

BREVE ACERCAMIENTO A LA DISCIPLINA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EUROPA. EL CASO DE LOS ACUERDOS INTERNOS ANTICOMPETITIVOS

MANUEL SALAZAR MUÑOZ*

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumario: Introducción 1. Nociones Generales 1.1 Grupos en Sentido Horizontal y en Sentido Vertical 1.2 Elementos de Pluralidad 1.3 Elementos de Unidad 1.4 Estructura Organizacional de los Grupos 1.5 Noción Comunitaria de Empresa 1.5.1 «Cualquier entidad» 1.5.2 «Actividad económica» 1.5.3 Noción de Empresa Aplicada a los Grupos 2. Nociones y Conceptos de Grupo a Nivel Comunitario 2.1 Control 2.1.1 Mayoría de Derechos de Voto 2.1.2 Influencia Dominante 2.1.2.1 Contrato de Control 2.1.2.2 Cláusula Estatutaria de Control 2.1.3 Nominar o Revocar la Mayoría de los Miembros de los Órganos Sociales 2.1.4 Ejercicio Directo de los Derechos de las Acciones o Participaciones 2.1.4.1 Nominación de los Miembros de los Órganos Sociales 2.1.4.2 Control de la Mayoría de los Derechos de voto a través de Acuerdos 2.2 Dirección Unitaria 2.3 El Principio «Rozenblum» 3 Disciplina Comunitaria de la Competencia Aplicada a los Grupos. Los Acuerdos Internos Anticompetitivos 3.1 Nociones Generales 3.2 Los Acuerdos Restrictivos de la Competencia 3.3 Los Acuerdos al Interior del Grupo 3.3.1 Falta de Autonomía de las Filiales 3.3.2 Acuerdos como Distribución Interna de Tareas 3.4 Crítica de la Excepción a los Grupos. Las Políticas Anticompetitivas en los Grupos 3.4.1 El Caso Bayer 3.4.2 El Caso Volkswagen 3.4.3 Análisis de los Casos Propuestos 4. Conclusiones 5. Anexos 6. Bibliografía.

Introducción

La existencia de los grupos de sociedades es desde hace mucho una realidad a nivel mundial¹. Las grandes operaciones mercantiles no pueden ser limitadas al territorio de un único país; se realizan fuera de estas fronteras a través de una pluralidad de empresas que guardan relación con el grupo. A nivel de la Comunidad Europea, este fenómeno representa hoy la mayor realidad corporativa en casi todos los Estados Miembros².

Con el presente trabajo queremos acercarnos al fenómeno de los grupos societarios a nivel comunitario. Se hará una distinción de los mismos en función a la estructura organizativa que adoptan, se hará también un acercamiento a la conceptualización de grupo tomando las nociones de control y dirección unitaria, se señalará asimismo la teoría que establece responsabilidades en cuestiones de perjuicio de las integrantes del grupo. Como parte final analizaremos la aplicabilidad de la disciplina de la competencia comunitaria en el ámbito de la política interna del grupo.

Es necesario destacar, como cuestión previa, que los conceptos «empresa» y «sociedad» se relacionan entre sí en términos de género a especie: los agentes económicos pueden adoptar las diferentes formas permitidas para constituirse como empresa, entre ellas la forma societaria. En ese sentido, toda «sociedad» se identifica como una empresa, pero no necesariamente toda empresa se identifica como sociedad. No obstante, para fines metodológicos del presente

trabajo se llegará a entender empresa y sociedad como términos intercambiables entre sí, diferenciándolos cuando sea pertinente.

1. Nociones Generales

El fenómeno de los grupos societarios se puede incluir en aquel más amplio de concentraciones entre empresas³, a través del cual dos o más empresas jurídicamente autónomas concuerdan unir esfuerzos y capitales en diversas actividades y ámbitos para al final obtener determinados beneficios.

Son manifestaciones de estas concentraciones aquellos supuestos en los que la pérdida o permanencia de la personalidad jurídica de las empresas implicadas toma relevancia. Así por ejemplo, en casos de fusión por absorción se pierde la personalidad jurídica de aquella absorbida. En sentido diverso, si se llega a términos de cooperación sin pérdida de personalidad jurídica, las concentraciones que se originen pueden llegarse a clasificar, de acuerdo a la estructura organizativa adoptada, en grupos de sentido horizontal o bien en sentido vertical.

1.1. Grupos en Sentido Horizontal y en Sentido Vertical

Galgano⁴ señala que cuando se coordinan determinados elementos de carácter productivo, distributivo, financiero, organizativo, etc. entre las distintas sociedades, llegando a una *dirección unitaria*⁵,

* Este artículo fue presentado y sustentado por el autor para el curso Diritto Commerciale Comunitario en la Università degli Studi di Genova-Italia en calidad de alumno de intercambio 2003-2004, logrando la máxima calificación.

¹ FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ. Un Diritto dei Gruppi di Società per l'Europa. In: Rivista delle Società. Milano: Giuffrè. Año 46, 2001.p 342 – 343.

² Report of the High Level of Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe. Brussels, 4 November 2002. p. 94.

³ No obstante la noción general de concentración que presentamos en este punto introductorio, es necesario aclarar que la política comunitaria de la competencia prevé como uno de sus sectores de acción el control de las concentraciones entre empresas (por ejemplo, mediante la prohibición de la fusión entre dos grandes grupos que conferiría a ellos una posición dominante sobre el mercado) y es disciplinado con el Reglamento 4964/89/CEE y sucesivas modificaciones.

⁴ GALGANO, Francesco. Le Società. I gruppi di società. Torino: UTET, 2001. p.11.

⁵ Ver más adelante el punto 2.2 del presente trabajo relativo a la noción de Dirección Unitaria.

y si adicionalmente aquellos acuerdos no crean subordinación de una respecto de las otras estaremos delante de un grupo *en «sentido horizontal»*. El autor propone como ejemplos de estas estructuras el cártel, el pool aeronáutico, el pool de empresas de seguros, el consorcio, la asociación en participación, el *joint venture*, el grupo de interés económico europeo, etc.

En cambio, siguiendo todavía a Galgano, estaremos delante de un grupo *«en sentido vertical»* si aquellos acuerdos crean relaciones de *control*⁶ de parte de la sociedad que se ubica en la cúspide de la estructura (sociedad matriz, sociedad madre, sociedad controlante, *capo gruppo*, sociedad holding, *head quarter*, *parent undertaking*, etc.) sobre las distintas sociedades que componen el grupo (empresa filial, sociedad controlada, unidad de coordinamiento, *undertaking*, etc.). Agrega finalmente el autor que sólo en el sentido vertical se puede hablar propiamente de grupo de sociedades.

Al respecto, a nivel de estudios para la Comisión Europea, se ha dado la denominación *group pyramid*⁷ o *pyramid structures*⁸ a aquellas estructuras donde, a través de una cadena de sociedades controladas, la sociedad ubicada en el nivel más bajo de la estructura resulta finalmente controlada. Se controlaría a cada una de las sociedades teniendo la mayoría de las acciones con derecho a voto, o bien controlando una minoría dejada a cada nivel de la cadena, llegando a controlar todo el grupo como consecuencia de una queñísima inversión en una de las sociedades⁹.

En este orden de ideas, podríamos llegar a concluir que sólo a los grupos que adoptan estructuras verticales que suponen relaciones de control se les puede considerar propiamente grupos de sociedades. Sin embargo, existen formas organizativas que a pesar de ser estructuradas verticalmente mantienen una relación de control menos intensa sobre las sociedades integrantes del grupo, llegando casi a asemejarse a una relación de tipo horizontal, como veremos más adelante.

1.2 Elementos de Pluralidad

Dentro de la estructura piramidal que adopta un grupo existen juntas personalidades jurídicas distintas: aquellas que corresponden a las empresas que lo conforman. A cada una de estas personalidades jurídicas se le imputaría su respectivo patrimonio, objeto social, titular o titulares, datos registrables, denominación social, trabajadores, obligaciones y derechos que les correspondan, etc. No obstante, estos elementos atribuibles a una única personalidad jurídica, pueden llegar a ser intercambiables entre los miembros del grupo.

Señala Galgano¹⁰ como ejemplo de pluralidad en los grupos el caso de la estructura organizativa del grupo *Fiat* antes de la transfor-

mación actuada en 1979¹¹ (ver Anexo 1 y 2) dentro de la cual se puede distinguir diversas sociedades dentro del grupo en razón de determinados criterios:

- Según los sectores de la producción mecánica, la sociedad matriz (*Fiat s.p.a.*) tiene por objeto sólo la producción automovilística, mientras los otros miembros del grupo se ocupan de la construcción de máquinas frigoríferas (*Aspera Frigo*) aeronáutica (*Fiat Aviazione*), naval (*Italnavi*), fabricación de máquinas para la agricultura o para la industria (Fin. Meccanizz. Agricola e Ind).
- Según las fases del proceso productivo, se elaboran carburadores (*Carburatori Weber*), neumáticos (*Gomma Ebanite e Sim.*), magnetos (*Magnetti Marelli*), y recuperación de metales.
- Según la localización territorial de la producción, la sociedad vértice es la encargada de la producción nacional, mientras los mercados extranjeros están al cuidado de una distinta sociedad la cual tiene a su vez el control de las sociedades operantes al extranjero.
- Según la importancia de las actividades, la actividad principal (*llevada a cabo por Fiat s.p.a.*) es diferenciada de aquellas que son complementarias o accesorias (*Assicurazione Sava e Editrice La Stampa*)

1.3 Elementos de Unidad

Complementando lo señalado precedentemente, son variados los criterios que nos puedan llevar a determinar la unidad de las diversas sociedades que componen el grupo. En ese sentido, desde un punto de vista económico, siguiendo a Galgano¹², un grupo puede ser visto como una única grande empresa:

- Un mismo capital: aquel de la sociedad matriz, la cual ha suscrito o adquirido la totalidad o mayoría de las participaciones en el capital de cada una de las sociedades conformantes del grupo; sea directa o indirectamente a través de otras sociedades intermedias también controladas.
- El capital referido precedentemente es alimentado por las actividades de cada una de las sociedades: las utilidades de éstas confluyen al vértice.
- Un mismo centro decisional: la sociedad matriz, teniendo la mayoría o totalidad de acciones sobre las otras sociedades (suscritas directamente o a través de sociedades intermedias) y, por tanto, la mayoría de los derechos de voto en ellas.

⁶ Ver más adelante el punto 2.1 del presente trabajo relativo a la noción de Control.
⁷ Report of the High Level of Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe. P. 98
 En: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_en.pdf .

⁸ Report of the High Level of Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids. Brussels, 10 January 2002. p. 38.

⁹ Report of the High Level of Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe. Op. Cit. Ver el último ejemplo del acápite 2.1) Mayoría de derechos de voto.

¹⁰ GALGANO, Francesco. Op cit. p. 19 -20.

¹¹ Loc Cit. p. 15. El grupo *Fiat* después de 1979 ha adoptado una estructura diversa. Al vértice de la estructura se encuentra *Fiat s.p.a.* organizada como *holding pura*, con participación en el capital de todas las otras empresas bajas su control. A nivel intermedio opera otra *holding pura*, con sede en el exterior, que controla a las diversas empresas constituidas en el exterior. Opera también en este nivel intermedio las mayores sociedades del grupo, las cuales tienen la estructura de *holding mixta*. En un nivel aún inferior se encontrarían las sociedades operantes en un específico sector de la producción industrial italiana y también en este nivel se encontrarían las sociedades operantes en el exterior.

¹² GALGANO Francesco. Op cit. p. 16 - 17.

La mayoría sobre los derechos de acciones o participaciones representativos de capital es el criterio más común que señalaría la unidad del grupo, pero no es el único. Denozza¹³ señala algunos de los más importantes criterios que la jurisprudencia de los Estados Unidos de América ha tomado como indicadores de la existencia de grupos:

- a) La ausencia de centros directivos separados;
- b) El intercambio de personal directivo y ejecutivo;
- c) La idéntica composición de los órganos directivos;
- d) Control de más del 50% del total de acciones o participaciones;
- e) El uso externo de una contabilidad consolidada de grupo;
- f) El control de parte de la sociedad vértice de las políticas de precio y distribución practicadas por las sociedades controladas; y,
- g) La pluralidad de agentes que conducen a la formación de un grupo.

1.4 Estructura Organizacional de los Grupos

Se ha mencionado precedentemente que los grupos adoptan estructuras verticales; sin embargo se pueden distinguir algunas estructuras en sentido vertical propiamente (o tradicionales) y otras también verticales pero con algunos elementos de horizontalidad.

La estructura tradicional se caracterizaría por la presencia de estructuras verticales-concentradas, funcional y jerárquicamente formalizadas, en las cuales las normas escritas y la autoridad formal representan los mecanismos de coordinación y control¹⁴.

En oposición al sistema reseñado, se menciona que las actuales formas que están siendo adoptadas por la mayoría de organizaciones, se fundan en estructuras de tipo «*adhocrático*», flexibles, des-concentradas y con tendencias a desverticalizar sus relaciones internas; donde el carácter peculiar está propiamente en la configuración de redes para la comunicación e interacción entre los diversos niveles y órganos de la estructura organizativa¹⁵. Señalan los autores de esta postura que las nuevas formas apuestan por organizaciones fundadas sobre la interconexión entre unidades organizativas con continuos intercambios de información y en las que prevalecen las relaciones horizontales, con reducción de sus líneas jerárquicas, desconcentrando los sistemas decisionales y promoviendo formas de participación más difusa.¹⁶

En ese sentido, la crítica al verticalismo señala que condicionando un flujo de información o una relación directa entre las empresas controladas y sus respectivos clientes, proveedores, socios estratégicos, etc. a través del obligatorio paso por una tercera empresa (ente de supervisión y/o control) resulta terminando costoso en términos de velocidad de las decisiones, en el establecimiento de procedi-

mientos y normas generales de gestión de las relaciones, en los contratos estándar de gobierno y de intercambios.¹⁷

Asimismo, se señala como ejemplo de la estructura tradicional¹⁸ que un alto directivo de Xerox había buscado por nueve meses obtener la aprobación de parte del ente jerárquico central para un aumento de la sensibilidad de las fotocopiadoras destinadas al mercado de Egipto, donde es muy usual que sean fotocopiados materiales escritos a lápiz. Respecto al pasaje de la fase conceptual a la ingeniería del producto «*aquello que debía ser llevado a conclusión en un par de semanas requirió más de un año. Los controles y las evaluaciones eran tales de impedir gruesos errores, pero también el desarrollo de novedades revolucionarias*», y por tanto, en tal mercado (...) «*las principales innovaciones tecnológicas fueron aportadas por la Kodak y los japoneses y no de Xerox*»¹⁹

Ejemplo distinto al precedente se encontraría, según los autores, en la estructura del grupo químico-farmacéutico Rhône Poulenc²⁰ (Ver anexo 3). Este grupo se estructura en sectores de actividad, los cuales a su vez coordinan con sus unidades organizativas sectoriales o *Strategic Business Units* (SBU), encargadas de gobernar las estrategias a nivel mundial en el propio segmento de producto/actividad. Por otro lado, la coordinación de las relaciones entre la *Head Quarter*-subsidiarias y entre subsidiarias mismas, es asegurado por el delegado de país (quien asume la responsabilidad de un gran número de sociedades), el que representa un rol de interfaz entre las direcciones de las empresas en el país y las SBU. En opinión de los autores, las subsidiarias representan el sensor en las dinámicas competitivas de la estructura, recibiendo información desde los específicos mercados para las innovaciones de los productos y de las tecnologías.

De acuerdo a lo indicado, podemos llegar a señalar que la relación entre sociedad matriz o controlante; y sociedades filiales o controladas se estaría modificando, pasando de una relación de total obediencia jerárquica a una de horizontalidad en la coordinación. Este último ejemplo reseñado armoniza con una visión de estructura vertical general-flexible y la coordinación entre los miembros del grupo con relativa autonomía en la gestión de sus propias actividades; es decir, relativa autonomía dentro de la estructura vertical.

Es dentro de este último tipo de organización que encuentra su mejor contexto la teoría de adecuada gestión y responsabilidad de los integrantes del grupo, entre ellas el llamado criterio *Rozenblum*, que por razones metodológicas será expuesto más adelante.

1.5. Noción Comunitaria de Empresa

Llegados a este punto, es necesario determinar si desde el punto de vista jurídico el grupo entero es propiamente una única empresa o bien una forma de unión de esfuerzos donde cada uno de los miembros debe ser considerado individualmente como empresa.

¹³ DENOZZA Francesco. La Disciplina delle Intese nei Gruppi. En: Quaderni di Giurisprudenza Commerciale N° 58. Milano, Giuffrè editore, 1984. p 19, nota 22 señalándose específicamente los casos a) Oglivie v. Fotomat; b) Thomsen v. Estern Elec. Co. Inc.; c) Knutson v. Daily Review Inc.; d) Du Pont Glore Forgan Inc. v. Am. Tel. & Tel.Co.; e) Photovest Corp. v. Fotomat Corp.; f) Island Tobacco Co. v. R.J. Reynolds Industries; g) Sulmeyer v. Seven-up Company.

¹⁴ MANZOLINI Luigi, SODA Giuseppe, SOLARI Luca. L'Organizzazione Snella. Milano, Etas Libri e Fondazione IBM Italia, 1994. p. 23.

¹⁵ Loc Cit. p. 19.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Loc. Cit p. 23. Las relaciones al interior de la empresa entre la unidad organizativa y la unidad supervisora (sea para pedir una aprobación de una estrategia, para evaluar la conducta de las unidades, par la distribución de tareas, etc.) serían prevista por las normas internas; y en caso no existan éstas, por la discrecionalidad del ente supervisor.

¹⁸ Loc cit. p. 168.

¹⁹ Ibidem. Libre traducción.

²⁰ Loc cit. p. 177-178.

Para aclarar este punto tomaremos la noción comunitaria de empresa y pasaremos a analizar sus elementos.

El término *empresa* es utilizado en diversas disposiciones comunitarias, entre ellos el propio Tratado de la Comunidad Europea (artículos 52°, 81° y ss, 90°, 122°, 130°), pero ninguno otorga una expresa definición. No obstante, en virtud del artículo 220° del Tratado de la CE corresponde principalmente a la Corte de Justicia de la Comunidad Europea interpretar el Tratado y con ello el término *empresa* contenido en él. En este sentido la Corte afirma:

«(...) se debe precisar que en el contexto del derecho de la competencia la noción de empresa abarca cualquier entidad que ejercite una actividad económica, prescindiendo de su estatus jurídico de dicha entidad y de las modalidades de financiamiento (...)»²¹

1.5.1 «Cualquier entidad»

Dentro de este criterio se puede incluir todas las formas de organizaciones que ejerciten una actividad económica²² relevante²³. Agrega la Corte que no interesa el modo de financiamiento (sea privado o público) y tampoco el estatus jurídico adoptado por esta entidad. Lo último significaría que no interesa si tales entidades son constituidos como empresas, sociedad civil o comercial, fundación, asociación, empresa pública²⁴, federación deportiva²⁵ etc.; y todavía se puede tratar de una entidad jurídica que no tenga la formalidad de empresa, incluyendo a las personas naturales en el ejercicio de una profesión²⁶ o actividad artística.²⁷

²¹ Causa C- 41/90 Klaus Hoefner e Fritz Elser contra Macroton GmbH, punto 21. En el mismo sentido: Causa C-309/99, punto 46; Causa C-82/01 P, punto 75. Los textos completos de las sentencias pueden ser encontrados en: http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/search/search_case.html.

²² FRIGNANI, Aldo e WAELBROEK, Michel. *Disciplina della Concorrenza nella CE*. Torino, UTET, 1996, 4° Ed. p. 32.

²³ TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*. Padova: Cedam, 2001. 2 Ed. p. 534. La actividad económica debe ser relevante en el sentido que implique la participación de dos o más estados miembros. Por ejemplo, la complejidad de los mercados internos de cada país sería una actividad económica, pero no tiene relevancia comunitaria, lo tendrá en cambio si la complejidad de los mercados abarca geográficamente más de uno de los Estados miembros.

²⁴ Causa C-82/01 P. *Aéroports de Paris* contra Comisión de las Comunidades Europeas, punto 74:
«(...)la circunstancia que un ente disponga, por ejercicio de una parte de las propias actividades, de prerrogativas de público poderes, no impide, de por sí sola, de calificarlo como empresa en el sentido del artículo 86° del Tratado.»

²⁵ Decisión de la Comisión 92/151/CEE, puntos 43-60.

²⁶ Causa C-309/99. J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten. Puntos 48 e 49:

«(...) los abogados ofrecen servicio de asistencia legal consistente en la predisposición de opiniones, de contratos o de otros actos además en la representación y en la defensa en juicio. Ellos asumen los riesgos financieros relativos al ejercicio de tales actividades de tal manera que, en caso de desequilibrio entre los gastos y las entradas, el abogado debe soportar directamente la onerosidad de las deficiencias. En consecuencia, los abogados inscritos al registro en los Países Bajos desenvuelven una actividad económica y, por tanto, constituyen empresas, en el sentido de los artículos 85°, 86° e 90° del Tratado (...)».

Causa C- 180 e 184/98 punto 76 y 77:

«(...) los médicos especialistas miembros de la LSV abastecen, en sus cualidades de operadores económicos autónomos, servicios sobre un mercado, esto es, aquello de los servicios médicos especializados. Estos médicos reciben de parte de sus pacientes una retribución por los servicios

1.5.2 «Actividad económica»

En constante jurisprudencia la Corte afirma:

«(...)constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en el ofrecer bienes o servicios sobre un mercado determinado.»²⁸

Esta noción debe ser armonizada con:

a) La finalidad de lucro:

«Se afirma que es económica y, por tanto, a los fines comunitarios actividad de empresa, aquella actividad que puede consentir al menos potencialmente un lucro a quien la ejerce(...)»²⁹

«(...) las casas de enfermedades y los entes que concurren a la gestión de la providencia social desempeñan una función de carácter exclusivamente social. Tales actividades se fundan en efecto sobre el principio de la solidaridad nacional y no tienen alguna finalidad de lucro»³⁰

b) Con la posibilidad de competir:

«(...)en el caso en cuestión, la gestión de los servicios providenciales integrados viene considerada actividad económica en razón a que está en competencia con las prestaciones ofrecidas por las compañías privadas de seguros de vida.»³¹

c) Con prerrogativas de los poderes públicos de los Estados miembros:

«(...) las actividades del Eurocontrol, por su naturaleza, por su objeto por las normas a las cuales son sujetos, se reconectan al ejercicio de prerrogativas, relativas al control y a la policía del espacio aéreo, que son típicas prerrogativas de los públicos poderes. Ellos no presentan carácter económico que justifiquen la aplicación de las normas sobre la competencia prevista por el Tratado.»³²

Sobre la base de la jurisprudencia de la Corte, se puede resumir que, para la evaluación adecuada de los grupos de empresas relacionadas a la aplicabilidad de las políticas comunitarias de competencia; es considerada empresa aquella entidad, independientemente de su status jurídico y modo de financiamiento, que ofrece bienes o servicios a

que ellos suministran y asumen los riesgos financieros conexos con el ejercicio de sus actividades.

Por lo considerado, los médicos especializados autónomos miembros de LSV desempeñan una actividad económica y, por tanto, constituyen empresas en el sentido de los artículos 85°, 86° e 90° del Tratado.»

²⁷ Causa 78/70. Deutsche Grammophon Punto 18.

²⁸ Causa 118/85. Comisión contra Italia. punto 7, Causa C-35/96, Comisión contra Italia, punto 36; en el mismo sentido: Causa 180/98. Punto 75; Causa 309/99. Punto 47; Causa C82/01 P. Punto 79.

²⁹ Criterio tomado de la sentencia del caso FFSA de 1996. En: CASSOTTANA, Marco e NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*. Torino: Giappichelli, 2002. p. 189.

³⁰ Causa C-159/91 e C-160/91 Puocet et Pistre contra Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon et Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans de Clermont - Ferrand. Punto 18.

³¹ Ibidem.

³² Causa C-346/92. SAT Fluggsellschaft mbH contra Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne—Eurocontrol. Punto 30.

titulo no gratuito, susceptible de competencia e incapaz de ejercer prerrogativas de derecho público justificables en intereses públicos.

1.5.3 Noción de Empresa Aplicada a los Grupos

Adicionalmente a los elementos antes referidos, la Corte, pone en evidencia uno de los criterios con cual evalúa los casos de grupos: la unidad económica. En ese sentido se ha señalado que:

«En el ámbito del derecho de la competencia la noción de empresa debe ser entendida en el sentido que ella se refiere a una unidad económica (...) también si bajo el perfil jurídico esta unidad económica es constituida por más de una persona física o jurídica»³³

Este criterio de «unidad económica» encuentra sustento en los conceptos de «control» y «dirección unitaria» que son a su vez bases para entender en su real dimensión el fenómeno de grupo que pretendemos analizar.

2. Nociones y Conceptos de Grupo a Nivel Comunitario

A continuación señalaremos someramente el desarrollo legislativo en la Comunidad sobre temas de grupos para posteriormente analizar los conceptos de control y dirección unitaria.

Los grupos están conectados con casi todas los ámbitos del derecho y no han tenido homogéneo tratamiento en los ordenamientos comunitarios. De esta particularidad detalla el *Forum Europaeum* sobre el Derecho de los Grupos de Sociedad, según el cual en un primer momento los ordenamientos hicieron referencia a un sujeto de derecho aislado para después rendirse cuenta de estar delante de una realidad *pluricorporativa*³⁴. En este sentido se han creado en cada país distintas disciplinas en los sectores del derecho privado³⁵, en el derecho laboral³⁶, concursal³⁷, tributario³⁸, ambiental³⁹.

A nivel de directivas comunitarias se ha presentado también este tratamiento heterogéneo respecto a los grupos. Actualmente regulan limitados aspectos de los grupos, por ejemplo:

- La séptima directiva sobre el balance consolidado⁴⁰ ofrece la definición de «*empresa matriz*» y «*empresa filial*». Según esta directiva, será matriz aquella sociedad que sobre la filial tiene la mayoría de los derechos de voto, o bien el derecho de nominar o revocar la mayoría de los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia; o bien si tiene una influencia dominante en virtud de un contrato o cláusula del estatuto de la empresa filial.

- La segunda directiva sobre protección de socios, terceros y capitales⁴¹ utiliza los términos «*sociedad conectada*» e «*influencia dominante directa o indirecta*».
- La directiva sobre la constitución de un comité de empresas europeo o de un procedimiento de información o consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria⁴² entiende por «*empresa controlante*» una empresa que puede ejercitar una influencia dominante sobre otra; y por «*grupo de empresas*» al grupo constituido por una empresa controlante y de las empresas por ésta controladas.

En cada caso, según el orden de ideas de los puntos precedentes, y siguiendo también las recomendaciones del *Forum Europaeum*, los conceptos de «control» y de «dirección unitaria» son los cimientos para entender el fenómeno de grupo⁴³.

Antes de pasar a ver los puntos específicos sobre control y de dirección unitaria debemos tener en claro que ambos conceptos se conectan entre sí. Control hace referencia a una situación potencial, un estatus que daría la posibilidad de dirigir un conjunto de empresas de manera coordinada. Se puede tener el control de diversas maneras; pero es la efectiva práctica del mismo la que toma importancia para determinar si estamos delante de un grupo de sociedades; esta efectiva práctica del control es llamada dirección unitaria.

2.1 Control

Como se ha indicado precedentemente, no sólo la mayoría de derechos de voto sobre las acciones es evidencia de la existencia de un grupo. El control sobre las sociedades subsidiarias se podría obtener de diferentes maneras y entre las más importantes, el *Forum Europaeum* sobre el derecho de Sociedad recomienda tomar los elementos señalados en el artículo primero de la séptima directiva comunitaria, Directiva CEE 83/349.

En este orden de ideas, el artículo 1º, párrafo 1 de la Directiva CEE 83/349, una sociedad tendrá el control de otra cuando:

- 1) Tenga la mayoría de los derechos de voto.
- 2) Tenga el derecho de ejercitar una *influencia dominante* a través de contratos o cláusulas específicas.
- 3) Tenga el derecho de nominar o revocar la mayoría de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia.
- 4) Cuando como accionista o asociada nombre la mayoría de los miembros de los órganos sociales, o bien controle la mayoría de los derechos de voto a través de acuerdos con los otros participantes al capital de la sociedad que se trate.

2.1.1 Mayoría de Derechos de Voto

La mayoría a la que nos referimos en este apartado es aquella del 50% más uno de los derechos de voto presentes en una asamblea de accionistas o asociados o bien donde tenga que ejercerse este derecho. Tener esta cantidad de derechos de voto no daría

³³ Causa Hydroterm 1984/12/ Julio, señalado por FRIGNANI, Aldo y WAELBROEK, Michel. Op.cit.p. 40.

³⁴ FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ. Op. cit, p. 360.

³⁵ WIEDEMAN. Die Unternehmens gruppe im privatrech, 1998. En: FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ, Loc. cit. p. 361.

³⁶ WYMEERSCH, Eddy; FITCHEN, Geoffrey. Groups of companies in the EEC. Berlin: Walter de Gruyter, 1992. Por España, EMBID Irujo en p. 123; Por Francia GUYON, Yves en p. 141; Por Italia, SPADA, Paolo en p. 165.

³⁷ SPADA Paolo, Loc cit. p. 109 e ss.

³⁸ FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ. Op. cit. p. 360, nota 86.

³⁹ Loc. cit. p. 360, nota 87.

⁴⁰ Directiva 83/349/CEE. Art. 1, par. 1.

⁴¹ Directiva 77/91/CEE. Art 19º, par.3; Art 23º, par. 2 ; Art 24º bis, par 1, letra a).

⁴² Directiva 94/45/CE. Art. 3º; Art. 2º. par.1, letras b) y c).

⁴³ FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ. Op. cit. p. 367.

control sobre la asamblea cuando⁴⁴: (a) se requiera una mayoría calificada de parte del estatuto de la empresa convocante, o bien lo requiera la ley nacional del Estado miembro donde sea constituida; (b) el mismo estatuto o ley nacional limite el derecho de voto de algunos accionistas o asociados. En estos casos se trataría de una disminución del total de los derechos de voto; teniéndose que calcular los nuevos porcentajes para determinar quien tendrá la mayoría y con ello el control de la sociedad.

Para el cálculo de los derechos de voto, el artículo 2º de la Directiva 83/349/CEE formula reglas para la determinación de las porcentuales de los mismos. Así, en la asamblea de una empresa, o bien donde se ejerciten los derechos de voto, se debe tener en cuenta que:

- i. Debe sumarse a los derechos de una empresa madre los derechos de las empresas controladas por ésta primera; y de cualquiera que actuando en nombre propio lo haga por cuenta de las primeras mencionadas⁴⁵.
- ii. Se debe ignorar los derechos de las acciones en poder de una persona distinta de la empresa madre o sus controladas pero que actúa por cuenta de ellas⁴⁶.
- iii. Se debe ignorar los derechos de las acciones en posesión de garantía cuando⁴⁷:
 - Estos derechos sean ejercitados de acuerdo a las «instrucciones recibidas»⁴⁸, o bien,
 - Los derechos de voto sean ejercitados «en interés de quien ofrece la garantía»⁴⁹, y al mismo tiempo la posesión de de estas acciones constituyan para la empresa poseedora una operación normal de sus negocios de préstamo.
- iv. Del total de los derechos de voto de una empresa, se debe quitar los derechos de voto de⁵⁰:
 - Las acciones en posesión de esta misma empresa (reenvía a los supuestos en los cuales la propia empresa que convoca a asamblea haya adquirido sus propias acciones).
 - Una empresa controlada por la anterior (empresas controladas por la convocante a asamblea).

⁴⁴ EDWARDS, Vanessa. EC Company Law. New York: Oxford University Press Inc. 1999. p. 164.

⁴⁵ Artículo 2º, parágrafo 1.

⁴⁶ Artículo 2º, parágrafo 2, letra a).

⁴⁷ Artículo 2º, parágrafo 2, letra b).

⁴⁸ El artículo no es claro sobre quien otorga dichas instrucciones. Supongamos que una empresa que dirige un grupo pide un préstamo a un banco y como garantía concede las acciones de una de las empresas de las que tiene mayoría de derechos de voto. En la asamblea de esta última empresa el banco actuaría por cuenta propia y en su propio interés. El banco no es subordinado de la empresa madre a cual ha dado préstamo; y por tanto no se puede decir que ejercerá los derechos de voto «de acuerdo a las instrucciones recibidas». En cambio será viable la aplicabilidad de este supuesto si quien realiza el empréstito es una empresa subordinada a la empresa madre. En este último caso se analizará la relación banco (o cualquier otra entidad que realice el empréstito)-empresa madre con los criterios de control y dirección unitaria que se desarrollan en este apartado.

⁴⁹ Como hemos visto en el ejemplo inmediatamente anterior, el banco independiente actuará por cuenta suya al ejercer los derechos de voto de las acciones recibidas en garantía; pero cuando lo haga en interés de quien ofrece la garantía, la norma bajo estudio prevé privar los derechos de voto. Creemos que la norma se pone en el supuesto que el banco sea subordinada a la empresa madre quien ofrece en garantía las acciones de otras empresas a ella subordinadas.

⁵⁰ Artículo 2º, parágrafo 3.

- Una persona que actuando en nombre propio actúa por cuenta de las empresas mencionadas precedentemente.

La sociedad vértice puede tener la mayoría de los derechos de voto directa o indirectamente a través de otra sociedad la cual sería también controlada. En efecto, esta sociedad intermedia, cuando tiene la mayoría de los derechos de voto sobre una tercera sociedad puede actuar siguiendo la dirección requerida por la sociedad que a su vez la controla. Para tener mayoría normalmente se combinan los derechos directamente ejercitables con aquellos que serían ejercitados a través de una sociedad intermedia. Ejemplos de estas formas de lograr la mayoría pueden ser:

- La sociedad A) tiene el 51% del capital de la sociedad B), la cual a su vez tiene el 51% de la sociedad C). Ocurre que A) logra el control de la asamblea de C) a través de su controlada B) .
- La sociedad A) tiene el 52% de los derechos de voto de B) y el 11% de C). A su vez B) tiene el 40% de los derechos de voto de C). Ocurrirá que A) controlará a C) con el 51% de los derechos de voto: directamente con su 11% e indirectamente con el 40% de su controlada B).
- La sociedad A) tiene el 50% de los derechos de voto en la sociedades B), C), D), E), F) y G); y cada una de éstas a su vez tiene el 10% en la otra⁵¹. Si tomamos como punto de referencia la sociedad B), ésta tendrá como accionistas a la sociedad A) con 50% del total de derechos de voto y el restante 50% distribuido entre las otras sociedades, cada una con 10%. A) controlaría a B) si agrega en ella una pequeña inversión que le dé mayoría. Con esto lograría también el control del entero grupo. Si tomamos a C) en ella estarían presentes A) y la ahora controlada B); en este caso para el cálculo de los derechos de voto deberá sumarse los porcentajes de A) y B) logrando con ello el control sobre C). La misma situación se evidenciará en cada asamblea y consecutivamente se tendrá que sumar los porcentajes de las sociedades controladas. En la asamblea de G) ésta sería controlada al 100% en razón a la suma de las participaciones de A), B), C), D) y F).

Dependiendo de la complejidad dentro de la estructura del capital de las sociedades que conforman el grupo y en la concreta realidad de las diversas formas de obtener el control, se puede llegar a casos mucho más elaborados los que tendrían que evaluarse según la forma de obtener mayoría en las diferentes sociedades.

2.1.2 Influencia Dominante

En el derecho italiano, afirma Galgano⁵², independientemente de cualquier tipo de control accionario, estaremos en presencia de una influencia dominante cuando, a través de contratos de agencia, comisión, condiciones de venta, licencia de producción o comercialización, se dejan a las sociedades en estatus de depender económicamente de la propia supervivencia de la sociedad dominante; y en base a aquella dependencia se reservan el poder de designar la totalidad o la mayoría de los administradores en la dominada; o bien sea en situación tal de exigir la aprobación de parte de la sociedad dominante de los actos fundamentales de la controlada.

⁵¹ Report of the High Level of Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Op cit. p 98.

⁵² GALGANO Francesco. Op. Cit. p. 26.

Pasando no obstante del plano doctrinario al legislativo, siguiendo con el contenido de la Directiva CEE 83/349, el artículo 1º, parágrafo 1, letra c) establece que la influencia dominante se puede ejercer bajo dos figuras jurídicas: (i) El contrato de control o (ii) la cláusula estatutaria de control.

Cabe destacar que para la aplicación tanto del contrato como de la cláusula de control, éstas deben estar permitidas por la legislación nacional de las empresas controladas. En caso opuesto, cuando la ley del estado correspondiente no prevea estas dos figuras, no serán aplicables a ellas disposición alguna. Esto podría generar situaciones complicadas; por ejemplo, si un grupo establece una filial a través de un contrato de control en un Estado donde no se ha previsto esta figura, no se podrá decir respecto de esa empresa filial que pertenezca al grupo⁵³ puesto que no existe el elemento de influencia dominante recogida por esa legislación.

2.1.2.1 Contrato de Control

Alemania es uno de los Estados miembro en el cual ha sido desarrollado este tipo de contrato, el que se encuentra previsto bajo la figura *Beherrschungvertrag*⁵⁴ mediante la cual una empresa toma la dirección de otra (o una parte de la misma) pudiendo conducir los beneficios de la controlada en los intereses de la primera. Según la regulación de este contrato, los directivos de la empresa que dirige tienen derecho a impartir directivas al directorio de la empresa asumida y éste a su vez tiene la obligación de acatarlas⁵⁵.

Esto último, desde nuestro punto de vista, se trataría de una manifestación de «control sobre la gestión», situación en la cual los conceptos de control y dirección unitaria se llegan a identificar.

2.1.2.2 Cláusula Estatutaria de Control

Por su parte, si una empresa, a través de una cláusula en su propio estatuto permite a otra nominar o revocar la mayoría de los miembros de los órganos directivos o de vigilancia⁵⁶, mantendrá relaciones de control con aquella a quien se le otorgó tales facultades.

Este tipo de relación, a diferencia de la anterior, podríamos clasificarla como integrante de las facultades de «control sobre los órganos sociales», el mismo que sin su efectivo ejercicio no constituye grupo entre las empresas implicadas.

2.1.3 Nominar o Revocar la Mayoría de los Miembros de los Órganos Sociales

El Artículo 1º, parágrafo 1, letra b) de la Directiva bajo análisis establece «el derecho de revocar o nominar una mayoría de los miembros de los órganos administrativos, de gestión o control» sobre otras sociedades como uno de los supuestos de control (o bien, como señalamos precedentemente «control sobre los órganos sociales»).

Esta facultad, (o bien, como señalamos en el acápite anterior, «control sobre los órganos sociales») puede ser originada como

consecuencia del control de la mayoría de derecho de votos o de alguna de las figuras previstas en la influencia dominante, tomará importancia, como se señaló también con anterioridad, sólo al momento de la votación que decida sobre la nominación o revocación de los miembros de los órganos sociales. Para la determinación del cálculo de este derecho se aplicarían las tres primeras reglas vistas para el cálculo de los derechos de voto⁵⁷.

2.1.4 Ejercicio Directo de los Derechos de las Acciones o Participaciones

Se ha señalado líneas arriba, que una empresa puede ejercitar control sobre otra directamente (suscribiendo a nombre propio acciones) o bien a través de empresas intermediarias. Es en esta primera situación, en calidad de accionista o asociado directo, que el artículo 1º, parágrafo 1, letra d) reglamenta la nominación de la mayoría de los miembros de los órganos sociales; y el control de la mayoría de los derechos de voto a través de un acuerdo.

2.1.4.1 Nominación de los Miembros de los Órganos Sociales

La norma respectiva prevé la situación de quien como accionista o asociado, en ejercicio de su derecho de voto, ha nominado la mayoría de los miembros de los órganos de administración, dirección o control. Esta nominación debe haber sido hecha en el periodo comprendido desde el año fiscal anterior hasta el establecimiento de la cuenta consolidada que exige la directiva⁵⁸.

Esta disposición no será aplicable si otra empresa tiene: mayoría de derechos de voto; o bien derechos de nominar a los miembros de los órganos sociales en base a un contrato o cláusula (influencia dominante).

2.1.4.2 Control de la Mayoría de los Derechos de Voto a través de Acuerdos

La norma establece como supuesto de hecho de quien como accionista o asociado controla la mayoría de los derechos de voto a través de un acuerdo con los otros accionistas o asociados. Este acuerdo deberá satisfacer las disposiciones respecto a la forma y contenido que puede prever el Estado miembro cuya ley sea aplicable⁵⁹.

2.2 Dirección Unitaria

La relación entre control y dirección unitaria puede verse como una situación asimilable a la reunión de los elementos que otorga una capacidad de actuación, aún no ejecutada (Control) y a la efectiva puesta en práctica de dicha capacidad (Dirección unitaria). En ese mismo sentido la doctrina italiana señala que con la expresión dirección unitaria se hace referencia a «una actividad dirigida a coordinar la política económica y las líneas esenciales de la actividad de las sociedades relacionadas de modo que el grupo viene a ser gestionado como si se tratase de una sola empresa.»⁶⁰ y que el control se diferenciaría de la dirección unitaria en cuanto ésta última constituye una situación potencial de ejercicio de control, allí donde para la

⁵³ EDWARDS, Vanessa. Op. cit, p. 166.

⁵⁴ *Aktengesetz*, § 291 e ss.

⁵⁵ *Aktengesetz*, § 308.1.

⁵⁶ FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ. Op cit. p. 365, nota 113.

⁵⁷ Artículo 2, par. 1 – 2.

⁵⁸ Artículo 1º, par. 1, letra d), sub letra. aa).

⁵⁹ Artículo 1º, par. 1, letra d), sub letra. bb).

⁶⁰ FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER. La Riforma del Diritto Societario. En : www.freshfields.com, Año 2003. p 71.

existencia de un grupo es necesario el ejercicio efectivo de aquella potencialidad⁶¹. En ese orden de ideas, una empresa puede tener un estatus de controladora sobre otras (conseguido a través de los criterios que indicamos precedentemente) y sin embargo no ejercitar efectivamente su posibilidad de controlarlas. La sociedad que tiene el control puede dejar a aquellas sociedades la absoluta libertad para adoptar por sí mismas las decisiones de sus respectivas gestiones, o bien establecer políticas generales de actuación con relativa autonomía.

Al respecto, el *Forum Europaeum* afirma que «la unidad empresarial del grupo se realiza solamente a través de la dirección unitaria de la sociedad madre. Cuando ella no hiciese uso de su posibilidad de dominio y lograrse refutar la presunción contraria, no se estaría en presencia de un grupo.»⁶²

En el mismo sentido, y confirmando las ideas precedentes, la Corte de Justicia Europea, en reciente sentencia ha señalado que:

«(...) la dirección central es aquella de la empresa que ejerce el control, esto es, de la empresa que puede ejercitar una influencia dominante sobre todas las otras empresas controladas del grupo»⁶³.

Deja claro la Corte Europea que la dirección central (o unitaria) implica necesariamente el ejercicio de control. No obstante, vale la pena señalar que la Corte estaría identificando la noción de *dirección unitaria* con el de *influencia dominante*. De acuerdo a lo señalado en el presente trabajo, es posible ejercer efectivamente la dirección unitaria sin que sea necesaria la presencia de una influencia dominante (teniendo en cuenta que dicha figura se logra solamente a través de un contrato o bien cláusula estatutaria, en términos del *Forum Europaeum*.)

Por tanto sólo y exclusivamente cuando de hecho sea puesto en ejercicio la facultad de controlar la gestión de las distintas sociedades de las formas anteriormente indicadas, se ejerce la dirección unitaria de las mismas y en ese momento estaremos delante de un grupo de sociedades.

2.3 El Principio «Rozenblum»

Este principio surge de la jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa devenido posteriormente en principio general y que propone el balance de los intereses de las sociedades individualmente vistas y el interés general del grupo.

Según el principio *Rozenblum* para que se determine que el grupo no actuó en perjuicio de las unitarias sociedades que lo conforman debe cumplirse⁶⁴ (i) que el grupo esté estabilizado y equilibrado en su estructura interna; (ii) que la sociedad esté inserta en una política de grupo estable y coherente; y finalmente (iii) que los perjuicios (principalmente por restricción de oportunidades de negocios) vengan compensados con ventajas en un periodo de tiempo previsible.

La primera condición, relacionada a la estabilidad estructural del grupo está referida al interior del grupo, a cada una de las socieda-

des, con sus respectivas actividades comerciales, las cuales se coordinan de modo tal que forman un complejo unitario racional. Esto implica que cada sociedad debe conservar cierta autonomía, un interés individual que se complementa con el del grupo. Por tanto, son excluidas del principio «*Rozenblum*» las estructuras que, jerárquicamente, reducen a las sociedades integrantes del grupo en meras unidades de la empresa.⁶⁵

La segunda condición del principio está referida a las actividades económicas de las variadas sociedades. Se trata de una política general para el grupo entero donde las oportunidades de buen negocio del grupo como unidad deben ser distribuidas objetivamente y de forma equilibrada entre las distintas sociedades que lo integran. Esta política no puede ser limitada a reacciones momentáneas o puntuales de las necesidades y desarrollo de las sociedades. Este tipo de decisiones de breve tiempo debe ser conectada a proyectos de mediano y largo plazo.⁶⁶

Finalmente, la tercera condición para la aplicabilidad del principio se refiere al equilibrio entre ventajas y costos. En efecto, en sus respectivas relaciones, las sociedades integrantes del grupo no pueden ser ni perjudicadas excesivamente ni arbitrariamente favorecidas a costa de las demás. De esa manera se afirma que se está siempre en presencia de un perjuicio inaceptable cuando una sociedad deberá estar bajo solicitudes financieras de parte de otra sociedad del grupo, superior a sus posibilidades en tanto ello pondría en peligro su propia existencia. Si en cambio los perjuicios vienen compensados posteriormente con ventajas equivalentes, se mantiene el equilibrio.⁶⁷

La violación de los presupuestos del principio «*Rozenblum*» podrá ser sancionado, además del resarcimiento a que hubiere lugar, con⁶⁸:

- Una acción directa de parte de los acreedores de la sociedad hija hacia la sociedad matriz.
- Responsabilidad penal o multas a los órganos de la sociedad matriz.
- Un derecho individual de los socios minoritarios de retirarse de la sociedad y el correspondiente indemnizo.
- Sustitución de la dirección de la sociedad del grupo con una administración provisoria nombrada por el tribunal.

Se desprendería del principio bajo comentario que en caso se trate de una estructura tradicional y jerárquica la responsabilidad por las filiales siempre correspondería a quien las dirige, a la sociedad matriz y, en tal sentido son aplicable las sanciones previstas para el principio *Rozenblum*, en cuanto corresponda.

De acuerdo a lo reseñado hasta este punto, las estructuras de los grupos de sociedades, están basadas en relaciones de control y dirección unitaria. No obstante estas estructuras, tradicionalmente jerárquicas, vienen desverticalizándose, es decir, vienen haciéndose más importantes las decisiones sobre la concreta gestión aportadas por las sociedades integrantes del grupo, asimilándose a una relación horizontal de coordinación con la sociedad matriz. Esto último no

⁶¹ Loc Cit. p. 72.

⁶² FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ. Op cit. 366.

⁶³ Sentencia de la Corte del 13 enero 2004. Causa C-440/00, punto 52.

⁶⁴ FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ. Op Cit. p 376, 384.

⁶⁵ Loc cit. p. 377 – 378.

⁶⁶ Loc cit. p. 378 – 379.

⁶⁷ Loc cit. p. 379 – 381.

⁶⁸ Loc cit. p. 380.

implica la pérdida de la dirección unitaria de dicha entidad matriz quien puede dictar las políticas del grupo (dirección unitaria general) aplicables a todas las sociedades integrantes, que podrían ser desventajosas a veces para unas pero después éstas se verían compensadas en similar proporción.

En este orden de ideas, se puede llegar a afirmar que la dirección unitaria implica una doble manifestación: la general y la rígida. La primera identificable con la política de grupo en términos del principio *Rozenblum*, es decir, estructura vertical con relativa autonomía de sus integrantes en la gestión de sus propias actividades. La segunda, la dirección unitaria rígida sería identificable con las estructuras tradicionales de organización y con lo previsto en el derecho alemán sobre el contenido de sus contratos de dominio donde control (en términos de control sobre la gestión) y dirección unitaria se llegan a identificar.

Pasaremos ahora a hacer un breve esbozo de las políticas de competencia para posteriormente evaluar la posibilidad de su aplicación a los grupos de sociedades.

3. Disciplina Comunitaria de la Competencia Aplicada a los Grupos. Los acuerdos Internos Anticompetitivos

3.1 Nociones Generales

La disciplina comunitaria de la competencia se fundamenta en los puntos esenciales del Tratado de la CE, en particular de los artículos 81º a 90º; a los cuales se agrega el Reglamento del Consejo⁶⁹ respecto al control de las operaciones de concentraciones entre empresas. De conformidad a estos dos cuerpos normativos la Disciplina Comunitaria de Competencia se articula en cuatro grandes sectores de acción⁷⁰:

- Represión de los acuerdos restrictivos de la competencia y de los abusos de posición dominante (por ejemplo, mediante la condena de un acuerdo de fijación de precios entre competidores) .
- Control de las concentraciones entre empresas (por ejemplo, mediante la prohibición de una fusión entre grandes grupos que conferiría a ellos una posición dominante sobre el mercado).
- Liberalización de los sectores económicos sujetos a monopolio (por ejemplo, con la apertura a la competencia del sector de las telecomunicaciones).
- Control de las ayudas de estado (por ejemplo, prohibiendo una subvención del Estado dirigida a mantener en actividad una empresa en dificultad sin prospectiva de continuación).

La Comisión Europea es el organismo competente a tratar tales cuestiones. En algunos casos el poder de control es compartido con las jurisdicciones y las autoridades garantes de la competencia de los

Estados miembros (artículos 81º y 82º), en otros tal poder es exclusivo⁷¹ (control de las concentraciones de dimensiones comunitarias, control de las ayudas de Estado)

Para el desarrollo de aquello que nos toca, delimitaremos el análisis a los acuerdos al interno del grupo que podrían afectar la competencia, teniendo en cuenta que en los otros sectores en los que se articula la disciplina de la competencia, es posible también la presencia de los grupos societarios.

3.2 Los Acuerdos Restrictivos de la Competencia

El artículo 81º, parágrafo 1 del Tratado de la CE prohíbe los acuerdos o prácticas concertadas que:

- Sean concluidas entre empresas.
- Sean causantes de una restricción sensible de la competencia en un mercado determinado.

Respecto al primer criterio, como se mencionó líneas atrás, «*empresa*» debe ser entendida en el sentido de que ella se refiere a una «*entidad económica*», aún si bajo el perfil jurídico esta unidad es constituida por más de una persona física o jurídica. Por tanto, no se podría hablar de pluralidad de empresas en un grupo.

Respecto al segundo elemento, corriendo el riesgo de ser muy escuetos, señalamos que la determinación del mercado sigue criterios geográficos y de elasticidad del producto. En cuanto a lo geográfico, el acuerdo tendría que abarcar como mínimo dos Estados miembros. En cuanto a la elasticidad del producto, tendría que incluirse en el mercado a determinar todos los productos que sensiblemente pueden sustituir al que es materia de análisis. Así, una vez determinado el mercado se evalúa el grado en que dicho mercado ha sido afectado por el acuerdo.

Los acuerdos o prácticas concertadas pueden consistir en fijar los precios de adquisición o venta u otras condiciones de transacción, en limitar la producción, el desarrollo técnico o las inversiones, en repartirse los mercados o las fuentes de provisión entre los competidores o en general en aplicar prácticas comerciales discriminatorias que determinen desventajas en términos de competencia para las empresas no adherentes al acuerdo. Durante el periodo 1997-2000 la Comisión Europea ha evaluado cerca de 400 casos al año en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la competencia⁷².

3.3 Los Acuerdos al Interior del Grupo

Los acuerdos restrictivos de la competencia son nulos de pleno derecho cuando implican dos o más empresas distintas; en cambio si estas dos empresas forman parte de un grupo, el acuerdo podría ser válido. Tomemos como ejemplo la sentencia del 24 octubre de 1996, *Viho Europe BV* contra Comisión de las Comunidades europeas, Causa C-73/95 P.

En este caso, las partes implicadas eran, *Viho Europe BV*, sociedad de derecho holandés, comercializadora de artículos de oficina y en torno a ello, desarrollaba otras actividades consistentes en ventas al

⁶⁹ Reglamento 4964/89/CEE y sucesivas modificaciones.

⁷⁰ EUROPEAN COMMISSION. The Policy of Competition in Europe and the Citizen. Luxemburg: Office of Officials Publications of European Communities, 2000. p. 8.

En: http://europa.eu.int/comm/competition/publications/competition_policy_and_the_citizen/en.pdf.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Loc. cit.* p. 12.

por mayor, importación y exportación; y, por otro lado, *Parker Pen Ltda.*, sociedad de derecho inglés, productora de una amplia gama de bolígrafos y artículos similares que se vende en toda Europa valiéndose de la intermediación de filiales o distribuidores independientes.

Los hechos se originan en razón a la denuncia presentada por *Viho*, quien después de haber intentado inútilmente iniciar relaciones comerciales con *Parker* y obtener sus productos a condiciones equivalentes a aquellas aplicadas a las filiales *Parker* y distribuidores independientes, alega que el grupo en cuestión prohibió a sus distribuidores la exportación de sus productos, de subdividir el mercado común europeo en mercados nacionales de los Estados miembros y de mantener sobre esos mercados precios para los productos artificialmente elevados. Añade además *Viho* que la política de distribución del grupo consistía en obligar a las propias filiales a limitar la distribución de los productos *Parker* a territorios determinados, constituyendo esto último una violación del párrafo 1 del artículo 85º del Tratado de la CE. Respecto a este último punto, la Comisión, la sentencia del Tribunal de primer grado y posteriormente la sentencia de la Corte han señalado que:

«(...) en ausencia de un concurso de voluntades de sujetos económicamente independientes, la relación en el ámbito de una unidad económica no puede dar lugar a un acuerdo o una práctica concertada restrictivos de la competencia en el sentido del Art. 85º, n. 1 del Tratado. Como en el caso, la filial, a pesar que sea proveída de una personalidad jurídica distinta, no determina en modo autónomo la propia conducta sobre el mercado, y aplica las instrucciones a ella impartida, directamente o indirectamente, de parte de la sociedad matriz, que la controla al 100%, las prohibiciones sancionadas por el Art. 85º, n.1, no pueden ser aplicadas a las relaciones entre las empresas filiales y la sociedad madre con la cual forman una unidad económica»⁷³

Asimismo, según reiterada jurisprudencia de la Corte, la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia,

«(...) no golpea acuerdos o prácticas concordadas entre empresas pertenecientes al mismo grupo como sociedad matriz y filial, cuando ellas constituyan una unidad económica en el ámbito de la cual la afiliada no dispone de efectiva autonomía en la determinación del propio comportamiento sobre el mercado, y los acuerdos o prácticas de las cuales se trate tengan simplemente la finalidad de una repartición de tareas al interno del grupo.»⁷⁴

Según la sentencias citadas, la regla general de prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia es inaplicable en el caso de grupos societarios cuando:

- No exista autonomía de las filiales; y,
- El acuerdo, decisión o práctica incriminada se limite a actuar una interna distribución de tareas entre las empresas del grupo.

3.3.1 Falta de Autonomía de las Filiales

Las empresas del grupo son entidades jurídicamente distintas pero económicamente no constituyen sujetos diversos. En este sentido, la Corte ha afirmado que la noción de empresa,

«(...) en el ámbito de la competencia (...) debe ser entendida en el sentido que ella se refiere a una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo, aún si bajo el perfil jurídico ésta unidad económica está constituida por más personas físicas o jurídicas»⁷⁵.

Así, la unidad económica a la cual se refiere el precedente parámetro de la Corte sería el grupo. Es necesario aclarar que (como se ha señalado en el punto 2.2. y 2.3) la unidad económica del grupo se logra con el efectivo ejercicio del control sobre los integrantes, es decir con la dirección unitaria.

Sin embargo también se señaló que la dirección unitaria implica, por un lado, una manifestación general, con relativa autonomía de los integrantes; y por otro lado, una manifestación rígida, donde control y dirección unitaria se llegan a identificar y, como consecuencia de ello, las empresas controladas no pueden actuar en el mercado con la autonomía suficiente para determinar por sí mismas sus conductas competitivas llegando sus directivos a aceptar cualquier acuerdo o directrices de conducta planteadas por quienes las controlan, entre ellas anticompetitivas.

En este orden de ideas, toma importancia el nivel de libertad concedida a los miembros del grupo. Al respecto, como uno de los extremos podemos señalar la figura desarrollada en el derecho alemán donde existe la posibilidad de anular totalmente cualquier margen de independencia de las sociedades controladas⁷⁶. En un segundo nivel, se ubicarían aquellas sociedades conformantes de un grupo, cuya dirección unitaria es tal de empujar a sus miembros a aceptar acuerdos o seguir directivas de conducta anticompetitiva en un determinado mercado; en este caso existe un margen de voluntad que evalúa las directivas de conducta, generándose conflictos cuando lo solicitado por la controlante no sea de acuerdo con los intereses de los accionistas minoritarios de las controladas⁷⁷. En un tercer nivel, se encontrarían las sociedades integrantes de un grupo cuyo margen de autonomía es suficiente para determinar por ellas mismas sus conductas sobre sus respectivos mercados.

En los dos primeros casos estamos delante de un grupo al cual le es aplicable las excepciones de los acuerdos anticompetitivos si reúnen los elementos requeridos.

3.3.2 Acuerdos como Distribución Interna de Tareas

La distribución interna de tareas entre las empresas del grupo es un criterio que no ha sido adecuadamente desarrollado por la Corte y adicionalmente no ha sido homogénea en su aplicación.

⁷³ *Viho* contra Comisión. Causa N° C-73/95 P, punto 51.

⁷⁴ Causa 15/74. *Centrafarm BV*, ed *Adriaan de Peijper* contro *Sterling Drug Inc.* Sentencia, artículo 61º. En el mismo sentido: Causa 48/69, punto 619; Causas reunidas T-68/89, T-77/89 e T-78/89, punto 367; Causa T-102/92, punto 47; C-73/95P, punto 6; Causa C-234/98, punto 18.

⁷⁵ Causa T-102/92. *Viho Europe BV* contra Comisión de la Comunidad Europea. Punto 50.

⁷⁶ Mediante la disciplina del contrato de control señalado en el punto 2.1.2.1) del presente trabajo.

⁷⁷ FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETA. Op. cit. p. 377. Sobre este aspecto, el Forum Europaeum propone tomar el principio *Rozenblum* de la Corte de Casación francesa, el cual ha establecido los criterios para la correcta gestión del grupo.

No obstante, se han tenido avances en otros aspectos importantes para la determinación del adecuado ámbito de distribución interna. Así, la transparencia en la información financiera evidenciaría⁷⁸:

- a) La sociedad al vértice del grupo,
- b) la organización de los servicios al interior y la respectiva distribución de apoyo/sostre según la política del grupo mismo; y específicamente, en situaciones de apoyo y sostre a los miembros en peligro económico; y,
- c) la interna y externa estructura de créditos y su respectiva modalidad de financiamiento; y, en general la política sobre el patrimonio.

La transparencia en la información no financiera resultaría también importante en cuanto a la estructura de gobierno corporativo de los grupos relacionado al ejercicio de los derechos de voto de otras controladas, a la nominación y supervisión de los miembros de los órganos⁷⁹.

3.4 Crítica de la Excepción a los Grupos. Las Políticas Anticompetitivas en los Grupos

En la sentencia anterior, la Corte misma reconocería una laguna en cuanto a la normativa en materia de competencia para los casos específicos de los comportamientos anticompetitivos al interior del grupo:

«Ahora bien, no está consentido al Tribunal, con el pretexto que tales comportamientos (...) puedan escapar a la normativa en materia de competencia, desviar el Art. 85º, n. 1, de la propia función con la finalidad de cubrir una eventual laguna en los sistemas de control previstos por el Tratado.»⁸⁰

Asimismo, señala Denozza⁸¹, la principal dificultad de la excepción del artículo 85º, n.1 a los grupos se centraría en la distinción entre «acuerdos y comportamientos que se limiten a distribuir tareas al interior del grupo y acuerdos y comportamientos que influyen la situación de terceros», entre estos terceros se encontrarían los potenciales competidores y consumidores en el ámbito de un mercado individuado. Los acuerdos, o comportamientos pueden afectar la información que en situaciones normales, el libre juego de la oferta y la demanda en aquel determinado mercado daría; información que crearía «expectativas» sobre las cuales se tomarían decisiones como reducciones de precios, ingreso a nuevos mercados, desarrollo de nuevas potencialidades y tecnologías, compras, ventas, etc.

Señala adicionalmente Denozza⁸² que los acuerdos, o comportamientos al interior del grupo pueden afectar la información que en situaciones normales de competencia aquel determinado mercado daría; información que crearía «expectativas» sobre las cuales se tomarían decisiones como reducciones de precios, ingreso a nuevos

mercados, desarrollo de nuevas potencialidades y tecnologías, compras, ventas, etc.

Debemos señalar que cuando se menciona acuerdos o comportamiento de distribución de tareas al interior del grupo, esto puede ser tomado desde el punto de vista de los agentes que lo suscriben, o bien desde el punto de vista de los efectos de dichos acuerdos. En el primer caso, si el acuerdo es celebrado con agentes externos al grupo la distribución interna de tareas como excepción será inválido y, por tanto, aplicable directamente el artículo 85º.1 del Tratado.

Desde el punto de vista de los efectos de los acuerdos al interior del grupo, creemos que es inevitable que indirectamente los mismos influyan sobre otros agentes del mercado. Por ejemplo, una mejora en la distribución de productos, la reducción de costos de información, la implementación de nuevas tecnologías, la contratación de personal altamente calificado, entre otras, empujará a los otros agentes del mercado a ser más competitivos y a su vez beneficiará a los consumidores finales. Por otra parte, influirá directamente sobre el mercado los acuerdos internos de grupo sobre el precio, sobre la cantidad ofertada, sobre la distribución de mercados, en supuestos de discriminación en sus relaciones con terceros, etc.

Consideramos adecuado el establecimiento de criterios para afrontar el hecho de los acuerdos al interior del grupo y en ese sentido creemos que debe determinarse con precisión dichos criterios. Con tal finalidad, haremos referencia a jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, identificando la viabilidad de la aplicación de los criterios esbozados. En ese sentido, tomaremos como puntos de referencia la sentencia del 6 de enero 2004 *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV* y Comisión de las Comunidades Europeas contra *Bayer AG*, causas reunidas C-2/01 P e C-3/01 P⁸³; y la sentencia del 18 setiembre 2003. *Volkswagen/Comisión*, causa C-338/00 P⁸⁴.

3.4.1 El Caso Bayer

El precio de un producto elaborado por el grupo *Bayer* era inferior en España y Francia respecto de aquel fijado en el Reino Unido, razón por la cual algunos mayoristas establecidos en España y Francia exportaban el producto hacia el Reino Unido. A causa de este tipo de importaciones, las ventas del producto efectuadas por la *Bayer UK (United Kingdom)* han estado en pérdida, y en general pérdida también para el grupo *Bayer*. La reacción del grupo para afrontar tal situación se verifica en la reducción del abastecimiento del producto en cuestión a las filiales española y francesa.

Según el análisis de la Comisión, el abastecimiento cuantitativo acordado hacia las filiales del grupo en Francia y España estaría subordinado a la observancia de una prohibición de exportaciones dirigida a los mayoristas de esos países. La eventual violación de dicha prohibición hubiera implicado para los mayoristas una reducción automática del abastecimiento del producto en cuestión. Los mayoristas de los países implicados se verían empujados por las acotadas medidas, tendrían que seguir las directivas impartidas de

⁷⁸ THE HIGH LEVEL OF GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS. Report of on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe. Op. cit. p. 95 e ss.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Viño contra Comisión. Causa Nº C-73/95 P. Op Cit. Punto 54.

⁸¹ DENOZZA, Francesco. Op cit. p. 26.

⁸² Ibidem.

⁸³ http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=ES&numdoc=62001J0002&model=guichett.

⁸⁴ http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=ES&numdoc=62000J0338&model=guichett.

sus abastecedores respectivos en modo tal de cubrir formalmente solamente las propias necesidades de los mercados nacionales, plégándose en tal modo a la rigurosa aplicación y observancia de las cifras consideradas por las filiales *Bayer* en Francia y España.

La Comisión concluía que tal comportamiento habría demostrado la adhesión de los mayoristas a la prohibición de exportaciones de las mercaderías, prohibición que sería insertada en el contexto de las relaciones comerciales entre *Bayer* Francia, *Bayer* España y sus respectivas mayoristas. Habría entonces, subsistido, a criterio de la Comisión, un acuerdo en el sentido del Art. 85º, n.1, del Tratado de la CE.

La decisión de la Comisión fue evaluada por la Corte de Justicia de distinta manera.

En efecto, señala la Corte que el solo hecho de que la política unilateral de contingencia instituida por el grupo *Bayer*, combinada a la necesidad para los mayoristas de disponer a nivel nacional de un abastecimiento completo, produzca efecto equivalente a una prohibición de exportaciones no significa ni que el productor hubiese impuesto tal prohibición, ni que existiese un acuerdo en el sentido del artículo 85º, n.1, del Tratado. Asimismo señala la Corte que el hecho de la existencia de controles posteriores y de sanciones a los mayoristas no constituye la condición *sine qua non* de la existencia de un acuerdo prohibido por el Tratado. Concluye la Corte, que el simple hecho que una medida adoptada por un productor tenga como efecto limitar la competencia, se inserte en el contexto de relaciones comerciales entre este último y sus respectivos mayoristas, no puede ser suficiente razón para afirmar la existencia de tal acuerdo.

3.4.2 El Caso Volkswagen

La diferencia de los precios de automóviles de marca *Volkswagen* y *Audi* entre Italia, Alemania y Austria era lo suficientemente elevada como para llevar a los consumidores finales de esta área geográfica a adquirir tales bienes en Italia. Ante esta importante tendencia de la demanda, la reacción del grupo *Volkswagen* estuvo dirigida hacia *Autogerma s.p.a.*, sociedad importadora para Italia de los automóviles de las marcas en cuestión, con una participación accionaria del 100% por parte de la empresa *Volkswagen AG*.

La mencionada reacción del grupo tenía el efecto de prohibir o limitar las ventas a los consumidores finales de otros Estados miembros que actuaban directamente o a través de mandatarios, y otros concesionarios de la red distributiva establecidas en otro Estado miembro para adquirir en Italia los automóviles de las marcas mencionadas.

Esta reacción fue evaluada por la Comisión y por la Corte de Justicia y en ambas jurisdicciones se llegó a la conclusión que la empresa *Volkswagen AG* ha violado conjuntamente con sus controladas, *Audi AG* y *Autogerma s.p.a.*, el Art. 85º, n.1 del Tratado en cuanto se acordaba con los concesionarios italianos pertenecientes a la red de distribución de prohibir o limitar las ventas a los consumidores finales de otros Estados miembros y también a otros concesionarios de la red de distribución establecidos en otros Estados miembros.

En efecto, el grupo tenía trazado una política para enfrentar la variación de la demanda, la cual sería efectuada a través de *Autogerma* quien tenía suscrito los respectivos contratos con las empresas italianas concesionarias con las cuales formaba una red de distribu-

ción selectiva. Las acciones adoptadas por *Autogerma* con respecto a estos concesionarios consistían en una serie de medidas preventivas, de control y de sanciones a quienes se alejaban de los objetivos de la política del grupo.

3.4.3 Análisis de los Casos Propuestos

Después de esta breve reseña de casos, la evaluación que interesa observar es aquella que determina cuando la política interna del grupo tiene efectos externos al mismo. En este sentido, la Corte y la Comisión no han evaluado los casos acotados de manera tal de darnos algunos indicios. Debemos, sin embargo, considerar que la Corte y la Comisión toman como premisa que no hubo autonomía de parte de las controladas para determinar sus actuaciones en sus respectivos mercados.

Adicionalmente, por nuestra parte consideramos que debemos partir señalando que las políticas internas de los grupos reseñados si han tenido efectos externos y se ha afectado la competencia en sus respectivos mercados:

- En el caso *Bayer*, se afecta el abastecimiento a los mayoristas nacionales españoles y franceses, sus respectivos clientes en el Reino Unido; y también en los consumidores finales británicos a quienes se les restringe la obtención de dicho producto a precios por debajo de lo ofrecido por *Bayer UK*.
- En el caso *Volkswagen*, se estaría limitando el abastecimiento de los productos a concesionarios de nacionalidad diversa a la italiana, por un lado, y por otro se afectaría la libertad del consumidor final, sea alemán o austriaco, de elegir y adquirir bienes en Italia.

En el caso *Bayer*, concluye la Corte que no hubo acuerdo anti-competitivo en razón de no existir nexo de conexión válido entre la política del grupo *Bayer* y la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 85º, n.1; señalándose además que la existencia de controles y sanciones posteriores no constituye la condición esencial de la existencia de un acuerdo prohibido, tomando como punto de referencia la relación existente entre los mayoristas de España y Francia y las respectivas filiales del grupo, encargadas de ejecutar la disciplina de reducción de abastecimiento.

Si se lograra satisfacer la condición se trataría de un acuerdo, desde un punto de vista jurídico de las partes intervinientes, entre las filiales *Bayer* España y Francia y sus respectivos mayoristas. Sin embargo, desde un punto de vista económico, en términos de unidad económica, se trataría de un acuerdo entre el Grupo *Bayer* y los individuales mayoristas en Francia y España, no controladas por el mencionado grupo. Estaríamos frente a un acuerdo de distribución de tareas en el Grupo (entre *Bayer AG* y sus respectivas filiales en España y Francia, tendientes a evitar la importación del producto) que tiene efectos fuera del mismo; es decir, dejaría de ser un acuerdo interno, para pasar a ser un acuerdo establecido entre diversas unidades económicas y por tanto sancionable directamente bajo el artículo 85º.1 del Tratado.

No obstante, pese a no satisfacer la condición, pasemos a detallar la conducta del grupo *Bayer*.

Bayer Francia y España elaboraron un estudio de mercado en sus propios países respecto al producto importado para determinar la cantidad que debería ser abastecida en sus respectivos mercados. Adicionalmente el grupo *Bayer* elaboró un estudio sobre las pérdidas obtenidas como consecuencia de las ventas de los mayoristas franceses y españoles en el mercado británico. Siguiendo esta línea de actos y buscando evitar las referidas ventas en el mercado británico, se estableció una serie de medidas sancionatorias y de control a los mayoristas franceses y españoles si excedían en ventas la cantidad predeterminada para sus países; medidas ejecutadas por *Bayer* Francia y *Bayer* España respectivamente. La política del grupo *Bayer* tendiente a evitar la importación del producto hacia Inglaterra por parte de los mayoristas franceses y españoles, política de grupo que, a pesar de encuadrarse dentro de una distribución de tareas, no queda categóricamente establecida si aquella puede denominarse «*distribución interna de tareas*», teniendo en cuenta que genera efectos sobre los agentes económicos: los mayoristas españoles y franceses, sus respectivos clientes en el Reino Unido y sobre el consumidor final.

A este punto queda claro que la condición *sine qua non* para la existencia de un acuerdo prohibido no se satisface con la existencia de controles posteriores y de sanciones a las empresas implicadas. Es decir, los grupos pueden desarrollar conductas de supervisión y/o sanción a posteriori de los mayoristas y/o concesionarios no vinculados a ellos (en los términos señalados en el punto 2.1 del presente trabajo) sin que de ello se deduzca necesariamente que se trata de un acuerdo prohibido por el Art. 85°.1 del Tratado.

En el caso *Volkswagen* (no obstante presentarse similares situaciones a las referidas en el caso *Bayer*, en cuanto control y sanciones a concesionarios que no sigan los fines de política del grupo) si en vez de tomarse medidas preventivas y posteriores de control así como sanciones a sus concesionarios, hubiese orientado dichas medidas a posteriori, sería negada la existencia de un acuerdo anticompetitivo tal como en el caso *Bayer*, ya que estos controles posteriores, en los propios términos de la Corte, no constituirían la condición *sine qua non* de la existencia de un acuerdo prohibido.

Esta falta de homogeneidad en la inaplicabilidad del Art. 85°, n. 1 del Tratado a los grupos podría llevar a un juego con las reglas de la competencia y devenir en muchas políticas anticompetitivas al interior de los grupos con efectos externos que no serían sancionadas. Se crearía una especie de estatus de privilegio para los grupos.

4. Conclusiones

- i. Es necesario tener presente la diferencia entre control y dirección unitaria. Esto toma importancia al momento de determinar si alguna empresa se encuentra controlada por otra. No se puede determinar que una empresa no es autónoma en su conducta en el mercado solamente tomando como base el estatus de control que posee sobre ella la empresa madre. Tiene que realizarse el análisis del efectivo control ejercido sobre la controlada.
- ii. En estructuras de control, consideramos que existen tres momentos importantes a tener en cuenta: (i) El estatus de control, (ii) el concreto ejercicio del control (a través de la dirección unitaria de las empresas integrantes del grupo); y (iii) el ejercicio de control perjudicial a la competencia.

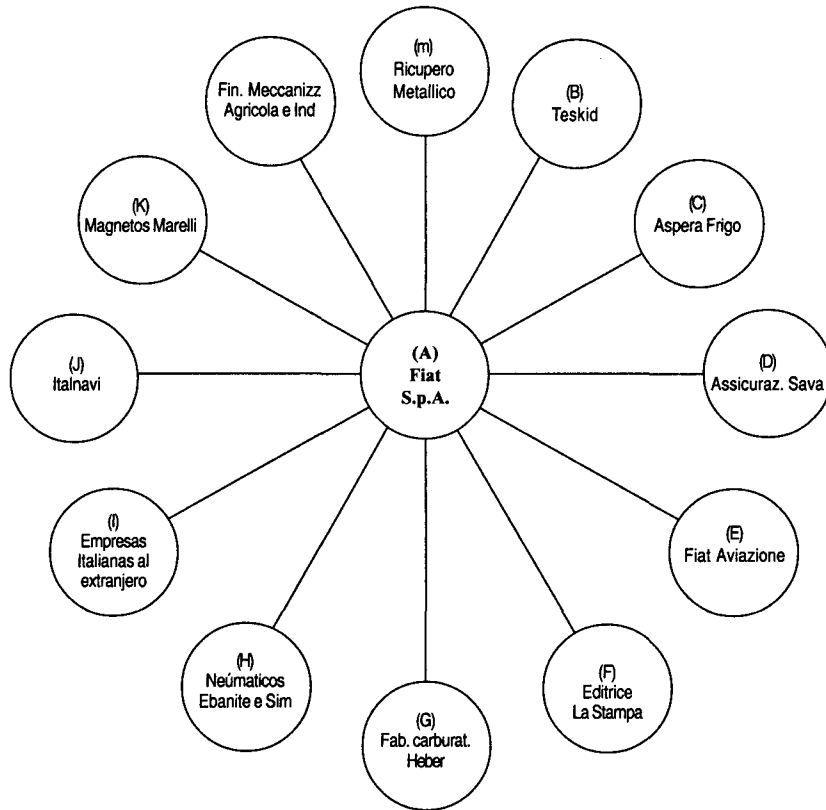
- iii. Es regla general que los acuerdos anticompetitivos entre empresas se encuentran prohibidos. Para los integrantes de grupos de sociedades es unánime que se mencione que a ellos no se aplica esta prohibición debido a que no gozan de autonomía sobre los mercados donde operan. Antes de hacer esta afirmación consideramos que debe agotarse el análisis de la falta de autonomía de las integrantes ya que la absoluta falta de autonomía se identifica con el modelo rígido de dirección unitaria; siendo el caso que actualmente se está tendiendo a dejar a las integrantes del grupo cierto margen de autonomía que permite que ellas mismas determinen sus conductas en el mercado.
- iv. Las manifestaciones anticompetitivas de un grupo en torno a acuerdos, puede ser vista desde el punto de vista de los agentes que lo suscriben, o bien desde la óptica de los efectos de dichos acuerdos. Si el acuerdo es celebrado con agentes externos al grupo, la distribución interna de tareas como excepción será inválido y por tanto aplicable directamente el artículo 85°.1 del Tratado. Desde el punto de vista de los efectos de los acuerdos celebrados entre integrantes del grupo, la afectación directa del mercado relevante debe ser evaluado con cuidado ya que el no hacerlo facultaría a los grupos a regir incluso sobre otros agentes en el mismo mercado.
- v. Finalmente, la vaguedad de algunos criterios y la falta de homogeneidad en la excepción a los grupos del artículo 85°.1 del Tratado por parte de la Corte y la Comisión puede devenir en una serie de políticas internas anticompetitivas que no serían sancionadas, creándose una especie de estatus de privilegio para los grupos.
- vi. Creemos, no obstante, que las políticas anticompetitivas de los grupos deben ser evaluadas a la luz de los principios generales de la competencia en cada caso específico. En este sentido, la competencia constituye un instrumento simple y eficaz para garantizar a los consumidores finales un nivel excelente de calidad y precio de los productos y servicios.⁸⁵ A fin que la competencia sea eficaz, el mercado debe estar constituido por oferentes independientes entre ellos y puestos bajo la presión competitiva ejercitada por otros oferentes. Por ello, el derecho de la competencia tiene como objetivo preservar la capacidad de los oferentes para ejercer esta presión sobre el mercado.⁸⁶

⁸⁵ EUROPEAN COMMISSION. The Policy of Competition in Europe and the Citizen. Op. cit. p. 7.

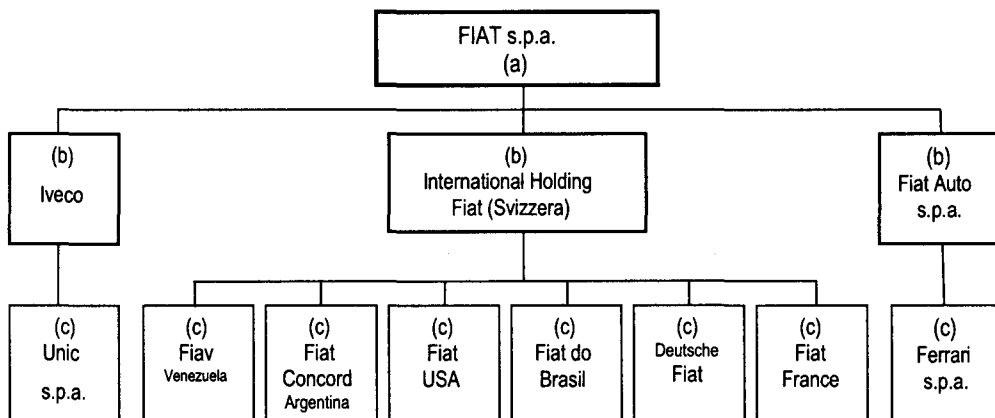
⁸⁶ Loc. cit. p. 7 -8.

5. Anexos

ANEXO 1: Estructura organizativa del grupo FIAT antes de 1979⁸⁷

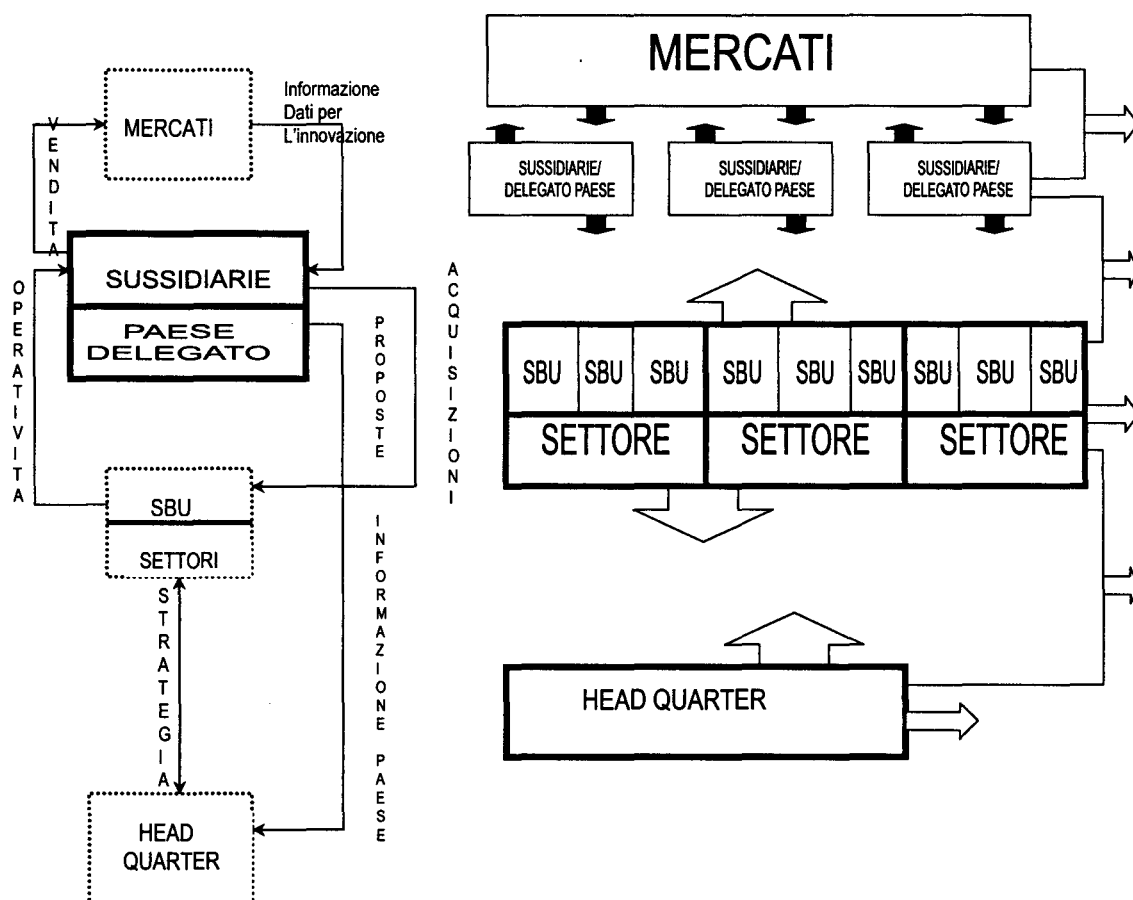


ANEXO 2: Estructura organizativa del grupo FIAT después de 1979⁸⁸



⁸⁷ Fuente: GALGANO, Francesco. Op cit. p. 20.

⁸⁸ Fuente: Loc cit. p. 21

ANEXO 3: Estructura organizativa del grupo Rhone Poulenc. Coordinación control-autonomía⁹⁹

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARRIGO, Gianni. Il diritto del lavoro dell'Unione Europea. Milano: Giuffrè editore, 2001, Tomo II.
- CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. Lezioni di diritto commerciale comunitario. Torino: Giappichelli, 2002.
- DEL GIUDICE, Federico e VIRRELLI, Antonio. Codice Unione Europea. Agnano: Edizione giuridica Simone, 2001.
- DELLI PRISCOLI Lorenzo. *Le Restrizioni Verticali della Concorrenza*. En: Quaderni di Giurisprudenza Commerciale N° 239. Milano, Giuffrè editore, 2002.
- DEMARET, Paul. *El establecimiento del mercado único europeo: aspectos internos y externos. Un análisis jurídico*. En: Serie Ensayos, Lima: Instituto de Estudios Europeos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 4, Giugno 2001.
- DENOZZA, Francesco. *La Disciplina delle Intese nei Gruppi*. En: Quaderni di Giurisprudenza Commerciale N° 58. Milano, Giuffrè editore, 1984.
- EDWARDS, Vanessa. *EC Company Law*. New York: Oxford University Press Inc. 1999.
- EUROPEAN COMMISSION. *The Policy of Competition in Europe and the Citizen*. Luxemburg: Office of Officials Publications of European Communities, 2000.
- EUROPEAN COMMISSION. *The Globalisation in Everyone's Benefit*. Luxemburg: Office of Officials Publications of European Communities, 2003.
- FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ. *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*. En: Rivista delle società. Milano, Giuffrè editore. Anno 46/2001. pag. 341-448.
- GALGANO, Francesco. *I gruppi di società*. Torino: UTET, 2001.
- HIGH LEVEL OF GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS. *Report of on Issues Related to Takeover Bids*. Brussels, 10 January 2002.
- HIGH LEVEL OF GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS. *Report of on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*. Brussels, 4 November 2002
- LA ROCCA, Gioacchino. *Imprese e Società nel Gruppo Bancario*. En: Quaderni di Giurisprudenza Commerciale N° 169. Milano, Giuffrè editore, 1995.
- LAMANDI, Marco. *Il Controllo. Nozione e tipo nella Legislazione Economica*. En: Quaderni di Giurisprudenza Commerciale N° 155. Milano, Giuffrè editore, 1995.
- MANZOLINI, Luigi; SODA, Giuseppe; SOLARI Luca. *L'organizzazione Snella*. Milano: Etaslibri e Fondazione IBM Italia, 1994.
- VELLA, Francesco. *Le Società Holding*. En: Quaderni di Giurisprudenza Commerciale N° 148. Milano, Giuffrè editore, 1993.
- WYMEERSCH, Eddy; FITCHEN, Geoffrey. *Groups of companies in the EEC*. Berlin: Walter de Gruyter, 1992.

⁹⁹ Fuente: MANZOLINI Luigi, SODA Giuseppe, SOLARI Luca. Op.Cit.. p 178