵⁴⁸.

¹⁵⁴⁴ CNDC v. YPF, Ley n° 22.282, por discriminación de precios. Dictamen CNDC n° 314 del 19 de marzo de 1999, aprobado por Resolución SICyM n° 189 del 22 de marzo de 1999.

¹⁵⁴⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, 24 de noviembre de 2000, causa 42.061. Este fallo fue ratificado en el 2002 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Recurso de hecho deducido por Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. en la causa Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. Ley 22.262 - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - Secretaría de Comercio e Industria".

¹⁵⁴⁶ Si bien no se vienen respetando los plazos previstos, se va avanzando paulatinamente en el proceso de conformación del Tribunal.

¹⁵⁴⁷ Al verse reducido el número de operaciones de concentración para el análisis, se retomó el estudio de los casos de conductas que había mermado debido a la vorágine de notificaciones por resolver a partir de la Ley n° 25.156, los plazos perentorios de éstas y la escasez de recursos.

¹⁵⁴⁸ La operación de fusión entre las dos principales empresas de servicios postales del país, Correo Argentino (concesionario oficial) y OCA, fue desistida con posterioridad a la firma del

5) La toma de conciencia por parte del Gobierno de que la legislación de defensa de la competencia no era compatible con un régimen de control de precios, dejando así de lado el proyecto de resurgimiento de la ley de abastecimiento¹⁵⁴⁹.

Como problemas, existentes tanto de índole interno como externo, así como de índole económico-política y social, vale destacar que:

1) La situación coyuntural que atraviesa el país sumada a la falta de una cultura de competencia, dificulta el desarrollo de la política de competencia en el mismo.

2) La demora en la constitución del Tribunal le ha restado credibilidad a la intención de tener un ente autárquico.

3) Las sucesivas reducciones presupuestarias atentan contra la posibilidad de contar con los recursos necesarios para poder llevar adelante una efectiva defensa de la competencia.

a.5. Breves conclusiones

La evolución de la defensa de la competencia en Argentina ha sido progresiva y errática. Esto se ha debido principalmente a que la misma no puede aislarse de lo que ha sido la historia económica argentina de estas últimas décadas.

A pesar de los vaivenes que se van produciendo, la tendencia general es positiva en cuanto que más allá de la irregularidad en el progreso, se han ido dando varios pasos en la dirección correcta.

dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia pero con anterioridad a la firma de la Resolución del Secretario de Defensa de la Competencia y del Consumidor, quien ante los hechos ocurridos resolvió archivar las actuaciones pero dejar a salvo que de no haberse desistido la operación, hubiere ratificado lo dictaminado por la Comisión.

¹⁵⁴⁹ Hubo un anteproyecto de ley impulsado por el entonces Secretario de Defensa de la Competencia y del Consumidor Pablo Challú para volver a implementar en el país la Ley nº 20.680 de Abastecimiento del año 1974, que permitía al Estado regular el mercado de bienes y servicios a través del establecimiento de precios máximos y mínimos, restricciones o prohibiciones de exportaciones y obligaciones de producir, entre otras prerrogativas. Dicho anteproyecto fue rechazado por el Ministro de Economía Roberto Lavagna cuando se hizo cargo interinamente del Ministerio de la Producción a fines de abril de 2002. Para un mayor análisis del tema, véase: CABANELLAS, Guillermo y ARANOVICH, Fernando: La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas de regulación de los mercados, *Revista del Derecho Industrial*. Año 2, nº 5, Ediciones De Palma, Mayo-Agosto 1980, Buenos Aires, 1980, p. 311.

Actualmente, el régimen de la defensa de la competencia en Argentina es uno de los más avanzados de América Latina, incluso a pesar de la crisis por la cual está atravesando en los últimos tiempos el país, estando, en su base general, armonizado con la legislación de control de las concentraciones de Brasil, lo que facilitará la implementación de una legislación de control de los grupos de sociedades en el MERCOSUR (bien como con la aplicación más efectiva del Protocolo de Fortaleza o con su reformulación).

El futuro de la defensa de la competencia en Argentina está íntimamente vinculado al desarrollo económico del país, así como también al compromiso que asuma la dirigencia política y la sociedad en general en preservar el correcto funcionamiento de los mercados.

En síntesis, la nueva ley contiene importantes mejoras en cuanto a la mayor independencia de la autoridad de aplicación, y la incorporación del régimen de notificación obligatoria de concentraciones y fusiones, preservando a la vez ciertos elementos esenciales de la Ley n° 22.262, lo que permitirá la continuidad jurídica y el máximo aprovechamiento de la jurisprudencia administrativa y judicial de los últimos años.

La nueva ley de defensa de la competencia de Argentina se coaduna con las más avanzadas del mundo al permitir el control previo de fusiones y adquisiciones. Quedamos a la espera del funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia, que tendrá competencia exclusiva sobre la materia¹⁵⁵⁰.

B. Brasil

b.1. La libre competencia en la Constitución de 1988 y su influencia sobre el actual sistema de control de las concentraciones en Brasil

Si en el plano externo se hace notar el interés de Brasil, como país neo-industrializado, en la apertura e integración económica, en contraste con el interés de los países desarrollados en adoptar prácticas proteccionistas para defender los sueldos y los empleos; en el plano interno, se nota la

¹⁵⁵⁰ FARGOSI, Horacio P.: *Antecedentes parlamentarios – Breves anotaciones sobre la nueva ley de defensa de la competencia*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 28 y ss.

resistencia de sectores del empresariado nacional, acostumbrados a disponer de mercado cautivo, en situación de no competencia, así como resistencia de la propia burocracia estatal, no siempre dispuesta a tener una limitación de poder.

Los largos años de práctica intervencionista dejaron huellas profundas que la nación resolvió concluir, al optar, en la Constitución Federal de 1988, por la libre iniciativa y por la no intervención del Estado en la economía.

Esta opción se revela en los principios generales de la actividad económica, inscritos en su art. 170 y siguientes de la Constitución, que dan énfasis a la libre competencia, a la defensa del consumidor y del medio ambiente, con el alejamiento del Estado de la explotación de la actividad económica, salvo cuando resulta necesaria a los imperativos de seguridad nacional o en virtud de relevante interés colectivo¹⁵⁵¹.

Coherentemente, dispone la Constitución, en el § 4 del art. 173, que la ley reprimirá el abuso del poder económico que pretenda la dominación de los mercados, a la eliminación de la competencia y al aumento arbitrario de los lucros. Además, asegura, en el párrafo único del art. 170, a todas las personas el libre ejercicio de cualquier actividad económica, independientemente de autorización de los órganos públicos, salvo en las excepciones previstas en la ley¹⁵⁵².

Así, con relación a la problemática de la competencia, los parámetros constitucionales se fijaron en el abuso del poder económico con el objetivo de dominar el mercado, pretendiendo la eliminación de la competencia, o que resulte en el aumento arbitrario de los beneficios. No se prohíbe el ejercicio del poder económico legítimo, así configurado o alcanzado mediante mecanismos propios de la actividad mercantil. Incluso el monopolio es lícito,

¹⁵⁵¹ "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei", Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

¹⁵⁵² Una excepción sería la necesidad de autorización del Banco Central de Brasil para la constitución de entidad financiera en Brasil.

siempre que no resulte de un proceso (gradual o no) de eliminación de los grupos en competencia, mediante abuso de poder económico¹⁵⁵³.

La eliminación de la competencia es, igualmente, aceptada por el orden jurídico, cuando se derive de la actividad industrial o mercantil mejor desarrollada, con la oferta de productos de mejor tecnología y mejor precio, siempre que no exista abuso de poder económico¹⁵⁵⁴.

Se puede percibir del texto constitucional que, el fundamento para el control de la concentración, y su represión, consiste siempre en el abuso del poder económico.

Además, la Ley 8.884/94, al disponer sobre la prevención y la represión a las infracciones contra el orden económico, habiendo que respetar los principios constitucionales que la informaron, bajo pena de declaración de su inconstitucionalidad, debe ser interpretada de acuerdo con tales preceptos¹⁵⁵⁵.

Las infracciones y conductas capituladas en los artículos 20 y 21 de la ley 8.884/94 no pueden, por eso mismo, estar dissociadas de aquellos preceptos constitucionales. De la misma forma, el art. 54 de la ley 8.884/94, al regular el control de los actos y contratos que puedan limitar o perjudicar la libre competencia o resulten en la dominación de mercados, debe ser aplicado en observancia a los mismos principios constitucionales referidos en su art. 1, los cuales son: libertad de iniciativa, libre competencia, función social de la propiedad y represión al abuso del poder económico.

¹⁵⁵³ El titular de una patente detenta un monopolio legal, y su explotación sólo se tornará ilegítima si de ella resulta un aumento arbitrario de los lucros, ante la ausencia de proceso competencial que lo impida, controle o imponga límites a la obtención de tales lucros.

¹⁵⁵⁴ A este propósito, la norma del § 1, del art. 20 de la Ley 8.884/94, que no caracteriza como ilícita la dominación de mercado relevante de bienes o servicios, mediante proceso natural, fundado en la mayor eficiencia del agente económico. Véase, Ley nº 8.884, de 11 de junio de 1994T (Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências), DOU de 13 de junio de 1994.

¹⁵⁵⁵ Bajo esta óptica, el art. 1 de la Ley 8.884/94 determina: "Art. 1 – Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico".

b.2. La ley 8.884/94 de control de las concentraciones empresariales en Brasil

Como hemos dicho, para asegurar el cumplimiento del dispositivo constitucional previsto en el art. 173 (Constitución Federal 1988)¹⁵⁵⁶, fue sancionada la Ley 8.884/94¹⁵⁵⁷, de 11/6/1994, conocida como Ley Antitrust Brasileña, teniendo por finalidad la defensa de la libre competencia, por medio de la prevención y la represión de las infracciones al orden económico.

En la ley 8.884/94, predominan los dispositivos con carácter represivo (arts. 15 – 53) en detrimento de los artículos de naturaleza preventiva (arts. 54 – 58). Sin embargo, la aplicación de la ley, en virtud de las alteraciones de la economía brasileña, ha generado una inversión de esa situación. Actualmente, el CADE (Consejo Administrativo de Defensa Económica) está mucho más dedicado a la apreciación de los actos de concentración, que a juzgar los procesos administrativos sobre conductas de infracción¹⁵⁵⁸.

Esa predominante actuación preventiva de la autarquía se justifica por la actual política económica desarrollada en el país, fundada en la apertura económica, que expone a Brasil a la competencia internacional, además de haber hecho que los agentes económicos se fortalecieran por medio de fusiones, incorporaciones y, principalmente, grupos de sociedades. Los operadores nacionales en el mercado tomaron la iniciativa de concentrarse con el objetivo de enfrentarse a los fuertes competidores internacionales, no sólo en el mercado nacional, sino también en el mercado global.

Ante de la actual coyuntura y la gran relevancia de la actuación del CADE en la defensa de la competencia en Brasil, entendemos que hay que destacar los principales aspectos legales relacionados con la constitución, funcionamiento y límites de actuación del CADE.

¹⁵⁵⁶ Constitución Federal de 1988, *cit.*

¹⁵⁵⁷ Ley 8.884/94, *cit.*

¹⁵⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa: *Curso de Direito Comercial*. 2ª edición, v. 1, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 233.

b.2.1. El CADE – Consejo Administrativo de Defensa Económica

La ley 8.884/94 transformó el CADE en autarquía federal, vinculada al Ministerio de Justicia, teniendo por objetivo proporcionar mayor agilidad en la actuación del órgano de control de la competencia. Posee jurisdicción administrativa en todo el territorio brasileño¹⁵⁵⁹.

El Plenario de la autarquía, con sede en Brasilia – DF, está compuesto por un Presidente y seis Consejeros, escogidos de entre ciudadanos con más de 30 años de edad, nombrados por el Presidente de la República, después de la aprobación del Senado Federal. El mandato del presidente y de los consejeros es de 2 años, permitiéndose una reconducción¹⁵⁶⁰.

Junto al CADE funciona una Procuraduría que realiza asesoría jurídica a la autarquía, defendiéndole en los juzgados, además de emitir pareceres en los procedimientos de competencia del órgano, entre otras atribuciones¹⁵⁶¹.

Además de la Procuraduría, en el desarrollo de sus actividades, el CADE es asesorado por un órgano de la Administración directa federal, integrante de la estructura administrativa del Ministerio de Justicia, denominado Secretaría de Derecho Económico (SDE). Entre sus principales funciones estarían: a) el auxilio al CADE, mientras instancia administrativa; b) además de estar calificada como órgano de fiscalización de las prácticas de mercado y del cumplimiento de las decisiones del CADE y; c) ejerce la función de órgano de orientación en materia de infracción al orden económico¹⁵⁶².

Atendiendo a los dispositivos previstos en la ley anti-trust brasileña, el CADE actúa de forma preventiva y represiva, tanto prohibiendo ciertas negociaciones, e interviniendo en los posibles efectos perjudiciales de la

¹⁵⁵⁹ **Art. 3º.** O Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº. 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei”, Ley 8.884/94, *cit.*

¹⁵⁶⁰ Al respecto de la composición del Consejo véase el capítulo II de la ley 8.884/94, *cit.*

¹⁵⁶¹ Véase art. 10 de la Ley 8.884/94.

¹⁵⁶² Para un análisis de todas las atribuciones del la SDE, véase el Título IV, artículos 13 y 14 del la Ley 8.884/94, *cit.*

actuación empresarial, como, en otros momentos, fiscalizando y puniendo a los responsables por comprobadas infracciones al orden económico.

Así que, el CADE es entendido en Brasil, actualmente, como un órgano de promoción de la política económica del Poder Ejecutivo. En este contexto, deben ser consideradas las hipótesis en que la práctica empresarial, aunque tipificada como infracción al orden económico o restrictiva de la competencia, repercute favorablemente en otros aspectos de la economía¹⁵⁶³.

Al decidirse por la aplicación de la sanción o, por otro lado, por la autorización de la operación de concentración, la autarquía no puede ignorar eventuales reflejos positivos de la práctica empresarial. Además, la ley posibilita la aprobación de una operación de concentración con restricciones y admite la suspensión de la aplicación de penalizaciones a la conducta caracterizada como infractora de la competencia, desde el momento en que tal operación tenga más beneficios que perjuicios en un contexto de desarrollo de la economía nacional¹⁵⁶⁴.

El análisis de los límites a la competencia atribuida al CADE se justifica por la importancia que la Autarquía adquirió en el proceso de transformación por el que pasa Brasil. Así, con el abandono de la política de sustitución de las importaciones, y con la apertura del mercado brasileño, y la consecuente admisión de importaciones en general, permitiendo un mayor ingreso de las inversiones directas en el país, muchas en asociación con empresas brasileñas, o mediante la adquisición de control en grupos nacionales, en nítido proceso concentracionista, no siempre queda claro cuál

¹⁵⁶³ De entre tantos: desarrollo económico y tecnológico (v.g., la constitución de un grupo de sociedades de base contractual – un contrato de transferencia de tecnología puede generar, como hemos demostrado anteriormente en nuestra tesis, una gran posibilidad de desarrollo económico para los países en desarrollo); reducción del paro; generación de tributación; mejoría en la calidad de los productos o servicios; incremento de la productividad.

¹⁵⁶⁴ "Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico", Ley 8.884/94, *cit.*

es el mercado relevante a ser considerado, si el nacional, si el comunitario del MERCOSUR o si el mercado internacional¹⁵⁶⁵.

El país tiene registrado un número creciente de constituciones de grupos de sociedades, realizadas con el objetivo primordial de adquirir competitividad local e internacional, ante el fortalecimiento de la competencia en ambas esferas, sobre todo en el exterior, ante la apertura económica generalizada verificada en todo el mundo¹⁵⁶⁶.

Las adquisiciones o asociaciones de empresas han sido apreciadas bajo los criterios establecidos en el art. 54 de la Ley 8.884/94 y, generalmente, consideradas dentro de los patrones aceptables¹⁵⁶⁷.

En realidad, las legislaciones que regulan la competencia se han transformado, en los últimos años, en un elemento esencial para los países en desarrollo, constituyendo un instrumento indispensable para asegurar el libre juego del mercado, impidiendo el abuso del poder económico, con la consecuente necesidad de cooperación entre las agencias estatales dedicadas a esta temática.

De hecho, la apertura de las fronteras nacionales, impuestas incluso por los sucesos de la Ronda Uruguay del GATT (que resultó en la creación de la OMC), motivó la constitución de grupos de sociedades para enfrentar, en las esferas nacional e internacional, la competencia de grupos

¹⁵⁶⁵ La actuación del CADE pasó a ser relevante delante de la posibilidad de impedir o dificultar ese proceso, con la imposición de condiciones y obstáculos que generen la huida de los capitales internacionales que pueden permitir la instalación de industrias en el territorio brasileño (inversión extranjera directa). Es importante subrayar que en los años 90 Brasil siempre ha estado entre los tres países en el mundo que recibieron más inversión extranjera, estando España siempre entre los cinco mayores inversores en el país.

¹⁵⁶⁶ Véase, en ese sentido: MAGALHÃES, José Carlos de y SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda: A concentração de empresas, *Revista de Informação Legislativa*. Ano 35, nº 140, out/dez., Brasília, 1998, p. 116.

¹⁵⁶⁷ De hecho, el CADE aprobó, en los últimos años, las siguientes operaciones de concentración: Alcan / Ficap (AC 18/94); Férienla / Índico (AC 42/95); Minasgás / São Felício / SHV Energy (AC 49/95); Crown / Grace (AC 4/95); Bsf / Routtand / Scandiflex (AC 38/95); Exxon / Nalco (AC 28/95); Akzo Nobel / PPG (AC 65/96); Carfepe / Santista (AC 25/95); Colgate / Kolinos (AC 27/94); Electrolux / Oberdorfer (AC 62/95); Cobrasma / Iochepe-Maxion (AC 03/94); Karibê / Paromount / Moinho Santista (AC 30/95); Akzo Nobel / Flexys / Monsanto (AC 40/95); Linhas Corrente / Microlite (AC 51/95); KCC / Kenko (AC 90/96); Cargil Agrícola / Cargil T&C / São Valentin (AC 98/96); Ethyl Brasil / Ethyl Co. / Texaco Brasil (AC 82/96); Chelín Mecano Fabril / Trats (AC 50/96); Alcan / TI Brasil Ltda. (AC 93/96) y Smithline Beecham PLC. / Sterling Winthrop Inc. (AC 32/94). En los términos del Informe Anual 1996, 1997, 1998 CADE.

cada día más fortalecidos por la economía de escala, conquistada en mercados ampliados.

Ese fenómeno, percibido a tiempo por las autoridades encargadas de hacer el control de la concentración empresarial en EE.UU., esperando mantener el mercado libre, generó la antitrust revolution, en que se admitió mayor flexibilidad a la política de concentración empresarial, exigida por la realidad económica¹⁵⁶⁸.

Tal flexibilización, en realidad, constituye la adaptación de conceptos a hechos no más tenidos como ilícitos o violadores de los principios que nortean la libre competencia. Es la dinámica de los negocios y, más que eso, de la actividad empresarial que aconseja la revisión de esos conceptos. Tal este el caso, por ejemplo, de la aplicación extraterritorial de las leyes antimonopolio que, al inicio del siglo XX, era inadmisibles en virtud de la jurisdicción territorial de los Estados y que, desde mediados del siglo XX, pasó a ser acogida, inicialmente con restricciones y objeciones de los países afectados, siendo actualmente admitida en la casi generalidad de los Estados, como mecanismo de control de la actividad transnacional de las empresas que actúan en la esfera internacional¹⁵⁶⁹.

Se registró, además, un cambio de orientación en la apreciación de las asociaciones de empresas y los grupos de sociedades, pretendiendo adquirir fuerza económica para competir en determinados mercados, en los cuales los participantes son constituidos, en su mayoría, por grandes corporaciones, con gran poder económico y tecnológico¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁸ MORGAN, Thomas D.: *Modern antitrust law and its origin*. West Publishing, 1994, p. 850; BELLO, Carlos Alberto: Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência dos EUA., *Revista do IBRAC*. V. 4, nº 3, março de 1997, São Paulo, 1997, p. 9-35.

¹⁵⁶⁹ Al decidir el caso *American Banana v. Unite Fruti*, la Suprema Corte de los EE.UU., invocando doctrina tradicional del país, se ha abstenido de condenar la *United Fruti* por el abuso de su posición dominante en el territorio de Costa Rica, bajo el fundamento de que los hechos habrían ocurrido fuera de la jurisdicción norteamericana y, por lo tanto, no regulados por el *Sherman Act*. A partir de la década de los 50, la misma Corte cambió de posición, aplicando las leyes antitrust a hechos ocurridos fuera del territorio de EE.UU. Véase, en ese sentido: MAGALHÃES, José Carlos de: Aplicação extraterritorial de leis nacionais, *Revista de Direito Público*. V. 66, São Paulo, abr/jun. 1983, p. 63-79; FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne: *Extraterritorialité du Droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté Européenne*. Librairie Générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris, 1994, p. 42 y ss.

¹⁵⁷⁰ Uno de los ejemplos de este mercado es el sector bancario. Así, en EE.UU., la concentración en la actividad bancaria fue consecuencia de distintos factores que motivaron la

La interrelación de las economías nacionales y la diversidad de interés entre ellas, a ese propósito, motivó la formación de un grupo de trabajo (en el seno de la OMC) sobre el Derecho de la Competencia, desarrollándose una agenda mundial sobre la materia, ante la disparidad de entendimiento y orientación de los dos mayores bloques económicos del mundo, la Unión Europea y EE.UU.¹⁵⁷¹, existiendo ya acuerdos firmados al respecto del reconocimiento mutuo del Derecho de la Competencia, celebrados entre estos dos espacios geográficos¹⁵⁷².

Así que, no fue por causalidad que el legislador brasileño, al editar la Ley 8.884/94, mientras la tendencia concentracionista internacional ya se manifestaba desde hacía algún tiempo, estableció la competencia del CADE, restringiendo la misma a la aprobación de actos y contratos que pudieran limitar o perjudicar la libre competencia, o aún resultar en dominio del mercado relevante de bienes y servicios, sin prohibir las concentraciones en sí. Antes que nada, lo que ha hecho el legislador brasileño fue admitir la concentración empresarial, tratando tan sólo de establecer ciertos parámetros para que las mismas ocurrieran¹⁵⁷³.

adquisición, por bancos mayores, de pequeñas instituciones financieras, incapaces de atender a las restricciones sobre límites de préstamos y de soportar los costes de la actividad. De los años 1950 hacia 1959, 1.503 bancos comerciales desaparecieron en EE.UU., registrándose la media de 150 bancos extinguidos al año, en gran medida por razones de fuerte movimiento de fusiones en el período. Véase, en ese sentido: KRONSTEIN, Henrich, MILLER, John T. y DOMMER, Paul P.: *Major American Antitrust Laws*. New York Institute for International and Foreign Trade Law, Dobbs Ferry, New York, 1965, p. 298-299. Importante subrayar, aun, el expresivo número de pactos empresariales en los EE.UU. que permitieron el ingreso, en este país, de empresas japonesas, mediante asociaciones con empresas norteamericanas, aunque temporarias y de efectos limitados, como fue el caso de Toyota y General Motors, en 1983; Mitsubishi y Chrysler, en 1985; Suzuki y General Motors, en 1986; Mazda y Ford, en 1986. Véase, en ese sentido: TANUGI, Laurent Cohen: *La Pratique Communautaire du Contrôle des Concentrations, Droit Économique*. DeBoeck Université, 1995, p. 194; GREIDER, William: *One world ready or not: the manic logic of global capitalism*. Simon and Shuster, 1997, p. 171-191.

¹⁵⁷¹ FOX, Eleanor: Toward world antitrust and market access, *American journal of international law*. V. 91, nº 1, January 1997, p. 1-25.

¹⁵⁷² Véase, en ese sentido: Decisión del Consejo y de la Comisión de 10 de abril de 1995 por la que se celebra el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia, DO nº L 095, de 27 de abril de 1995. Véase, aun: BLASSELLE, Richard: *Traité de Droit Européen de la Concurrence*. Tome I, Éditions Publisud, Paris, 2002, p. 131-133.

¹⁵⁷³ Es importante hacer referencia, en este punto, al Acuerdo Marco establecido entre la Comunidad Europea y el MERCOSUR, donde, en su artículo 5 hace referencia a la cooperación en el ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia. Véase, en ese sentido: Decisión del Consejo de 22 de marzo de 1999, relativa a la conclusión, en nombre de la Comunidad Europea, del Acuerdo marco interregional de cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes, por otra; 1999/279/CE, DO L 112/65 de 29 de abril de 1999. Claro está que en el caso

De hecho, las condiciones previstas en el primer párrafo del art. 54 de la Ley 8.884/94 dicen respecto a actos o asociaciones de empresas que, aunque reduzcan o limiten la competencia, son reconocidos como lícitos, ya que tendrían como objetivo el incremento de la productividad, la mejoría de la calidad de los bienes o servicios, la eficiencia y el desarrollo tecnológico. Las condiciones esenciales para la autorización de la concentración son que los beneficios de la misma sean equitativos y distribuidos con los consumidores; además de la no eliminación de la competencia de parte sustancial de mercado relevante.

Así, podría decirse que, ante la legislación brasileña, el CADE no es un órgano conformador de políticas de fomento a la competencia en el mercado. La competencia del CADE está vinculada a la prevención y represión de conductas que puedan limitar o, de cualquier forma, perjudicar, la libre competencia o resultar en la dominación de mercados de bienes y servicios.

A la Autarquía encargada de la defensa de la competencia en Brasil le corresponde, tan sólo, verificar si la concentración resultante es o no lícita, de acuerdo con lo que dispone la Ley 8.884/94. No ocurriendo limitación a la competencia existente en el mercado, o, aunque ocurra dicha limitación, cumpliéndose los criterios del art. 54 de la Ley, no podrá el CADE impedirla.

Sin embargo, es oportuno recordar que, en dos de sus decisiones, el CADE actuó en sentido contrario¹⁵⁷⁴, adoptando la teoría de la competencia potencial¹⁵⁷⁵, contrariando así la orientación anterior de la propia autarquía¹⁵⁷⁶.

del MERCOSUR /CE la materia del Derecho de la Competencia tendrá que ser desarrollada en un nuevo acuerdo que reglamentará el Acuerdo Marco.

¹⁵⁷⁴ Cia. Cervejaria Brahma / Miller Brewing Co. y Miller Brewing M 1855, Inc. (AC 58/95); y, Cia. Antártica Paulista / Anheuser Bush International Inc. / ABII, Anheuser Bush International Holding Inc – ABIH (AC 83/96).

¹⁵⁷⁵ La teoría de la competencia potencial, aplicada para estimular y no defender la competencia, no es aplicada en Brasil, ya que pretendería que la empresa interesada en participar de un nuevo mercado lo haga individualmente, por sí sola, o mediante la constitución de una subsidiaria, con lo que transformará la competencia local más profunda. Según tal teoría, mismo que lícita la concentración (por los beneficios que genera, o la ausencia de perjuicios a la competencia), no debería ser admitida, por impedir la instalación del nuevo actor en el mercado, cuyo ingreso haría aumentar la competencia en un determinado mercado. Incluso en EE.UU., donde la teoría fue utilizada en algunos casos, hoy por hoy existen dudas sobre su validez (Véase, en ese sentido: HOVENKAMP, Herbert: *Federal antitrust policy: The law of competition and its Practice*. West Publishing, 1994, p. 512). La aplicación de la teoría de la competencia potencial en Brasil implicaría una aguda intervención del Estado en el orden económico, con la imposición de directrices compulsorias para el ingreso en determinado

En la decisión *Cia. Antártica Paulista/Anheuser Bush International Inc.*¹⁵⁷⁷, la conclusión de la mayoría de los miembros del CADE fue que la opción por la asociación, si bien racional bajo el punto de vista microeconómico, al prolongarse por tiempo virtualmente indeterminado, es dañosa a la competencia ya que, de acuerdo con la jurisprudencia internacional en la materia, elimina la competencia potencial percibida y efectiva entre la empresa establecida y la potencial empresa entrante¹⁵⁷⁸.

De esa conclusión, se constata el surgimiento de cierto sentido intervencionista de la Autarquía, al pretender ampliar su competencia legal para asumir un papel de órgano tutelar de la actividad económica empresarial, desatendiendo los límites constitucionales a que su actividad está sujeta.

b.2.2. El control preventivo de las operaciones de concentración empresarial en la Ley 8.884/94

El control preventivo de los actos de concentración está previsto en el art. 54 de la Ley 8.884/94.

El § 3 del art. 54 determina que los actos que pretendan realizar cualquier forma de concentración empresarial, sea por medio de la fusión o de incorporación de empresas, constitución de sociedad para ejercer el control de empresas o grupo de sociedades, que implique participación de empresa o grupo de sociedades resultante en un 20% de un mercado relevante, o en que cualquier de los participantes tenga registrada una recaudación bruta anual equivalente a 400 millones de reales, deben ser sometidas a la apreciación del CADE.

En los términos del § 2 del art. 54, son considerados legítimos los actos de concentración empresarial desde que sean atendidas, por lo menos, tres de las cuatro condiciones previstas en los incisos del § 1, las cuales son:

mercado relevante, dañando los principios constitucionales que fundamentan la libre competencia en el país, principalmente en cuanto a la libre iniciativa.

¹⁵⁷⁶ Las decisiones anteriores son: *Nalco / Exxon* (AC 28/95); *SHV Energy / Minasgás* (AC 49/95); *Isolde/Basf* (AC 118/97); *Electrolux / Umuarama* (AC 71/96); *Ethyl / Texaco* (AC 82/96); *Echlin / Mecano / Trats* (AC 50/95); y, *KCC / Kenko* (AC 90/96). Véase, en ese sentido: OLIVEIRA, Gesner: Voto dissidente no processo AC 83/96: *Cia. Antártica Paulista / Anheuser Bush*, *Revista do IBRAC*. V.4, nº 5, São Paulo, p. 148-154.

¹⁵⁷⁷ *Cia. Antártica Paulista / Anheuser Bush*, *cit.*

¹⁵⁷⁸ Voto de la Consejera Relatora, Lúcia Helena Salgado e Silva, en: *Revista IBRAC*, op. cit., p. 87-88.

1) que tengan por objeto, de forma cumulada o alternativa: a) aumentar la productividad; b) mejorar la calidad de los bienes o servicios; o c) propiciar la eficiencia y el desarrollo tecnológico o económico.

2) Los beneficios derivados de la concentración se distribuyan equitativamente entre sus participantes y los consumidores.

3) Que las operaciones de concentración empresarial no impliquen la eliminación de la competencia de parte sustancial del mercado relevante de bienes o servicios.

4) Que se observen los límites estrictamente necesarios para alcanzar los objetivos pretendidos con la operación de concentración.¹⁵⁷⁹

b.2.3. La delimitación de mercado relevante y la actuación del CADE

La expresión mercado relevante fue introducida en el sistema brasileño de defensa de la competencia por la Ley 8.884/94.

Mercado relevante es aquél en que se realizan las relaciones de competencia, o actúa el agente económico cuyo comportamiento está siendo analizado. La delimitación del mercado relevante es fundamental para la actuación del CADE, no sólo cuando juzga los procedimientos administrativos referentes a las infracciones al orden económico¹⁵⁸⁰, sino también en el análisis de las operaciones de concentración propiamente dichas¹⁵⁸¹.

La definición de mercado relevante es hecha en dos niveles: el geográfico y el material.

a) Mercado relevante geográfico es el área donde ocurre la competencia relacionada a la práctica que está siendo considerada como restrictiva. El mercado relevante geográfico considerado puede ser una región,

¹⁵⁷⁹ Si tan sólo una o dos de las condiciones fueren atendidas por la operación, el CADE no podrá considerar regular la concentración, aunque invoque un motivo preponderante de la economía nacional, ya que no se encuentran presentes los supuestos legales para su admisión. Véase, en ese sentido: TADDEI, Marcelo Gazzi: O CADE e o controle preventivo dos atos de concentração empresarial, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 121, ano XL, jan-mar./2001, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2001, p. 89.

¹⁵⁸⁰ Por ejemplo, la constitución de un cártel.

¹⁵⁸¹ Cuando de la constitución de uno de los instrumentos jurídicos que fundamentan la operación de concentración empresarial, entendida ésta como el género, donde las especies, de entre muchas otras, son la fusión, la incorporación, la *corporated joint venture*, los grupos de sociedades (y sus variables), etc.

un Estado, todo el territorio nacional y, hasta incluso, el mercado regional (MERCOSUR) o internacional¹⁵⁸².

b) El mercado relevante material (o mercado de producto) es aquél en que el agente económico enfrenta la competencia, considerado el bien o servicio que suministra. La delimitación del mercado relevante material se hace a partir de la perspectiva del consumidor: si éste puede sustituir un producto o servicio por otro igual o semejante, ambos productos pertenecen al mismo mercado relevante material¹⁵⁸³.

Finalmente, localizado el mercado relevante, es necesario verificar si el suministrador, intermediario o adquirente del producto o servicio controla el respectivo segmento de la actividad económica. O sea, si las operaciones y negocios que desarrolla el operador repercuten considerablemente en las decisiones adoptadas por los demás agentes económicos en el mismo mercado. Existe la presunción de este control cuando la participación del empresario es del 20% en el mismo mercado relevante¹⁵⁸⁴.

b.2.4. De la creación de la Agencia Nacional de Defensa de la Competencia

Como anteriormente hemos dicho el CADE, autarquía federal, sería el órgano responsable de juzgar las operaciones de concentración en Brasil, en los términos de la ley 8.884/94.

Sin embargo, otros dos órganos forman parte del sistema de competencia de Brasil, los cuales son: la Secretaría de Derecho Económico (SDE)¹⁵⁸⁵ y la Secretaría de Acompañamiento Económico (SEAE)¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸² En estos dos últimos casos, se aplicaría el entendimiento de mercado relevante geográfico regional o internacional siempre y cuando la entrada de productos en territorio brasileño estuviera dispensada de cualquier tarifa arancelaria.

¹⁵⁸³ La ampliación de los límites del mercado relevante material es estrategia común en las defensas antitrust, y seguramente será bastante utilizada por los agentes económicos brasileños para desvincularse de la necesidad de la autorización del CADE para las prácticas concentracionistas. Véase, en ese sentido: FORGIONI, Paula A.: *Os fundamentos do antitruste*. RT editora, São Paulo, 1998, p. 209.

¹⁵⁸⁴ Véase, en ese sentido, art. 20, § 3 de la Ley 8.884/94, *cit*.

¹⁵⁸⁵ La SDE fue mantenida por la Ley 8.884/94 con la finalidad de instaurar y conducir las averiguaciones administrativas para apurar las infracciones al orden competencial y remitirlas

Así que son tres los órganos que ejercen el control de las concentraciones en Brasil: el CADE, la SDE y la SEAE.

Tres órganos distintos con competencia para apurar la infracción a la Ley 8.884/94, generaron una lentitud en el procedimiento de verificación de los actos de concentración. Así que los agentes públicos y privados, actuantes en el mercado, concluyeron de la necesidad de creación de un único órgano para coordinar las actividades de verificación del cumplimiento de la Ley 8.884/94, generando la unidad del procedimiento, y evitando la fragmentación actual.

De esta forma, surgió la propuesta de creación de una Agencia Nacional de Defensa de la Competencia (ANC), cuyas normas, poderes y procedimientos estarán disciplinados por un grupo de trabajo que constituirá un Proyecto de ley para su regulación¹⁵⁸⁷.

En los términos del Proyecto, la ANC será una autarquía federal, poseyendo independencia administrativa y financiera, ausencia de subordinación jerárquica y estabilidad de directores y consejeros.

La ANC albergaría las funciones hoy ejercitadas por la SDE, la SEAE y el CADE. La ANC estará subdividida en dos sectores bases: a) por un lado, las funciones administrativas y de investigación, que serían ejercidas por directorías con tal finalidad y; b) por otro lado, la función "judicial", de carácter administrativo y no jurisdiccional, que sería ejercida por un Tribunal de la Competencia, a crearse en el seno de la ANC.

El Proyecto, presentado para consulta pública, no deja claro el estatus jurídico, ni la independencia administrativa del Tribunal de la Competencia. Entendemos, sin embargo, que sólo un Tribunal con poderes para ejecutar sus decisiones, con autonomía administrativa y presupuestaria, podrá conformar una práctica en materia de competencia que pueda ser un paradigma para las empresas en el mercado, sean las mismas nacionales o

al CADE, para que éste las juzgue. Deberá la SDE emitir pareceres relativos a los aspectos competenciales verificados en las operaciones de concentración empresarial.

¹⁵⁸⁶ La SEAE es un órgano vinculado al Ministerio de la Hacienda y tiene como función emitir pareceres sobre aspectos económicos de los actos de concentración.

¹⁵⁸⁷ El grupo de trabajo fue creado por la Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000, DO de 14 de agosto de 2000.

extranjeras, generando mayor seguridad y transparencia jurídica para el propio mercado.

Sugeriríamos, por lo tanto, que el Tribunal de Competencia no estuviera subordinado a la ANC. Así, tendríamos dos órganos: la ANC, con funciones de investigación y el Tribunal de Competencia, con funciones “judiciales”. El Tribunal tendría las funciones que hoy son ejercidas por el CADE, preservando su estatus jurídico¹⁵⁸⁸. A su vez, la ANC ejercería las funciones que hoy son ejercitadas por la SDE y la SEAE, poseyendo naturaleza de autarquía federal, vinculada al Ministerio de la Hacienda o al Ministerio de la Justicia¹⁵⁸⁹.

Finalmente, en cuanto al Tribunal de Defensa de la Competencia, es importante subrayar la necesidad de vinculación de sus decisiones y de la formación de una práctica interpretativa, así como la articulación de éste con organismos internacionales, para la conformación de un verdadero Sistema de Defensa de la Competencia acorde con el dinamismo de la economía brasileña, que se pretende insertada en la economía global.

b.3. La extraterritorialidad del Derecho de la Competencia de Brasil

b.3.1. Introducción

La aplicación de la ley nacional de Defensa de la Competencia a empresas situadas en otros Estados no es una cuestión nueva ni original.

En realidad, este problema surgió hace ya bastantes años en el Derecho norteamericano y en el Derecho comunitario europeo, influenciado por un marco económico específico que se acentuó a partir de la década de los 80

¹⁵⁸⁸ Autarquía federal vinculada al Ministerio de la Justicia. Debido a la necesidad de independencia del Tribunal de la Competencia, sería más adecuada su vinculación al Ministerio de Justicia, como ocurre en EE.UU. con la División Antitrust del Departamento de Justicia (USDOJ), ya que poseería una equiparación con los organismos extranjeros de control de la concentración empresarial.

¹⁵⁸⁹ La Agencia Nacional de Defensa de la Competencia (ANC) podría estar vinculada tanto al Ministerio de Justicia, como al Ministerio de Hacienda, ya que sería bien más un órgano de asesoramiento y de constitución de políticas públicas de desarrollo de la actividad mercantil en el país.

y se intensificó en la década de los 90 (siglo XX)¹⁵⁹⁰. Este cuadro está compuesto por tres factores principales:

- a) la internacionalización de las economías nacionales;
- b) la transnacionalización de las empresas;
- c) la intervención de los Estados en las actividades económicas.

En virtud de la reunión de estos elementos, el comportamiento de las empresas es, en la actualidad, cada vez más global¹⁵⁹¹. Por lo tanto, es necesario un estudio, aunque breve, de la cuestión de la extraterritorialidad de la norma brasileña de defensa de la competencia, Ley 8.884/94.

b.3.2. La competencia internacional de los Estados en materia de defensa de la competencia – el caso brasileño

b.3.2.1. El criterio de la territorialidad de los efectos

El criterio de la territorialidad de los efectos, también conocido como criterio de la territorialidad objetiva, significa que el Estado es competente para aplicar su ley nacional de defensa de la competencia siempre que el comportamiento de la sociedad produzca efectos anticompetitivos en el mercado nacional de ese Estado.

La aplicación de este principio relega los demás criterios de definición de la extraterritorialidad de las normas, tales como la nacionalidad de la empresa autora del comportamiento anticompetencial o el local donde ocurrió tal comportamiento.

La Ley 8884/94 hace previsión expresa de la adopción del criterio de la territorialidad de los efectos, en su art. 2¹⁵⁹². Esta norma legal prevé, por lo tanto, la aplicación de las normas de defensa de la competencia brasileñas a los comportamientos que producen efectos de no competencia en Brasil.

¹⁵⁹⁰ Véase la cuestión de la extraterritorialidad de la norma de competencia, aplicada al derecho comunitario, en la Segunda Parte, Capítulos III y IV de nuestra tesis, arriba.

¹⁵⁹¹ Véase, en ese sentido: ALMEIDA, José Gabriel Assis de: A atuação do CADE no Brasil frente ao processo de globalização, *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Nº 7, julio de 1999, p. 75.

¹⁵⁹² "Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos", (subrayado nuestro), Ley 8.884/94, *cit.*

De este modo, es irrelevante determinar la nacionalidad de las empresas involucradas en la operación de concentración, su localización geográfica, así como el local donde el comportamiento se verificó. El único elemento relevante es el local donde fue producido el efecto de no competencia.

Sin embargo, la inclusión de este dispositivo en la ley brasileña nos plantea algunos problemas:

1) El primer problema sería el de la caracterización del comportamiento contrario a la competencia como externo. En efecto, el primer requisito para la aplicación del dispositivo legal es la determinación de si es el comportamiento externo, o sea, si el mismo no deriva de un comportamiento practicado por empresas ubicadas en Brasil, o que se hayan desarrollado en Brasil.

Así, la aplicación del criterio de la extraterritorialidad de los efectos para fundamentar la competencia del CADE debe ser olvidada, en favor de otros criterios de conexión, siempre que el comportamiento haya sido ejecutado en Brasil, o haya sido ejecutado por empresa que tengan ahí su sede social.

2) El segundo problema es el de la conciliación de este dispositivo con el enunciado de la primera parte del art. 20 de la misma ley 8.884/94¹⁵⁹³.

El art. 20 determina la competencia del CADE para la verificación de la infracción al orden económico brasileño, no sólo en función de los efectos del acto de concentración, sino también en función del objeto de la operación.

Es posible imaginar un comportamiento, verificado fuera de Brasil, y practicado por empresas ubicadas fuera de Brasil, que tengan por objeto la distorsión de la competencia en el mercado brasileño. Sin embargo, por motivo ajeno a la voluntad de las empresas, ese comportamiento no ha producido efectos en Brasil. Por un lado, este comportamiento, en los términos del art. 2, estaría fuera del alcance de la ley brasileña y fuera de la esfera de competencia del CADE para su control. Por otro lado, en los términos del art.

¹⁵⁹³ "Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham **por objeto** ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:..." (subrayado nuestro), Ley 8.884/94, *cit.*

20, este comportamiento constituiría infracción al orden económico brasileño. Se entendió, en este caso, que no se aplicaría la normativa brasileña ya que el art. 2 es tratado en el Título I de la Ley (disposiciones generales), Capítulo II (De la territorialidad de la norma) y, en una interpretación teleológica, sería preponderante sobre el art. 20, que reglamenta las infracciones.

Existe, por lo tanto, una clara distinción:

a) Los comportamientos verificados en Brasil serán sancionados, tengan por efecto u objeto la violación de la competencia en el mercado brasileño;

b) Ya los comportamientos verificados en el extranjero serán sancionados únicamente si generan efectos en el mercado brasileño¹⁵⁹⁴.

3) Otro problema es el de la caracterización del efecto en cuestión.

a) En primer lugar, debe de tratarse de un efecto sensible, ya que los efectos de reducido impacto no justifican la aplicación de la ley de defensa de la competencia.

b) En segundo lugar, debe ser un efecto directo, o sea, que la restricción de la competencia en el mercado brasileño derive inmediatamente del comportamiento de las empresas en el mercado¹⁵⁹⁵.

La experiencia del CADE demuestra que este criterio de extraterritorialidad de la norma de competencia de la ley brasileña de competencia ya fue invocado algunas veces¹⁵⁹⁶.

¹⁵⁹⁴ Esta distinción es impuesta por el mismo motivo que justifica la utilización del criterio de la extraterritorialidad de los efectos: el hecho de que el Derecho de la Competencia sea un derecho del mercado, que pretende proteger el mercado. Así, si el mercado no sufre no hay razón para la aplicación de la norma nacional. De este modo, se disminuyen los conflictos que podrían surgir en caso de que el Estado donde el comportamiento se verificó, o donde tienen su sede las empresas involucradas en la operación de concentración, expresamente autorice el comportamiento en cuestión. Ya la perspectiva interna es totalmente distinta. Aquí se sancionará tanto el comportamiento que tenga por efecto la limitación de la competencia en el mercado, como el comportamiento que tenga por objeto la limitación de la competencia en el mercado, independientemente del resultado alcanzado con tal comportamiento.

¹⁵⁹⁵ Si no fuera así, una vez que la globalización posibilitó que una actividad económica tenga efectos en todo el mundo, el ámbito de aplicación de la ley brasileña de defensa de la competencia sería vastísimo.

¹⁵⁹⁶ Véase, por ejemplo, el acto de concentración de nº 08012.007829/2001-03 CADE. Requirientes: *Henkel Loctite Adesivos Ltda.*; *Lord Industrial Ltda.*; *Liofol Indústria e Comercio de*

Un ejemplo que refiere a la problemática tratada se encuentra en el caso Kolinol/Colgate¹⁵⁹⁷, el cual nos referiremos a continuación.

En la decisión del CADE Kolinol/Colgate estaba en causa una operación de venta, promocionada por la American Home Products (EE.UU.), que decidió vender todos sus negocios en el área de salud bucal, a nivel mundial (la empresa actuaba en Europa, Extremo Oriente, América Latina y EE.UU.). Sus actividades se realizaban por medio de la subsidiaria Whitehall International Inc. y fueron adquiridas por la Colgate Company, en una operación realizada en EE.UU.

Se observa, por lo tanto, que no solamente las empresas involucradas en la operación de concentración, sino también el acto de concentración en sí eran extraños a Brasil.

Sin embargo, la operación generó efectos en Brasil, ya que la empresa Colgate, al adquirir la sociedad que estaba en competencia, pasó a detentar más del 75% del mercado de crema dental en el país.

El CADE apreció la operación de adquisición a luz de la Ley 8.884/94, sin ni siquiera haber sido levantada la cuestión de la competencia normativa, judicial o de ejecución de Brasil.

4) Un último problema al que nos debemos referir es el de la ratificación, depósito e incorporación por Brasil del Protocolo de Fortaleza que regula el Derecho de Competencia en MERCOSUR.

Así, en los términos del art. 1 del Decreto nº 3.602¹⁵⁹⁸, de 18 de septiembre de 2000¹⁵⁹⁹, el Protocolo de Fortaleza debe ser ejecutado

Adesivos Ltda., con voto del consejero relator (Miguel Tebar Barrionuevo) de 29 de mayo de 2002.

¹⁵⁹⁷ Decisión de 18/09/1996, AC 27/95, *K&S Aquisições Ltda. E Kolinol do Brasil S/A*, rel. Cons. Lucia Helena Salgado, publicada en la Revista del Ibrac (Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo), vol. 3, nº 10, p. 1.

¹⁵⁹⁸ "Art. 1º O Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, assinado em 17 de dezembro de 1996, e seu Anexo, assinado em Assunção, em 18 de junho de 1997, apensos por cópia a este Decreto, deverão ser executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém".

¹⁵⁹⁹ DECRETO Nº 3.602, de 18 de setembro de 2000, "Promulga o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, assinado em Fortaleza, em 17 de dezembro de 1996, e seu Anexo, assinado em Assunção, em 18 de junho de 1997", DO de 19/09/2000, cit.

directamente en Brasil. Por lo tanto, si se trata de una operación de concentración, que cumple los requisitos anteriormente analizados del Protocolo de Fortaleza (caracterización como operación de concentración del MERCOSUR), la normativa que se aplicará, aunque tenga sus efectos en Brasil, no será la de la ley 8.884/94, sino el Protocolo de Fortaleza.

Para concluir este punto podremos afirmar que, independientemente de lo que fue expuesto respecto del criterio de la territorialidad de los efectos, su aplicación encuentra algunas dificultades:

1) Así, el criterio de la territorialidad de los efectos puede asegurar la competencia normativa, pero no en el ámbito del juicio.

2) Además, el criterio de la territorialidad de los efectos enfrentaría el obstáculo de la competencia judicial para la ejecución. En efecto, puede ocurrir una imposibilidad práctica para proceder a la citación de una empresa con sede en el extranjero o para la ejecución de una multa impuesta a esa empresa por el CADE.

Hasta el momento el CADE no se ha enfrentado con estas dificultades, ya que las empresas involucradas en procedimientos de competencia ahí formulados cumplieron, voluntariamente, las determinaciones del órgano de competencia de Brasil. Sin embargo, lo mismo podrá, en cualquier momento, cambiar. De ahí entendemos, más que nunca, de la necesidad de fortalecimiento del Derecho de la Competencia del MERCOSUR, ya que así los intereses de las empresas en concentración dejarían de estar vinculados solamente a Brasil y pasarían a estar involucrados en un espacio geográfico y económico aún más ampliado. Brasil intenta hacer su parte con la ratificación e incorporación del Protocolo de Fortaleza a su ordenamiento jurídico interno.

b.3.2.2. El criterio de la territorialidad de los comportamientos

El criterio de la territorialidad de los comportamientos sirve, también, para asentar las bases de la competencia normativa y judicial en materia de defensa de la competencia. En los términos de este criterio de conexión, la norma se aplica a los comportamientos anticompetenciales verificados en el territorio brasileño.

Se trata, así, del otro aspecto del art. 2 de la Ley 8.884/94¹⁶⁰⁰.

Para comprender el alcance de este dispositivo, a los efectos que aquí nos interesan, es necesario tener en cuenta lo establecido en el párrafo único de este artículo. Tal párrafo reglamenta que se entiende ubicada en territorio brasileño la empresa extranjera que tenga en Brasil filial, agencia, sucursal, escritorio, agente o representante¹⁶⁰¹.

De este modo, es posible invocar la aplicación de la Ley 8.884/94 al comportamiento materialmente verificado en el exterior, de responsabilidad de una empresa con sede en el exterior, pero que tenga un vínculo con Brasil. O sea, es posible imputar el comportamiento a la prolongación, ubicada en Brasil, de la empresa extranjera.

Para que esta imputación sea posible, sin embargo, es necesario que sean cumplidas dos condiciones:

1) La primera condición es la existencia de un vínculo entre la empresa extranjera y una entidad ubicada en territorio brasileño.

Así, puede ser un vínculo de sociedad madre – filial (en una clara referencia legal al grupo de sociedades), sucursal, o establecimiento. En estas hipótesis, existirían posibilidades de existencia de una única personalidad jurídica de la actividad empresarial, desarrollada en el extranjero y en Brasil¹⁶⁰², o el caso de la existencia de múltiples personalidades jurídicas¹⁶⁰³. En realidad, el elemento decisivo para la aplicación de la Ley 8.884/94 por el criterio de la territorialidad de los comportamientos nos parece que es, no la personalidad jurídica, sino la existencia de un control, ejercido desde el exterior.

2) Por lo tanto, la segunda condición para que se adopte el criterio de la territorialidad de los comportamientos anticompetenciales es la existencia

¹⁶⁰⁰ "Art. 2º. Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos" (subrayado nuestro).

¹⁶⁰¹ "Parágrafo único. Reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante", art. 2, § único, Ley 8.884/94.

¹⁶⁰² Como sería el caso de la existencia de un simple escritorio de representación.

¹⁶⁰³ Sería éste el caso de los grupos de sociedades.

del control por parte de la empresa extranjera sobre la unidad que opera en Brasil (por la forma de grupo de sociedades, sucursal, representación, etc.)¹⁶⁰⁴.

Finalmente, después de analizadas las posibilidades de aplicación de la ley brasileña para control de las operaciones de concentración empresarial, con especial referencia al grupo de sociedades, traemos a discusión una decisión reciente del CADE, demostrativa de las líneas de desarrollo de la jurisprudencia en la materia en Brasil.

b.4. Análisis de la concentración empresarial en Brasil y la actuación del CADE – el asunto AmBev

No hace mucho tiempo fue sometida a la apreciación del CADE una fusión en el sector de bebidas entre dos empresas (Antarctica y Brahma) que generaron, por el instrumento de concentración, la empresa AmBev¹⁶⁰⁵.

La solicitud de análisis del acto de concentración fue protocolizada en fecha de 2/7/1999 y la operación fue aprobada por el CADE en 30/3/2000, después de nueve meses de análisis.

La creación de la AmBev fue sometida a la apreciación del CADE porque el acto de concentración representaba más del 20% del mercado relevante de bebidas en Brasil. La unión de Brahma y Antarctica representaría un 72% del mercado de cerveza de Brasil, y un 40% del mercado de bebidas en general.

La SEAE emitió su parecer en noviembre de 1999¹⁶⁰⁶, proponiendo la venta de la marca Skol, parte integrante del activo de Brahma. En su parecer, elaborado posteriormente, la SDE entendió que, para evitar perjuicios a los consumidores, la AmBev debería vender los activos de una de las tres marcas involucradas en la operación (Brahma, Skol o Antarctica)¹⁶⁰⁷.

En la 161 Sección Ordinaria, de 29/03/2000, el CADE aprobó la fusión de Brahma y Antarctica, con la creación de la empresa AmBev, transformándola en la mayor productora de bebidas de Latinoamérica, y la

¹⁶⁰⁴ Para un análisis del mecanismo de control en la concentración empresarial, véase la tercera parte de la tesis.

¹⁶⁰⁵ Ato de Concentración nº 08012.005846/99-12, CADE.

¹⁶⁰⁶ Parecer nº 188/99/MF/SEAE/COGSE/COGDC – 11/11/1999.

¹⁶⁰⁷ Parecer de 31/01/2000, AC nº 08012.005846/99-12.

tercera productora mundial de cervezas. La aprobación fue sin restricciones para los mercados de refrescos u otras bebidas no alcohólicas y, bajo condiciones para el mercado de cerveza¹⁶⁰⁸.

Finalmente, el termo de compromiso tendrá la duración de cinco años y, el no cumplimiento de cualquiera de sus disposiciones implicará la aplicación de una multa de 5.000 UFIRs¹⁶⁰⁹ diarias, que podrá ser aumentada en hasta 20 veces, sin perjuicio de demás providencias legales (como, por ejemplo, la desconstitución de la operación)¹⁶¹⁰.

b.5. Breves conclusiones

Brasil, siguiendo la tendencia mundial de liberalización de los mercados, en la primera mitad de los años 90 realizó su apertura económica. Con tal movimiento, ha expuesto el mercado nacional a los efectos de la competencia internacional.

Si, por un lado, tal exposición ha generado mejoras en la calidad de los productos o de los servicios suministrados en el país, además de incrementar la productividad en muchos sectores de la economía nacional, por otro lado ha sometido a las empresas establecidas en el país a los efectos dañosos de conductas desleales algunas veces practicadas en el comercio internacional. Para la protección contra prácticas desleales internacionales, el

¹⁶⁰⁸ Las condiciones para el mercado de cerveza fueron las siguientes: a) viabilidad de nueva sociedad en competencia, mediante la alineación de la marca *Bavaria*; b) transferencia de los contratos de suministro y distribución relacionados a la marca *Bavaria*; c) alienación de una unidad fabril para la producción de cerveza, ubicada en cada una de las cinco regiones del mercado relevante geográfico (Sur, Sudeste, Centro-este, Nordeste y Norte); d) acceso a la distribución para el mercado (la AmBev deberá compartir su red de distribución con el comprador de la marca *Bavaria*, en todas las regiones del país, por el plazo de cuatro años, prorrogable por más dos años); e) la AmBev deberá providenciar la oferta pública de las unidades fabriles de cerveza que pretenda desactivar en los próximos cuatro años, teniendo prohibido cerrar una fábrica de cerveza sin antes promover la oferta a la competencia para su adquisición; f) la AmBev debería promocionar un programa de reubicación de los trabajadores que perdieron su empleo en razón de la concentración en los próximos cuatro años; g) retirada de la obligación de exclusividad en sus puntos de venta; h) la alienación de la marca *Bavaria* debe ser realizada para empresa independiente, que no tenga ningún vínculo con la AmBev, empresa nacional o extranjera, y que no detente, en la fecha de la decisión, más de un 5% de participación en el mercado relevante de cerveza en Brasil.

¹⁶⁰⁹ UFIR – unidad fiscal de referencia. Es un índice de indexación, que tiene como objetivo servir de medida para el cumplimiento de obligaciones fiscales. El valor de la UFIR recibe actualización mensual. Véase: Ley n.º 8.383, de 30 de diciembre de 1991, que instituyó la UFIR, DO 31/12/1991.

¹⁶¹⁰ Importante subrayar que la imposición de multa por el no cumplimiento de los términos del compromiso asumido por las empresas involucradas en la operación de concentración no se encuentra expresamente previsto en la Ley 8.884/94.

país posee la ley de defensa comercial (ley antidumping y subsidio)¹⁶¹¹, y para permitir el desarrollo de las empresas establecidas en Brasil y asegurarles condiciones para enfrentar la competencia internacional en el mercado nacional e internacional existente, la Ley Antitrust¹⁶¹².

El CADE, como principal órgano responsable por la aplicación de la ley antitrust, asume un papel fundamental en la adecuación de las imperfecciones del mercado, no teniendo cómo huir a la realidad económica. En su función, la autarquía no repele el proceso de concentración empresarial en sí, sino tan sólo previene los efectos de no competencia que de ella puedan resultar. Cada situación concreta merece su examen, a fin de evaluar las ventajas y desventajas decurrentes del acto, considerando que no todo ajuste o concentración son anticompetencial y que, además, aunque lo sean, pueden ser admitidos en razón de los beneficios que proporcionen a la colectividad¹⁶¹³.

Brasil presenta un número creciente de operaciones de concentración empresarial, realizadas con el objetivo de adquirir competitividad local e internacional. Los actos de concentración son apreciados bajo los criterios previstos en el art. 54 de la Ley 8.884/94, y han sido aprobados por el CADE dentro de patrones aceptables, no registrándose casos de abusos de poder económico, incluso en situaciones en que se constató ampliación expresiva de la participación de las empresas involucradas en determinados mercados relevantes¹⁶¹⁴.

En este contexto, la aprobación de la AmBev constituyó un importante paso para el Derecho de la Competencia brasileño. La creación de la AmBev, por más controversias que haya generado, se encuentra en consonancia con el proceso de formación de grandes grupos económicos verificado en el ámbito internacional, que se justifica como medio adecuado de fortalecimiento de las empresas nacionales para enfrentarse a la competencia externa y disputar el mercado global. La AmBev, partiendo del quinto mayor

¹⁶¹¹ Ley nº 9.019, de 30 de marzo de 1995, BO de 31/03/1995.

¹⁶¹² Ley 8.884/94, *cit.*

¹⁶¹³ FONSEA, José Júlio Borges da: *Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais*. Editora Atlas, São Paulo, 1997, p. 27.

¹⁶¹⁴ MAGALHÃES, José Carlos de y SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda: A concentração de empresas e a competência do CADE, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Malheiros Editores, nº 113, São Paulo, 1999, p. 39.

mercado de cervezas mundial que es Brasil, en la actualidad, es –ya lo hemos apuntado- la tercera mayor productora de cerveza en el mundo¹⁶¹⁵. Con un patrimonio neto de R\$ 2,8 mil millones de reales, la Cia. De Bebidas da América (AmBev) surgió como un gigante con fuerza para disputar con las mayores compañías mundiales del sector. Es un claro ejemplo de la adopción de la legislación antitrust, y del control de las concentraciones empresariales, como política pública de desarrollo económico y social.

Después de analizados los sistemas de control de las concentraciones empresariales en Argentina y Brasil, estando demostrada la proximidad entre los sistemas de las dos mayores economías de la región (MERCOSUR y Cono-sur), cabe resaltar la situación del Derecho de la Competencia en Paraguay y Uruguay. Como ya referimos anteriormente, estos dos países (miembros de pleno derecho del MERCOSUR), no tienen una legislación específica de control de las concentraciones empresariales. Así que tan sólo referiremos a los dispositivos legales de los mismos que podrían permitir un control de las concentraciones, en defensa de la libre competencia.

C. Paraguay

Paraguay aún no cuenta con una ley nacional de defensa de la competencia. Existen inevitables limitaciones en esta área, tales como: recursos humanos (RR.HH.), recursos financieros, y falta de cultura de competencia. Existe un proyecto de ley culminado a nivel técnico en el año 2002 que está siendo evaluado por el poder ejecutivo previo a su envío al Parlamento. Se requiere asistencia técnica para disminuir la demora en la aprobación de la Ley por el Parlamento a través de programas específicos de capacitación a parlamentarios, funcionarios públicos y representantes clave de la sociedad civil, acerca de las disposiciones, objetivos y beneficios de contar con una ley de defensa de la competencia a nivel nacional¹⁶¹⁶.

¹⁶¹⁵ Las dos primeras compañías en el mercado mundial de cervezas son, en este orden: *Budweiser* y *Heineken*. Véase, en ese sentido: TADDEI, Marcelo Gazzzi: O CADE e o controle preventivo dos atos de concentração empresarial, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Malheiros Editores, nº 121, São Paulo, 2001, p. 93.

¹⁶¹⁶ El Grupo Consultivo sobre Economías más pequeñas del ALCA, estableció la necesidad de la constitución de un proyecto de cooperación para el Mejoramiento de la capacidad institucional para la formulación, aprobación y aplicación de una ley nacional de defensa de la competencia. Programas de Capacitación de funcionarios públicos, parlamentarios y sociedad civil (Doc. FTAA.sme/110, de 12 de agosto de 2003).

El proyecto de asistencia técnica podrá brindar al Paraguay un mejoramiento de la capacidad técnica de los funcionarios que estarán a cargo de la aplicación de la futura ley de defensa de la competencia, ayudará a reducir las limitaciones actuales que enfrenta el Paraguay como la carencia de RR.HH. expertos en esta área, escasez de recursos financieros, demora en la aprobación de la ley en el Parlamento, en especial por la falta de conocimiento acerca de la cultura de competencia por parte de parlamentarios y la sociedad civil en general.

Finalmente, el proyecto tendrá como objetivos la aprobación de ley de defensa de la competencia del Paraguay y la capacitación de los RR.HH. sobre la cultura de la competencia.

D. Uruguay

Uruguay cuenta con una legislación insuficiente en cuanto a la regulación del control de las concentraciones empresariales.

La ley 17.243¹⁶¹⁷, fue la que, por primera vez, en sus artículos 13, 14 y 15 disciplinó la materia de la competencia en Uruguay¹⁶¹⁸. Luego, en

¹⁶¹⁷ Publicada en el BO de 6 de julio de 2000, n° 25554.

¹⁶¹⁸ "Artículo 13.- Las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera que fuere su naturaleza jurídica, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (artículos 7° y 36 de la Constitución de la República) o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.

Artículo 14.- Prohíbense los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, tales como:

A) Imponer en forma permanente, directa o indirectamente, precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores.

B) Restringir, de modo injustificado, la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico, en perjuicio de empresas o de consumidores.

C) Aplicar injustificadamente a terceros contratantes condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia.

D) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos, en perjuicio de los consumidores.

E) En forma sistemática, vender bienes o prestar servicios a precio inferior al costo, sin razones fundadas en los usos comerciales, incumpliendo con las obligaciones fiscales o comerciales.

La aplicación de estas normas procede cuando la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general.

Artículo 15.- El Poder Ejecutivo reglamentará las disposiciones del presente Capítulo y dispondrá las medidas pertinentes para la aplicación de dichas disposiciones.

seguida fue promulgada la Ley 17.296¹⁶¹⁹, que en sus artículos 157 y 158 viene a complementar la ley anterior¹⁶²⁰. Ambas leyes fueron reglamentadas por el Decreto 86/2001¹⁶²¹.

Dicha normativa se ha estimado insuficiente, en lo formal y en lo material. Lo primero, porque en las referidas oportunidades aquella ingresó, por una parte, en leyes de diverso y múltiple objeto y alcance como fueron la Ley

Toda contienda que se suscite que refiera a la materia regulada en este Capítulo podrá ser sometida por las partes a arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el Título VIII del Libro II del Código General del Proceso (Ley N° 15.982, de 18 de octubre de 1988). La reglamentación promoverá la habilitación de centros especializados a tales efectos".

¹⁶¹⁹ Ley N° 17.296, publicada en el DO de 23 de febrero de 2001, n° 25714.

¹⁶²⁰ "Artículo 157.- La reglamentación dictada por el Poder Ejecutivo establecerá a qué repartición del Estado se le asigna competencia en el control de los actos y conductas prohibidos por el artículo 14 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000, que serán sancionados de la siguiente forma:

a) Apercibimiento.

b) Apercibimiento con publicación a costa del infractor.

c) Orden de cese definitivo de los actos o conductas prohibidas y la remoción de sus efectos.

d) Multa de 500 UR (quinientas unidades reajustables) hasta 20.000 UR (veinte mil unidades reajustables) según que la infracción se califique de leve, grave o muy grave.

Las sanciones podrán aplicarse independiente o conjuntamente según resulte de las circunstancias del caso. En el caso de que la gravedad de la infracción lo requiera, podrá ordenarse el cese provisorio de los actos o conductas prohibidos, sin perjuicio de la iniciación del proceso administrativo que corresponda.

Los criterios que se tendrán en consideración para determinar la gravedad de la infracción serán el daño causado, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la participación del infractor en el mercado, la duración de la práctica prohibida y la reincidencia o antecedentes del infractor.

Artículo 158.- El órgano de aplicación de las normas contenidas en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000, tendrá las siguientes funciones y facultades:

a) Requerir a las autoridades nacionales o municipales y a los particulares, la documentación, información y colaboración que juzgue necesarias a los efectos de cumplir con sus cometidos y en especial, con los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes.

b) Habilitar los centros especializados de arbitraje a que refiere el artículo 15 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000.

c) Emitir opinión en los asuntos que se sometan a su consideración o que analice en el marco de su competencia e informar y asesorar respecto de acuerdos, prácticas restrictivas, decisiones de empresas y demás cuestiones relativas a la defensa de la competencia.

d) Imponer las sanciones establecidas en la presente ley.

e) Dispondrá de las más amplias facultades de investigación y fiscalización, pudiendo requerir de los organismos especializados la colaboración necesaria a los efectos de la realización de inspecciones, investigaciones, pericias, controles y comprobaciones. Podrá asimismo, requerir la comparecencia de los investigados y de terceros a los efectos de proporcionar información. Los datos e informaciones obtenidos solo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta ley.

f) Solicitar en forma fundada, al Juez competente, las medidas cautelares que estime pertinentes, procedimiento en el que estará exonerado de prestar contra cautela.

g) Proyectar y someter a la consideración del Poder Ejecutivo el procedimiento pertinente, a los efectos de la constatación de la realización de los actos o las prácticas prohibidas y la aplicación de sanciones, ya sea de oficio o por denuncia de parte interesada y legitimada al respecto, garantizándose al denunciado o investigado el ejercicio del derecho de defensa.

h) Promover la celebración de acuerdos, conciliaciones o compromisos de cese, en los asuntos sometidos a su consideración.

¹⁶²¹ Decreto 86/2001, de 15 de marzo de 2001.

de Urgencia I y la Ley de Presupuesto, y por otra parte, la misma sólo contiene unas pocas disposiciones en la materia. Lo segundo, porque las soluciones adoptadas en aquella normativa sólo comprenden una parte del universo propio de la defensa de la competencia en el mercado y no resuelven ciertas problemáticas que se plantean en ese ámbito, a la vez que algunas de las soluciones legisladas tienen aptitud para limitar o condicionar la propia regulación suficiente y adecuada de la competencia y para dificultar, en consecuencia, la aplicación misma de sus disposiciones en la realidad nacional, particularmente si ellas son comparadas con las normas vigentes en la materia, tanto en otros países de la región como en países de la extrarregión, y con la práctica que se ha derivado de su aplicación en el país¹⁶²².

Como hemos dicho, será necesaria una conformación de la legislación de defensa de la competencia en Uruguay, que se encuentra dispersa, a fin de alcanzar su consolidación, y para lograr su futura efectividad. Además, entendemos, como ya hemos demostrado, que ello es esencial para el fortalecimiento y facilitación de la armonización del Derecho de la Competencia de MERCOSUR.

Después de un análisis más detenido del Derecho de la Competencia en Brasil y Argentina, y de una forma más breve en Uruguay y Paraguay, por cuestiones no sólo de dimensión de las economías de los países, sino también, y principalmente, por el desarrollo legislativo y jurisprudencial de la materia en dichos Estados, cumple ahora resaltar la cuestión de la defensa de la competencia en los miembros asociados del MERCOSUR. Por las mismas argumentaciones hechas anteriormente, nos vamos a detener con más detalle en el estudio de la libre competencia en Chile, y con menor acercamiento al caso de Bolivia, cuestión que pasamos a analizar.

¹⁶²² Véase, en ese sentido: RIPPE, Siegbert y HARGAIN, Daniel. Proyecto de ley de defensa de la competencia, Boletín Latinoamericano de Competencia, n° 15, octubre 2002, p. 142-143. Véase, aún: HARGAIN, Daniel: *Análisis de la Legislación de Defensa de la Competencia*. La Justicia Uruguaya, tomo 124, septiembre/octubre 2001, Montevideo, p. 107 y ss.; HARGAIN, Daniel: *Defensa de la Competencia y Política de Competencia*. Tribuna del Abogado, Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo, n° 127, marzo/abril 2002, p. 19 y ss.

4.2. El Derecho de la Competencia en los Estados asociados al MERCOSUR

A. Bolivia

Como ocurre en Paraguay y Uruguay (miembros de pleno derecho en MERCOSUR), Bolivia (miembro asociado) no cuenta con una legislación específica que reglamente el control de las concentraciones empresariales.

En Bolivia, la reglamentación básica existente son los artículos 134¹⁶²³ y 142¹⁶²⁴ de la Constitución Política de Bolivia¹⁶²⁵.

Además, existen normas que regulan la competencia en dos leyes más: la Ley de Inversiones de Bolivia¹⁶²⁶, y la Ley del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE)¹⁶²⁷. Al respecto señalamos:

1) En la Ley de Inversiones se reafirma, en su artículo 14 la imposibilidad, en los términos de la Constitución de Bolivia, de la existencia de monopolios privados en el país¹⁶²⁸. Además, en su art. 16 y siguientes reconoce la existencia de los contratos asociativos, reglamentando los contratos de *joint venture*¹⁶²⁹.

2) A su vez, la Ley n° 1600, que crea el SIRESE, reglamenta el control de las concentraciones empresariales en Bolivia. Así, en su art. 10, apartado b) fundamenta la atribución de los Superintendentes Sectoriales para

¹⁶²³ "Art. 134 - No se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la independencia económica del Estado. No se reconoce ninguna forma de monopolio privado. Las concesiones de servicios públicos, cuando excepcionalmente se hagan, no podrán ser otorgadas por un período mayor de cuarenta años".

¹⁶²⁴ "Art. 142 - El Poder Ejecutivo podrá, con cargo de aprobación legislativa en Congreso, establecer el monopolio fiscal de determinadas exportaciones, siempre que las necesidades del país así lo requieran".

¹⁶²⁵ Constitución Política de Bolivia de 1967, con las reformas de 1994 (Texto acordado 1995) - Ley n° 1615, de 6 de febrero de 1995.

¹⁶²⁶ Ley n° 1182, de 17 de septiembre de 1990.

¹⁶²⁷ Ley n° 1600, de 28 de octubre de 1994.

¹⁶²⁸ "Art. 14 - De acuerdo a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado no se reconoce ninguna forma de monopolio privado. Las actividades de producción, comercialización interna, de exportación e importación así como de intermediación financiera no podrán invocar privilegios proteccionistas del Estado, debiendo realizar sus actividades dentro de un marco de eficiencia económica y competitividad".

¹⁶²⁹ "Art. 16 - Se reconocen las inversiones conjuntas entre inversionistas nacionales y/o extranjeros, bajo la modalidad de Riesgo Compartido (*Joint Venture*) u otras". Como me he referido anteriormente en mi tesis, el contrato de *joint venture* bajo la modalidad *cooperated joint venture* es calificado como un instrumento de concentración empresarial.

realizar el control de las concentraciones en los sectores de su competencia¹⁶³⁰.

A continuación, el Título V de la ley, establece las disposiciones antimonopólicas y de defensa de la competencia en Bolivia.

El artículo 15 establece la obligación de la adecuación de la actuación de las empresas en los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes y agua a la libre competencia¹⁶³¹. El artículo 16 prohíbe la práctica de acuerdos anticompetitivos¹⁶³².

A su vez, las prácticas abusivas también están reglamentadas en la ley (art. 17), con la característica de no sólo estar calificadas como tal cuando conduzcan a situaciones anticompetitivas en la competencia (efectos), sino también el mero propósito de perjudicar los competidores¹⁶³³.

¹⁶³⁰ **“Art. 10 - (Atribuciones)** Son atribuciones generales de los Superintendentes Sectoriales, además de las específicas establecidas en las normas legales sectoriales, las siguientes: ...
b) Promover, en el marco de la ley, la competencia y la eficiencia en las actividades de los sectores regulados por SIRESE e investigar posibles conductas monopólicas, anticompetitivas y discriminatorias en las empresas y entidades que operan en dichos sectores, cuando considere que pueden ir en contra del interés público, de acuerdo con el Título V de la presente ley”.

¹⁶³¹ **“Art. 15 (Alcances)** - Salvo por lo dispuesto por las normas legales sectoriales respectivas, las empresas y demás entidades que realicen actividades en los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes y aguas y de otros sectores que fueran incorporados a los alcances de la presente ley, adecuarán sus actividades a principios que garanticen la libre competencia, evitando actos que la impidan, restrinjan o distorsionen”.

¹⁶³² **“Art. 16 - (Acuerdos anticompetitivos)** - Las empresas y entidades que realicen actividades en los sectores regulados por la presente ley, quedan prohibidas de participar en convenios, contratos decisiones y prácticas concertadas, cuyo propósito o efecto fuere impedir, restringir o distorsionar la libre competencia por medio de:

a) La fijación conjunta, directa o indirecta de precios;
b) El establecimiento de limitaciones, repartición del control de la producción, los mercados, fuentes de aprovisionamiento o las inversiones; o
c) El desarrollo de otras prácticas anticompetitivas similares”.

¹⁶³³ **“Art. 17 - (Prácticas abusivas).** Queda prohibido a las empresas o entidades sujetas a regulación bajo la presente ley, realizar prácticas abusivas que tuvieran el propósito o efecto de perjudicar a sus competidores clientes y usuarios, conduciendo a situaciones anticompetitivas en la concurrencia a uno o más mercados. Dichas prácticas abusivas podrán consistir en:

a) La imposición directa o indirecta de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales no equitativas;

b) La limitación de la producción, de las fuentes de aprovisionamiento, de los mercados, o del desarrollo técnico, en perjuicio de los consumidores;

c) La aplicación de condiciones desiguales para operaciones equivalentes, que signifiquen para los clientes y usuarios una situación de desventaja;

d) Subordinar la suscripción de contratos a la aceptación por la contraparte de obligaciones adicionales que, por su naturaleza, o según las prácticas comerciales, no sean inherentes al

Las fusiones que tengan por efecto establecer, promover y consolidar una posición dominante quedan prohibidas por la ley (art. 18)¹⁶³⁴. La ley no prevé, como por ejemplo la ley brasileña de control de las concentraciones empresariales, un límite de minimis para la calificación de una posición dominante, lo que, a nuestro entender, resulta la calificación de la misma más difícil.

Finalmente, el art. 19 de la ley boliviana establece la posibilidad de una exclusión del régimen de la ley, posibilitando la fusión, como ocurre en todas las legislaciones de la región¹⁶³⁵.

Después de este análisis legal de la situación del control de la concentración en Bolivia pasamos a verificar la situación en Chile, para entonces concluir nuestra tesis.

B. Chile

Chile mantiene, desde mediados de la década de los ochenta, una tasa de crecimiento económico constante. El mérito es, en parte, de una autoridad económica que ha seguido reglas del juego claras y estables, en materia económica y financiera¹⁶³⁶.

Desde un punto de vista histórico el régimen de defensa de la libre competencia, como bien jurídico protegido, no ha tenido en Chile una regulación y análisis especial si no a partir de la década de los cincuenta.

objeto de dichos contratos.

e) Exigir que quien solicite la provisión de un servicio regulado, asuma la condición de socio o accionista”.

¹⁶³⁴ **“Art. 18 (Prohibición de fusiones entre competidores)** Quedan prohibidas las fusiones de empresas y entidades competidoras sujetas a regulación bajo la presente ley, cuando las fusiones tengan como efecto establecer, promover y consolidar una posición dominante en algún mercado específico.

A los efectos de esta ley, se entiende que una empresa o entidad tiene una posición dominante en el mercado, si como oferente o demandante de un determinado tipo de bienes o servicios regulados, es la única dentro del mercado o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo”.

¹⁶³⁵ **“Art. 19 (Exclusión)** Previo dictamen fundamentado del Superintendente Sectorial, mediante Resolución Suprema correspondiente, podrán quedar excluidas de la prohibición establecida en el artículo 18° de esta ley, las fusiones que contribuyan a la mejora de la producción o distribución de bienes y servicios regulados o a promover el progreso técnico o económico, en beneficio de los consumidores y usuarios y que no conlleven la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada”.

¹⁶³⁶ PAREDES, Ricardo: *Políticas de Competencia en países sin tradición de mercado: el caso de Chile, Perspectivas*. N° 1, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1997, p.1.

Durante el Segundo Gobierno del Presidente Carlos Ibáñez del Campo (1952 a 1958), se buscó y contrató la asesoría técnica en materia económica y financiera de un grupo de expertos norteamericanos, denominado misión Klein-Sacks, para perfeccionar la regulación del modelo económico; evidenciadas las dificultades que traía consigo el sistema de control de precios imperante¹⁶³⁷.

Así, gracias al impulso dado por la misión Klein-Sacks, nace la primera normativa especial antimonopolios con que contará Chile en materia de libre competencia: la Ley n° 13.305 de 1958. Esta ley tendrá su origen en la entonces ley norteamericana antimonopolios.

En el año 1973, dada la crisis institucional que vivía el país debido al abrupto fin del régimen democrático, con la institución de la dictadura en el país, fueron varios los cuerpos legales modificados, entre los cuales se encontraba la ley 13.305, antes mencionada.

El Decreto Ley n° 211 de 1973¹⁶³⁸, que sustituyó la Ley 13.305, es una de las normas fundamentales que estructuran el régimen de defensa de la libre competencia en Chile.

El DL n° 211 de 1973, cuyo texto refundido fija el Decreto del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 17 de septiembre de 1980, establece las normas para la defensa de la libre competencia.

Brevemente se analizará la estructura orgánica del régimen de defensa de la libre competencia (en el n° b.1) y el sistema de conductas atentatorias al régimen de libre competencia (en el n° b.2).

b.1. Estructura orgánica del sistema chileno de libre competencia

Actualmente existe un proyecto de ley tendente a reformar la estructura orgánica del régimen de libre competencia que impera en Chile¹⁶³⁹,

¹⁶³⁷ YRARRAZAVAL C., Arturo: Orden Público Económico: ficción o realidad, *Revista del Abogado*. N° 15, Año 5, Santiago de Chile, abril 1999, p. 57 y ss.

¹⁶³⁸ El Decreto Ley n° 211 ha sido modificado por el decreto n° 2.760 de 1979, por la Ley n° 18.118 de 1982, por la Ley n° 19.336 de 1994 y por la Ley n° 19.610, de 1999. Véase, aun, el Decreto n° 511, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinador y sistematizador del Decreto Ley n° 211 (17/09/1980), DO de 27 de octubre de 1980. En adelante DL n° 211.

en todo caso, el sistema orgánico se rige por el DL 211 que establece un conjunto de organismos funcionalmente diferenciados, y que constituyen los engranajes del régimen de protección de la libre competencia en Chile.

El Art. 6 del DL 211 establece el sistema orgánico del régimen de defensa de la libre competencia, al señalar que: "Para la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica, aún cuando no fueren constitutivos de delito, habrá los siguientes Organismos y Servicio:

- a) Las Comisiones Preventivas Regionales;
- b) La Comisión Preventiva Central;
- c) La Comisión Resolutiva;
- d) La Fiscalía Nacional Económica.

Todas las referencias que normas legales o reglamentarias hagan a las Comisiones Preventivas Provinciales, a la Fiscalía de la Defensa de la Libre Competencia y al Fiscal, se entenderán hechas a las Comisiones Preventivas Regionales, a la Fiscalía Nacional Económica y al Fiscal Nacional, respectivamente". Analizaremos cada entidad por separado en cuanto a su constitución y funciones específicas.

b.1.1. La Fiscalía Nacional Económica

La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público permanente, independiente de cualquier otra autoridad, con personalidad y patrimonio propio, encargado de velar por la libre competencia. Su función principal es la de investigar todo hecho, acto o convención que tienda a menoscabar, restringir o eliminar la competencia económica en el mercado, y someter el resultado de sus investigaciones al conocimiento de las Comisiones Resolutiva o Preventivas.

¹⁶³⁹ Propiamente un anteproyecto que se encuentra en estudio por parte de la Secretaría General de la Presidencia.

La Fiscalía Nacional Económica ha cumplido debidamente su función de órgano regulador y fiscalizador, constituyéndose en un verdadero garante del orden público económico.

El art. 27 del DL 211 establece una serie de facultades derivadas de la facultad de instrucción a la investigación de hechos ilícitos. En último término es el ejercicio de la acción penal cuyo procedimiento está regulado en el Título V de la ley, por orden de la Comisión Resolutiva.

Pero la Fiscalía Nacional Económica tiene en las Comisiones la base orgánica de su funcionamiento. Atendiendo a ello, explicaremos a continuación el funcionamiento de dichas Comisiones.

b.1.2. Las Comisiones Preventivas

El Título II del DL 211 regula las denominadas Comisiones Preventivas Central y Regionales. El Art. 7 señala que "En cada capital de región existirá una Comisión Preventiva Regional, que estará integrada por las siguientes personas:

- a) El Secretario Regional Ministerial de Economía, que la presidirá;
- b) Un miembro designado por el Intendente Regional;
- c) Un profesional universitario designado por el Consejo Regional;
- d) Un representante de las Juntas de Vecinos, elegido por los Presidentes de Juntas de Vecinos de la ciudad capital de la región, en reunión especialmente convocada al efecto por el correspondiente Fiscal Regional.

El integrante mencionado en la letra a) precedente será reemplazado, en caso de ausencia o impedimento, por su representante legal. Respecto de los demás integrantes, deberá designarse un titular y un suplente, quienes permanecerán dos años en sus cargos.

En ausencia del Presidente titular o suplente, la Comisión será presidida por el integrante que le siga en el orden de precedencia establecido en este artículo, que se encuentre presente.

El quórum para la sesión será de tres miembros, al menos, y los acuerdos se adoptarán por simple mayoría. En caso de empate, decidirá el voto de quien presida”.

Entre sus atribuciones se cuenta: resolver consultas acerca de los actos o contratos existentes que podrían infringir las disposiciones de la presente ley; pronunciarse respecto de las consultas que se formulen sobre actos o contratos que se propongan ejecutar o celebrar en cuanto puedan alterar la libre competencia; velar porque dentro de su respectiva jurisdicción se mantenga el juego de la libre competencia y no se cometan abusos de una situación monopólica, pudiendo conocer, de oficio o a petición de cualquiera persona, de toda situación que pudiera alterar tal libre juego o constituir esos abusos, y proponer los medios para corregirla; requerir de la Fiscalía la investigación de los actos contrarios a la libre competencia o que pudieren constituir abusos de una situación monopólica; solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos o servicios públicos; de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado tenga directa o indirectamente, aporte, representación o participación, y de las municipalidades; a requerimiento del Fiscal, solicitar del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción o de cualquier otro organismo o servicio público el ejercicio de sus facultades reguladoras de la actividad económica, con carácter preventivo, a fin de impedir los efectos perjudiciales de los actos que se investigan.

Las decisiones de las Comisiones Preventivas están sometidas al control, por vía de recurso exclusivo y excluyente, de la Comisión Resolutiva como señalan los Art. 9 y 12 del Decreto Ley.

La Comisión Preventiva Central cumple, en último término, con un fin similar a la Federal Trade Comition estadounidense¹⁶⁴⁰.

b.1.3. La Comisión Resolutiva

La Comisión Resolutiva, como todo órgano en proceso de constitución, tuvo que delimitar su campo de acción a través de su propia

¹⁶⁴⁰ PAREDES, Ricardo: *Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio en Chile*. Informe Proyecto TAL, Santiago de Chile, 1994, p. 5.

normativa interna, ya que existía una determinación externa de competencia¹⁶⁴¹.

Tratada en el Título III del Decreto Ley, como señala el Art. 16, la Comisión Resolutiva estará integrada por:

“a) Un Ministro de la Corte Suprema, designado por este Tribunal, que la presidirá;

b) Un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción;

c) Un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Hacienda;

d) Un Decano de una Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de una Universidad con sede en Santiago, y

e) Un Decano de una Facultad de Ciencias Económicas de una Universidad con sede en Santiago.

En caso de impedimento de la persona indicada en la letra a), la Corte Suprema deberá designar a otro de sus miembros en su reemplazo.

Los demás miembros de la Comisión serán reemplazados por sus subrogantes.

Los integrantes de la Comisión durarán dos años en sus cargos. Los señalados en las letras d) y e) serán designados por sorteo ante el Presidente de la Comisión, en conformidad a las normas internas que ésta acuerde.

Un abogado de la planta de la Fiscalía Nacional Económica actuará como Secretario de esta Comisión y él mismo u otro profesional de este Servicio actuará como relator en los asuntos que conozca”.

En todo caso, las resoluciones de la Comisión Resolutiva, que dispongan la modificación o disolución de las personas jurídicas¹⁶⁴², son

¹⁶⁴¹ Esto queda en evidencia con la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva en su primera década de existencia. Véase la determinación de la Resoluciones de la Comisión Resolutiva n° 1, n° 2, n° 12, n° 15, n° 22, n° 26, n° 27, n° 36, n° 44, n° 45, n° 46, n° 47, n° 60, n° 62, n° 73, n° 75, n° 336.

¹⁶⁴² Constituiría una sanción a la responsabilidad criminal de una persona jurídica en Chile. En Brasil la responsabilidad criminal de la persona jurídica está prevista en el art. 3 de la Ley n° 9.605, de 12 de febrero de 1998., DOU de 13/02/1998.

reclamables, conforme lo dispone el Art. 19 del Decreto Ley. También son reclamables las resoluciones que dispongan “la inhabilidad para ocupar determinados cargos en colegios profesionales o instituciones gremiales y la aplicación de multas. El Fiscal Nacional podrá también deducir reclamaciones en contra de resoluciones de la Comisión Resolutiva, recaídas en las materias a que se refiere el inciso precedente, aún cuando fueren absolutorias. El recurso se interpondrá ante la Comisión Resolutiva, directamente o por intermedio de la respectiva Comisión Preventiva, y conocerá de él una de las salas de la Corte Suprema, previa vista al Fiscal de este Tribunal. El recurso deberá interponerse en el plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación. Se verá en lugar preferente de la Tabla, no podrá suspenderse la vista de la causa, y se fallará en conciencia”¹⁶⁴³.

La Comisión ha conocido, desde 1974, alrededor de 400 casos, verificándose una media constante en la proporción de asuntos anuales con una leve tendencia a decrecer en número¹⁶⁴⁴.

El poder reglamentario de la Comisión Resolutiva es un problema. Dicho poder reglamentario queda delimitado a facultades de sancionar o prohibir y no de regular sectores en sentido amplio. El Art. 60.nº 2 y Art. 19 nº 25 de la Constitución Política de la República lo establece, pues dicha Comisión no puede dictar normas de carácter general. En este sentido se resolvió la improcedencia de facultades reglamentarias de la Comisión en el caso National e Iberia contra Lan Chile por compra de la Línea Área del Cobre Ladeco, de fecha 20 octubre de 1995¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴³ Art. 19 del D.L. 211.

¹⁶⁴⁴ PAREDES, Ricardo: *Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio en Chile*. Op. Cit. P. 6. Uno de los factores que ha influido en la disminución de casos analizados tiene su origen en la liberalización de los mercados gracias, fundamentalmente, al proceso privatizador de empresas públicas a mediados de los ochenta y principios de los noventa. Sectores como el eléctrico y el de telecomunicaciones dan prueba de lo anterior.

¹⁶⁴⁵ Ver en este sentido: FERMANDOIS V., Arturo: *Derecho constitucional económico*. Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 155.

b.1.4. El Control residual de los Tribunales Superiores de Justicia

La procedencia de recursos jurisdiccionales, posibilitan el control residual de las Cortes nacionales respecto a la actividad de los órganos de libre competencia en Chile. Por último este control se verá reafirmado con las modificaciones que sufrirá a corto plazo el régimen chileno de libre competencia al establecerse tribunales especiales.

b.2. Conductas contrarias a la libre competencia conforme al DL nº 211

El artículo 1 del DL nº 211 señala que "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado".

El artículo 2 establece a título de ejemplo algunas conductas que tienden a impedir la libre competencia, que se pueden agrupar en la siguiente clasificación¹⁶⁴⁶:

a) Acuerdos entre empresas:

1. Competidoras. (Acuerdos de precios o repartos de mercado)

Por ejemplo, los casos mencionados en el artículo 2 letra c) y d) del DL 211.

2. No competidoras. (Delimitación, exclusiva o no, de los canales

de distribución; licencias de patentes y marcas¹⁶⁴⁷, contratos de know how).

¹⁶⁴⁶ El art. 2 del DL 211 establece ciertas conductas a título ejemplar y debe añadirse que la letra final deja la posibilidad de ampliar el espectro de conductas culpables. La clasificación indicada no es más que una forma sucinta de ordenar las conductas generalmente sancionadas en Chile y a la que se adscribe la Fiscalía Nacional Económica.

¹⁶⁴⁷ Así lo estima la Comisión Resolutiva. El artículo 5 del decreto ley 211, de 1973, mantiene vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a la propiedad intelectual e industrial, lo que no es impedimento para que los organismos antimonopolios conozcan de aquellas situaciones que pudieran ser contrarias a las normas sobre libre competencia, por cuanto la protección para el uso exclusivo de la marca, del invento o del modelo, en las

b) Abusos de posición dominante¹⁶⁴⁸. (Discriminación, precios predatorios, negativas de servicios, imposición directa o indirecta de precios de compra como también de las condiciones del acto o contrato).

c) Concentración del poder económico-decisorio. (Fusiones y concentraciones, adquisiciones predatorias).

d) Intervención estatal del mercado.(Concesiones y monopolios legales).

e) Competencia desleal (publicidad engañosa, imitación producto a producto, servicio a servicio, etc...)

El fundamento de la legislación antimonopolios desde un punto de vista económico es evitar el coste social, al atomizar el poder económico y esquivar una desmesurada concentración de la riqueza. La competencia es inherente al proceso en el cual los rivales buscan excluirse mutuamente. La eficiencia económica pasa a ser un valor económico por sí mismo.

En todo caso, en la práctica, las conductas más frecuentes en la jurisprudencia chilena en materia de libre competencia se han delimitado en cuatro:

- a) la discriminación de precios;
- b) la fijación de precios de reventa;
- c) la distribución exclusiva y;
- d) los acuerdos horizontales de precios¹⁶⁴⁹.

condiciones que establece la Ley de Propiedad Industrial, no excluye la posibilidad de que un abuso en el ejercicio de ese derecho pueda atentar contra dicha libre competencia, lo que no quedaría amparado por esa protección. Constituye un atentado a la libre competencia registrar una marca sabiendo de la existencia, en el país, de productos de procedencia extranjera portadores de esa marca y tratar de que un comerciante se abstenga de seguir comercializando tales productos, bajo amenaza de entablar acciones judiciales en su contra, la que sólo ha podido tener por objeto impedir la libre importación y comercialización en Chile de productos importados, legítimos, cuya venta se efectúa con su misma marca de origen, puesta en dichos productos por su fabricante. Véase: CONCHA, Carlos: Propiedad intelectual y derecho de la competencia, *Revista de Derecho Jurisprudencia (RDJ)*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo XCIII, Sección VI, Santiago de Chile, 1996, p. 104.

¹⁶⁴⁸ La Comisión Resolutiva, sin definir abuso de posición dominante, ha sancionado dichas conductas como tales. Véase: Resolución n° 65, de 31 de Octubre de 1979.

¹⁶⁴⁹ PAREDES, Ricardo: *Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio en Chile. Op. cit.*, p. 9.

Tales conductas engloban el sustrato general de las prácticas contrarias a la libre competencia que se producen en Chile¹⁶⁵⁰.

En síntesis, en cuanto al Derecho de la Competencia en Chile podremos afirmar que las modificaciones que se buscan con la nueva ley sobre defensa de la libre competencia tienden a concentrar el poder fiscalizador y volver autónomos a los órganos que estructuran el sistema de libre competencia en Chile respecto a la administración pública. Se quiere reemplazar a las Comisiones Preventiva Central y Regionales y a la Comisión Resolutiva por verdaderos Tribunales Autónomos que dependan directamente de la Corte Suprema de Justicia.

La libertad como principio fundamental que rige la actividad comercial se debe sustentar en normas claras que tomen en consideración no sólo los cambios que sufra el mercado a nivel interno sino, principalmente, las mutaciones que el Derecho del comercio internacional imprime a las relaciones comerciales internacionales entre particulares.

¹⁶⁵⁰ ORTUZAR LATAPIAT, Waldo: *Ley Antimonopolios - Jurisprudencia de la Comisión resolutive, 1974-1977*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1980; ORTUZAR LATAPIAT, Waldo: *Ley Antimonopolios - Jurisprudencia de la Comisión resolutive, 1978-1980*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1985.

CONCLUSIONES FINALES

CONCLUSIONES FINALES

1) Llegado el momento de presentar las conclusiones finales de nuestra investigación podríamos acometer esta tarea desde dos perspectivas:

a) Una opción consistiría en hacer un resumen de todo lo que hemos abordado en nuestro trabajo, realizando una retrospectiva, para llegar a estas conclusiones. Sería una buena alternativa, si no fuera porque podría hacernos perder en el ejercicio de síntesis sin llegar al final a una auténtica conclusión.

b) Otra opción consistiría en efectuar verdaderas conclusiones, y así sugerir aportaciones para una nueva formulación del Derecho de la Competencia de MERCOSUR, atendiendo sobre todo al problema del control de los grupos de sociedades. Preferimos esta segunda perspectiva.

2) El grupo de sociedades es el instrumento más utilizado para la inserción de la empresa transnacional en el mercado mundial. De ello se deduce una doble característica: el grupo de sociedades es una unidad económica, si bien no posee una unidad jurídica.

Esta circunstancia permite a la sociedad matriz organizar su actividad económica de manera centralizada, sin asumir las consecuencias de la responsabilidad patrimonial por los actos practicados por las sociedades filiales (limitación de la responsabilidad en función de la personalidad jurídica).

3) El Derecho societario, a su vez, con su tradicional delimitación de la empresa como actividad y de la sociedad como ente personalizado (sujeto de derechos), no consigue regular (y limitar) la actuación de los grupos de sociedades. Así, el Derecho de la competencia es, en la actualidad, el que mejor controla la actuación de los grupos de sociedades.

4) Aunque el Derecho de la competencia de EE.UU. es el sistema de referencia de control de los grupos de sociedades, entendemos que es el Derecho de la competencia comunitario el que mejor ha desarrollado esta materia. Dos han sido los elementos esenciales de este desarrollo:

a) Por un lado, la Comunidad Europea partió de la idea de que el grupo de sociedades no debía ser prohibido *per se*, ya que éste es un elemento

clave para el fortalecimiento de la actividad empresarial europea y así afrontar la competencia en el mercado mundial; y

b) Por otro lado, la CE entendió que siempre que se alcancen determinados límites de facturación del grupo es necesario notificar dicha operación a la Comisión.

5) Cabe observar que el Derecho de la competencia de MERCOSUR en general y de las legislaciones de competencia de Brasil y Argentina en particular, han recibido un importante influjo del sistema europeo de control de los grupos de sociedades. Prueba de ello es la adopción de la notificación previa de determinadas operaciones de concentraciones. Incluso se persigue que el Derecho de la competencia se convierta en un verdadero mecanismo de profundización del Bloque Regional, garantizando de esta forma la constitución de un verdadero mercado interior.

6) De llegar a concretarse los objetivos establecidos en su Tratado constitutivo, MERCOSUR se convertirá en un instrumento central para el desarrollo de una cultura y de un marco jurídico en materia de competencia entre los países socios y asociados. En este contexto se sitúa el Protocolo de Fortaleza, que es el actual instrumento específico de la política de defensa de la competencia. Su principal objetivo es precisamente impedir que los beneficios del mercado común sean obstaculizados por el comportamiento de los empresarios o por políticas gubernamentales (en el caso, por ejemplo, de las ayudas de Estado).

Una cultura, un ambiente y una política de competencia sólo puede lograrse de forma paulatina, con pasos graduales, pero adoptando también una estrategia a largo plazo. Estos pasos tienen que tener en cuenta las realidades nacionales. La dirección estratégica debe consistir en alcanzar el objetivo de un mercado común abierto al mundo y con vocación para lograr con el tiempo una dimensión sudamericana.

La construcción de MERCOSUR y de la política común de competencia requieren un alto grado de voluntad y de decisión política. En sociedades democráticas y abiertas necesita además un fuerte respaldo de los ciudadanos. De ellos depende su legitimidad, su eficacia y su efectividad. En

las economías de mercado se exige además una adaptación del comportamiento empresarial, que se refleje en sus estrategias de producción, de distribución, y en sus inversiones.

La respuesta empresarial depende de su confianza en las señales que los Gobiernos emitan con sus políticas públicas y con las reglas de juego que aprueben. Tales reglas sólo serán creíbles si se sustentan en políticas macroeconómicas y sectoriales de calidad, y si se asegura su cumplimiento. Seguridad jurídica y credibilidad de los inversores están íntimamente asociadas a ello; lograrlas es un desafío constante para las políticas nacionales de transformación económica y social de los propios Estados, de MERCOSUR, y de las políticas de competencia.

La experiencia ya acumulada en MERCOSUR, con sus aspectos positivos y con sus insuficiencias; la voluntad gubernamental de relanzarlo y profundizarlo, afirmando su vocación sudamericana, generan condiciones objetivas apropiadas para continuar desarrollando el camino abierto con la negociación y aprobación del Protocolo de Fortaleza.

Ello se demuestra con el posible ingreso de Chile como miembro de pleno derecho; con las negociaciones con la Comunidad Andina y su apertura al mundo, en especial, a través de sus negociaciones en la OMC, en el ALCA y con la Unión Europea, y el grado de avance logrado en la puesta en práctica de modernas legislaciones e instituciones de defensa de la competencia en Argentina y en Brasil.

Propuestas de futuro

A la vista de lo anteriormente expuesto, sería recomendable seguir los siguientes pasos, a fin de avanzar con el desarrollo de una política común de protección de la libre competencia en el MERCOSUR:

1) Completar el Protocolo de Fortaleza según lo establecido en su artículo 7, antes que sea ratificado y entre en vigor, teniendo en cuenta la

existencia de una nueva legislación argentina de control de las concentraciones y fusiones.

2) Modificar el Protocolo de Fortaleza, de conformidad con su artículo 32, para incorporar nuevas normas y procedimientos en materia de Ayuda a los Estados susceptibles de limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia, afectando también al comercio entre los países miembros.

Ello supondría completar los trabajos encomendados por la Decisión CMC 20/94 sobre políticas públicas que distorsionen la competencia, sea con la metodología allí prevista o con alguna diferente. Este paso debería darse incluso antes de que el Protocolo sea ratificado y entre en vigor, ya que ello facilitaría su aprobación por parte de los Parlamentos nacionales.

3) El Comité Técnico nº 5 debería culminar el trabajo de redacción del Reglamento de aplicación del Protocolo de Fortaleza. Para ello éste Comité debería tener en cuenta las sugerencias hechas en los apartados 1 y 2 precedentes.

En esta reglamentación deberían preverse mecanismos que faciliten la cooperación entre los organismos nacionales de aplicación del Derecho interno de la competencia y el Comité de Defensa de la Competencia de MERCOSUR.

También habría que crear criterios comunes para la aplicación de las legislaciones nacionales, que puedan, sobre todo, resolver los problemas que se generen a consecuencia de la superposición de jurisdicciones legales y administrativas.

4) Un obstáculo adicional es la modalidad de voto aplicable a la materia, la regla del consenso, que en la actualidad bloquea las decisiones. Para resolver esta dificultad cabría:

4.1) Invertir el sentido del consenso en la adopción de decisiones por parte de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM). Las decisiones del Comité de Defensa de la Competencia (CDC) deberían ser aprobadas, salvo si por consenso la CCM decidiera lo contrario. Al menos éste mecanismo de referendo por parte de la CCM debería ser aplicado en relación con las medidas preventivas.

4.2) Otra forma de solucionar el problema de la ausencia del consenso exigido cuando interviene la CCM o el Grupo Mercado Común (GMC) consistiría en acudir a un panel de técnicos independientes. Sus opiniones deberían ser vinculantes. Se considerarían aprobadas, salvo que se rechazarán por consenso. De nuevo se invertiría el sentido del consenso.

4.3) Finalmente cabría dotar al CDC de una secretaría técnica, constituida por personal técnico permanente e independiente de los Gobiernos, pero nombrados por ellos. La secretaría técnica debería emitir su opinión, antes que el CDC. Con relación a las medidas preventivas, su opinión debería ser preceptiva y vinculante, salvo que por consenso el CDC lo rechazara. De nuevo se aplicaría un sistema de inversión del consenso.

5) Introducir modificaciones al Protocolo de Brasilia y al Protocolo de Olivos para ofrecer plenas garantías de independencia y capacidad en los casos de defensa de la competencia y control de los grupos de sociedades.

5.1) Para ello, de un lado, sería conveniente que el panel que juzgue esta materia esté integrado por personas totalmente independientes y con conocimientos técnicos en la materia.

5.2) De otro lado, los plazos para la decisión que adopte el panel deberían ser acortados.

5.3) Por último, los costes íntegros del procedimiento arbitral, en sus dos fases (en el Tribunal *ad hoc* y en el Tribunal Permanente del MERCOSUR – Protocolo de Olivos), deberían ser imputados a la parte perdedora.

6) Elaborar y desarrollar un programa de cooperación entre los órganos nacionales de aplicación del Derecho de competencia siguiendo lo dispuesto en el apartado *a* del artículo 30 del Protocolo de Fortaleza. Ésta debería ser una prioridad absoluta. Es, a través de una intensa interacción entre organismos como el CADE (Conselho de Defesa da Competência) en Brasil y el Tribunal de Defensa de la Competencia en Argentina cómo podrían darse avances significativos para preparar las condiciones, incluso culturales, de un desarrollo efectivo de una política de competencia y control de los grupos de sociedades en el MERCOSUR.

7) Poner en marcha un programa de cooperación técnica, contando con el apoyo de la Comisión Europea o de los países de la OCDE. Este programa podría favorecer el inmediato fortalecimiento de los organismos nacionales de aplicación del Derecho de la Competencia y contribuir al desarrollo normativo e institucional de esta materia en aquellos países que todavía carecen de legislación específica sobre el control de los grupos de sociedades (Bolivia, Paraguay y Uruguay). La financiación de este programa podría asignarse al Banco Interamericano de Desarrollo.

8) Dotar al CDC y a los organismos nacionales de aplicación del Derecho de la Competencia de los medios necesarios para hacer más transparente el marco jurídico y asegurar su aplicación.

Esta medida puede ser la clave para facilitar el acceso y dar conocimiento de este marco jurídico a las pequeñas y medianas empresas. Para ello convendría también reducir los costes vinculados con la restricción de la información, favoreciendo la formación de estos agentes económicos.

En este contexto, también deberían crearse servicios de asesoramiento sobre el acceso a los regímenes de defensa de la competencia en el MERCOSUR y en sus Estados miembros. Este podría ser, asimismo, uno de los objetivos a alcanzar por parte de un programa de cooperación técnica internacional de nuevo cuño.

9) Combinar la política común de competencia con la adopción de una política conjunta de transformación productiva y de competitividad. Dicha política cabría orientarla hacia la exportación a terceros mercados, teniendo en cuenta dos ámbitos preferentes:

9.1) En los sectores de mayor densidad de pequeñas y medianas empresas.

9.2) En los sectores con mayor número de proveedores de grandes empresas industriales (por ejemplo, en el sector de la automoción) o en el sector de las grandes cadenas de distribución (por ejemplo, la industria alimentaria). Para ello bastaría recurrir al ámbito institucional ya existente en los acuerdos sectoriales previstos por la Decisión CMC 3/91 o, adoptando un nuevo acuerdo aprobado al efecto.

10) Por último, una política común de competencia aplicable a todo MERCOSUR saldría fortalecida con las siguientes medidas, todas ellas extensibles a los países asociados:

10.1) Crear nuevos instrumentos financieros que refuercen el mercado regional de MERCOSUR, gracias a la acción combinada del BNDES (Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social) de Brasil y del BICE (Banco de Inversión y Comercio Exterior) de Argentina.

10.2) Poner en marcha políticas de promoción comercial acudiendo a los organismos especializados, tales como la Agencia de Promoción de Exportaciones de Brasil, la Fundación *Export-Ar* de Argentina y sus equivalentes en Paraguay y Uruguay.

10.3) Desarrollar nuevas políticas tecnológicas entre los organismos competentes de los países de MERCOSUR.

***BIBLIOGRAFÍA, DOCUMENTACIÓN,
LEGISLACIÓN, Y JURISPRUDENCIA CITADAS***

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABADESSA**, Pietro: *I Gruppi di Società nel Diritto Italiano*. Il Mulino, Bologna, 1982.
- ABANTO VÁSQUEZ**, Manuel: *El derecho de la libre competencia*. Editorial San Marcos, Lima, 1997.
- ABREU**, Jorge Manuel Coutinho de: *Do abuso do Direito – Ensaio de un criterio em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*. Almedina, Coimbra, 1983.
- ABREU**, Jorge Manuel Coutinho de: *L'européanisation du concept d'entreprise*, *RIDE*. nº 1, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1995.
- ABREU**, Miguel T.: *Os Preços de Transferência no Contexto Internacional*, en: *18 O Fisco*. Lisboa, 1990.
- ACCIOLY**, Elizabeth: O NAFTA sob a perspectiva do MERCOSUL, en: *Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais* (Organizadores – DANTAS, Ivo; MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa). Ed. Juruá, Curitiba, 2000.
- ADAMS**, John y **JONES**, K. V. Prichard: *Franchising – practice and precedents in business format franchising*. Butterworths, London, 1987.
- AGGARWAL**, Roy: *Financial Policies for the Multinational Company*. Praeger, New York, 1976.
- AGUILAR GRIEDER**, Hilda: *La extension de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Servicios de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001.
- AHARONI**, Yoki: On the Definition of Multinational Corporation, en: *The Multinational Enterprise in Transition: Selected Readings and Essays*. Princeton, 1977.
- ALESSI**, Ricardo: *La disciplina del Gruppi Multinazionali nel Sistema Societario Italiano*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988.
- ALIBERT**, Dominique: À la Recherche d'une Structure Juridique pour l'Entreprise Individuelle, en: *Dix Ans du Droit de l'Entreprise*. Librairies Techniques, Paris, 1978.
- ALMEIDA**, Elizabeth A. P. de: *Mercosul e União Europeia: Estrutura Jurídico-Institucional*. Juruá, Curitiba, 1996.
- ALMEIDA**, José Gabriel Assis de: *A atuação do CADE no Brasil frente ao processo de globalização*. Boletín Latinoamericano de Competencia, nº 7, julio de 1999.
- ALONSO PÉREZ**, Matilde: *Desarrollo y cooperación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ALONSO SOTO**, Ricardo: *El control de las concentraciones de empresas en la nueva ley española de defensa de la competencia*. GJ, B-57, nº 85, Octubre, EINSA, Madrid, 1990.

ALONSO SOTO, Ricardo: La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas (Comentario a la sentencia *Philip Morris*, de 17 de noviembre de 1987), *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 15, nº 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1988.

ALONSO UREBA, Alberto: Incidencia en el régimen sobre ofertas públicas de adquisición del derecho comunitario sobre el control de operaciones de concentración, en: *La lucha por el control de las grandes sociedades. Las ofertas públicas de adquisición*. Deusto SA, Madrid, 1992.

ALONSO, José Antonio: Estabilidad financiera y desigualdad internacional, en: *Economía Exterior*. Núm, 18, Madrid, otoño 2001.

ALPA, Guido y **ZATTI**, Paolo: *Diritto civile e commerciale, vol. I*. Giuffrè, Milano, 1990.

ALQUIER, Charles: *La Notion de Groupe Européen de Sociétés*. Librairies Sirey, Paris, 1976.

ALVAREZ GONZALEZ, Jorge: Los oligopolios en el marco del derecho de la competencia comunitario, *Boletín de Información sobre las Comunidades Europeas*. Nº 42, Nov-Dic, Consejería de la Presidencia del Principado de Asturias, Oviedo, 1992.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago; **ESPLUGUES MOTA**, Carlos; **RODRÍGUEZ MATEOS**, Pilar y **SÁNCHEZ LORENZO**, Sixto: *Legislación de Derecho Internacional Privado*. Editorial Comares. Quinta edición, Granada, 2002.

ALVES, J. Caseiro: *Lições de Direito Comunitário da Concorrência*. FDUC, Coimbra, 1989.

ALVES, Jorge de Jesús Ferreira: *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*. Coimbra Editora, Coimbra, 2. ed., 1992.

AMADO DA SILVA, José Manuel: *Política de concorrência, mercados relevantes e concentração de empresas: um desafio do mercado único*. Competir – Informação para a Indústria, Ano 1, nº 1, Lisboa, 1990.

AMARAL, Roberto: Civilização e barbarie, *Revista de Informação Legislativa*. Ano 36, n.º 142, abr./jun de 1999, Brasília, 1999.

ANDREU MARTÍ, M^a del Mar: *La nulidad de la fusión de sociedades*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 2002.

ANTUNES, José A. Engracia: *A Aquisição Tendente ao Domínio Total – da sua Constitucionalidade*. Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

ANTUNES, José A. Engracia: *A Unidade da Tutela Jurídica da Concorrência*. UCP, Porto, 1984.

ANTUNES, José A. Engracia: *Les Groupes de Sociétés et la Crise du Modèle Légal Classique de la Société Anonyme*. EUI Working Paper (Law nº 92/24), Firenze, 1992.

ANTUNES, José A. Engracia: *Liability of Corporate Groups – Autonomy and Control at Parent-Subsidiary Relationships*. Kluwer, Deventer, 1993.

ANTUNES, José A. Engracia: *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societarios*. UCP, Porto, 1996.

ANTUNES, José A. Engracia: *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e Organização.* 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

ANTUNES, José A. Engracia: *Participações Qualificadas e Domínio Conjunto. A propósito do caso António Champalimaud - Banco Santander.* Publicações Universidade Católica, Porto, 2000.

ANTUNES, José A. Engracia: *Structure and Organization of Japanese Multinational Enterprises: Some Features of Japanese Corporate Management.* EC Commission, Brussels, 1988.

ANTUNES, José A. Engracia: The Law of Affiliated Companies in Portugal, en: I Gruppi di Società, Volume Primo, *Rivista delle Società.* (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.

ANTUNES, José Manuel Oliveira y, MANSO, José Antonio Costa: *Relações Internacionais e transferência de tecnologia.* Almedina, Coimbra, 1993.

ANTUNES, Luís Miguel Pais: *Lições de direito comunitário da concorrência.* Editora Universidade Lusíada, Lisboa, 1995.

APOLLONIO, William Nicolo: L'affare Continental Can e la sentenza della Corte di Giustizia Europea, *Rivista di Diritto Europeo.* Anno XIII, nº 1, Gennaio-Marzo, Roma, 1973.

AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis: *Antitrust analysis; problems, text, cases.* 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1988.

ARENAS GARCÍA, Rafael: *Derecho de los Negocios.* Año 7, Número 70/71, La Ley, Madrid, 1996.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Principios de derecho público económico.* Segunda edición, Editorial Comares, Granada, 2001.

ASCARELLI, Tullio: *Consorzi volontari tra imprenditori.* 2 ed., Giuffrè, Milano, 1937.

ASCARELLI, Tullio: Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro, en: *Ensayos e pareceres.* Ed. Saraiva, São Paulo, 1952.

ASCARELLI, Tullio: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado.* Editora Bookseller, Campinas, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal.* AAFDL, Lisboa, 1994.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estruturas Jurídicas da Empresa.* AAFDL, Lisboa, 1990.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Lições de Direito Comercial.* Vol. I, Parte Geral, Almedina, Coimbra, 1986/87.

ASCENSÃO, José de Oliveira: *A Tipicidade dos Direitos Reais.* AAFDL, Lisboa, 1968.

ASCENSÃO, José de Oliveira: *Direito civil, Teoria geral.* Vol. I, Almedina, Coimbra, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira: *Direito Comercial, vol. IV, Sociedades comerciais.* Almedina, Coimbra, 1993.

- ASTOLFI**, Andrea: *Contratto Internazionale de Joint Venture*, en: *Rivista delle Società*. Ano 22, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1977.
- ASTOLFI**, Andrea: *El contrato internacional de joint venture*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.
- ASTOLFI**, Andrea: Evoluzione e qualificazione degli accordi di joint-venture, en: *Le Joint-Ventures – Profili Giuridici e Modelli Contrattuali*. E.G.E.A. S.p.A., Milano, 1997.
- AXINN**, Stephen M. y **GLICK**, Mark: *Dual enforcement of merger law in the EEC: Lessons from the American experience*. Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute (FCLI), M. Bender, New York, 1990.
- AZEVEDO**, João Lúcio de: *Elementos para a História Económica de Portugal*. Gabinete de Investigações Económicas, Lisboa, 1967.
- BAEL**, Ivo Van y **BELLIS**, Jean François: *Competition Law of the ECC*. Business and Law Publishers, Second Edition, Oxford, 1990.
- BAEL**, Ivo van y **BELLIS**, Jean-François: *Competition law of the EEC*. 2 ed., Oxfordshire: CCH, 1990.
- BAEL**, Ivo Van: *The antitrust settlement practice of the EC Comission, CMLR*. 23, Stevens and Sons, London, 1986.
- BAEZA ORTUÑO**, Maria Teresa: *La Licencia de Marca*. Colección Garrigues & Andersen, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- BAIN**, Joe S.: *Workable competition in oligopoly*, *AER*. Vol. 40, Princenton University, Princenton, 1950.
- BAIN**, W.: *Barriers to New Competition*. Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1956.
- BALASSA**, Bela: *El desarrollo económico y la integración*. Centro de estudios monetarios latinoamericanos, Ciudad de México, 1965.
- BALEKJIAN**, UAE H.: Parent and Subsidiary Companies Under European Competition Law, en: *Legal Aspects of International Business Transactions*. Elsevier Science, North-Holland, 1984.
- BÄLZ**, Ulrich: *Groups of Companies – the German Approach*. EUI Working Paper (nº 86/247), Florence, 1986.
- BANKS**, Karen: *Mergers and partial mergers under EEC Law*. Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, M. Bender, New York, 1988.
- BANPLAIN**, Roger: *The Badger Case and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Kluwer, Deventer, 1977.
- BAPTISTA**, Luiz Olavo y **DURAND-BARTHEZ**, Pascal: *Les Associations d'Enterprises (Joint Ventures) dans le Comerse International*. FEC, Paris, 1991.
- BAPTISTA**, Luiz Olavo: Grupos e consórcios, en: *Revista de Direito Público*. Nº 65, ano XVI, jan/mar, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983.

- BAPTISTA**, Luiz Olavo: *Les joint venture dans les relations internacionales*. Paris II, Tesis de doctoramiento – Université de Droit d'économie et des Sciences Sociales de Paris, Paris, 1981.
- BAPTISTA**, Olavo y **SIERRALTA RÍOS**, Aníbal: *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. Fondo Editorial, Lima, 1992.
- BARALO**, Jean: *Le Holding: Régime Juridique et Fiscal*. Dalloz, Paris, 1981.
- BARATA**, Carlos L.: *Sobre o Contrato de Agência*. Almedina, Coimbra, 1991.
- BARBER**, Diamond: Piercing the Corporate Veil, en: *17 Willamette Law Review*. Willamette University College of Law, Salem, Oregon, 1971.
- BARONA VILAR**, Silvia: *Competencia desleal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- BARRAL**, Welter: *O Brasil e a OMC*. Ed. Diploma Legal, Florianópolis, 2000.
- BARRAZA**, Alejandro y **JARDEL**, Silvia: *MERCOSUR, aspectos jurídicos y económicos*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- BARRE**, Raymond: *Economia política*. Vol. II, Diefel, São Paulo, 1978.
- BARTLETT**, Christopher: A concorrência internacional e os grupos de sociedades, en: *Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE)*. Ano XI, nº 45, out/nov/dez de 1995, Rio de Janeiro, 1995.
- BASSO**, Maristela: A Pirâmide Jurídica do Mercosul, en: *Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais*. (Organizadores – DANTAS, Ivo; MEDEIROS, Marcelo de Almeida y LIMA, Marcos Costa), Ed. Juruá, Curitiba, 2000.
- BASSO**, Maristela: *Joint venture*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1994.
- BASSO**, Maristela: O Mercosul perante o sistema constitucional brasileiro, en: *Mercosul – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. (Org.: Basso, Maristela), 2ª Ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.
- BASTID**, Suzanne: La Nationalité des Sociétés et la Protection Diplomatique, en: *Travaux du Comité Français de Droit International Privé (1966-69)*. Dalloz, Paris, 1970.
- BATIFFOL**, Henri y **LAGARDE**, Paul: *Droit International Privé, tome I*. 6 ed., LGDJ, Paris, 1974.
- BATIFFOL**, Henri: Observations sur le Problème de la Nationalité des Sociétés, en: *Studio in Memoria di Angelo Saffra*. V. I, Cedam, Pádua, 1962.
- BAUDEU**, Georges : *Les Sociétés Liées par une Participation en Capital*. Librairies Techniques, Paris, 1973.
- BAUMOL**, William J.; **BLINDER**, Alan S.; **GUNTHER**, Alan W. y **HICKS**, John R. L.: *Economics (Principles and Policy)*. 2nd Australian Edition, Harcourt Brace, New York, 1994.
- BAUMOL**, William J.; **PANZAR**, J. C. y **WILLIG**, R. D.: *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. Harcourt, Brace & Jovanovitch, New York, 1988.

- BAYER**, Wilhelm: *Horizontal Groups and Joint Venture in Europe: Concepts and Reality*, en: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1999.
- BÉCANNE**, Nicole: *L'Actionnariat des Salariés*, en: *La Documentation Française*. N° 3866, Paris, 1972.
- BEGG**, P. F. C.: *Corporate Acquisitions and Mergers*. Graham & Trotman, London, 1986.
- BÉJOT**, Michel: *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne*. Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1976.
- BELLAMY**, Christopher y **CHILD**, Graham D.: *Common Market Law of Competition*. Third edition., Sweet & Maxwell, London, 1991
- BELLAMY**, Cristopher: *Mergers outside the scope of the new merger regulation – implications of the Philip Morris Judgment*. Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, M. Bender, New York, 1989.
- BELLO**, Carlos Alberto: *Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência dos EUA*, *Revista do Ibrac*. V. 4, nº 3, São Paulo, mar. 1997.
- BENECKE**, Dieter W.: *MERCOSUR: Desafío Político*. CIEDLA, Buenos Aires, 2001.
- BENEYTO**, J. M.: *La PESCD ante la presidencia española*, en: *Política Exterior*. Vol. XVI, Enero/Febrero 2002, Núm. 85, Madrid, 2002.
- BERCOVITZ**, Alberto: *La Fusión de Sociedades*, en: *La Reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital*. Universidad Complutense, Madrid, 1987.
- BERLE**, Adolf: *The Theory of Enterprise Entity*, en: *47 CLR*. Columbia Law School, New York, 1947.
- BERLIN**, Dominique: *Contrôle communautaire des concentrations*. Éditions A. Pedone, Paris, 1992.
- BERNINI**, Giorgio: *La tutela della libera concorrenza i monopoli (Studio di diritto comparato) – Comunità Europee e legislazione degli stati membri*. Giuffrè ed., Milano, 1963.
- BERNINI**, Giuseppe: *Les Groupes de Sociétés en Droit Italien*, en: *Évolution et Perspectives du Droit des Sociétés, II*. Giuffrè, Milano, 1968.
- BERR**, Claude: *La Place de la Notion de Contrôle dans le Droit des Sociétés*, en: *Mélanges en l'Honneur de Daniel Bastian, I (Droit des Sociétés)*. Librairies Techniques, Paris, 1974.
- BERR**, Claude: *Participations et Filiales*, en: *Jurisclasseur Sociétés*. N° 165, 3, Édition Generale, Paris, 1987.
- BERTREL**, Jean y **JEANTIN**, Michel: *Fusions et Acquisitions de Sociétés Commerciales*. Litec, Paris, 1989.
- BERWIN**, S.J.: *Company Law and Competition*. Mercury Books, London, 1992.

BETANCOR, Andrés: Enron, liberalización, nueva economía, en: *Política Exterior*. Vol XVI, Marzo/Abril 2002, Num. 86, Madrid, 2002.

BEZARD, P.; **DABIN**, L.; **ECHARD**, J-F.; **JADAUD**, B. y **SAYAG**, A. : *Les groupes de sociétés – une politique législative*. Etudes du Centre de Recherche sur le Droit des Affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Librairies techniques, Paris, 1975.

BIANCHI, Giorgio: *Le Operazioni di Fusione*. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 2000.

BIENAYMÉ, Alain: *L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision "Continental Can Company". Concurrence et exploitation abusive d'une position dominante*, RTDE. N° 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1972.

BIGIAVI, Walter: *L'Imprenditore Occulto nella Società di Capitali e il suo Fallimento in Estensione*, en: *Giul* (1959). Vol. I, n° 2, UTET, Torino, 1959.

BINDSCHEDLER, Daniel : *La Protection Diplomatique des Sociétés et des Actionnaires*, en: *100 Revue de la Société des Juristes Bernois* (1964), 1964.

BIRON, Herman: *Les Clauses Oligarchiques en Droit Néerlandais*, en: *RPS* (1961). Paris, 1961.

BLAIR, Roger y **LANZELLOTTI**, Robert: *The Conglomerate Corporation – an Antitrust Law and Economics Symposium*. Guns & Hain, Cambridge, 1998.

BLAISE, Jean Bernard: *Concurrence – Contrôle des opérations de concentration*, RTDE. 26ème année 26, n° 4, Octobre-décembre, Sirey, Paris, 1990.

BLAISE, Jean-Bernard: *Application des règles de concurrence du traité aux opérations de concentration*, RTDE. N° 3, Sirey, Paris, 1989.

BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: *La transferencia intrnacional de sede social*. Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1997.

BLANDINI, Antonio: *Direzione Unitaria e Responsabilità nei Gruppi – Riflessioni a proposito del gruppo bancario*, Quaderni della Rivista di Diritto dell'Imprese. N° 9, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.

BLANQUER UBEROS, Roberto; **HERNÁNDEZ CRESPO**, Carlos Miguel y **ALONSO UREBA**, Alberto: *La reforma del derecho español de sociedades de capital: reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1987.

BLASSELLE, Richard: *Traité de Droit Européen de la Concurrence*. Tome I, Éditions Publisud, Paris, 2002.

BLUMBERG, Jean Pierre y **SCHÖDERMEIER**, Martín: *EC merger control – no smoke without fire? – The Tobacco judgment of the EC Court of Justice: a first step towards merger control*, *International Financial Law Review* (IFLR). January, Euromoney publications, London, 1988.

BLUMBERG, Phillip I. y **STRASSER**, Kurt A.: *The Law of Corporate Groups – Problems of Parent and Subsidiary Corporations Under Statutory Law Specifically Applying Enterprise Principles*. Little, Brown and Company, Boston, 1992.

- BLUMBERG**, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, Including the Law on Corporate Guaranties*. Little, Brown and Company, Boston, 1985.
- BLUMBERG**, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Problems of Parent and Subsidiary Corporation under Statutory Law of General Application*. Little, Brown and Company, Boston, 1989.
- BLUMBERG**, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Procedural Problems in the Law of Parent Corporations*. Little, Brown and Company, Boston, 1983.
- BLUMBERG**, Phillip: *The Law of Corporate Groups – Tort, Contract and other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations*. Little, Brown and Company, Boston, 1987.
- BOGGIANO**, Antonio: As Cortes Supremas de Justiça no processo de integração do Mercosul, *Revista de Estudos Judiciarios da Justiça Federal (REJF)*. Nº 2, Brasília, 1997.
- BOGGIANO**, Antonio: *Sociedades y grupos multinacionales*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.
- BOLDÓ RODA**, Carmen: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.
- BOLDORINI**, Maria Cristina: Mecanismos Institucionais, *Revista de estudos Judiciarios da Justiça Federal (REJF)*. Nº 2, Brasília, 1997.
- BOLZE**, Christian: Droit communautaire de l'entreprise, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique (RTDC)*. Nº 3, 44ème année, Juillet-Septembre, Sirey, Paris, 1991.
- BOLZE**, Christian: *Le règlement (CEE) 4064 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration*. Nº 106, Avril, Hatier Edition, Paris, 1990.
- BOLZER**, Jean-Marc Le: *The new EEC merger control policy after the adoption of Regulation 4064/89, CMLR*. Vol. 2, nº 4, July, Stevens and Sons, London, 1990.
- BONASSIES**, Pierre: *Les fondements du droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence-moyen*, *Études Dédiées à Alex Weill*. Dalloz, Paris, 1983.
- BONELLI**, Franco: La Nozione di Impresa nelle Regole di Concorrenza del Trattato CEE, en: *La Nozione di Impresa nell'Ordinamento Comunitario*. Giuffrè, Milano, 1977.
- BONETE PERALES**, Rafael: *MERCOSUR y Comunidad Europea. La Cooperación científico-tecnológica*. (Coordinadora: LADMANN, Eve Rimoldi), 2ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- BONI ARISTIZÁBAL**, Alejandra y **FERRERO DE LOMA-OSORIO**, Gabriel: *Introducción a la cooperación para el desarrollo*. Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 1997.
- BONVICINI**, Daniele: *Le joint venture: tecnica giuridica e prassi societaria*. Milano, Giuffrè, 1977.

- BORK**, Robert H.: Legislative intent and policy of the Sherman Act, *The Journal of Law and Economics* (9, 7, 1966) en: *The Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*. Vol. II, 1970/1971, Federal Legal Publications, New York, 1966.
- BORK**, Robert H.: The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division, *The Yale Law Journal*. Vol. 74, 1965, n° 5, The Yale University, New Haven, 1965.
- BORSCHETE**, Albert: *Les controles européens des concentrations*, RMC. N° 168, octobre, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1973.
- BOS**, Pierre; **STUYCK**, Jules y **WYTINK**, Peter: *Concentration Control in the European Economic Community*. Graham & Trotman, London, 1992.
- BOUCOURECHLIEV**, Jeanne: *Compte Rendue d'une Enquête sur 32 Groupes Français*, en: CREDA, *Les Groupes de Sociétés – une Politique Législative*. Librairies Techniques, Paris, 1975.
- BOULOC**, Bernard: *Droit Pénale et Groupes d'Entreprises*, en: 109 RevS. Éditions Dalloz, Paris, 1988.
- BOURGEOIS**, Jacques H.J. y **DRIJBER**, Berend-Jan: Le règlement CEE relatif au contrôle des concentrations: un premier commentaire, *Revue des Affaires Européennes*. N° 2, Paris, 1995.
- BOURGEOIS**, Jacques: *EEC Control over international mergers*, *Yearbook of European Law*. Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 117-119.
- BRAILLARD**, Philippe: *Théorie des Relations Internationales*. Presses Universitaires de France, Paris, 1977.
- BRANCA**, Giorgio: *La Prestazione di Lavoro in Società Collegate*. Giuffrè, Milano, 1965.
- BRANDT**, W y **HULBERT**, J. M.: *Headquarter Guidance in Marketing Strategy in Multinational Subsidiary Corporations*, en: *CJWB*. 1977.
- BRESSY**, Maurice y **RICHOUX**, Gilles: *Les Regroupements d'Enterprise - La Concentration Sans Fusion*. Économie et Humanisme, Paris, 1980.
- BRICOLA**, M. Rudan: *Il Grupo di Imprese nella Giurisprudenza Lavoristica*, en: *Celm* (1986). N° 3, 1986.
- BRITO**, Beatriz Gontijo de: *Concentração de Empresas no Direito Brasileiro*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002.
- BRITO**, Maria Helena: *O Contrato de Concessão Comercial*. Almedina, Coimbra, 1990.
- BRODLEY**, Joseph F.: *Joint Ventures and antitrust policy*, *Harvard Law Review* (HLR). Vol. 95, n° 5, March, Harvard Law Review Association, Cambridge, 1982.
- BROOKE**, Michael y **REMMERS**, H. Lee: *The Strategy of Multinational Enterprise*. Second Edition, Pitman, London, 1978.
- BROWN**, J. T.: *International Joint Ventures Contracts in English Law*, en: *DPCI* (1979). Recueil Dalloz Sirey, Paris, 1979.

- BROWN**, William: The Philip Morris case, *The Journal of Business Law*. Stevens and Sons Ltd., London, 1988.
- BUGOLLO**, Beatriz: Abuso de Posición Dominante: Derecho Comparado y Derecho Uruguayo Vigente, *Revista de Derecho*. Universidad de Montevideo, 2002.
- BUIGUES**, Pierre; **JACQUEMIN**, Alexis y **SAPIR**, André: Introduction: complementaries and conflicts in EC microeconomic policies, en: *European Policies on Competition, Trade and Industry – conflicts and complementaries*. Edward Elgar, Aldershot, UK, 1995.
- BULLARD**, Alfredo: Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad, en: *Derecho de la Competencia*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.
- BURDIEU**, Pierre: *Contre-feux. Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néo-libérale*. Liber-Raisons d'Agir, Paris, 1998.
- BURNS**, Jean Wegman: *Vertical restraints, efficiency, and the real world*. FLR, Vol. LXII, December, London, 1993, nº 3.
- BURSK**, E. C.: *Financial Control of Multinational Operations*. Financial Executives Research Foundation, New York, 1971.
- BURST**, Jean-Jacques: Le Groupe de Sociétés et les Droits de la Propriété Industrielle, en: *Dix Ans du Droit de l'Entreprise*. Librairies Techniques, Paris, 1978.
- BUXBAUM**, Richard: *The Formation of Marketable Shares Companies*, en: *IECL*. Vol. XIII (Business and Private Organizations), Tübingen, 1974.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS**, Guillermo: *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1983.
- CABANELLAS**, Guillermo y **ARANOVICH**, Fernando: La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas de regulación de los mercados, *Revista del Derecho Industrial*. Año 2, nº 5, Ediciones De Palma, Mayo-Agosto 1980, Buenos Aires, 1980.
- CALVO CARAVACA**, Alfonso Luis y **BLANCO-MORALES LIMONES**, Pilar: El derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática, en: *Derecho Europeo de la Competencia*. (CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar – Coordinadores), Editorial Colex, Madrid, 2000.
- CALVO CARAVACA**, Alfonso Luis y **CARRASCOSA GONZÁLEZ**, Javier: *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Editorial Colex, Madrid, 2001.
- CALVO CARAVACA**, Alfonso Luis y **GOÑI URRIZA**, Natividad: *El control de las concentraciones de empresas en Europa*. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- CAMPOLONGO**, Alberto y **GRISOLI**, Angelo: *Le Imprese Plurinazionali a Vocazione Europea*. Cedam, Padova, 1972.
- CAMPOS**, João Mota de: *Direito Comunitário*. 8ª edição, I Vol., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *La problemática Jurídico-laboral de los grupos de sociedades*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Madrid, 1986.

CANELLOS, Peter C. y **SILVER**, Horst S.: *Concentration in the common market*, CMLR. Vol. VII, Stevens and Sons, London, 1970.

CANNUZZI, Sergio: *Unico Azionista, Gruppi, Lettres de Patronage*. Giuffrè, Milano, 1979.

CANO RICO, José Ramón y **SERRA MALLOL**, António Jorge: *Manual Práctico de Contratación Mercantil*. 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1987.

CAPOTORTI, Francesco: Consideración sui conflitti di leggi in materia di società, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. N° 4, Verona, 1965.

CAPOTORTI, Francesco: La concentrazione delle imprese alla luce del diritto delle Comunità europeas, en: *Il Fenomeno delle Concentrazione di Imprese nel Diritto Interno e Internazionale*. CEDAM, Padova, 1989.

CAPOTORTI, Francesco: Regole comunitarie di concorrenza e concentrazioni di imprese: il caso "Continental Can", *Rivista delle Società*. Anno XVII – Fasc. 1, Gennaio-Febrero, Giuffrè, Milano, 1972.

CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique*. PUF, Paris, 1994.

CARDOSO, Fernando Henrique: La globalización y los desafíos de la democracia en el plano internacional, en: *Foreign Affaire*. Volumen dos, Número uno, primavera de 2002, Itam, 2002.

CARR, Josephine: *EC merger control: the man with an eye to the main chance*, *IFLR*. June, Euromoney Publications, London, 1988.

CARREAU, Dominique: *Droit International*. 4ª ed., Pedone, Paris, 1994.

CARREIRA, Medina: *Concentração de Empresas e Grupos de Sociedades. Aspectos Histórico-Económicos e Jurídicos*. IESF, Lisboa, 1992.

CARTOU, Louis: *Communautés européennes*. 10ème édition, Précis Dalloz, Paris, 1991.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X.: *Tratado de direito comercial brasileiro*. V. I, 5ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955.

CARVALHO, Orlando de: *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, I. Universidade de Coimbra, Coimbra, 1967.

CARVALHO, Orlando de: *Teoria Geral do Direito Civil*. Centelha, Coimbra, 1981.

CASADO CERVIÑO, Alberto: *Derecho de marcas y protección de los consumidores – el tratamiento del error del consumidor*. Tecnos, Madrid, 2000.

CASEIRO ALVES, José Manuel: *Lições de direito comunitário da concorrência*. Coimbra Editora, Coimbra, 1983.

CASELLA, Paulo Borba: *Mercosul, exigencias e perspectivas de integração e consolidação do espaço econômico integrado*. Ltr, São Paulo, 1995.

- CASES PALLARES**, Lluís. Derecho administrativo de la defensa de la competencia, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995.
- CASTRO GARCÍA-MORATO**, Lucía López de y **ARIÑO ORTIZ**, Gaspar: *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político*. Editorial Comares, Granada, 2001.
- CASTRO LLAMAS**, Ignacio: Control de concentraciones en la Comunidad Europea, *Boletín económico de información comercial española*. Nº 2365, Abril, Secretaria de Estado de Comercio, Madrid, 1993.
- CASTRO Y BRAVO**, Federico de: *La persona jurídica*. Segunda Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, Reimpresión 1991, 1991.
- CAVES**, Richard: *Multinational Enterprise and Economic Analysis*. Cambridge University Press, Cambridge, 1982.
- CEREXHE**, Etienne: *L'interprétation de l'article 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission, CDE*. Nº 1, Navwelaerts Pub., Leuven, 1972.
- CERRAI**, Alessandro: *Concentración di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE*. Giuffrè Editore, Milano, 1983.
- CERRAI**, Alessandro: I Gruppi di Società nel Diritto Comunitario, en: *I Gruppi di Società – Ricerca per un Studio Critico*. (Coordinador: LA ROSA, Antonio Pavone), Il Mulino, Bologna, 1983.
- CERVERA VALLTERRA**, María: La disolución de la Comunidad Europea del carbón y del acero: estado actual, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Nº 12, Año 6, Mayo / agosto de 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- CHAMPAUD**, Claude: *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*. Librairies Sirey, Paris, 1962.
- CHAMPAUD**, Claude: *Les Méthodes de Groupement des Sociétés*, en: 19 *RTDC*. Sirey, Paris, 1967.
- CHANDLER Jr.**, Alfred D. y **DAEMZ**, Herman: *Managerial Hierarchies – Comparative Perspectives on the Rise of the Modern Industrial Enterprise*. Atheneum, New York, 1981.
- CHANDLER Jr.**, Alfred D.: *Strategy and Structure – Chapters in the History of the American Industrial Enterprise*. MIT Press, Cambridge, 1962.
- CHANDLER Jr.**, Alfred D.: *The visible hand – the managerial revolution in American business*. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1977.
- CHANNON**, Derek y **JALLAND**, Michael: *Multinational Strategic Planning*. Macmillan, London, 1979.
- CHARALON**, Yves: *Le Comité de Groupe*. Librairies Sirey, Paris, 1983.
- CHARPENTIER**, J. : *L'Affaire Barcelona Traction devant la Cour Internationale de Justice*, en: *AFDI* (1970). Université de Paris II, Paris, 1970.
- CHAVANNE**, A. y **BURST**, J.J. : *Droit de la propriété industrielle*. 5 ed., Librairies Sirey, Paris, 1998.

CHAYES, E.: *The Modern Corporation and the Rule of Law*, en: *The Corporation in the Modern Society*. (MASON, Edward ed.), Harvard UP, Cambridge, 1967.

CHECA MARTÍNEZ, Miguel: *El Trust angloamericano en el Derecho español*. Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

CHEMINADE, Y.: *La Nature Juridique des Fusions*, en: *RIDC*. Sirey, Paris, 1970.

CHEVALIER, Alain y VIGNERON, Philippe: *La Gestion Financière des Groupes*. Dunod, Bordas, Paris, 1984.

CHULIÁ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa: *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Volumen I, Cuarta edición, José Maria Bosh Editor, Barcelona, 1999.

CIONFRINI, Ernesto: *Uma visão crítica da defesa de concorrência no Mercosul*. CADE, Brasília, 1998.

CLARK, J.M.: Toward a concept of workable competition, en: *American Economic Review*. Vol. XXX, June, nº 2, Princeton University, Princeton, 1940.

COCKBORNE, Jean Erik: El control de las concentraciones de empresas en la comunidad económica europea, *Gaceta Jurídica de la CEE y de la Competencia*. Serie D, Julio 1988, nº 52, EINSA, 1988, Madrid.

COELHO, Fábio Ulhoa: *Curso de Direito Comercial*. 2ª edición, v. 1, Saraiva, São Paulo, 1999.

COIMBRA, António: *Grupo Societário em Relação de Domínio Total e Cedência Ocasional*, en: *XXXII RDES* (1990). Lisboa, 1990.

COLOMBO, Giovanni: *La Cessione dei Pacchetti di Controllo: Considerazione per una Discussione*, en: *Rivista delle Società (RS)*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1978.

COLOMER VIADEL, Antonio: La globalización y el nuevo orden jurídico. La soberanía de los Estados y las nuevas relaciones internacionales, en: *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*. Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder: Estado, Estrutura e Função Social, *Revista dos Tribunais*. Nº 732, ano 85, outubro de 1996, São Paulo, 1996.

COMPARATO, Fabio Konder: Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions, en: *Rivista delle Società (RS)*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1978.

CONCHA, Carlos: Propiedad intelectual y derecho de la competencia, en: *Revista de Derecho Jurisprudencia (RDJ)*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo XCIII, Sección VI, Santiago de Chile, 1996.

CONFORTI, Benedetto: Le imprese internazionali, en: *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. Nº 2, Verona, 1970.

- CONTIN**, Raphaël: *L'Arrêt Fruehauf et l'Évolution du Droit des Sociétés*, en: *Chr.D.* Paris, 1968.
- COOK**, John y **KERSE**, Chris S.: *EEC merger control. Regulation 4064/89*. Sweet & Maxwell, London, 1991.
- COPPENS**, François: L'Extensión de Faillite au Maître de la Société, en: *Travaux de la Quatrième Journée d'Études Juridiques Jean Dabin*. Bruylant, Bruxalles, 1969.
- CORDEIRO**, António Menezes: *Da boa fé no Direito Civil*. Almedina, Coimbra, 1995.
- CORDEIRO**, António Menezes: *Do levantamento da personalidade colectiva*. Diário da Justiça, n. IV, Lisboa, 1989-1990.
- CORDEIRO**, António Menezes: *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*. Ed. Almedina, Coimbra, 2000.
- CORDEIRO**, António Robalo: As Coligações de Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência, en: *XXIX Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)*. Lisboa, 1987.
- CORREA**, Carlos: *El derecho argentino de la competencia en proceso de cambio*, *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Nº 9, febrero de 2000.
- CORREIA**, António Ferrer: *Lições de Direito Comercial, II*. Coimbra editora, Coimbra, 1968-1975.
- CORREIA**, António Ferrer: *Lições de Direito Internacional Privado – Aditamentos, I e II*. Coimbra editora, Coimbra, 1973.
- CORREIA**, António Ferrer: *Manual de Direito Comercial, III*. Coimbra editora, Coimbra, 1968 – 1975.
- CORREIA**, António Ferrer: Propiedade industrial, registro do nome do estabelecimento, concorrência desleal, *Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)*. Ano VI, n. 1-3, Lisboa, 1975.
- CORREIA**, Luís de Brito: *Direito Comercial, Volume II*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1989.
- CORREIA**, Luís de Brito: Grupos de Sociedades, en: *FDL, Novas Perspectivas do Direito Comercial*. Almedina, Coimbra, 1988.
- COSTA**, Carlos B.: *A Contabilidade e a Auditoria dos Grupos de Empresas*. Rei dos Livros, Lisboa, 1990.
- CREDA** (*Centre des Recherches et Études du Droit des Affaires*): *Les Groupes de Sociétés – Une Politique Législative*. Librairies Techniques, Paris, 1978.
- D'ALLESSANDRO**, F.; **AMATUCCI**, A.; **CANDI**, A. y **FANELLI**, G.: *La Disciplina dei Gruppi di Società nella Novella del 1974*. Giuffrè, Milano, 1978.
- D'ANTONIO**, Alfonso. *La Crisi del Gruppo Creditizio*, en: *6 DBMF (1992)*. Centro Studi di Diritto e Legislazione Bancaria, Cedam, Padova, 1992.
- DABIN**, Léon: Les Systemes Rigidez du Type Konzernrecht, en: *CREDA (Centre des Recherches et Études du Droit des Affaires), Les Groupes de Sociétés – Une Politique Législative*. Librairies Techniques, Paris, 1975.

DAEMZ, Herman: *The Rise of Modern Industrial Enterprise*. Nijhoff, Leiden, 1980.

DÁMORE, M. R.: Estándares de Intervención en los Regímenes de Control de Fusiones, en: *XXIII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*. Editorial Universidad de Mendoza, 1998.

DANET, Didier: *Le Conseil de la concurrence: jurisdiction incomplète ou jurisdiction innommée?*, *RIDE*. De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1991.

DARANAS PELÁEZ, Mariano: Examen crítico de la necesidad de un reglamento comunitario para el control de las concentraciones de empresas y de la introducción de este control en la próxima ley española de defensa de la competencia, en: *Gaceta Jurídica de la CEE y de la Competencia*. Serie D, Julio 1988, nº 52, EINSA, Madrid.

DAVIES, P.: Labour Law and Multinational Groups of Companies, en: *Groups of Companies in European Laws*. (Coordinador: HOPT, K.), Walter de Gruyter, New York, 1982.

DÉCHERY, Jean-Luc: *Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations*, *RTDE*. Nº 2, 26ème anné, Avril-Juin, Sirey, Paris, 1990.

DEFALQUE, Philippe: *Le Groupe Horizontal de Sociétés et son Traitement en Droit de la Concurrence*, en: *Cahiers DrEu* (1981). European University Institute, Florence, 1981.

DEMARET, Paul: *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?*, *RTDE*. Nº 1, Janvier – Mars, Sirey, Paris, 1985.

DEROM, Patrick: *The EEC Approach to Groups of Companies*, en: *7 VJIL* (1976). The Vanderbilt University Law School, Nashville, 1976.

DESPAX, Michel: *Groupes de Sociétés et Contrat de Travail*, en: *DrSoc* (1961). Librairie Technique et Économique, Paris, 1961.

DESPAX, Michel: *Groupes de Sociétés et Institutions Représentatives du Personnel*, en: *JCP* (1972). V. I, Éditions Techniques, Paris, 1972.

DESPAX, Michel: *L'Entreprise et le Droit*. LGDJ, Paris, 1956.

Di CATALDO, Vincenzo: I Gruppi di Società nel Diritto Francese, en: *I Gruppi di Società*. Mulino, Bologna, 1983.

DI GIOVANNI, Ileana: *Derecho internacional económico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

DÍAZ LABRANO, Roberto Ruiz: Hacia un Tribunal de carácter supranacional en el MERCOSUR, en: *Desafíos del MERCOSUR*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

DÍAZ LABRANO, Roberto Ruiz: *MERCOSUR – Integración y derecho*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de derecho internacional público*. Duodécima edición, editorial tecnos, Madrid, 1999.

- DIEZ Y CANSECO MUÑOZ**, Luis José: Competencia e Integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados, en: *Derecho de la Competencia*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.
- DOBSON**, Juan: *Lifting the Veil in Four Countries: the Law of Argentina, England, France and United States*, en: 35 ICLQ (1986). 1986.
- DOERN**, G. Bruce y **WILKS**, Stephen: *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*. Clarendon Press, Oxford, 1996.
- DOERN**, G. Bruce: Comparative competition policy: Boundaries and Levels of Political Analysis, en: *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*. Clarendon Press, Oxford, 1996.
- DOLEY**, P. C.: *The Interlocking Directorate*, en: 59 AER (1979). Princeton University, Princeton, 1979.
- DOMÍNGUEZ GARCIA**, Antonio: La eventual aplicación de los arts. 85 y 86 TCEE a las concentraciones de empresas como cuestión abierta, en: *Revista de Instituciones Europeas*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1987, vol 14, nº 2.
- DOWNES**, A.T. Anthony y **ELLISON**, Julian: *The legal control of mergers in the European communities*. Blackstone Press Limited, London, 1991.
- DRANCOURT**, Michel y **LEPAGE**, Henri: *Obstacles psychologiques (et politiques) aux concentrations et aux fusions intracommunautaires*, RMC. Nº 109, Janvier-Fevrier, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968.
- DREYZIN DE KLOR**, Adriana: *El MERCOSUR – generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*. Zavalia Editor, Buenos Aires, 1997.
- DROMI**, Roberto y **MOLINA DEL POZO**, Carlos: *Acuerdo MERCOSUR Unión Europea*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- DROMI**, Roberto: *Competencia y Monopolio – Argentina, MERCOSUR y OMC*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- DROMI**, Roberto: *Competencia y Monopolio*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.
- DRUEY**, Jean Nicolas: Company Groups in Swiss Law, en: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1982.
- DRUEY**, Jean Nicolas: *El Derecho de grupos suizo*, RdS. Doctrina, Varia, n. 3, Madrid, 1994.
- DUBOIS**, Jean-Pierre: *Multinational Enterprises and Collective Bargaining at International Level*, en: 11 CMLR. Stevens and Sons, London, 1974.
- DUBOIS**, Louis y **BLUMANN**, Claude: *Droit communautaire matériel*. Editions Montchrestien, Paris, 1999.
- DUNFEE**, James y **GIBSON**, Michael: *Antitrust and Trade Regulation*. J. Wiley, New York, 1985.
- DUNNING**, John y **PEARCE**, Robert: *The World's Largest Industrial Enterprises 1962-1983*. Gower, Aldershot, 1985.

DUWEL, I. Torley: *Signification du Mot Entreprise dans le Sens de l'Article 85 du Traité CEE, à Propos d'Accords entre Sociétés Mères et Filiales et Filiales entre Elles, RTDE.* Sirey, Paris, 1966.

EASTERBROOK, Frank H. y FISCHER, Daniel R.: *Limited Liability and the Corporation, 52 UChLR.* Chicago, 1985.

ECHARRI, Aiberto y PENDÁS, Ángel: *La transferencia de tecnología.* Fundación Confemetal, Madrid, 1999.

ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A.: *El contrato de franquicia.* McGraw-Hill, 1995, Madrid.

EISENBERG, Melvin A.: *Megasubsidiaries: the Effect of Corporate Structure on Corporate Control,* en: 84 *HarvLR.* Cambridge, 1971.

EISENBERG, Melvin A.: The Governance of Corporate Groups, en: I Grppi di Società, Volume Secondo, *Rivista delle Società.* (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.

EISENBERG, Melvin A.: *The Structure of the Corporation – A Legal Analysis.* Little Brown, Boston, 1975.

ELLAND, William: Merger control by the EC Commission, *European Competition Law Review.* ESC, Oxford, 1987.

ELLISON, Julian y KLING, Edward: *Joint Ventures in Europe.* Second Edition, Butterworths, London, 1997.

EMBED IRUJO, José Miguel: Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos, en: I Grppi di Società, Volume Secondo, *Rivista delle Società.* (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.

EMBED IRUJO, José Miguel: *El régimen jurídico de los grupos de sociedades en la C.E.E.* Fundación Juan March, Serie Universitaria, nº 237, Madrid, 1987.

EMBED IRUJO, José Miguel: *Grupos de Sociedades y Accionistas Minoritarios – La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo.* Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

ENGLISH, Philippe: *Les Groupes d'Enterprises à Structure Contractuelle.* Angers, 1980.

ESCARRA, J. E. y RAULT, P.: *Traité Théorique et Pratique de Droit Commerciale – Les Sociétés Commerciales.* V. I, Librairies Sirey, Paris, 1950-1960.

ESPLUGUES MOTA, Carlos; BARONA VILAR, Silvia y HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan: *Contratación Internacional.* Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ESPLUGUES MOTA, Carlos; PALAO MORENO, Guillermo; ESPINOSA CALABUIG, Rosario y FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique: *Legislación básica del Comercio Internacional.* 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ESTEVE SEGARRA, Maria Amparo: *Grupo de sociedades y contrato de trabajo.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ESTY, Daniel C.: The World Trade Organization's legitimacy crisis, en: *World Trade Review: Economics, Law and International Institutions*. Volume 1, Number 1, March, World Trade Organization, Cambridge University Press, Cambridge – Geneva, 2002.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal: Derecho de la Competencia y MERCOSUR. Visión desde Argentina, en: *MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*. (Coordinador: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio), Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998.

FABRIO, Johannes: *La giurisprudenza della Corte Federale tedesca sulla direzione unitaria nel grupo di fatto qualificato*, *GiurComm II*. 1994.

FABRITIUS, A.: *Parent and Subsidiary Corporations Under U.S. Law – A Functional Analysis of Disregard Criteria*. EUI Working Paper (nº 86/233), Florence, 1986.

FANELLI, Giuseppe: *Limiti e Condizioni di Legittimità delle Partecipazioni di Società ad Altre Imprese*, en: *RDC* (1960). V. I, 1960.

FANNELI, Giuseppe: *Le Partecipazione Sociali Reciproche*. Giuffrè, Milano, 1957.

FARGOSSI, Horacio P.: *Antecedentes parlamentarios – Breves anotaciones sobre la nueva ley de defensa de la competencia*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999.

FARIA, José Eduardo: *Direito e Globalização Econômica*. Editora Malheiros, São Paulo, 1996.

FARIA, Werter R.: A Integração Econômica e o Direito Comercial, *Revista de Estudos Judiciarios da Justiça Federal*. Nº 2, Brasília, 1997.

FARIA, Werter R.: O impasse do Mercosul, *Revista de Informação Legislativa*. Ano 39, nº 155, jul/set., Brasília, 2002.

FARRAR, John: *Company Law*. 3 edition, Butterworth, London, 1991.

FASQUELLE, Daniel: *Droit américain et droit communautaire des ententes: étude de la règle de raison*. GLN Joly, Paris, 1993.

FAULL, Jonathan y **NIKPAY**, Ali (ed.): *The EC Law of Competition*. Oxford University Press, Oxford, 1999.

FAULL, Jonathan: Joint ventures under the EEC competition rules, *European Competition Law Review* (ECLR). Vol. 5, nº 1, ESC, Oxford, 1984.

FAWCETT, J. J.: *Jurisdiction and Subsidiaries*, en: *JBL* (1985). Sweet & Maxwell, London, 1985.

FELGUEIRAS, Maria da Gloria: *Os factores determinantes na instalação de empresas brasileiras em Portugal*. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994.

FERMANDOIS V., Arturo: *Derecho constitucional económico*. Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: Grupos horizontales transfronterizos – un primer estudio sobre las sociedades gemelas, en: *Las operaciones societarias de modificación estructural*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: *Las Reservas Atípicas. Las reservas de capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles.* Marcial Pons, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina: *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias.* Editorial Comares, Granada, 2001.

FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos: *Derecho de marcas.* Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y FERNÁNDEZ-ARROYO GIMÉNEZ, D. P.: Estructura Institucional del Derecho del Comercio Internacional, en: *Derecho Del Comercio Internacional.* Editorial EUROLEX, Madrid, 1996.

FERRAZ, Daniel Amin: A nova ordem internacional, en: *A nova ordem mundial e os conflitos armados.* (Coordinadores: FERRAZ, Daniel Amin y HAUSER, Denise), Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2002.

FERRAZ, Daniel Amin: *Joint Venture e Contratos Internacionais.* Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2001.

FERRAZ, Daniel Amin: Os grupos de sociedades, a transferência de tecnologia e a integração regional, en: *Manual de integração regional – Relações União Européia e Mercosul.* (Coordinador: Ferraz, Daniel Amin), Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

FERREIRA, Durval: *Cisão de Sociedades.* Almedina, Coimbra, 1985.

FERRER, Daniel: *Prácticas Anticompetitivas y Abuso de Poder Económico.* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993.

FERRI, Giuseppe: Partecipazioni Reciproche, en: *Enciclopedia del Diritto, Voce Partecipazioni Reciproche.* Giuffrè, Milano, 1989.

FERRY, John E.: *Joint research and development and other joint ventures, ALJ.* Vol. 54, London, 1985.

FERRY, John E.: The future of merger control in the EEC, *Antitrust Law Review.* Summer 1988, London, 1988.

FEUILLET, Pierre: *La Consolidation des Comptes,* en: *RevS, (1985).* N° 3, Éditions Dalloz, Paris, 1985.

FINE, F.: The Philip Morris Judgment: Does articles 85 now extend to mergers?, *European Competition Law Review.* ESC, Oxford, 1987, vol. 8.

FINE, Frank L.: *Meger and joint ventures in Europe. The Law and policy of the EEC.* Graham & Trotman, London, 1990.

FLEURIET, Michel: *Pouvoir et Finance d'Entreprise – Droit et Pratique.* Dalloz, Paris, 1977.

FLORES DOÑA, María de la Sierra: *Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital.* Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998.

FLORÉS, G. y MESTRE, J.: *La Réglementation de l'Autocontrôle (Réglementation de la loi 85-705 du 12 juillet 1985),* en: *RevS.* Éditions Dalloz, Paris, 1985.

FOCSANEANU, L.: *L'abus de position dominante après l'arrêt "Continental Can" (21 Février 1973)*, RMC. N° 164, Avril, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1973.

FOCSANEANU, Lazar: L'article 86 du Traité de Rome et la décision "Continental Can Company" de la Commission C.E.E. (decision IV/26811 du 9 Décembre 1971). Une interprétation contestable d'un texte mauvais, *Juris Classeur Périodique*. 46ème année, Éditions Techniques, Paris, 1972.

FOLGUERA CRESPO, Jaime: *Algunas notas sobre el Reglamento de control de concentraciones de empresas*, GJ. B-51, n° 77, Marzo, EINSA, Madrid, 1990.

FOLGUERA CRESPO, Jaime: *El control comunitario de las concentraciones de empresas: interrogantes de un proyecto*, GJ. B-30, n° 47, abril, EINSA, Madrid, 1988.

FONSEA, José Júlio Borges da: *Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais*. Atlas, São Paulo, 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da: *Lei e proteção da concorrência*. Forense, Rio de Janeiro, 1995.

FORGIONI, Paula A.: *Os fundamentos do antitruste*. RT, São Paulo, 1998.

FORTMAN, Bastian: *The Theory of Economic Competition – a Confrontation of Economic, Political and Legal Principles*. North-Holland, Amsterdam, 1966.

FOSSATI, Emilio: *Direzione e Controllo nei Gruppi Aziendali*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990.

FOX, Eleanor: Toward world antitrust and market access, *American journal of international law*. V. 91, n° 1, American Society of International Law, Washington, January 1997.

FRAILE BARTALOMÉ, Gregorio y CLEMENTE CLEMENTE, Vicente: *Fusiones y Escisiones en las Sociedades Anónimas*. CISSPRAXIS, Valencia, 2001.

FRANÇA, Maria A.: *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*. AAFDL, Lisboa, 1990.

FRANCESCHELLI, Remo: Utilizzazione di Marchi Identici da Parte di Imprese Collegate, en: *Studi Riuniti di Diritto Industriale*. Giuffrè, Milano, 1972.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga: As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, par. 1º, da Lei nº 8.884, de 11.06.1994), *Revista do Ibrac*. V. 3, n° 6, jun. 1996, São Paulo, 1996.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga: *Introdução ao Direito de Concorrência*. Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga: *Lei da Concorrência Conforme é Interpretada pelo CADE*. Editora Singular, São Paulo, 1998.

FRANCESCHINI, Paolo: La Nozione Allargata di Imprese nei Regolamento Comunitari in Tema di Esenzione per Categorie di Accordi, en: *Il Gruppo d'Imprese nella Realtà Giuridica Italiana*. Cedam, Padova, 1990.

- FRANCESCHINI, Pierre y PÉLISSIER, Lucien:** *Droit et Pratique des Unions et Groupements d'Enterprises*. Moniteur, Paris, 1981.
- FRAZER, Tim:** *Monopoly, competition and the law*. Harvester Wheatsheaf, 1992.
- FREYRIA, Charles:** *Le Droit des Groupes Sous les Feux de l'Actualité*, en: *RJC* (1987). Paris, 1987.
- FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne:** *Extraterritorialité du Droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté Européenne*. Librairie Générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris, 1994.
- FRIEDMANN, W.G. y BEGUIN, J.P.:** *International Business Joint Ventures in Developing Countries*. Columbia University Press, New York, 1971.
- FRIEND, Mark:** European communities – The common market. Competition and Industrial property. Controlling mergers, *European Law Review* (ELR). Vol. 13, Sweete & Maxwell, London, 1988.
- FRÍGOLA RIERA, Antonio:** Confusión entre marcas y protección a los consumidores, en: *Propiedad industrial y competencia desleal – perspectiva comunitaria, mercados virtuales y regulación procesal*. (Coordinado por MARTÍN MUÑOZ, Alberto J.), Editorial Comares, Granada, 2000.
- FROMMEL, Sylvie N.:** *Filiales et Succursales en Droit Fiscal Comparé*, en: *RevS*, (1975). Éditions Dalloz, Paris, 1975.
- FURSE, Mark:** *Competition Law of The UK & EC*. Second Edition, Blackstone Press Limited, London, 2000.
- FURTADO, Celso:** *Formação Econômica da América Latina*. Editorial Lia, Rio de Janeiro, 1969.
- G. De QUEVEDO, María Viviana:** *Reformas a la legislación de defensa de la competencia argentina*. Boletín Latinoamericano de Competencia, nº 9, febrero de 2000.
- GAILLARD, Emmanuel:** Le contrôle des concentrations d'entreprises dans la Communauté Économique Européenne, *Gazette du Palais*. 110ème année, nº 1, Janvier-Fevrier, Paris, 1990.
- GALBRAITH, J. K.:** *American Capitalism*. Houghton Mifflin, Boston, 1962.
- GALGANO, Francesco:** *Collegamento di Società e Rapporti di Lavoro*. Giuffrè, Milano, 1988.
- GALGANO, Francesco:** *Diritto Commerciale – II (Le Società)*. Zanichelli, Bologna, 1990.
- GALGANO, Francesco:** La Società per Azioni, en: *Tratado di Diritto Commerciale e di Diritto Pubbico dell'Economia*. (Director: GALGANO, F.), Tomo V, 2ª edición, Cedam, Padova, 1988.
- GALGANO, Francesco:** *Qual è l'Oggetto Sociale della Holding?*, en: *Celm* (1986). Cedam, Padova, 1986.
- GARCIA Jr., Armando Alvares:** *Conflito entre normas do Mercosul e Direito Interno*. Ltr, São Paulo, 1997.

GARCÍA MACHANCOSES, Esther: *La tributación de los beneficios percibidos por las matrices españolas procedentes de las filiales en el extranjero*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.

GARCÍA SEGURA, Caterina: *La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales*. Cursos de Derecho Internacional Vitoria Gasteiz, 1998, Editorial Tecnos – Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Madrid, 1999.

GARCÍA VICENTE, Ricardo: *Nuevo proyecto de reglamento de control de concentraciones*, *Gaceta Jurídica de la CEE*. Série D, nº 52, Julio, EINSA, Madrid, 1988.

GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero: *Las patentes en el comercio internacional*. Dykinson, Madrid, 1997.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 2002.

GARRIGUES, Joaquín: *Temas de derecho vivo*. Tecnos, Madrid, 1978.

GARRIGUES, Joaquín: *Teoría general de las sociedades mercantiles*, RDM. Madrid, 1973.

GAUTHIER, Thierry: *Les Dirigeants et les Groupes de Sociétés*. Litec (Librairie de la Cour de Cassation), Paris, 2000.

GAVALDA, Christian y **PARLÉANI**, Gilbert: *Droit Communautaire des Affaires*. Éditions Litec, Paris, 1988.

GAVALDA, Christian y **PARLEANI**, Gilbert: *Traité de droit communautaire des affaires*. Éditions LITEC, Deuxième édition, Paris, 1992.

GAVALDA, Christian: *La Sous-Traitance de Marché de Travaux et Services*. Dalloz, Paris, 1978.

GERMAIN, Michel: *Sociétés Dominantes et Sociétés Dominées en Droit Français et Allemande*, en: *Droit des Sociétés*. Librairies Sirey, Paris, 1985.

GHELCKE, Bernard Van de Walle de: *Le règlement CEE sur le contrôle des concentrations*, *Journal des Tribunaux*. 109ème année, nº 5544, Avril, Larcier, Bruxelles, 1990.

GILLESPIE, John: *The Thin Corporate Line: Loss of Limited Liability Protection*, en: 45 *NDLR*. 1969.

GIMÉNEZ ARTIGUES, Fernando: *La nacionalidad de las sociedades mercantiles*. Bosch, Barcelona, 1949.

GIRGADO PERANDONES, Pablo: *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Marcial Pons, Madrid, 2002.

GLAIS, Michel y **LAURENT**, Philippe: *La filiale commune et l'article 85 du Traité de Rome*, *RMC*. Nº 231, Editions Techniques et Economiques, Paris, novembre, 1979.

GLAIS, Michel y **LAURENT**, Philippe: *Traité d'économie et de Droit de la Concurrence*. Presse Universitaires de France, Paris, 1983.

- GOLDMAN**, Berthold y **LYON-CAEN**, Antoine: *Droit Commercial européen*. 4ème ed., Dalloz, Paris, 1983.
- GOLDMAN**, Berthold: La Nationalité des Sociétés dans la CEE, en: *Travaux du Comité Français de Droit International Privé (1966-69)*. Dalloz, Paris, 1970.
- GOLDMAN**, Berthold; **LYON-CAEN**, Antoine y **VOGEL**, Louis: *Droit commercial européen*. Dalloz, Paris, 1994.
- GOMES SEGADE**, J.A.: *Tecnología y derecho: estudios jurídicos del prof. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Marcial Pons, Madrid, 2001.
- GOMES**, M. Januário: *Arrendamentos Comerciais*. 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1991.
- GOMES**, Orlando: *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. RT, São Paulo, 1967.
- GÓMEZ ABELLEIRA**, Francisco Javier: *Litigios entre empresario y trabajador sobre patentes, secretos industriales y derechos de autor en los Estados Unidos*. Universidade de la Coruña, Santiago de Compostela, 1999.
- GÓMEZ GALÁN**, Manuel y **SANAHUJA**, José Antonio: *El sistema internacional de cooperación al desarrollo*. 2ª edición, Cideal, Madrid, 1999.
- GOMEZ SEGADE**, J.A.: *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*. Editorial Tecnos, Madrid, 1974.
- GONÇALVES**, J. Botafogo: *A Consolidação do MERCOSUL: O Primeiro ano de vigencia da União Aduaneira*. Boletín de Integración Latinoamericana, nº 1. SELA (Sistema Económico Latinoamericano), Caracas.
- GONZÁLEZ CAMPOS**, Julio D.; **SÁNCHEZ RODRÍGUEZ**, Luis I. y **SÁENZ de SANTA MARÍA**, Paz Andrés: *Curso de Derecho Internacional Público*. Sexta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ FERNANDEZ**, Sara: *El sistema monetario internacional y el mercado de divisas*. Ediciones Pirámide, Madrid, 2000.
- GONZALEZ-ORUS**, Jerónimo Mailló: La noción de filial común en el derecho comunitario de la competencia a la luz del reglamento sobre el control de las operaciones de concentración, en: *Revista de Instituciones Europeas (RIE)*. Vol. 19, nº 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ**, Santiago: La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos – Últimas tendencias, *Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 239, Enero-Marzo 2001, Madrid, 2001.
- GORÉ**, François y **JADAUD**, Bernard: *Droit Fiscal des Affaires*. Dalloz, Paris, 1984.
- GORÉ**, François: *Droit des Affaires, tome II*. Éditions Montchrestien, Paris, 1977.
- GOWER**, Laurence: *The Principles of Modern Company Law*. 5 edition, Stevens & Sons, London, 1992.
- GOYDER**, D.G.: *EC competition law*. 2 ed., Clarendon Press, Oxford, 1992.

- GRAZIANI, A.:** *Diritto delle Società*. Morano, Napoli, 1962.
- GREIDER, William:** *One world ready or not: the manic logic of global capitalism*. Simon & Shuster, Inc. Ohio, 1997.
- GROS ESPIEL, Héctor:** *MERCOSUR: El Tratado de Asunción*. Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Montevideo, 1991.
- GROUX, Jean:** *Territorialité et droit communautaire, RTDE*. N° 1, Sirey, Paris, 1987.
- GUASCH, J. Luis y SPILLER, Pablo:** *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*. The World Bank, Washington 1999.
- GDIN, Charles-Étienne y GRELON, Bernard:** Le droit européen des concentrations et les entreprises communes, *Revue des Affaires Européennes*. N° 2, Paris, 1991.
- GUERRA, Pietro:** *La Società di Partecipación*. Giuffrè, Milano, 1957.
- GUILHON ALBUQUERQUE, José Augusto:** El ALCA en la política exterior brasileña, en: *Política Exterior*. Vol. XVI, Enero/Febrero de 2002, Núm. 85, Madrid, 2002.
- GUIMARÃES, Vasco:** *Sobre a Tributação das Holding*, en: 19 *O Fisco* (1990). Lisboa, 1990.
- GUYÉNOT, Jean:** La decisión "Continental Can" de la Comisión CEE et la naissance du droit antitrust européen, *Rivista delle Società*. Anno XVII, Giuffrè, Milano, 1972.
- GUYON, Yves:** *Droit des Affaires*. Economique, Paris, 1988.
- GUYON, Yves:** Examen Critique des Projets Européens en Matière de Groupes de Sociétés, en: *Groups of Companies in European Law*. Walter de Gruyter, New York, 1982.
- GUYON, Yves:** *La Distribution Gratuite d'Actions aux Salariés*, JCP. Editions Techniques, Paris, 1981.
- GUYON, Yves:** Le Droit des Groupes de Sociétés (Droit français), en: *I Gruppi di Società*. Volume Primo, Rivista delle Società (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- GYSELEN, Luc:** Le règlement du Conseil des Communautés Européennes relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*. N° 1, Sirey, Paris, 1992, 45^{ème} anné.
- HADDEN, Tom:** *Company Law and Capitalism*. Weidenfeld & Nicolson, London, 1977.
- HADDEN, Tom:** Incide Corporate Groups, en: *International Journal of the Sociology of Law*. Academy Press, Burlington, MA, 1984.
- HAMEL, Joseph:** *Les Sociétés d'Investissement*. A.N.S.A. 128, Paris, 1960.
- HAMILTON, Robert W.:** *Cases and materials on corporatios, including partnerships and limited partners*. West Publishing Company, Saint Paul, 1976.

HANDLER, Milton; BLAKE, Harlam; PITOFKY, Robert y GOLDSCHIMID, Harvey: *Trade regulation; cases and materials*. 3 ed., Westbury: The Foundation Press, New York, 1990.

HANNAH, Leslie y KAY, J.A.: *Concentration in Modern Industry*. Macmillan, London, 1977.

HANNAH, Leslie: *The Rise of Corporate Economy*. Methuen, London, 1990.

HARGAIN, Daniel y MIHALI, Gabriel: *Circulación de bienes en el MERCOSUR*. Julio César Faria Editor, Montevideo, 1998.

HARGAIN, Daniel: *Análisis de la Legislación de Defensa de la Competencia*. La Justicia Uruguaya, tomo 124, septiembre/octubre 2001, Montevideo, 2001.

HARGAIN, Daniel: *Defensa de la Competencia y Política de Competencia*. Tribuna del Abogado, Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo, nº 127, marzo/abril 2002, 2002.

HAWK, Barry E. y VELTROP, James D.: *Le développemants du droit antitrust aux États-Unis: analyse raffinée; application agressive et internationale*, RIDE. De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1994.

HAWK, Barry E.: *Concentrative / Cooperative joint ventures metaphysics and law*, *European Business Law Review (EBLR)*. Vol. 3, nº 1, TMC Asser Institute, The Hague, 1992.

HAWK, Barry E.: *Joint ventures under EEC law*, *FILJ*. Vol. 15, nº 2, M. Bender, New York, 1991-1992.

HAWK, Barry E.: *The EEC merger regulation: the first step toward one-stop merger control*, *Antitrust Law Journal (ALJ)*. Vol. 59, nº 1, London, 1990.

HAWK, Barry: *La Révolution Antitrust Américaine: Une Leçon Pour la Communauté Économique Européenne*, *RTDE*. 25, 1, Sirey, Paris, 1989.

HAWK, Barry: *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative guide*. Vol. II, Prentice Hall Law & Business, New York, 1990.

HAY, D.: *The assessment: competition policy*, en: *Oxford Review of Economic Policy*. 9/2, Oxford, 1993.

HELLEINER, G.K.: *Markets, politics and globalization: can the global economy be civilized?*. UNCTAD, Geneva, 2000.

HERMAN, Edward: *Corporate Control, Corporate Power*. Cambridge UP, Cambridge, 1981.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora: *Los contratos internacionales de construcción*. Editorial Comares, Granada, 1999.

HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora: *El contrato de franquicia de empresa*. Civitas ediciones, Madrid, 2000.

HERRERA DUQUE, Maria Jesús: *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*. Editorial CISS, S.A., Valencia, 2000.

HERZFELD, Edgar: *Joint ventures*. Second edition, Jordans, Bristol, 1991.

HEWITT, Ian y PICOT, Gerhard: *Joint Ventures in English and German Law*. Hart Publishing, Oxford, 2000.

HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva europea*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

HIRSCH, Alain: La Surveillance Administrative d'un Groupe Multinational: L'Exemple des Banques Multinationales, en: *Groups of Companies in European Laws*. (Director : HOPT, K.), Walter de Gruyter, New York, 1982.

HOCHEPIED, Jean-Pierre : *La Protection Diplomatique des Sociétés et des Actionnaires*. Pédone, Paris, 1965.

HOMMELHOFF, Peter: Società Holding e Direzione del Gruppo, en: *I Gruppi di Società, Volume Secondo, Rivista delle Società*. (Director: MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.

HOPT, Klaus J.: Le Droit des Groupes de Sociétés. Expériences Allemandes, perspectives Européennes, *Revue des Sociétés (RevS)*. Éditions Dalloz, Paris, 1987.

HOPT, Klaus J.: *Problèmes Fondamentaux de la Participation en Europe*, en: *RTDC*. Sirey, Paris, 1981.

HORN, Norbert: *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*. Vol. I, Kluwer, Deventer, 1980.

HOVENCAMP, Herbert: *Federal Antitrust Policy – the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publishing, 1994.

IANNUZZI, Mario: Considerazione Critiche sulla più Recente Evoluzione dei Lavori della Comunità Europea in Tema delle Società per Azioni e dei Gruppi, en: *41 Rivista delle Società (RS)*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973.

IDOT, Laurence: *Arrêt du 27 Septembre 1988 – Note*, *RTDE*. Sirey, Paris, 1989.

IDOT, Laurence: *Commentaire du Règlement du 21 Décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations*, *JCP*. N° 12, Mars, Editions Techniques, Paris, 1991.

IMMENGA, Ulrich: *The Law of Groups in the Federal Republic of Germany*, en: *Groups of Companies in the EEC*. (Director: Wymeersch, Eddy), Walter de Gruyter, New York, 1993.

JACQUEMIN, Alex: *Economia Industrial Europeia – Estrutura de mercado e Estratégias da Empresa* (tradução portuguesa). Biblioteca de Estudos Económicos, Lisboa, 1984.

JACQUEMIN, Alexis: Concentrations and mergers in the EEC: Towards a System of Control, en: *European Merger Control. Legal and Economic Analyses on Multinational Enterprises*. Vol. 1, Klaus J. Hopt edition, Oxford University Press, Oxford, 1982.

JACQUEMIN, Alexis: Horizontal Concentration and European Merger Policy, en: *Monopoly and Competition Policy*. Volume II (editado por SCHERER, F.M.), Center for Business and Government John F. Kennedy School of Government (Harvard University), Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, 1993.

JACQUEMIN, Alexis: Horizontal concentration and european merger policy, en: *European Economic Review*. Vol. 34, n° 1, January, North-Holland, Amsterdam, 1990.

JACQUEMIN, Alexis: Le Group de Société: Décentralisation dans la Concentration, en: *Les Groupes de Sociétés*. Martinus Nijhoff, Haya, 1972.

JACQUET, Jean-Michel y **DELEBECQUE**, Philippe: *Droit du Commerce International*. 2^a édition, Éditions Dalloz, Paris, 1999.

JADAUD, Bernard: *L'Impôt et les Groupes de Sociétés*. Berger-Levrault, Paris, 1970.

JADAUD, Bernard: La Vaine Recherche d'une Définition de Groupe en Droit Français, en: *CREDA, Les Groupes de Sociétés – Une Politique Législative*. Librairies Techniques, Paris, 1975.

JAEGER, Walter: *Joint Venture: Origine, Nature, Developments*, en: *4 Washburn Law Journal* (1964). N° 1, Washburn University School of Law, Topeka, KS, 1964.

JEANTET, Fernand-Charles: *Lumière sur la notion d'exploitation abusive de position dominante*, *Juris-Classeur Périodique (JCP)*. 47^{ème} anné, Éditions Techniques, Paris, 1973.

JEANTET, Fernand-Charles: *Vers un contrôle européen des concentrations faisant obstacle à la concurrence*, *Juris-Classeur Périodique (JCP)*. 49^{ème} anné, 2675, Editions Techniques, Paris, 1975.

JEANTIN, Michel: *Droit des Sociétés*. Montchrestien, Paris, 1989.

JEANTIN, Michel: *La Filiale Commune, Moyen de Colaboration entre Sociétés et Groupes de Sociétés*. Librareries Techniques, Paris, 1976.

JHERING, Rudolf Von: *A evolução do direito*. Progresso, Salvador, 1953.

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: *El derecho aplicable a la protección internacional de las patentes*. Editorial Comares, Granada, 1998.

JOLIET, René: *Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome*, *RTDE*. N° 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1969.

JOLIET, René: *The rule of reason in antitrust law – American, german and common market laws in comparative perspective*. Martinus Nijhoff, Haya, 1967.

JONES, Christopher y **GONZÁLEZ DÍAZ**, Enrique: *The EEC merger regulation*. Sweet & Maxwell, London, 1992.

JONES, Christopher: Procedures and enforcement under EEC merger regulation, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute (FCLI)*. M. Bender, New York, 1991.

JONES, Christopher: The scope of application of merger regulation, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute (FCLI)*, M. Bender, New York, 1991.

JONG, H. W.: *Obstacles psychologiques (et politiques) aux concentrations et aux fusions intracommunautaires*, *RMC*. N° 109, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968.

- JUGLART, Michel y IPPOLITO, Benjamín:** *Cours de droit commercial*. I Vol., Montchrestien, Paris, 1992.
- KAPLAN, A.D.M.:** *A grande empresa no sistema competitivo*. Fundo de Cultura, São Paulo, 1966.
- KAPP, B. :** *La Protection des Travailleurs des Sociétés Membres du Groupe: le Droit International Privé des Groupes de Sociétés*. Georg, Genève, 1973.
- KERSE, Chris S.:** *EEC Antitrust procedure, Apendix I*. Second Edition, European Law Center Ltd, London, 1988.
- KEUTGEN, Guy:** *Le Droit des Groupes de Sociétés dans la CEE*. Vander Éditeur, Louvain, 1975.
- KEUTGEN, Guy:** *Le Droit des Groupes de Sociétés en Droit Français*. Vander, Louvain, 1973.
- KING, Mervyn:** *Public Policy and Corporation*. Chapman & Hall, London, 1977.
- KLING, Edward y BURLEY, Stephen:** *Joint venture in Europe*. Butterworths, London, 1991.
- KNAPP, Blaise:** La protection des travailleurs des sociétés membres du groupe, en: *Colloque international sur Le Droit international privé des groupes de sociétés*. Centre d'études juridiques européennes, Genève, 1973.
- KOCH, Roger:** *Competition policy and the law, Spicers European Union Policy Briefings*, Longman, 1998.
- KOPELMANAS, L. :** *Pratiques Suivies en Matière de Transfert Commercial des Connaissances Techniques des Entreprises des Pays Avancés aux Entreprises de Pays en Voie de Développement*. ONUDI, Document IDMWG, 1964.
- KOPPENSTEINER, Hans Georg:** La Protection des Créanciers au Sein des Groupes Internationaux de Sociétés, en: *Les Groupes de Sociétés*. Sémin, Genève, 1973.
- KORAH, Valentine:** *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice*. Seventh Edition, Hart Publishing, Oxford, 2000.
- KORAH, Valentine:** *Cases & Materials on EC Competition Law*. Second Edition, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- KORAH, Valentine:** Collaborative joint venture for research and development where markets are concentrated: the competition rules of the common market and the invalidity of contracts, en: *Fordham International Law Journal*. Vol. 15, New York, 1991-1992.
- KORAH, Valentine:** Comfort letters – reflections on the perfume case, *European Law Review (ELR)*. Vol. 6, Sweet & Maxwell, London, 1981.
- KORAH, Valentine:** The control of mergers under the EEC competition law, *European Competition Law Review*. ESC, Oxford, 1987.
- KOVAR, Robert:** *Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison*, RTDE. 23, 2, Sirey, Paris, 1987.
- KOVAR, Robert:** *Le pouvoir réglementaire de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*. LGDJ, Paris, 1964.

- KOVAR**, Robert: *The EEC Merger Control Regulation – Yearbook of European Law*. Clarendon Press, Oxford, 1991.
- KOZYRIS**, Graham: *Corporate Wars and Choice of Law*, en: 57 *DLJ* (1985). Duke University School of Law, Durham, North Caroline, 1985.
- KRAKOWSKI**, Michael: The requirements for EC merger regulation, intereconomics – *Review of international Economics*. May/June, Blackwell, Oxford, 1989.
- KRONSTEIN**, Henrich, **MILLER**, John T. y **DOMMER**, Paul P.: *Major American Antitrust Laws*. New York Institute for International and Foreign Trade Law, Dobbs Ferry, New York, 1965.
- L. da CUNHA**, Guilherme: Reflexiones sobre el Derecho Humanitario y la práctica actual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en: *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz, 1994*. Editorial Tecnos – Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1994, Madrid, 1995.
- LA ROSA**, Antonio Pavone: *Controllo e Gruppo nella Fenomenologia dei Collegamenti Societari*. En: IX *DirFal* (1985). N. I, Cedam, Padova, 1985.
- LA ROSA**, Antonio Pavone: *I Gruppi di Società – Ricerca per un Studio Critico*. Il Mulino, Bologna, 1983.
- LA ROSA**, Salvatore: I Gruppi di Società nel Diritto Tributario, en: *I Gruppi di Società*. (LA ROSA, Antonio Pavone (ed.)), Muligno, Bologna, 1983.
- LAFER**, Celso: *A OMC e a regulação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1998.
- LAFER**, Celso: O cenário mundial e o relacionamento União Européia/Mercosul, en: *Política Externa*. Vol. 9, núm. 1, Junho/Julho/Agosto de 2000, São Paulo, 2000.
- LAMY FILHO**, Alfredo y **PEDREIRA**, José Luiz Bulhões: *A lei das S.A.* Renovar, Rio de Janeiro, 1992.
- LANDERS**, William: *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*, en: 42 *UchLR* (1975). Chicago, 1975.
- LANG**, John Temple: Joint ventures under the EEC Treaty rules on competition, en: *Irish Jurist*. V. XXII, Summer, University College Dublin, Dublin, 1977.
- LANG**, John Temple: *Monopolisation and the definition of "abuse" of a dominant position under article 86 EEC Treaty, CMLR*. Vol. 16, Stevens and Sons, London, 1979.
- LANGE**, Wilmer G. F. y **SANDAGE**, John Byron: The Wood Pulp decision and its implications for the scope of EC competition law, *Common Market Law Review (CMLR)*. Nº 26, Stevens and Sons, London, 1989.
- LANGFELD-WIRTH**, Klaus: *Les Joint Ventures internationals*. GLN Joly editions, Paris, 1992.
- LARGO GIL**, Rita: *La fusión de sociedades mercantiles – fase preliminar, proyecto de fusión e informes*. Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2000.

LAROCHE, Josepha: *Politique Internationale*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1998.

LAURENCIE, Jean Patrice de la: Le contrôle communautaire des acquisitions internationales: l'application du nouveau règlement européen sur les concentrations, *Droit et Pratique du Commerce International (DPCI)*. Vol. 18, n°1, Recueil Dalloz Sirey, Paris, 1992.

LAURENCIE, Jean Patrice de la: Le nouveau règlement communautaire sur les concentrations: comment un bon compromis politique produit un nid à contentieux, *Recueil Dalloz Sirey (Rec. DS)*. N° 22, Juin 1990, Chronique XXVI, Paris.

LAZARUS, Claude: Le Régime Fiscal des Prix de Transfer, en: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. (Coordinadores: GOLDMAN, B. y FRANCESKAKIS, P.), Librairies Techniques, Paris, 1977.

LE PERA, Sergio: *Joint ventures y otras formas de cooperación entre empresas independientes*. La Ley, Buenos Aires, 1977.

LÉAUTE, J.: *La Reconnaissance de la Notion de Groupe en Droit Pénale des Affaires*, en: *JCP (1973)*. Éditions Techniques, Paris.

LEBEN, Charles: Les Manifestations du Contrôle Multinational dans la Gestion: les Centres de Profit, en: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. (Coordinadores: GOLDMAN, B. y FRANCESKAKIS, P.), Librairie Techniques, Paris, 1977.

LEBEN, Charles; **LAZARUS**, Claude y **LYON-CAEN**, Antoine: Entreprises Multinationales et Droit National, en: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. (Coordinadores: GOLDMAN, B. y FRANCESKAKIS, P.), Librairies Techniques, Paris, 1977.

LECAILLION, Jacques: *Économie Politique Générale*. Cujas, Paris, 1975.

LECOURT, Robert: Concentrations et fusions, facteurs d'intégration, en: *Revue du Marché Commun*. N° 109, Janvier-Février, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968.

LEIGH, N.: *The Criminal Liability of Corporations and Other Groups*, en: 9 OLR. Ottawa, 1977.

LEMME, Giuliano: *Il Governo del Gruppo*. Cedam, 1997, Padova.

LEMPEREUR, Charles: *Cessions de Majorité et Protection des Actionnaires Minoritaires en Droit Comparé*, en: *RPS (1978)*. Paris, 1978.

LEPAGE, Pierre: L'École de Chicago et la concurrence, *Revue de la concurrence, des prix et de la consommation*. n° 14, Paris, 1981.

LESGUILLONS, Henry y **GRAVISSE**, Caroline: Two years of application of the EEC concentration regulation, *Revue de Droit des Affaires Internationales*. N° 8, Paris, 1992.

LESGUILLONS, Henry: Droit de la concurrence et acquisition d'entreprises: le filtre du droit européen de la concurrence, *Revue de Droit des Affaires Internationales*. N° 4/5, Paris, 1989.

- LEVER, J. y LASOK, P.: *Mergers and joint ventures in the EEC*. Yearbook of European Law, 6, 1986, Clarendon Press, Oxford, 1987.
- LÉVY, Laurent. *La Nationalité des Sociétés*. LGDJ, Paris, 1984.
- LEWINSOHN, Richard: *Trusts and cartels dans l'économie mondiale*. Librairie de Médecis, éditions Génin, Paris, 1950.
- LIBONATI, Bernardino: *Holdings e Investment Trusts*. Giuffrè, Milano, 1977.
- LINDERT, Peter H.: *Economía Internacional*. Ariel Economía, Barcelona, 1994.
- LIVINGSTON, Dorothy y SCOTT, Jonathan: *Competition Law and Practice*. FT Law & Tax, London, 1995.
- LOUIS, Jean-Victor: *L'ordre Juridique Communautaire*. 6ème édition, Office des publications Officielles des Communautés Européennes, Luxembourg, 1993.
- LOUSA, Maria: *A Consolidação Fiscal numa Perspectiva Comunitária*, en: 359 CTF. Lisboa, 1990.
- LOUSA, Maria: *A Tributação pelo Lucro Consolidado*, en: 355 CTF. Lisboa, 1989.
- LOUSA, Maria: *Considerações sobre a Tributação dos Grupos de Sociedades*, en: 350 CTF. Lisboa, 1988.
- LOUSSOUARN, Yves y VERDÍN, Jean-Denis: *Droit du Commerce International*. Paris, Sirey, 1969.
- LOUSSOUARN, Yves: *La Condition des Personnes Morales en Droit Internationale Privé*, en: 96 RCADI. Vol I, Haye, 1959.
- LOUSSOUARN, Yves: *La Nationalité des Sociétés*, en: *Travaux du Comité Français de Droit International Privé (1966-69)*. Dalloz, Paris, 1970.
- LOUSSOUARN, Yves: *La Responsabilité des Groupes Bancaires Internationaux pour leur Filiales*, en: 35 *Travaux H. Capitant*. Paris, 1986.
- LOUSSOUARN, Yvon: *La concentration des des entreprises dans la Communauté Économique Européenne*, *Revue Critique de Droit International Privé*. Tome LXII-1974, Dalloz, Paris, 1974.
- LUEDER, Tilman E.: *Joint ventures under the merger control regulation: what is a "concentrative" joint venture?*, *Elsa Law Review*. Vol. III, nº 2, London, 1992.
- LUTTER, Marcus y ZÖLLNER, Wolfgang: *Il Diritto delle Imprese Collegate in Germania*, en: *I Gruppi di Società, Volume Primo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- LUTTER, Marcus : *Le Droit des Konzerne en RFA S'Est-Il Imposé dans les Faits?*, en: 2 *DPCI* (1976). Recueil Dalloz Sirey, Paris, 1976.
- LUTTER, Marcus: *Lo Sviluppo del Diritto dei Gruppi in Europa*, en: 42 *Rivista delle Società*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano RS (1981).
- LUTTER, Marcus: *The Law of Groups of Companies in Europe: A Challenge for Jurisprudence*, en: *Forum Internationale*. Vol. I (1983), nº 1, 1983.

- LYON-CAEN**, Antoine: Droit du Travail et Entreprises Multinationales, en: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. Librairies Techniques, Paris, 1977.
- LYON-CAEN**, Antoine: Droit Européen de la Concurrence et Groupe, en: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. (Coordinadores : GOLDMAN, B. y FRANCESKAKIS, P.), Librairies Techniques, Paris, 1977.
- LYON-CAEN**, Antoine: *Le contrôle des concentrations: étude de la loi française et de la proposition européenne*, RTDE. 15 année, nº 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1979.
- LYON-CAEN**, Antoine: Les Manifestations Juridiques du Contrôle Multinationale, en: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*. Librairies Techniques, Paris, 1977.
- LYONS**, Bruce: Barriers to Entry, en: *Economics of industrial Organisation*. Longman, New York, 1992.
- M. CORREA**, Carlos y **D. BERGEL**, Salvador: *Patentes y competencia*. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996.
- MACH**, Oliver: *L'Entreprise et les Groupes de Sociétés en Droit Européen de la Concurrence*. George, Genève, 1974.
- MACHADO**, João Baptista: *Lições de Direito Internacional Privado*. 2ª ed., Almedina, Coimbra, 1982.
- MACHLUP**, Fritz: *The political economy of monopoly; business, labour and government policies*. The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1952.
- MAGALHÃES**, José Carlos de y **SAMPAIO**, Onofre Carlos de Arruda: A concentração de empresas, *Revista de Informação Legislativa*. Ano 35, nº 140, out/dez., Brasília, 1998.
- MAGALHÃES**, José Carlos de y **SAMPAIO**, Onofre Carlos de Arruda: A concentração de empresas e a competência do CADE, *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Malheiros Editores, nº 113, São Paulo, 1999.
- MAGALHÃES**, José Carlos de: Aplicação extraterritorial de leis nacionais, *Revista de Direito Público*. V. 66, São Paulo, abr/jun. 1983.
- MAGANO**, Octávio Bueno: *Os Grupo de Empresas no Direito do Trabalho*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979.
- MAGNO**, Paolo: *Sulla Prestazione di Lavoro Nell'Ambito dei Gruppi di Imprese*, en: *RGL (1977)*. Vol. II, Università Degli Studi di Trento, 1977.
- MAGNOLI**, Demetrio: *Questões internacionais contemporâneas*. Fundação Alexandre Gusmão, Brasília, 1995.
- MALAN**, François: *Les Offres Publiques d'Achat (O.P.A.)*. LGDJ, Paris, 1969.
- MALARD**, Neide Teresinha: *Integração de empresas: concentração, eficiencia e controle*. Arquivos do Ministério da Justiça, V. 48, nº 185, Brasília, jan./jun. 1995.
- MANGAS MARTÍN**, Araceli y **LIÑAN NOGUERAS**, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Segunda Edición, Mc GraW Hill, Madrid, 1999.

MANN, Frederick: *The Protection of Shareholders Interests in the Light of the Barcelona Traction Case*, en: *AJIL* (1973). American Society of International Law, Washington, 1973.

MARCHAL, André: *Nécessité économique des concentrations et fusions*, en: *Coopérations, concentrations, fusions d'entreprises dans la C.E.E.*, *RMC*. N° 109, Janvier-Février, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968.

MARCHINI-CAMIA, A.: *La concentration industrielle, les positions dominantes sur le marché et le droit antitrust: l'expérience américaine et les problèmes européens*, *RTDE*. 7ème année, n° 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1971.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R.: *El desarrollo y la cooperación internacional*. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial el Estado, Madrid, 1997.

MARKET, Kurt E.: *EEC competition policy in relation to mergers*, *The Antitrust Bulletin*. Vol. XX, Federal Legal Publications, New York, 1975.

MARTÍN MATEO, Ramón y DíEZ SÁNCHEZ, Juan José: *La marca comunitaria – Derecho publico*. Editorial Trivium, Madrid, 1996.

MARTÍN TRILLA, Esther y ECHARRI ARDANAZ, Alberto: *La Franquicia – Aplicación Práctica y Jurídica*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.

MARTIN, G.: *La Notion de Fusion*, en: *RTDC*. Sirey, Paris, 1978.

MARTÍN-LABORDA, Antonio Robles: *Libre competencia y competencia desleal*. La Ley, Madrid, 2001.

MARTINS, T.: *Capitalismo e Concorrência*. Centelha, Coimbra, 1973.

MASON, Edward: *The current status of the monopoly problem in the United States*, *HarvLR*. Vol. 62, Harvard University, Cambridge, 1949.

MASSAGUER FUENTES, José: *El contrato de licencia de Know-how*. José Maria Bosh Editor, Barcelona, 1999.

MASSAGUER FUENTES, José: *La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídico-societarios)*, *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, 1989.

MATOS, Albino: *Participação de Sociedades de Responsabilidade Limitada em Sociedades de Responsabilidade Ilimitada*, en: *VI RevN* (1986). Lisboa, 1986.

MAYORAL, Alejandro: *Los problemas de la integración*, *Revista Archivos del Presente*. N°. 18, Buenos Aires, 1999.

MAZEAUD, Léon: *Les Effects de l'Interdiction des Praticipation Réciproques sur les Souscriptions et Aquisitions d'Actions*, en: *JS* (1944). Paris, 1944.

MAZZOTTA, Orondo: *Divide et Impera: Diritto del Lavoro e Gruppi di Imprese*, en: *Il Gruppo nella Realtà Giuridica Italiana*. Cedam, Padova, 1990.

MAZZOTTA, Orondo: *Rapporto di Lavoro, Società Collegate e Statuto dei Lavoratori*, en: *RTDPC* (1973). Giuffré Editore, Milano, 1973.

- McCHESNEY**, Fred S.: *In Search of the Public-Interest Model of Antitrust*, en: *The causes and consequences of antitrust – the public choice perspective*. The University of Chicago Press, Chicago/London, 1995.
- MEDEIROS**, Antônio Paulo Cachapuz de: *Mercosul – União Européia – Um inédito acordo inter-regional*, *Revista del MERCOSUR*. Nº 36, Buenos Aires, Enero-Febrero, 1996.
- MELIADÒ**, Giuseppe: *Il Rapporto di Lavoro nei Gruppi di Società – Subordinazione e Impresa a Struttura Complessa*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991.
- MELLO**, Celso Duvivier de Albuquerque: *Curso de Direito Internacional Público*. 10ª edición, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1994.
- MELLO**, Celso Duvivier de Albuquerque: *Direito Internacional da Integração*. Renovar, Rio de Janeiro, 1996.
- MENGOZZI**, Paolo: *Casi e materiali di diritto delle Comunità Europee*. 2 ed., Editrice Bologna, Bologna, 1991.
- MERCADAL**, Barthélémy y **JANIN**, Philippe: *Les Contrats de Coopération Interentreprises*. Éd. Juridiques Lefebvre, Paris, 1974.
- MESSINEO**, Francesco: *Dottrina general del contratto*. 3 ed., Giuffrè, Milano, 1948.
- MICHAUD**, P.: *La Réglementation des Participations Croisées et de l'Autocontrôle des Sociétés*, en: *GP* (1985). Paris, 1985.
- MIGUEL ASENSIO**, Pedro A. De: *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*. Segunda Edición, Civitas ediciones, 2000, Madrid.
- MIQUEL RODRÍGUEZ**, Jorge: *La sociedad conjunta – Joint venture corporation*. Editorial civitas SA, Madrid, 1998.
- MISHKIN**, Walter: *Techniques in Corporate Reorganizations*. Publisher House, New York, 1972.
- MOLINA BLÁZQUEZ**, Concepción: *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1993.
- MONTEIRO**, António Pinto: *O Contrato de Agência, Anotação*. 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- MONTI**, Mario: *I Gruppi e l'Armonizzazione Comunitaria*, en: *I Gruppi di Società, Volume Primo, Rivista delle Società*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- MOONITZ**, Maurice: *The Entity Theory of Consolidated Accounts*. American Institute of Certified Public Accountants, New York, 1961.
- MORAES NETO**, Deraldo Dias de: *Joint venture*, *Revista do Mestrado em direito da UFBA*. Nº 3, jul. 1992/ jun. , Salvador, 1993.
- MORENO MOLINA**, Angel Manuel: *Aspectos institucionales del derecho de la competencia*, en: *Derecho europeo de la competencia*. (Coordinadores: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar), Editorial Colex, Madrid, 2000.

- MORGAN**, D. Thomas: *Cases and materials on modern antitrust and its origins*. St. Paul: West Publishing, 1994.
- MORGAN**, Thomas D.: *Modern antitrust law and its origin*. St. Paul: West Publishing, 1994.
- MORSE**, Geoffrey: *Taxation of Companies*. 4 ed., Stevens & Sons, London, 1987.
- MOURA RAMOS**, Manuel: *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1990.
- MOURA RAMOS**, Rui Manuel: *As Comunidades Europeias, Documentação e Direito Comparado*. Nº 25/26, Coimbra Editora, Coimbra, 1986.
- MOUSSIS**, Nicolas: *Accès à l'europe (Manual de la construction européenne)*. Edit-Eur, Paris, 1991.
- NASCIMENTO**, Cynthia Araujo: A política de concorrência no Brasil e o novo paradigma regulatório, *Revista do BNDES*. Nº 5, Vol. 3, Rio e Janeiro, junho de 1996.
- NERI**, Sergio: *Note sur l'arrêt Continental Can, CDE*. Navwelaerts Pub., Leuven, 1973.
- NICOLAIDES**, Phedon: *The Competition policy of the European Community*. IEAP, Maastricht, 1994.
- NUNES**, A Avelãs: *Sistemas Económicos*. Separata do BCE, Coimbra, 1975.
- O'TOOLE**, Richard: La política europea de competencia: los argumentos para el control de fusiones a nivel comunitario, *Noticias CEE*. Año IV, nº 45, octubre, CISS, Valencia, 1988.
- O'FARRELL**, Jorge y **VERA VILLALOBOS**, Enrique: *El acto ilícito en las leyes argentinas de defensa de la competencia*. La Ley, Buenos Aires, 1986-A.
- OHL**, Daniel: *Les Prêts et Avances entre les Sociétés d'un Même Groupe*. Librairies Techniques, Paris, 1982.
- OLAVO**, Fernando: *Lições de Direito Comercial, II*. Coimbra editora, Coimbra, 1963.
- OLIVEIRA**, Gesner: *Defesa da Livre Concorrência no Brasil: Tendências Recentes e Desafios a Frente*. Boletín Latinoamericano de Competencia, nº 6, 1999.
- OLIVEIRA**, Gesner: *Recent Trends and Prospects for Brazilian Antitrust*. Boletín Latinoamericano de Competencia, nº 9, febrero, 2000.
- OLIVEIRA**, Gesner: Voto dissidente no processo AC 83/96: Cia. Antártica Paulista / Anheuser Bush, *Revista do IBRAC*. V.4, nº 5, São Paulo, 1997.
- OLIVEIRA**, Jorge: *O Regime Fiscal das Sociedades Holding*, en: *O Fisco* (1989). Nº 6, Lisboa, 1989.
- OLIVEIRA**, José Lamartine Correia de: *A dupla crise da pessoa jurídica*. Editora Saraiva, São Paulo, 1979.

OMMESLAGHE, Pierre Van: *L'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes*, RTDE. N° 1, Janvier-Avril, Sirey, Paris, 1967.

OMMESLAGHE, Pierre Van: *Les Groupes de Sociétés et l'Expérience du Droit Belge*, en: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1982.

OPPETIT, Bruno y **SAYAG**, Alain: *Méthodologie d'un Droit des Groupes de Sociétés*, en: *RevS*. Éditions Dalloz, Paris, 1973.

OPPETIT, Bruno : *Les Cessions de Droit Sociaux Emportant le Transfer du Contrôle d'une Société: Essai de Synthèse*, en: *96 Rivista delle Società (RS)*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1978.

OPPETIT, Bruno: *Groupes de Sociétés et Droit du Travail*, en: *RevS*. Éditions Dalloz, Paris, 1973.

ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo: *Ley Antimonopolios - Jurisprudencia de la Comisión resolutive, 1978-1980*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1985.

ORTUZAR LATAPIAT, Waldo: *Ley Antimonopolios - Jurisprudencia de la Comisión resolutive, 1974-1977*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1980.

OSTI, Cristoforo: *Antitrust e Oligopolio - concorrenza, cooperazione e concentrazione: problemi giuridici-economici e proposte di soluzione*. Il Mulino, Bologna, 1995.

OTAEGIN, Julio C.: *Concentración societaria*. Editorial De Palma, Buenos Aires, 1990.

OTERO LASTRES, José Manuel: *Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia*. (Coordinadores: Bisbal: Joaquim y Viladàs: Carles), Editorial Ariel, Barcelona, 1990.

OTTERBECK, Lars: *The Management of Headquarters-Subsidiary Relationships in Multinational Corporations*. St. Martin's Press, New York, 1981.

ÖZTEK, Selçuk: *La Protection des Actionnaires Externes dans les Groupes de Sociétés Dirigées par une Société Holding*. Léman, Lausanne, 1982.

PADOA-SCHIOPPA, Tommaso. *Il Gruppo Bancario nell'Ordenamento Creditizio*, en: *I Gruppi di Società*, Volume Primo, *Rivista delle Società* (Director - MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.

PAILLUSSEAU, Jean: *Faut-il en France Réglementer un Droit des Groupes de Sociétés? (à propos de la proposition Cousté)*, en: *JCP* (1971). V. I, Éditions Techniques, Paris, 1971.

PAILLUSSEAU, Jean: *La Société Anonyme - Technique d'Organisation de l'Entreprise*. Librairies Sirey, Paris, 1967.

PAILLUSSEAU, Jean: *Les Fondements du Droit Moderne des Sociétés*, en: *SJ* (1984). V. I-doctrine, Paris, 1984.

PAILLUSSEAU, Jean: *Les Groupes de Société. Analyse du Droit Positif Français et Perspectives de Réforme*. Martinus Nijhoff, Haye, 1972.

PAIS ANTUNES, Luis Miguel: *Agreements and concerted practices under EEC competition law: is the distinction relevant?*. Yearbook of European Law, 11, Clarendon Press, Oxford, 1991.

PALAO MORENO, Guillermo: La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa, en: *Gaceta Jurídica de la CEE y de la Competencia*. Nº 208, Julio/Agosto, EINSA, Madrid, 2000.

PALAO MORENO, Guillermo: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

PALEA, Vera: *Il Rapporto di Cambio nelle Operazioni di Fusione e di Scissione*. Giappichelli Editore, Torino, 2000.

PANNUNZIO, Antonio Carlos; **SATO**, Eiiti; **ALMEIDA**, Paulo Roberto de; **GONÇALVES**, Reinaldo y **LOHBAUER**, Christian: *O Brasil no Cenário Internacional*. Fundação Konrad Adenauer, Cadernos Adenauer, nº 2, São Paulo, 2000.

PAPPALARDO, Aurelio y **TIZZANO**, Antonio: *Rassegna di diritto comunitario della concorrenza. Diritto del Commercio Internazionale*. 1 luglio 1993-31 dicembre 1993, 8.2/427, Cedam, Padova, abr/jun 1994.

PAPPALARDO, Aurélio: *Concentrations entre entreprises et droit communautaire, Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne (RMCUE)*. 2, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1991.

PAPPALARDO, Aurelio: *La réglementation communautaire de la concurrence – les dispositions du Traité CE et de droit dérivé relative aux ententes entre entreprises, à l'abus de position dominante et au contrôle des concentrations (première partie)*, RIDE. De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1994.

PARDOLESI, Roberto: *Analisi economica della legislazione antitrust italiana, en: Consumatori, ambiente, concorrenza – Il diritto privato oggi*. Giuffrè, Milano, 1994.

PARDOLESI, Roberto: *Gli aspetti giuridici di una politica di concorrenza*, Quad. Nº 3, Milano, 1988.

PARDOLESI, Roberto: Intese restrittive della Libertà di Concorrenza, en: *Diritto Antitrust Italiano*. Zanichelli, Bologna, 1993.

PARDOLESI, Roberto: *Regole antimonopolistiche del trattato CE e orientamenti di distribuzione: tutela della concorrenza o dei concorrenti?*. Foro It., nº IV, Milano, 1978.

PAREDES, Ricardo: *Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio en Chile*. Informe Proyecto TAL, Santiago de Chile, 1994.

PAREDES, Ricardo: *Políticas de Competencia en países sin tradición de mercado: el caso de Chile*. Perspectivas, n.1, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile. 1997.

PARENT, J.: *La concentration industrielle*. PUF, Paris, 1973.

PASCAR, Norma Adelina: El Protocolo de Defensa de la Competencia en el MERCOSUR, en: *Economía Globalizada y MERCOSUR*. (Coordinadores: LATTUCA, Ada y CIURO CALDANI, Miguel A.), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

PASCAR, Norma Adelina: Unión Europea: estructura y acuerdo con el MERCOSUR, en: *Negocios Internacionales y MERCOSUR*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

PASTERIS, Carlo: *Il Controllo nelle Società Collegate e le Partecipazione Reciproche*. Giuffrè, Milano, 1957.

PASTOR RIDRUEJO, José A.: *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Séptima edición, reimpresión 2000, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

PATHAK, Anand S.: *The EC Commission's approach to joint venture's: a policy of contradictions*, *ECLR*. V. 5, ESC, Oxford, 1991.

PAULEAU, Christine: *Les entreprises comunes et le droit auropéen de la concurrence*, *RIDE*. N° 2, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1992.

PELLICIER ZAMORA, Rafael: *Derecho comunitario de la competencia: artículos 85 y 86 del Tratado CEE*. Editorial Trivium, Madrid, 1986.

PENROASE, Edith: *The Theory of the Growth of the Firm*. Blackwell, Oxford, 1980.

PEPE, G. Federico: *Holdings, Gruppi i Bilanci Consolidati*. Giuffrè, Milano, 1968.

PEPE, Giorgio Schiano di: *Il Grppo di Imprese*. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n° 112, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990.

PEREIRA NETO, Mario: *Joint Ventures con a União Européia*. Aduaneiras, São Paulo, 1995.

PEREIRA, Amorim: *O Contrato de Joint Venture*. ICEP, Lisboa, 1988.

PEREIRA, Lia Valls: Tratado de Asunção: resultados e perspectiva, en: *Mercosul – Perspectivas de Integração*. (Organizadores: BRANDÃO, Antônio Pereira y PAREIRA, Lia Valls), FGV Editora, 2ª edición, São Paulo, 1997.

PEREZ ESCOLAR, Rafael: *La sociedad anónima europea*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1972.

PÉREZ LOZANO, Néstor O.: Los grupos empresarios en el MERCOSUR, en: *Negocios Internacionales y MERCOSUR*. (Director: FAVIER DUBOIS, Eduardo M.), Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

PÉREZ SANTOS, José: *Jurisdiction and mergers under EEC competition law*. Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute (FCLI), M. Bender, New York, 1990.

PÉREZ SANTOS, José: *The territorial scope of article 85 of the EEC Treaty*. Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute (FCLI), M. Bender, New York, 1990.

PEREZ-BUSTAMANTE, Jaime Köster: *Las filiales comunes concentrativas en el reglamento (CEE) n. 4064/89 sobre el control de las operaciones de*

concentración entre empresas, GJ. Boletín 69, Diciembre, EINSA, Madrid, 1991.

PERROUX, François: *La Notion de Groupe Industriel*. Dalloz, Paris, 1996.

PESCATORE, Pierre: *Rôle et chance du droit et de juges dans la construction de l'Europe*, VIe Congrès Internationale de droit européen du 24 au 26 mai 1973. Bruyiani, Bruxelles, 1974.

PETER, Henry: *L'action Révocatoire dans les Groupes de Sociétés*. Helbing & Lichtenhahn, Genève, 1990.

PETTITI, Priscilla: *Il Marchio di Gruppo*. Quaderni di Giurisprudenza Commerciali, nº 173, Doot. A. Giuffrè Editore, 1996, Milano.

PICKARD, Stephen J.: El control de las concentraciones en el Derecho Comunitario Europeo, *Noticias / CEE*. Nº 62, marzo, CISS – Valencia, 1990.

PIGASSOU, Paul: *Les oligopoles et le droit*. Editions Techniques et Economiques, Paris, 1984.

PINHEIRO, Luís de Lima: *Direito internacional privado*. Almedina, Coimbra, 2001.

PINHEIRO, Luís de Lima: *Joint Venture – Contrato de Empreendimento Comum em Direito Internacional Privado*. Edições Cosmos, Lisboa, 1998.

PINSON, Pierre: *La Fiscalité des Groupes en France*. Dalloz, Paris, 1985.

PINTO, Carlos Alberto da Mota: *Teoria geral do Direito civil*. 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

PIRAS, Antonio: I Gruppi di Società nel Diritto Tedesco e Brasiliano, en: *I Gruppi di Società – Ricerca per un Studio Critico*. (Coordinador: LA ROSA, Antonio Pavone), Il Mulino, Bologna, 1983.

PITA, Manuel António: Contrato de consórcio, *Revista de Direito e Estudos Sociais*. Ano XXX, Almedina, Coimbra, 1988.

PIZARRO-PORTILLA, Jesús: Proceso de Concentración Empresarial en Europa, *Situación*. Nº 2, Madrid, 1990.

PLASSCHAERT, Sylvain: *Transfer Pricing and Multinational Corporations*. Saxon House, Farnborough, 1979.

POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine: *Premier bilan sur la pratique décisionnelle de la Commission dans l'application du règlement relatif au contrôle des concentrations*, RTDC. Nº 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1992.

PORTO, Manuel Carlos Lopes: *Lições de teoria da integração e políticas comunitárias - O comércio e as restrições do comércio*. Vol. I, Almedina, Coimbra, 1991.

PORTO, Manuel Carlos Lopes: *O Mercosul e a União Europeia*. Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994.

POSNER, Richard A.: *Antitrust law, an economic perspective*. The University of Chicago Press, Chicago/London, 1976.

POSNER, Richard A.: *Economic analysis of law*. 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1992.

- POSNER**, Richard: *The Rights of Creditors of Affiliate Corporations*, en: 43 *UchLR*. The University of Chicago Press, Chicago, 1976.
- PRAIS**, S. J.: *The Evolution of Giant Firms in Britain*. 2ª impresión, Cambridge UP, Cambridge, 1976.
- PRATES**, Daniela Magalhães: A abertura financeira dos países periféricos e os determinantes dos fluxos de capitais, en: *Revista de Economia Política*. Vol. 19, núm. 1 (73), janeiro-março/1999, Ed. 34, São Paulo, 1999.
- PRENTICE**, D. D.: A Survey of the Law Relating to Corporate Groups in the United Kingdom, en: *Groups of Companies in European Laws*. Walter de Gruyter, New York, 1982.
- PROPERSI**, Adriano y **ASTORINA**, Maria Rita: *Antitrusti; normativa italiana e comunitaria – il fenomeno delle concentrazioni aziendali*. Pirola, Milano, 1991.
- PROPERSI**, Antonio: *Le Joint Ventures – Gli Accordi Fra Imprese*. Buffetti, Roma, 1987.
- QUADROS**, Salomão: Mercosul: Sinopse Gráfica, en: *Mercosul – Perspectivas de Integração*. (Coordenadores: BRANDÃO, Antônio Pereira y PAREIRA, Lia Valls), FGV Editora, 2ª edición, São Paulo, 1997.
- QUEVEDO**, María Viviana G. de: Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Depalma, Buenos Aires, Año 2000.
- QUEVEDO**, Viviana G. de y **PEÑA**, Julián: *El control de concentraciones económicas entre empresas que exportan a la Argentina*. El Derecho, Buenos Aires, marzo de 2002.
- RADNER**, P.: *The Internal Economy of Larger Firms*, en: 96 *EJ* (1986). Blackwell Publishing, Royal Economic Society, Oxford, 1986.
- RAFAELLI**, E.: *Il Concetto di Unica Entità Economica nell Giurisprudenza Comunitaria*, en: *RDI* (1977). N° II, Giuffrè, Milano, 1977.
- RAISER**, Thomas: *The Theory of Enterprise Law and the Harmonization of the Rules on the Annual Accounts and on Consolidated Accounts in the European Communities*. EUI Working Paper n° 85/197, Florencia, 1985.
- RAMALHETE**, Clóvis: Sistema de legalidade na desconsideração da personalidade jurídica, *Revista Forense*. 293: 79 – 83, jan./mar. 1986, Rio de Janeiro, 1986.
- RAMOS**, Dante Marcelo: *La nueva ley de defensa de la competencia. La Ley*, Buenos Aires, 1999.
- RAMOS**, Rui Moura: *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*. Almedina, Coimbra, 1991.
- RAYNAUD**, Pierre: *Le Contrat de Location d'un Fonds de Commerce*, en: *RCDIP* (1986). Dalloz, Paris, 1986.
- REASONER**, Harry M.: Comments of the American bar association section of antitrust law with respect to the amended proposal for a council regulation (EEC) on the control of concentration between undertakings, *Antitrust Law Journal*. Vol. 59, London, 1990.

REICH, Norbert: *Mercado y Derecho: teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana.* Ariel, Barcelona, 1985.

REMIRO BROTONS, Antonio: Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gastéiz, 1994.* Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Madrid, 1995.

RÉNAULD, Jean: *Les Groupements de Sociétés en Droit Belge.* Association Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, Session de Pisa, 1966.

RESTUCCIA, Giuseppe: L'Amministrazione Straordinaria delle Società del Gruppo Bancario, en: *La Crisi del Gruppo Bancario.* (Director: BAVETTA, Giuseppe), *Il Diritto della Banca e della Borsa – studi e dibattiti*, n° 23, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1997.

REUTER, Paul: *La Communauté du Charbon et de L'Acier.* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953.

REYNOLDS, Michael J.: EC merger control at the crossroads, *International Financial Law Review (IFLR).* November, Euromoney Publications, London, 1987.

REYNOLDS, Michael: Merger Control in the EEC, *Journal of World Trade Law.* Vol. 17, Septembre – October, Jacques Werner editiom, Geneve, 1987.

RICHEMONT, Jean de: *Concentrations et abus de positions dominantes. Article 86 du Traité de Rome. Affaire Continental Can., RTDE.* N° 1, Janvier-Mars, Sirey, Paris, 1973.

RICKS, David: *International Dimensions of Corporate Finance.* Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1978.

RIPERT, George y ROBLOT, René: *Traité de Droit Commercial, I.* LGDJ, Paris, 1980.

RIPPE, Siegbert y HARGAIN, Daniel: *Proyecto de ley de defensa de la competencia.* Boletín Latinoamericano de Competencia, n° 15, octubre 2002.

RIVES-LANGE, Jean: *La Notion de Dirigeant de Fait au Sens de l'art. 99 de la loi de 1967,* en: *RDS (1975).* N° 8, Chronic Dalloz, Paris, 1975.

ROBBINS, Sidney y STOBAUGH, Robert: *Money in the Multinational Enterprise – a Study in Financial Policy.* Longmen, London, 1974.

ROBSON, Peter: *The Economics of International Integration.* Second Edition, George Allen & Unwin, London, 1984.

RODIÈRE, René: *Droit Commercial – Groupements Commerciaux.* 10 ed., Dalloz, Paris, 1980.

RODIÈRE, René: Groupement et Société en Droit Français, en: *Evolution et Perspectives du Droit des Sociétés.* Vol. II, Giuffrè, Milano, 1968.

RODIÈRE, René: *La Protection des Minorités dans les Groupes de Sociétés,* en: *RevS.* Éditions Dalloz, Paris, 1970.

RODIÈRE, René: *Le Droit des Sociétés dans ses Rapports avec la Concentration.* Collection Études, Bruxelles, 1967.

RODIÈRE, René: *Réflexions sur les Avant-Projects d'une Directive de la Commission des Communautés Européennes concernant les Groupes de Sociétés*, en: *RDS* (1977). Chronic Dalloz, Paris, 1977.

RODRIGUES, Eduardo Lopes: *O Acto Único Europeu e a Política de Concorrência*. Vol. 30, Banco de Fomento Exterior, Lisboa, 1990.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Tomo IX – Transformación, Fusión y Escisión de la Sociedad Anónima*. (Directores: URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel), volumen 3º, Escisión, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

ROJO, Angel: *La Escisión de Sociedades*, en: *La Reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital*. Universidad Complutense, Madrid, 1987.

ROJO, Angel: *Los Grupos de Sociedades en el Derecho Español*, en: *La disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi*. Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale – Convegni di studio Problemi attuali di diritto e procedura civile, nº 14, Giuffrè Editore, Milano, 1997.

ROLFE, Silvio: *Les Sociétés Internationales. Leur Droits et Responsabilités. Rapport pour le XXXIème Congrès de la C.C.I.* Paris, 1969.

RONDINONE, Nicola: *I Gruppi di Imprese fra Diritto Comune e Diritto Speciale*. Giuffrè Editore, Milano, 1999.

ROSSI, Guido: *Il Fenomeno del Gruppi ed il Diritto Societario: un Nodo da Risolvere*, en: *I Gruppi di Società, Volume Primo, Rivista delle Società*. (Directores: MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.

ROSSI, Guido: *Persona Giuridica, Proprietà e Rischio d'Impresa*. Giuffrè, Milano, 1967.

ROUX, Xavier de y **VOILLEMOT**, Dominique: *Le droit de la concurrence de la CEE*. Juridictionnaires Joly, Paris, 1982.

ROVIRA, Alfredo L.: *Sociedades Extranjeras*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.

ROVIRA, Alfredo: *Introducción a la ley de defensa de la competencia, El Derecho*. Julio de 2001, Buenos Aires, 2001.

ROWAT, Malcolm; **LUBRANO**, Michele y **PORRATA Jr.**, Rafael: *Competition Policy and MERCOSUR*. World Bank, Technical Paper, nº. 385, Washington, 1997.

RUBIN, Chantal: *Le règlement européen n. 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises*, *Revue de la Concurrence et de la Consommation*. Nº 53, Janvier-Fevrier, Paris, 1990.

RUIZ DÍAZ LAMBRANO, Roberto: *MERCOSUR, Integración y Derecho*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio: *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*. Civitas, Madrid, 1991.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio: *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*. Aranzadi Editorial, Navarra, 2000.

SABATO, Franco: Il Bilancio Consolidato di Gruppo, en: *Il Gruppo d'Imprese nella Realtà Giuridica Italiana*. Cedam, Padova, 1987.

SACARDULLA, Francesco: La Transformazione e la Fusione delle Società, en: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. (Directores: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco y MENGONI, Luigi), volume XXX, t. 2, Giuffrè editore, Milano, 2000.

SACRISTÁN, Marcos: *El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas*, en: *RDM* (1982). Nº 165/166, Madrid, 1982.

SAINT-ESTEBEN, Robert: Le regime des concentrations en droit communautaire, *Journal du Droit International*. 101ème année, nº 1, Janv-Fev-Mars, Marchal, Paris, 1974.

SAINT-ESTEBEN, Robert: Une concentration internationale d'entreprises dans la CEE, *Journal du Droit International*. Nº 1, 99ème année, Marchal, Paris, 1972.

SALGADO, Lúcia Helena: *Aspectos econômicos na análise de atos de concentração*, *Revista do Ibrac*. V. 4, nº 1, São Paulo, jan. 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto: *Direito Concorrencial (As estruturas)*. Ed. Malheiros, São Paulo, 1998.

SAMTLEBEN, Jürgen: Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a Experiência Européia, *Scientia Iuridica, Rev. De Direito Comparado – Português e Brasileiro*. T. XLV, nº 262/264, Lisboa, 1996.

SANCETTA, Giuseppe: *I Gruppi di Imprese Minori – Aspetti problematici nei processi di crescita*. Cedam, Padova, 1997.

SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas: Las fusiones transfronterizas y el derecho de la competencia, en: *Derecho de Sociedades*. Volumen V, McGrawHill, Madrid, 2002.

SANTA MARIA, Alberto: *Diritto Commerciale Comunitario*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990.

SANTACRUZ, Ruy: *Prevenção antitruste no Brasil: 1991-1996*. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998.

SANTAGATA, Carlo: *La Fusione fra Società*. Morano, Napoli, 1964.

SANTOS NETO, Correia dos: *Agrupamentos complementarios de empresas*. Coimbra Editora, Coimbra, 1991.

SANTOS, Antonio Carlos; **GONÇALVES**, Maria Eduarda y **MARQUES**, Maria Manuel Leitão: *Direito Económico*. 2ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1995.

SANTOS, António Marques dos: *Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público*. Livraria Almedina, Coimbra, 1985.

SANTOS, António Marques dos: *As normas de aplicação imediata no Direito internacional privado. Esboço de uma teoria geral*. Vol. I, Almedina, Coimbra, 1990.

SANTOS, António Marques dos: Transferencia Internacional de Tecnologia, Economía e Direito, Alguns Problemas Gerais, *Cadernos de Ciencia e Tecnología Fiscal*. Nº 132, DGCI, Lisboa, 1984.

- SANTOS**, Maria Cecilia de Andrade: *A defesa da concorrência no Mercosul e o Protocolo de Fortaleza*. Boletín Latinoamericano de Competencia, nº 12, julho 2001.
- SANTOS**, María Cecilia de Andrade: *Direito Comunitario da Concorrência. Perspectivas para o MERCOSUL*. Boletín Latinoamericano de Competencia, nº 7, agosto de 2000.
- SANTOS**, Milton: *Guerras dos lugares*. FSP, São Paulo, 1999.
- SAPPER**, Jean: *Les Contrats d’Affiliation en Droit Français et Allemande*, en: *RTDC*. Sirey, Paris, 1963.
- SATZKY**, Horst: The Merger Control Regulation of European Economic Community, *The American Journal of Comparative Law (AJCL)*. Vol. 38, University of Michigan, Michigan, 1990.
- SAUVAIN**, Anne Petit-Pierre: *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*. George, Genève, 1972.
- SAVATIER**, Jean: *Les Groupes de Sociétés et la Notion d’Entreprise en Droit du Travail*. Librairie Économique et Sociale, Paris, 1974.
- SAVATIER**, Renè: *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d’Aujourd’hui*. Dalloz, Paris, 1964.
- SCAHIPIRA**, Jean: *Direito comunitário das actividades económicas*. Resjuridica, Porto, 1992.
- SCHAPIRA**, Jean; **LE TALLEC**, Georges y **BLAISE**, Jean-Bernard: *Droit Européen des affaires*. 3ème édition, PUF, Paris, 1992.
- SCHERER**, F. M.: *Competition Policies for an Integrated World Economy*. The Brookings Institution, Washington, 1994.
- SCHERER**, F.M.: *Competition Policy, Domestic and International*. Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, 2000.
- SCHIPPER**, K y **SMITH**, A.: The Corporate Spin-Off Phenomenon, en: *The Revolution in Corporate Finance*. Basil Blackwell, Oxford, 1986.
- SCHMIDT**, Dominique: *Les Droits des Minorités dans la Société Anonyme*. Librairies Sirey, Paris, 1969.
- SCHMIDT**, Ingo: Different approaches and problems in dealing with control of market power: a comparison of German, European and U.S. policy towards market-dominating enterprise, *The Antitrust Bulletin*. Federal Legal Publications, Summer, New York, 1983.
- SCHMITT**, Paul: Multinational corporations and Merger Control in Community Antitrust Law, en: *European Merger Control. Legal and Economic Analyses on Multinational Enterprises*. Vol. I, Klaus J. Hopt, Oxford University Press, Oxford, 1982.
- SCHMITTHOFF**, Clive M. y **WOOLDRIDGE**, Frank: *Groups of Companies*. Sweet & Maxwell, London, 1991.
- SCHMITTHOFF**, Clive M.: *Commercial Law in a Changing Economic Climate*. 2 edition, Sweet & Maxwell, London, 1981.

SEITENFUS, Ricardo y VENTURA, Deisy: *Introdução ao Direito Internacional Público*. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

SENN, Georges: *Les Sociétés de Investissement en Droit Français et Droit Comparé*. Sirey, Paris, 1956.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira: *A tutela das marcas e a (liberdade) de concorrência*. Aímedina, Coimbra, 1990.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira: A vulgarização da marca na directiva 89/104/CEE, de 21 de Dezembro de 1988 (Id Est, No Nosso Direito Futuro), en: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1995.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira: *Co-Gestão – Que Futuro?*. Separata do BFDUC (nº especial), Coimbra, 1980.

SERICK, Rolf: *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles – El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1958.

SERICK, Rolf: *Forma e Realtà della Persona Giuridica*. Dott Giuffre Editore, Milano, 1966.

SERICK, Rolf; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y CARRASCO PERERA, Ángel: *Garantías mobiliarias en derecho alemán: perfiles y principios*. Editorial tecnos, Madrid, 1990.

SERICK, Rolf; WITZ, Claude y LITAUDON, Anne-Marie: *Les suretes reyes mobilières en droit allemand: vue d'ensemble et principes généraux*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990.

SERRA, Narcís: El progreso de la política de defensa europea, en: *Política Exterior*. Vol. XV, septiembre/Octubre de 2001, Núm. 83, Madrid.

SERRAS, Françoise y otros: *Droit communautaire et international des groupements, JCP*. Éditions Techniques, Paris, 1990.

SHIEBER, Benjamin M.: *Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996.

SHIRM, Stefan A.: *Mercados Globais e Margem de Ação do Estado*. Centro de Estudos Papers, nº 36, Rio de Janeiro, 1999.

SHUGHART II, William F. y TOLLISON, Robert D.: The positive economics of antitrust policy: a survey article, *International Review of Law and Economics*. Nº 5, Columbia University School of Law, New York, 1985.

SIBREE, William: EEC merger control and joint ventures, *European Law Review (ELR)*. Sweet & Mawwell, London, 1992.

SIEGEL, Harold: *When Corporations Divide: A Financial and Legal Analysis*, en: 79 *HarvLR*. Harvard University, Cambridge, 1966.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal: *Joint Venture internacional*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.

SILVA, César Augusto Silva da: *O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

- SILVA**, Eugênio da Costa e: *A Concorrência no Mercosul: considerações preliminares*, RDE. Nº 25, Brasília, julho/1997.
- SILVA**, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, São Paulo, 1999.
- SILVEIRA**, Paulo Antonio Caliendo V. da: *Defesa da Concorrência no MERCOSUL*. Editora LTr., São Paulo, 1998.
- SIMONSEN**, Mário Henrique: *Ensaio analítico*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1994.
- SINAY**, Henri: *Vers un Droit des Groupes de Sociétés*, en: GP. Paris, 1967.
- SIRAGUSA**, Mario y **SUBIOTTO**, Romano: *The EEC merger control regulation: the Commission's evolving case law*, CMLR. 28, Stevens and Sons, London, 1991.
- SIRAGUSA**, Mario y **SUBIOTTO**, Romano: *Le contrôle des opérations de concentration entre entreprises au niveau européen: une première analyse pratique*, RTDE. 28 année, nº 1, Sirey, Paris, 1992.
- SIRAGUSA**, Mario: *Current procedural and litigations aspects of mergers and takeovers*. Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, M. Bender, New York, 1990.
- SOARES**, Mário Lúcio Quintão: *Mercosul – Direitos Humanos, Globalização e Soberania*. Ed. Inédita, Belo Horizonte, 1997.
- SPOLIDORO**, Marco Saverio: *Il regolamento sul controllo delle concentrazioni: nuova versione della proposta modificata*, *Rivista delle Società*. Anno 34, Giuffrè, Milano, 1989.
- SQUIRES**, Michael B.: *Tax Planning for Groups of Companies*. Butterworths, London, 1990.
- STEINDORF**, Ernst: *Obstacles tenant a la legislation communautaire sur les ententes et positios dominantes*, RMC. Nº 109, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968.
- STIGLITZ**, Joseph: *Más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo. Hacia el Consenso Post-Washington*, en: *Desarrollo Económico*. Nº 151, Buenos Aires, 1998.
- STOCKMAN**, Franz; **ZIEGLER**, Rolf y **SCOOT**, John: *Networks of Corporate Power*. Polity Press, Cambridge, 1985.
- STOLFI**, Caterina: *In Tema di Partecipazioni di una Società di Capital ad una Società per Persone*, en: *RivDCom*. V. II, Roma, 1970.
- STORK**, Michel: *La Définition Légale du Contrôle d'une Société en Droit Français*, en: 104 *RevS*, (1986). Nº 3, Éditions Dalloz, Paris, 1986.
- STRENGER**, Irineu: *Contratos Internacionais do comércio*. 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
- STRIVENS**, Robert: *The Philip Morris case: Share acquisitions and complaints rights*, *European Intellectual Property Review* (EIPR). Nº 6, ESC, Oxford, 1988.

- STUBER**, Walter Douglas y **NOBRE**, Lionel Pimentel: *A atual atuação do CADE no Brasil*. Boletín Latinoamericano de Competencia, nº 2, 1995.
- STURM**, Roland: The German Cartel Office in a Hostile Environment, en: *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*. Clarendon Press, Oxford, 1996.
- SULLIVAN**, E. Thomas y **HARRISON**, Jeffrey L.: *Understanding antitrust and its economic implications*. 2 ed., Matthew Bender, New York, 1994.
- SULLIVAN**, E. Thomas y **HONVENKAMP**, Herbert: *Antitrust law, policy and procedure; cases, materials, problems*. 3 ed., The Michie Company, Charlottesville, 1994.
- SULLIVAN**, Neil F.: *Technology Transfer (Making the most of your intellectual property)*. Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- SUTHERLAND**, Peter: *The future of competition policy in the EC, Multinational Business*. Nº 2, Summer, Butterworths, London, 1992.
- SYMPOSIUM**: *The Bhopal Tragedy: Social and Legal Issues*, en: 20 Tex Int.L.J. (1985).
- TABOTONI**, Pierre: *Remarques sur les obstacles psycho-sociologiques à la coopération internationale*, RMC. Nº 109, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1968.
- TADDEI**, Marcelo Gazzi: O CADE e o controle preventivo dos atos de concentração empresarial, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 121, ano XL, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, jan-mar. de 2001.
- TANTINI**, Giorgio: Transformazione e Fusione delle Società, en: *Tratatto di Diritto Comérciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. V. VIII, Cedam, Padova, 1985.
- TANUGI**, Laurent Cohen: *La Pratique Communautaire du Controle des Concentrations, Droit Económique*. DeBoeck Université, Paris/Louvan-La-Neuve, 1995.
- TAORMINA**, Fernando: *Gruppo Societário e Gruppo Creditizio. Vigilanza sul Gruppo Creditizio*, en: *Notiz. Legisl. Med. Centr.* Vol. IX, 1990.
- TELLES**, Inocêncio Galvão: *Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades*, ROA. Lisboa, 1979.
- TEMPLE**, Henri: *Les Sociétés de Fait*. LGDJ, Paris, 1975.
- TERRÉ**, François: *Réflexions sur la Notion de Nationalité*, en: *RCDIP*. Dalloz, Paris, 1974.
- TEUBNER**, Gunther: *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*, en: *Regulating Corporate Groups in Europe*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1990.
- THIEFFRY**, Patrick: *L'appréhension des systèmes de distribution en droit américain et en droit européen de la concurrence*, RTDE. Nº 4, Sirey, Paris, 1985.

- THIESING, J.; SCHRÖTER, H. y HOCHBAUM, I. :** *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE*. Éditions de Navarre, Paris, 1977.
- THORELLI, Hans B.:** *The Federal Antitrust Policy (Origination of an American Tradition)*. The John Hopkins Press, Baltimore, 1955.
- THORSTENSEN, Vera:** Os acordos regionais de comércio e as regras da OMC, en: *Política Externa*. Vol. 9, núm. 1, São Paulo, Junho/Julho/Agosto de 2000.
- TIEDEMANN, Klaus y MARTY, Delmas:** *La Criminalité, le Droit Pénale et les Multinationales*, en: *SJ. V. I*, Paris, 1978.
- TINDALL, Robert E.:** *Multinational Enterprises – legal and management structures and interrelationship with ownership, control, antitrust, labor, taxation and disclosure*. Oceania Publications, New York, 1975.
- TOMBARI, Umberto:** *Il grupo di società*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1997.
- TORRES KIRMSER, José Raúl:** *Reflexiones ante la problemática jurídica del MERCOSUR – el desarrollo frente al desafío de la integración*. Intercontinental Editora, Asunción, 1998.
- TRIGO, Maria Graça:** Grupos de Sociedades, en: *O Direito*. Lisboa, 1991.
- UCKMAR, Victor:** Gruppi e Disciplina Fiscale, en: *I Gruppi di Società, Volume Terzo, Rivista delle Società*. (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- ULLRICH, Hanns (ed.):** International Harmonisation of Competition Law: Making Diversity a Workable Concept, en: *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998.
- ULRICH, Immenga:** International Restrictive Practices and Economic Concentration, en: *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*. (ULLRICH, Hanns ed.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998.
- UNGER, Roberto Mangabeira:** *Democracia Realizada*. Boitempo Editorial, São Paulo, 1998.
- URÍA, Rodrigo:** Teoría de la concentración de empresas, *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 2, Madrid, 1949.
- UTTON, M. A.:** *Market dominance and antitrust policy*. Aldershot, Elgar, 1995.
- VACARIÉ, Isabelle:** *Les Groupes de Sociétés et les Relations Individuelles de Travail*, en: *DrSoc*. Librairie Technique et Économique, Paris, 1975.
- VAN GERVEN, Gerwin y NAVARRO VARONA, Eudurne:** *The Wood Pulp case and the future of the concerted practices*, *CMLR*. Vol. 31, nº 3, Stevens and Sons, London, 1994.
- VAN GERVEN, Walter:** *EC jurisdiction in antitrust matters: The Wood Pulp judgment*. Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute (FCLI), M. Bender, New York,, 1990.
- VAN GERVEN, Walter:** *Principes du droit des ententes de la Communauté Économique Européenne*. Bruylant, Bruxelles, 1966.

- VAN KRAAY**, Frans G. A.: Proposed EEC regulation on control of mergers, *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 26, April, British Institute of International and Comparative Law, London, 1977.
- VAN RYN**, Jean: Les Méthodes de Groupement des Sociétés en Droit Belge, en: *CUCD, Rapport au VIIème Congrès Internationale de Droit Comparé*. Bruxelles, 1966.
- VANDAMME**, Jacques y **GUERRIN**, Maurice: *La réglementation de la concurrence dans la CEE*. Presses Universitaires de France, Paris, 1974.
- VANDAMME**, Jacques y **SIMONS**, Erwin: *Le contrôle des concentrations dans la Communauté Européenne, Courrier Hebdomadaire CRISP*. N° 1293, Centre de Recherche et d'Information Socio-Politiques, Bruxelles, 1990.
- VANDAMME**, Jacques: *L'arrêt de la Cour de Justice du 21 Février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du Traité CEE, Cahiers de Droit européen (CDE)*. Nawwelaerts Pub., Leuven, 1974.
- VANDAMME**, Jacques: *L'arrêt de la Cour de Justice du 21 Février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du Traité CEE, CDE*. Nawwelaerts Pub., Leuven, 1973.
- VANHAECKE**, Michel: *Les Groupes de Sociétés*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1962.
- VAÑÓ VAÑÓ**, Maria José: *Fusión heterogénea y cesión global en el sector bancario*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001.
- VARELA**, João de M. Antunes: *Das Obrigações em Peral*. Vol. I, Almedina, Coimbra, 1990.
- VASCONCELOS**, Paulo Alves de Sousa de: *O contrato de consorcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*. Coimbra editora, Coimbra, 1999.
- VAZ**, Isabel: *Direito Económico da Concorrência*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.
- VEDOVE**, Giampaolo Dalle: *Concentrazioni e Gruppi nel Diritto Antitrust*. CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova, 1999.
- VEGA GARCÍA**, Fernando L. De La: Tendencias generales de evolución del Derecho interno de Defensa de la Competencia, *Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 240, Madrid, Abril-Junio 2001.
- VELASCO SAN PEDRO**, Luis Antonio: La defensa de la competencia en la UE y en MERCOSUR, en: *MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998.
- VENIT**, James S.: The merger control regulation: europe comes of age... or caliban's dinner, *Common Market Law Review (CMLR)*. N° 27, Stevens and Sons, London, 1990.
- VENTURA**, Deyse de Lima Freitas: *Direito Comunitário do Mercosul*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.
- VENTURA**, Raúl: Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades, en: *Documentação e Direito Comparado, BMJ*. Lisboa, 1981.

- VENTURA, Raúl:** *Estudos Vários Sobre Sociedades Anónimas.* Almedina, Coimbra, 1992.
- VENTURA, Raúl:** *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades.* Almedina, Coimbra, 1990.
- VENTURA, Raúl:** *Grupos de Sociedades – Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE,* en: 41 ROA. Lisboa, 1981.
- VENTURA, Raúl:** *Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades,* en: 39 ROA. Lisboa, 1979.
- VENTURA, Raúl:** *Participações Recíprocas de Sociedades em Sociedades, Separata da RSI.* Tomo XXVII, nº 153-156, Lisboa, julho-dezembro de 1978.
- VENTURA, Raúl:** *Primeiras notas sobre o contrato de consórcio,* *Revista da Ordem dos Advogados (ROA).* Ano 41, Lisboa, 1981.
- VERDIER, Bernard:** *Une Illustration du Contrôle Multinational: la Politique Financière des Entreprises Multinationales,* en: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit.* (Coordinadores: GOLDMAN, B. y FRANCESKAKIS, P.), Librairies Techniques, Paris, 1977.
- VERGARA DEL CARRIL, Angel:** *Nuevo régimen de Defensa de la Competencia. Introducción del control de concentraciones,* *El Derecho.* Buenos Aires, 2000.
- VERRUCOLLI, Piero:** *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law.* Giuffrè, Milano, 1964.
- VERSTRYNGE, J. F.:** *Problèmes relatifs aux filiales comunes,* *CDE.* Nº 1, Navwelaerts Pub., Leuven, 1979.
- VIANDIER, Alain :** *Les Opérations à L'Intérieur du Groupe,* en: *I Gruppi di Società, Volume Terzo, Rivista delle Società.* (Director – MIGNOLI, Ariberto y ROSSI, Guido), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- VIANDIER, Alain:** *Les Opérations Financières au Sein des Groupes de Sociétés,* en: *SJ.* Paris, 1985.
- VICENT CHULIÁ, Francisco:** *Nuevas estrategias en el Derecho de sociedades europeo,* *Derecho de los Negocios.* Año 8, Número 76, Madrid, 1997.
- VIDAL VILLA, José María:** *Mundialización e integración económica,* en: *Integración Eurolatinoamericana.* (Coordinador: MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- VIGNES, Daniel:** *La Protection des Actionnaires dans les Conventions Internationales Bilatérales,* en: *La Personalité Moral et ses Limites.* LGDJ, Paris, 1961.
- VILALTA NICUESA, Aura Esther y MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M.:** *Acciones para la protección de patentes y modelos de utilidad.* Bosch, Barcelona, 2000.
- VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de:** *Grupo Econômico e Direito do Trabalho,* en: *ADT – Advocacia Trabalhista, COAD.* Nº 3(24): 186-79, São Paulo, 1988.
- VOGEL, Louis:** *Droit de la Concurrence et Concentration Économique. Etude comparé.* Ed. Économica, Paris, 1988.

- VOGEL**, Louis: *Droit de la concurrence et concentration économique*, Serie *Etudes et Recherches*. Ed. Economica, Paris, 1988.
- VOGEL**, Louis: *Le droit européen des affaires*. Éditions Dalloz, Paris, 1992.
- VOGEL**, Louis: *Le nouveau droit européen de la concentration*, JCP. Editions Techniques, Paris, 1990.
- VOGEL**, Louis: Le règlement européen sur le contrôle des concentrations ou de la difficulté de concilier efficacité et compromis, *Journal du Droit International* (JDI). N° 1, Janvier-Fevrier-Mars, Marchal, Paris, 1991.
- VOGELENZANG**, P.: *Abuse of a dominant position in article 86°; the problem of causality and some applications*, CMLR. Vol. 13, Stevens and Sons, London, 1976.
- WAELEBROECK**, Michel y **FRIGNANI**, Aldo (Versión española por: SÁENZ-CORTABARRÍA FEDEZ., Ignacio y MORALES ISASI, Marta): *Derecho Europeo de la Competencia*. Vol. 4 del Comentario J. Mégret, Tomo II, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1998.
- WAELEBROECK**, Michel: *Le droit de la Communauté Économique Européenne – Concurrence*, RMC. Editions Techniques et Economiques, Paris, 1992.
- WAELEBROECK**, Michel: *Règles de concurrence et concentrations*. Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. II, Book 1, Florence, 1991.
- WAELEBROECK**, Michel: *Vertical agreements: is the Commission right not to follow the current U.S. policy?*, en: *Swiss Review of International Competition Law*. N° 25, October, Geneva, 1985.
- WAELEBROECK**, Michel; **MEGRET**, Jacques; **LOUIS**, Jean-Victor y **VIGNES**, Daniel: *Le droit de la Communauté Économique Européenne (Commentaire du Traité et des textes pris pour son application)*. Vol. 4 – Concurrence, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1972.
- WALLACE**, Cynthia D.: *Legal Control of the Multinational Enterprise*. Martinus Nijhoff, Boston/London, 1982.
- WAVERMAN**, Leonard: Canadian competition law: 100 years of experimentation, en: *Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions, Fundamentals of pure and applied economics*. J. Lesourne and H. Sonnenschein editors, Harwood Academic Publishers, New York, 1998.
- WEDDERBURN**, Lord: *Multinationals and the Antiquities of Company Law*, en: *ModLR*. Blackwell Publishing, Oxford, 1983.
- WEINBERG**, M. A.: *Take-overs and Mergers*. Sweet & Maxwell, London, 1979.
- WHISH**, Richard y **SUFRIN**, Brenda: *Oligopolistic Markets and EC Competition Law*. 12, Yearbook of European Law, 1992, Oxford, Clarendon Press.
- WHISH**, Richard: *Competition Law*. Second Edition, Butterworths, London-Edinburgh, 1989.
- WILLIAMSON**, Oliver: The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes, en: 3 *Journal of Economic Literature*. American Economic Association, Nashville, 1981.

- WILS, Geert:** *Rule of Reason: une règle raisonnable en droit communautaire?*, CDE. Navwelaerts Pub., Leuven, 1990.
- WINCKLER, Antoine y GERONDEAU, Sophie:** *Étude critique du règlement CEE sur le contrôle des concentrations d'entreprises*, RMC. N° 339, Août-Septembre, Editions Techniques et Economiques, Paris, 1990.
- WOOLDRIDGE, Frank:** Aspects of Regulation of Groups of Companies in European Laws, en: *European Company Laws – A comparative Approach*. (Directores: DRURY, Robert R. y XUEREB, Peter G.), Dartmouth, Sydney, 1991.
- WOOLDRIGE, Francis:** *Groups of Companies – The Law and Practice in Britain, France and Germany*. Institute of Advanced Legal Studies, London, 1981.
- WYMEERSCH, Eddy:** *The Groups of Companies in Belgium Law*. Internal Doc. EEC, Brussels, 1988.
- XAVIER, Alberto P.:** *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*, CTF. N° 136, 4/70, Lisboa, 1970.
- XAVIER, Vasco da Gama Lobo:** Subsídios para uma lei de defesa da concorrência, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*. N° 138, Lisboa, 1987.
- YRARRAZAVAL C., Arturo:** Orden Público Económico: ficción o realidad, *Revista del Abogado*. N° 15, Año 5, abril, Santiago de Chile, 1999.
- ZANDA, Gianfranco; LAGHI, Enrico y ROMAGNOLI, Ilaria:** *Le Lettere di Patronage: Problemi di Contabilizzazione*. G.Giappichelli, Torino, 1998.
- ZUCCHERINO, Daniel R. y MITELMAN, Carlos O.:** *Marcas y patentes en el GATT*. Abeledo-Perrot editorial, Buenos Aires, 1997.

Documentación, legislación y jurisprudencia citada

Ley 19550 (Ley de sociedades comerciales). Buenos Aires, 20 de marzo de 1984. Texto ordenado por el Decreto 841/84. Boletín Oficial, 30 de marzo de 1984.

Ley 6404 (Ley de sociedades anónimas). Brasilia, 15 de diciembre de 1976. Diario Oficial, 17 de diciembre de 1976.

Ley n° 1.183 (Código Civil). Asunción, 23 de diciembre de 1985, alterada por la Ley n° 388 (Sociedades anónimas). Asunción, 18 de agosto de 1994

Ley 16.060 (Ley de sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios). Montevideo, 04 de septiembre de 1989. Diario Oficial, 1 de noviembre de 1989.

Acta de la XXIII reunión del Comité Técnico n° 5 (MERCOSUR/CCM/CT5/Acta 3/99), del 15 y 16 de julio de 1999.

Acta Final de la reunión del Grupo Mercado Común, Buenos Aires, 5 y 6 de abril de 2000.

Acto de concentración de n° 08012.007829/2001-03 CADE. Requirentes: *Henkel Loctite Adesivos Ltda.*; *Lord Industrial Ltda.*; *Liofol Industria e Comercio de Adesivos Ltda.*, con voto del consejero relator (Miguel Tebar Barrionuevo) de 29 de mayo de 2002, Brasilia.

Acuerdo Marco Interregional de cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes (DO n° L 069 de 19/03/1996).

Anuario de Estadísticas de la América Latina y el Caribe, CEPAL, Santiago de Chile, Año 2002.

Acto de Concentración n° 08012.005846/99-12, CADE, Brasilia.

Boletín de Indicadores Macroeconómicos del MERCOSUR, Febrero 2003, n° 97.

Boletín Oficial del MERCOSUR, n°. 2, Montevideo, 1997.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, 24 de noviembre de 2000, causa 42.061, Buenos Aires.

Carta de la Comisión SG (84) D/3946, de 22 de marzo de 1984, relativa a los asuntos IV/30.342 y IV/30.926, por la que se desestiman las solicitudes presentadas por *British-American Tobacco Company Ltd* y *R. J. Reynolds Industries Inc.*, en aplicación del arpartado 2 del artículo 3 del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (DO 1962, p. 204; EE 08/01, p. 22).

Cia. Antártica Paulista/Anheuser Bush International Inc./ABII, Anheuser Bush International Holding Inc – ABIH (AC 83/96), CADE, Brasilia.

Cia. Cervejaria Brahma/Miller Brewing Co. y Miller Brewing M 1855, Inc. (AC 58/95), CADE, Brasilia.

CNDC v.YPF. Ley nº 22.282. por discriminación de precios. Dictamen CNDC nº 314 del 19 de marzo de 1999, aprobado por Resolución SICyM nº 189 del 22 de marzo de 1999, Buenos Aires.

Código de Defensa do Consumidor - Ley nº 8.078, de 11 de septiembre de 1990, DOU de 12/09/1990, Brasilia.

Comisión Nacional de defensa de la Competencia. Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia, Serie Documentos, Número 1, Buenos Aires, 1997.

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. El Control Previo de las Concentraciones y Fusiones y la Defensa de la Competencia en los mercados, Serie Documentos, Número 2, Buenos Aires, 1997.

Comunicación 385/04, relativa al calculo del volumen de negocios, publicada en el DO nº C 385/21 de 31/12/1994.

Comunicación 94/C 385/02, relativa al concepto de concentración de empresas, publicada en el DO nº C 385/5 de 31/12/1994.

Comunicación 94/C 385/03, relativa al concepto de empresas en cuestión, publicada en el DO nº C 385/12 de 31/12/1994.

Comunicación de la Comisión 2002/C 152/03, DO C 152/5, de 26/06/2002.

Comunicación de la Comisión 90/C 203/06, DO nº C 203/10 de 04/08/1990, relativa a las operaciones con carácter de concentración y de cooperación en los términos del Reglamento 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989. La Comunicación 90/C 203/06, fue sustituida por la Comunicación 94/C 385/01, DO nº C 385/01 de 31/12/1994.

Comunicación de la Comisión 93/C 43/02, DO nº C 43/02 de 05/6/1993.

Comunicación de la Comisión nº 90/C 203/05, relativa a las restricciones accesorias a las operaciones de concentración, DO nº C 203/05 de 14/8/1990.

Comunicación de la Comisión relativa a determinados aspectos del tratamiento de los asuntos de competencia resultantes de la expiración del Tratado CECA, nº 2002/C 152/03, DO C 152/5, de 26/06/2002.

Comunicación de la Comisión relativa a un procedimiento en el ámbito de los artículos 81 y 82 TCE, 90/C 239/02, DO nº C 239/2, de 25/09/1990.

Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO nº C 385 de 31/12/1994.

Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO nº C 066 de 02/03/1998.

Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 1977, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, DO nº C 313 de 29/12/1977. Actualizada por la Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986, DO nº C 231 de 12/9/1986.

Comunicación en los términos del nº 2 del art. 5 del Reglamento (CEE) nº 3975/87 del Consejo de 14 de diciembre de 1987 relativo al procedimiento IV/33 405. Acuerdo que prevé la entrada de la *British Airways* y de la *KLM* en el capital de la *SABENA World Airlines (SWA)*, 90/C 82/04, DO nº C 82/7 de 31/3/1990.

Comunicación relativa a los Reglamentos (CEE) nº 1983/83 y (CEE) nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías o acuerdos de distribución exclusiva y de acuerdos de compra exclusiva respectivamente. DO nº C 101 de 13/04/1984.

Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto-Ley nº 5.452, de 1 de mayo de 1943, DOU de 09 de agosto de 1943, Brasil.

Constitución Política de Bolivia de 1967, con las reformas de 1994 (Texto acordado 1995) - Ley nº 1615, de 6 de febrero de 1995.

Convenio Hispano-Brasileño de 14/11/1974, BOE de 31/12/1975, para evitar la doble imposición tributaria.

Cronograma de Las Leñas, Decisión CMC 1/92, MERCOSUR.

Cumbre de Ouro Preto, Decisiones CMC 20/94 y 21/94, MERCOSUR.

Decisión CMC nº 03/96, adhesión de Chile al MERCOSUR.

Decisión CMC nº 04/96, adhesión de Bolivia al MERCOSUR.

Decisión de 18/09/1996, AC 27/95, *K&S Aquisições Ltda. E Kolinós do Brasil S/A*, rel. Cons, Revista del Ibrac (Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorência e de Consumo), vol. 3, nº 10, Brasília.

Decisión de Consejo de 22 de marzo de 1999 – 1999/279/CE, DO I 112/65, de 29/4/1999.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 02.09.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.129 - DIGITAL / PHILIPS) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 235 de 10/09/1991.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 03.09.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.261 - VOLVO / LEX) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 239 de 18/09/1992.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 04.01.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0024 - MITSUBISHI / UCAR, DO nº C 005 de 09/01/1991.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 05.10.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.157 - AIR FRANCE / SABENA, sobre la base del Reglamento CEE nº .4064/89 del Consejo, DO nº C 272 de 21/10/1992.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 06.02.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0058 - BAXTER / NESTLE / SALVIA) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 037 de 13/02/1991.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 07.03.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0069 - KYOWA / SAITAMA BANKS, sobre la base del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, *DO nº C 066 de 14/03/1991*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 07.11.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0004 - RENAULT / VOLVO) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO nº C 281 de 09/11/1990*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 08/02/1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV/M.009 - FIAT GEOTECH / FORD NEW HOLLAND) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO nº C 118 de 03/05/1991*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 09.12.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.149 - LUCAS / EATON, *DO nº C 328 de 17/12/1991*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 10.06.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0072 - SANOFI / STERLING DRUG) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO nº C 156 de 14/06/1991*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 10.12.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0025 - ARJOMARI-PRIOUX SA / WIGGINS TEAPE APPLETON) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO nº C 321 de 21/12/1990*.

Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 1984 relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado de la CEE (actual art. 81 TCE) (IV/30.666 – *Mecaniver – PPG*), *DO nº L 035 de 07/02/1985*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 12 de noviembre de 1992, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.222 - Mannesmann/Hoesch, *DO nº L 114 de 08/05/1993*.

Decisión de la Comisión de 13 de julio de 1983 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE (IV/30.437 – *Rockell / Iveco*). *DO nº L 224 de 17/08/1983*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 13 de septiembre de 1991, Asunto IV/M 130, *DO nº C 289/14, de 07/11/1991*

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 13.02.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.162 - JAMES RIVER / RAYNE, sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO nº C 043 de 18/02/1992*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 13.04.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.168 - FLACHGLAS / VEGLA, *DO nº C 120 de 12/05/1992*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 14.04.92 por la que se declaró la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común

(Asunto nº IV M.192 - BANESTO / TOTTA) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO nº C 107 de 28/04/1992*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 14.07.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.229 - THOMAS COOK / LTU / WEST LB, *DO nº C 199 de 06/08/1992*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 16.05.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.221 - ABB / BREL) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO nº C 142 de 04/06/1992*.

Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 (actual art. 81 TCE) (IV/31.340 – *Mitchell Cotts / Sofifitra*), *DO nº L 041 de 11/02/1987*.

Decisión de la Comisión de 17 de octubre de 1991, Asunto IV/M 122, *DO nº C 277/18 de 24/10/1991*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 17.02.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0090 - BSN - Nestlé / Cokoladovny, *DO nº C 047 de 21/02/1992*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 17.12.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0027 - PROMODES / DIRSA) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *DO nº C 321 de 21/12/1990*.

Decisión de la Comisión de 18 de junio de 1969, relativa a una solicitud de certificación negativa, asunto IV/22548, *Christiani & Nielsen*, *DO nº L 165 de 05/07/1969*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 18.05.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.218 - EUCOM / DIGITAL, *DO nº C 140 de 03/06/1992*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 19 de diciembre de 1984, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE, Asunto nº IV/29.725 – Wood Pulp (Pasta de madera), *DO nº L 085 de 26/03/1985*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 19.12.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, Asunto nº IV M.138 – CAMPSA, *DO nº C 334 de 28/12/1991*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 19.12.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.113 - COURTAULDS / SNIA, *DO nº C 333 de 24/12/1991*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 2 de octubre de 1991, por la que se declara la incompatibilidad con el mercado común de una operación de concentración (Asunto nº IV/M.053-Aérospatiale-Alenia/De Havilland) Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, *DO nº L 334 de 05/12/1991*.

Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 1974, *SHV – Chevron*, asunto nº IV/C/26872, *DO nº L 38/14 de 12.2.1975*.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 21.02.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0065 - ASKO / OMNI, DO nº C 051 de 27/02/1991.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 21.11.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0018 - AG / AMEV) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 304 de 04/12/1990.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 22 de diciembre de 1987 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, Asunto IV/27.093 - De Laval-Stork, DO nº L 059 de 04/03/1988.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 22 de diciembre de 1987 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, Asunto IV/32.306 - Olivetti/Canon, DO nº L 052 de 26/02/1988.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 22.01.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.133 - ERICSSON / KOLBE, DO nº C 027 de 04/02/1992.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 22/02/1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M. 0057 – Digital / Kienzle, sobre la bases del Reglamento CEE nº 4064/89 del Consejo – DO nº C056 de 05/03/1991.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 23.10.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0086 THOMSON / PILKINGTON, DO nº C 279 de 26/10/1991.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 24 de julio de 1969, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del TCEE (IV / 26.267 – Materias colorantes). DO nº L 195 de 07/08/1969.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 24.06.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0093 - APOLLINARIS / SCHWEPPE, DO nº C 203 de 02/08/1991.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 24.07.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.0088 - ELF / ENTERPRISE, sobre la base del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, DO nº C 203 de 02/08/1991.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 25 de julio de 1977, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE, Asunto IV/27 093 - De Laval-Stork, DO nº L 215 de 23/08/1977.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 25.09.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.258 - CCIE / GTE) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 265 de 14/10/1992.

Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del TCEE (IV/31.043 – Tetra Pak , licencia BTG). DO nº L 272 de 04/10/1988.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 27 de junio de 1967, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del TCEE (IV/223 – Transocean Marine Paint Association), DO nº L163 de 20/07/1967.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 27/11/1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M. 156 – Cereol / Continental Italiana) sobre la base del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, DO nº C 007 de 11/01/1992.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 28 de abril de 1992, por la cual se declara la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración (Asunto nº IV/M. 126 – Accor/Wagons – Lits) – Reglamento CEE nº 4064/89 del Consejo, DO nº L 204 de 21/07/1992.

Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 1988 relativa a un procedimiento incoado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 TCE (IV/B – 2/31.424, *Hudson`s Bay – Dansk Pelsdryavlerforening*), DO nº L 316 de 23/11/1988.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 28.07.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.160 - ELF ATOCHEM / ROHM AND HAAS, DO nº C 201 de 08/08/1992.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 28.11.1990 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV M.0023 - ICI / TIOXIDE) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 304 de 04/12/1990.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 29 de octubre de 1982, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE, Asunto IV/30.517 - Amersham Buchler, DO nº L 314 de 10/11/1982.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 29.09.1992 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M.263 - AHOLD / JERONIMO MARTINS, DO nº C 261 de 10/10/1992.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 30.04.1992, Asunto nº IV M.197 - SOLVAY LAPORTE / INTEROX, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, DO nº C 165 de 02/07/1992.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 30.05.1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV/M.0010 - CONAGRA / IDEA) sobre la base del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, DO nº C 175 de 06/07/1991.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 30/07/1991 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto nº IV M. 062 – Eridania / ISI, sobre la bases del Reglamento CEE nº 4064/89 del Consejo, DO nº C 204 de 03/08/1991.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 31 de julio de 1991, por la que se declara la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración (Asunto IV / M.012 – Varta/Bosch) sobre la base del Reglamento CEE nº 4064/89 del Consejo, DO nº L 320 de 22/11/1991.

Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (Asunto IV/31.906 – Vidrio plano), DO nº L 033 de 04/02/1989.

Decisión de la Comisión nº 24/54, de 6 de mayo de 1954, por la que establece, en aplicación del apartado 1 del artículo 66 del Tratado, un reglamento relativo a los elementos que constituyen el control de una empresa. DO nº 009, de 11/05/1954.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN, de 12 de julio de 1995, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CE (Asunto nº IV/33.802 BASF Lacke + Farben AG, y SA Accinauto), DO nº L 272 de 15/11/1995.

Decisión de la Comisión, de 14 de diciembre de 1989, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE (IV/32.202 – APB), DO nº L 018 de 23/01/1990.

Decisión de la Comisión, de 19 de junio de 1969, relativa a una solicitud de certificación negativa (Asunto IV/22548 – *Christiani & Nielsen*), DO nº L 165 de 05/07/1969.

Decisión de la Comisión, de 2 de junio de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado (IV/26 760 – GEMA), DO nº L 134 de 20/06/1971, modificada por la Decisión de la Comisión, de 6 de julio de 1972, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.670 – GEMA), DO nº L 166 de 24/07/1972.

Decisión de la Comisión, de 21 de septiembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (IV/34.600 – Night Services), DO nº L 259 de 07/10/1994.

Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 1969, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del TCEE (IV / 26.267 – Materias colorantes). DO nº L 195 de 07/08/1969.

Decisión de la Comisión, de 30 de junio de 1970, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/24055 – Kodak), DO nº L 147 de 07/07/1970.

Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.811 - Continental Can Company), DO nº L 007 de 08/01/1972.

Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.811 - Continental Can Company), DO nº L 007 de 08/01/1972.

Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.811 - Continental Can Company), DO nº L 007 de 08/01/1972.

Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.811 - Continental Can Company), DO nº L 007 de 08/01/1972.

Decisión del CMC nº 20/94 sobre las *Políticas Públicas que distorsionan la Competitividad*, MERCOSUR.

Decisión del Consejo de 22 de marzo de 1999, relativa a la conclusión, en nombre de la Comunidad Europea, del Acuerdo marco interregional entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes, por otra (1999/279/CE), DO L 112/65 de 24 de abril de 1999.

Decisión del Consejo de 22 de marzo de 1999, relativa a la conclusión, en nombre de la Comunidad Europea, del Acuerdo marco interregional de cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes, por otra; 1999/279/CE, DO L 112/65 de 29 de abril de 1999.

Decisión del Consejo y de la Comisión de 10 de abril de 1995 por la que se celebra el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de EE.UU. relativo a la aplicación de sus normas de competencia (95/145/CE, CECA), DO nº L 095 de 27/04/1995 – Rectificación DO L 131 de 15/06/1995.

Decisión del Consejo y de la Comisión de 10 de abril de 1995 por la que se celebra el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia, DO nº L 095, de 27 de abril de 1995.

Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/31.851 – Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE), DO nº L 078 de 21/03/1989.

Decisión nº 14/97 que trata del Proyecto de Entendimiento de Cooperación en Materia de Comercio e inversiones entre el MERCOSUR y Canadá, MERCOSUR.

Decisión nº 2495/78/CECA de la Comisión, de 20 de octubre de 1978, DO nº L 300 de 27/10/1978.

Decisión nº 25/67, de 22 de junio de 1967, por la que se establece en aplicación del apartado 3 del artículo 66 del Tratado un reglamento relativo a la exención de autorización previa. DO nº 154 de 14/07/1967.

Decisión nº 3654/91/CECA de la Comisión de 13 de diciembre de 1991, DO nº L 348 de 17/12/1991.

Declaración Ministerial de Buenos Aires, firmada en ocasión del Encuentro Ministerial Argentina-Brasil, 27 y 28 de abril de 2000, Buenos Aires.

Decreto 86/2001, de 15 de marzo de 2001, Montevideo.

Decreto Ley nº 211, modificado por el Decreto nº 2.760 de 1979, por la Ley nº 18.118 de 1982, por la Ley nº 19.336 de 1994 y por la Ley nº 19.610, de 1999, Santiago del Chile.

Decreto nº 396 del 1 de abril de 2001, publicado en el Boletín Oficial del 5 de abril de 2001, Buenos Aires.

DECRETO Nº 3.602, de 18 de septiembre de 2000, “Promulga o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, assinado em Fortaleza, em 17 de dezembro de 1996, e seu Anexo, assinado em Assunção, em 18 de junho de 1997”, DO de 19/09/2000.

Decreto nº 3.602, publicado en el Diario Oficial de la Unión Federativa de Brasil en 19 de septiembre de 2000.

Decreto nº 511, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinador y sistematizador del Decreto Ley nº 211 (17/09/1980), DO de 27 de octubre de 1980.

Decreto nº 660 del 24 de junio de 1996, publicado en el Boletín Oficial el 27 de junio de 1996, Buenos Aires.

Decreto-Ley nº 16/95, de 24 de enero, Código de Propriedade Industrial, Lisboa.

Dictamen CNDC nº 286 del 18 de marzo de 1998, aprobado por Resolución SICyM nº 336 del 20 de mayo de 1998.

Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta modificada de un Reglamento (CEE) del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO nº C 208 de 08/08/1988.

Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria, DO nº L 254 de 30/09/1994.

Propuesta de la Comisión para la elaboración de un Reglamento de control de las concentraciones empresariales en la CEE, DO nº C 036 de 12/02/1982, COM/81/773.

Propuesta de la Comisión para la elaboración de un Reglamento de control de las concentraciones empresariales en la CEE, DO nº C 051 de 23/02/1984, COM/84/59.

Propuesta de la Comisión para la elaboración de un Reglamento de control de las concentraciones empresariales en la CEE, DO nº C 022 de 28/01/1989, COM/88/734.

Propuesta de la Comisión para la elaboración de un Reglamento de control de las concentraciones empresariales en la CEE, DO nº C 130 de 19/05/1988, COM/88/97.

Propuesta de la Comisión para la elaboración de un Reglamento de control de las concentraciones empresariales en la CEE, DO nº C 324 de 17/12/1986, COM/86/675.

Formulario CO del Reglamento CEE nº 2367/90 de la Comisión (de 25 de julio de 1990, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento CEE nº 4064/89 del Consejo, DO nº L 219 de 14/08/1990).

Grupo Consultivo sobre Economías más pequeñas del ALCA - Programas de Capacitación de funcionarios públicos, parlamentarios y sociedad civil (Doc. FTAA.sme/110, de 12 de agosto de 2003).

Ley 17.243, publicada en el BO de 6 de julio de 2000, nº 25554, Montevideo.

Ley 17.296, publicada en el DO de 23 de febrero de 2001, nº 25714, Montevideo.

Ley de Sociedades, BO 30/03/1984, Buenos Aires.

Ley nº 9.605, de 12 de febrero de 1998, DOU de 13/02/1998, Brasília.

Ley n.º 8.383, de 30 de diciembre de 1991, que instituyó la UFIR, DO 31/12/1991, Brasília.

Ley nº 25.156 de Defensa de la Competencia, promulgada con observaciones parciales a través del Decreto nº 1019 del 16 de septiembre de 1999, y publicada el 20 de septiembre de 1999 en el Boletín Oficial, Buenos Aires.

Ley nº 1182, de 17 de septiembre de 1990, La Paz.

Ley nº 1600, de 28 de octubre de 1994, La Paz.

Ley nº 8.884, de 11 de junio de 1994T (Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providencias), DOU de 13 de junio de 1994, Brasilia.

Ley nº 9.019, de 30 de marzo de 1995, DO de 31/03/1995, Brasilia.

Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000, DO de 14 de agosto de 2000, Brasilia.

Memorandum de la Comisión de la Communauté Economique Européenne sur la concentration dans le Marché Commun, publicado en la RTDE, nº 1, Janvier-Avril, Sirey, Paris, 1966.

OCDE (OECD): *Trade and competition policies: comparing objectives and methods*. Trade policy Issues, nº 4, Paris, 1994.

OCDE: *Les Méthodes de Consolidation des Comptes dans les Pays de l'OCDE*. Paris, 1987.

OCDE: *Responsibility of Parent Corporations for the Debts of Their Subsidiaries*. Paris, 1983.

OCDE: *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*. Paris, 1984.

Opinión Consultiva nº 62 del 29/8/2000, CNCD, Buenos Aires.

Parecer de 31/01/2000, AC nº 08012.005846/99-12, SDE, Brasilia.

Parecer nº 188/99/MF/SEAE/COGSE/COGDC, de 11/11/1999, SEAE, Brasilia.

Programa de Acción "MERCOSUR 2000", Decisión CMC 9/95, MERCOSUR.

Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo sobre el control de las concentraciones (presentada por la Comisión al Consejo en 20 de julio de 1973), DO nº C 92/1 de 31/10/73.

Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR, Ouro Preto, 17/12/1994, MERCOSUR.

Recurso de hecho deducido por Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. en la causa Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. Ley 22.262 - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - Secretaría de Comercio e Industria, Buenos Aires.

Reglamento nº 556/89 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 TCEE a determinadas categorías de acuerdos de licencia de «know-how», DO nº L 061 de 04/03/1989.

Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones), DO nº L 24/1 de 29/01/2004.

Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (Texto pertinente a efectos del EEE), DO nº L 133/1, de 30 de abril de 2004.

Reglamento (CE) nº 3384/94 de la Comisión, de 21 de Diciembre de 1994, DO nº L 377 de 31/12/1994.

Reglamento (CE) nº 447/98 de la Comisión de 1 de marzo de 1998 relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contempladas en el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las concentraciones empresariales, DO nº L 061 de 02/03/1998.

Reglamento (CE) nº 447/98 de la Comisión de 1 de marzo de 1998 relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO nº L 061 de 02/03/1998.

Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO nº L 395 de 30/12/1989, modificado por el Reglamento (CE) nº 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, DO nº L 180 de 09/07/1997.

Reglamento nº 2349/84 de la Comisión, de 23 de julio de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a ciertas categorías de acuerdos de licencia de patentes, *DO nº L 280 de 22/10/1985*.

Reglamento nº 151/93 de la Comisión, de 23 de diciembre de 1992, DO nº L 21/54 de 29.1.93.

Reglamento nº 17/62 (Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado), DO nº P 013 de 21/02/1962.

Reglamento nº 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del TCEE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, *DO nº L 031 de 09/02/1996*.

Reglamento nº 417/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 TCEE a determinadas categorías de acuerdos de especialización, *DO nº L 053 de 22/02/1985*.

Reglamento nº 418/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del TCEE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, *DO nº L 053 de 22/02/1985*.

Resolución del CADE, Brasilia, Akzo Nobel/Flexys/Monsanto (AC 40/95).

Resolución del CADE, Brasilia, Akzo Nobel/PPG (AC 65/96).

Resolución del CADE, Brasilia, Alcan/Ficap (AC 18/94).

Resolución del CADE, Brasilia, Alcan/TI Brasil Ltda. (AC 93/96).

Resolución del CADE, Brasilia, Bsf/Routtand/Scandiflex (AC 38/95).

Resolución del CADE, Brasilia, Carfepe/Santista (AC 25/95).

Resolución del CADE, Brasilia, Cargil Agrícola/Cargil T&C/São Valentin (AC 98/96).

Resolución del CADE, Brasilia, Chelín Mecano Fabril/Trats (AC 50/96).

Resolución del CADE, Brasilia, Cobrasma/Ilochepe-Maxion (AC 03/94).

Resolución del CADE, Brasilia, Colgate/Kolinos (AC 27/94).

Resolución del CADE, Brasilia, Crown/Grace (AC 4/95).

Resolución del CADE, Brasilia, Electrolux/Oberdorfer (AC 62/95).

Resolución del CADE, Brasilia, Ethyl Brasil/Ethyl Co./Texaco Brasil (AC 82/96).

Resolución del CADE, Brasilia, Exxon/Nalco (AC 28/95).

Resolución del CADE, Brasilia, Férienla/Índico (AC 42/95).

Resolución del CADE, Brasilia, Karibê/Paramount/Moinho Santista (AC 30/95).

Resolución del CADE, Brasilia, KCC/Kenko (AC 90/96).

Resolución del CADE, Brasilia, Linhas Corrente/Microlite (AC 51/95).

Resolución del CADE, Brasilia, Minasgás/São Felício/SHV Energy (AC 49/95).

Resolución del CADE, Brasilia, Smithline Beecham PLC./ Sterling Winthrop inc. (AC 32/94).

Resolución Legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta modificada de la Comisión al Consejo relativa a un Reglamento (CEE) sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO n° C 309 de 05/12/1988.

Resolución n° 726/99 SICyM del 28/09/99 y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 29/09/99, Buenos Aires.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm Geraetebau GmbH c. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. sas.*, Asunto 170/83, Recueil de Jurisprudence, 1984.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 28 de marzo de 1984, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA y Rheinsink GmbH c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 29/83 y 30/83, Recueil de Jurisprudence 1984.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de octubre de 1984, *Union Sidérurgique du Nord et de l'Est de la France "Usinor" c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 103/83, Recueil de Jurisprudence, 1984.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de octubre de 1984, *Société Aciéries et Laminoirs de Paris "Alpa" c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 151/83, Recueil de Jurisprudence, 1984.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de julio de 1989, *SC Belasco y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 246/86, Recopilación de Jurisprudencia 1989.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 31 de marzo de 1993, *A. Ahlstrom Osakeyhtiö y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas* (prácticas concertadas entre empresas establecidas en países terceros sobre

los precios de venta a compradores establecidos en la Comunidad). Asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85. *Recueil de Jurisprudence*, 1993.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de noviembre de 1987, asuntos acumulados nº 142 y 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd y R.. J. Reynolds Industries Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*. *Recueil de Jurisprudence*, 1987.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de octubre de 1989, *Hoesch AG y Republica Federal de Alemania c. Bergrohr GmbH*, asunto 142/88, *Recopilación de Jurisprudencia*, 1989.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de octubre de 1996, *Viho Europe BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-73/95 P., *Recopilación de Jurisprudencia* 1996.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1980, *Procureur de la Republique*, y otros *c. Bruno Giry y Guerlain SA* y otros, asuntos acumulados 253/78 y 1 a 3/79, *Recueil de jurisprudence* 1980.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1967, *S.A. Brasserie de Haecht c. Esposos Wilkin-Janssen*, Asunto 23-67, *Recueil de Jurisprudence* 1967.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1974, *BNO Walrave, LJN Koch c. Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie y Federación Española de Ciclismo*, Asunto 36-74, *Recueil de Jurisprudence*, 1974.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85-76, *Hoffmann – La Roche & CO. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *Recueil de jurisprudence* 1979.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1962, *Klöckner-Werke AG, Hoesch AG c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asuntos acumulados 17 y 20/61, *Recueil de jurisprudence*, 1962.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1962, *Mannesmann AG c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 19/61, *Recueil de jurisprudence*, 1962.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1962, *Mannesmann AG c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 19/61, *Recueil de Jurisprudance*, 1962.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, *Etablissements Consten S.A.R.L. y Grundig Verkaufs GMBH c. Comisión de la Comunidad Económica Europea*, Asuntos acumulados 56 y 58/64, *Recueil de Jurisprudence* 1966.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company y United Brands Continental BV* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 27/76, *Recueil de jurisprudence* 1978.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972. *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 48-69, *Recueil de Jurisprudence*, 1972.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981, *Gerhard Züchner c. Bayerische Gerhard Vereinsbank AG*. (Petición de decisión prejudicial planteada por el *Amstgericht Rosenheim*). Comisiones Bancarias. Asunto 172/80, Recueil de Jurisprudence, 1981.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Reino de los Países Bajos *c.* Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Asunto 66/63, Recueil de Jurisprudence, 1964.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, *ACF Chemiefarma NV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 41/69, Recueil de Jurisprudence 1970.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1963, *Société des Aciéries du Temple c.* Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asunto 36/62, Recueil de jurisprudence, 1963.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73, Recueil de Jurisprudence 1975.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1981, *Maria Solonia c. Giorgio Poidomani y Franca Giglio, viuda de Baglieri*, Asunto 126/80, considerando 17, Recueil de jurisprudence 1981.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1966, *Acciaierie e Ferriere di Solbiate S.P.A. c.* Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asunto 50/65, Recueil de jurisprudence, 1966.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1985, *Ford-Werke AG y Ford of Europe Inc. c.* Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados 25/84 y 26/84, Recueil de Jurisprudence 1985.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c.* Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 6-72, *Recueil de jurisprudence*, 1973.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1984, *Hasselblad (GB) Limited. c.* Comisión de las Comunidades Europeas, asunto 86/82, Recopilación de jurisprudencia 1984.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1961, *Société Nouvelle des Usines de Pontlieue Aciéries du Temple c.* Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asuntos acumulados 42 y 49/59, Recueil de jurisprudence, 1961.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 1971, *Beguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Exporta* (Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Commerce de Nice), Asunto 22-71, *Recueil de Jurisprudence*, 1971.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977. METRO SB-GROSSMAERKTE GMBH & CO KG contra Comisión de las Comunidades Europeas. Sistemas de distribución selectiva, Asunto 26-76, *Recueil de Jurisprudence* 1977.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, *Pronuptia de Paris GMBH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, asunto 161/84, Recopilación de Jurisprudencia 1986.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de Marzo de 1971, asunto 22/70, *Comisión c. Consejo*, Recueil de Jurisprudence 1971.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc*, asunto 15/74, Recueil de jurisprudence, 1974.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) y Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asuntos Acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Recopilación de Jurisprudencia 1995.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, asuntos acumulados 6 y 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.P.A. y Comercial Solvents Corporation c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Recueil de Jurisprudence 1974

Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, *SA Musique Diffusion Française y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 100 a 103/80, Recopilación de jurisprudencia 1983.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, *Franz Vöelk c. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, Asunto 5-69, Recueil de Jurisprudence 1969.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de Noviembre de 1983, *N.V. Nederlandsche Banden – Industrie – Michelin c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 322/81, Recueil de Jurisprudence, 1983.

Sentencia del Tribunal de Justicia *Metro II* (Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, de 22 de octubre de 1986 – *Metro SB – Grossmaerkte GmbH und Co Kg c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 75/84, Recueil de Jurisprudence, 1986.

Sentencia del Tribunal de Justicia proferida en el asunto *Camera Care* (Auto del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1980, *Camera Care Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Competencia – Medidas Provisionales, Asunto 792/79, Recueil de Jurisprudence 1980.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA y PPG Vernante Pennitalia SpA c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asuntos Acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, Recopilación de Jurisprudencia, 1992.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 12 de enero de 1995, *Viho Europe BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-102/92, Recopilación de Jurisprudencia 1995.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 24 de octubre de 1991, *Rhône-Poulenc S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-1/89, Recopilación de Jurisprudencia 1991.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 10 de julio de 1991, *British Broadcasting Corporation y BBC Enterprises Ltd. c. Comisión de*

las Comunidades Europeas, Asunto T-70/89, Recopilación de Jurisprudencia 1991.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 2 de julio de 1992, *Dansk Pelsdyravlforening c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-61/89, Recopilación de Jurisprudencia, 1992.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, *Tetra Pak Rausing SA c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-51/89. Recueil de Jurisprudence, 1990.

Séptima Directiva CEE, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas (83/349/CEE), Diario Oficial L 211 de 03/08/1983.

Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, *Diario Oficial n° L 295 de 20/10/1978*.

Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (86/C 231/02), DO n° C 231 de 12/09/1986.

Tratado de Niza – Tratado de la UE, DO C 325/120, de 24/12/2002.

