

REFLEXIONES SOBRE "GRUPOS SOCIETARIOS" EN RELACION A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Hernán Racciatti (h)
Alberto A. Romano

I- INTRODUCCIÓN

Es algo conocido que los grupos de sociedades constituyen un supuesto cuya existencia tiene implicancia con relación a distintos sectores de nuestro ordenamiento normativo, entre los cuales, conjuntamente con el derecho comercial, se puede mencionar el derecho del trabajo, el derecho fiscal y el derecho de la competencia.

El fin de este trabajo es, precisamente, analizar, aunque sea someramente, como juegan algunas de las normas previstas en la ley de Defensa de la Competencia (Ley 22.262 ADLA XL-C pág. 2521 y ss.) frente al fenómeno grupal.

II- GRUPOS Y CONTROL

Nuestra legislación societaria no ha desconocido el hecho del agrupamiento de sociedades. Así, los artículos 31, 32 2do párrafo, 33, 54; como asimismo las disposiciones regulatorias de los estados contables (exigencia de balances consolidados), son muestra clara de ello ⁽¹⁾. Sin embargo, se advierte que el derecho societario argentino regula el fenómeno de concentración societaria poniendo su mira en situaciones de "control", pero carece de normas que regulen sistemáticamente al grupo de sociedades ⁽²⁾. En tal sentido Fargosi nos dice que "...para que se

(1) Conf. OTAEGUI Julio C., "Concentración Societaria", pág. 423 y ss., Ed. Abaco, 1984; ROITMAN Horacio, "Grupos societarios (en el derecho económico)", en Revista de Derecho Económico, Nro. 11 y 12, pág. 976; AGUINIS, Ana María M. de, "Ammonización jurídica del Mercosur: Los grupos de sociedades", en La Ley (actualidad), boletín del 14 de mayo de 1992, págs. 1 y 2.

(2) Los ordenamientos jurídicos que, hasta la fecha, poseen un conjunto sistemático de normas reguladoras de los grupos societarios desde las perspectivas del Derecho de Sociedades son el derecho Alemán a través de la Ley de Sociedades por Acciones (Aktiengesetz) de 1965, el derecho

configure el fenómeno grupal debe haber algo más que las hipótesis que nuestro artículo 33 de la ley 19.550 describe como de control".⁽³⁾ Es que, para que nos encontremos frente a un grupo de sociedades se requiere, como nota tipificante, la existencia de una dirección unificada⁽⁴⁾. Pavone La Rosa refiere a que el grupo presupone un tipo de vinculación cualitativamente distinta de la de control, pudiendo hablarse de grupo sólo cuando la injerencia asume formas distintas y más incisivas que aquella que se puede ejercer en base a una situación de control, siendo necesario que la influencia se ejercite a través de la dirección unitaria de las empresas participantes del mismo⁽⁵⁾, destacando que para que podamos referirnos a la existencia de un grupo, es necesario que la dominante se valga del poder de control para la constitución de un sólo organismo económico.

Como surge de lo expuesto, la vinculación de varias sociedades a través de participaciones de capital aun cuando engendre una situación de dependencia societaria en relación a alguna de ellas- no es suficiente para crear un grupo de sociedades sino va acompañada de una dirección económica unitaria. Aparece, entonces, el grupo de sociedades como una unidad empresarial compuesta por diversas sociedades independientes y autónomas jurídicamente, las cuales se encuentran sometidas a una dirección económica unitaria ejercida por otra sociedad. Es decir, que a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las sociedades, todas ellas actúan en el mercado como una sola empresa⁽⁶⁾. Así, se

Brasileño mediante su Ley de Sociedades Anónimas de 1976, y el de Portugal desde la promulgación de su Código de Sociedades Comerciales en 1987.

(3) FARGOSI Horacio, "Notas preliminares sobre la responsabilidad de los directores y la dirección unitaria en el grupo de sociedades", en *El Derecho*, T. 125, pág. 846).

(4) Conf. ABADESSA Pietro, "I gruppi di societa nel diritto italiano", en "I gruppi di societa. Ricerche per un studio critico." a cura di PAVONE LA ROSA Antonio, pág. 103 y ss., Bologna, 1982; EMBID IRUJO Jose M., "La regulación de los grupos de sociedades en el Derecho Comunitario", en G.J. de la C.E.E., D-5, pág. 115, 1987; MASSAGUER Jose, "La estructura interna de los grupos de sociedades", en *Revista de Derecho Mercantil*, Nro. 192, abril-junio de 1989, pág. 300, y doctrina alemana, francesa y española citada en nota 49 de dicho trabajo; OTAEGUI Julio C, ob cit., pág. 426; DOBSON Juan M., "El abuso de la personalidad jurídica", pág. 356, Ed. Depalma, 1985; BÜLGARELLI Waldirio, "Manual das Sociedades Anónimas", pág. 251, Ed. Atlas, Sao Paulo, 1987; MAFFIA Osvaldo, "Grupo societario y quiebra", ponencia presentada a las Jornadas Nacionales de Derecho Concursal, organizadas por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, octubre de 1987, pág. 484; BERGEL Salvador D., "Responsabilidad civil de los administradores de la controlante en la quiebra de la controlada bajo dirección unificada", ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Concursal ya citadas, pág. 219; MANOVIL Rafael M., "Interrogantes sobre la responsabilidad y los deberes de los funcionarios societarios en los grupos", ponencia presentada al Congreso Argentino de Derecho Comercial, Bs. As., Septiembre de 1990.

(5) Conf. PAVONE LA ROSA Antonio, "La responsabilidad de "controllo" nei gruppi di società", en *Rivista delle Società*, 1984, pág. 401 y ss.

(6) Vid conf. EMBID IRUJO José, ob cit., pág. 110.

trata de un particular tipo de empresa que rompe con la identidad entre unidad jurídica y unidad económica, convergiendo la unidad empresarial (dirección económica unitaria del conjunto) y la diversificación jurídica de los sujetos que la conforman. Se pasa de la organización jurídica de la empresa unicorporativa a la empresa policorporativa, de modo tal que hay una sola empresa en sentido socio-económico, distribuida entre diversas personas jurídicas (las diferentes sociedades que conforman el grupo) vertebrada bajo la dirección unitaria de la sociedad dominante ⁽⁷⁾.

Se trata de una estructura empresarial descentralizada, radicando en ello el principio organizativo y de gestión del grupo ⁽⁸⁾.

Ahora bien, se advierte que el concepto de dirección unitaria no es algo que se encuentre perfectamente delimitado, sino que el mismo admite diversos grados, pudiendo constatarse su presencia con mayor o menor intensidad, siempre que el grado de descentralización no pueda llegar a tanto como para poner en peligro la existencia de la unidad económica característica del grupo societario ⁽⁹⁾. Y sirve que lo vayamos advirtiendo desde ahora, que ello adquiere especial relevancia para determinar si nos encontramos frente a una única empresa, o si, atento a su alto grado de descentralización, podemos atribuir a cada sociedad integrante del grupo una actividad em-presarial autónoma, recordando que las normas del derecho de la competencia tie-nen como destinatarias a las empresas, tomando tal concepto en sentido amplio ⁽¹⁰⁾. La dirección unitaria es una noción económica extraída del campo empresarial, y que implica esencialmente la existencia de una coordinación de la política econó-mica (fines y objetivos) y de la gestión empresarial del grupo. Es decir, se concreta en medidas de planificación, organización y gestión empresarial ⁽¹¹⁾.

Dentro de estas competencias de naturaleza empresarial que se atribuye la sociedad dominante (planificación, organización y gestión), habrá que determinar

(7) Conf. MASSAGUER Jose, ob cit. págs.. 283 y 291.

(8) EMBID IRUJO Jose M., "Cuestiones básicas de la ordenación jurídica de los grupos de sociedades. Especial consideración del Derecho de la competencia.", en Información Comercial Española, Nro. 650, octubre de 1987, pág. 101.

(9) *Ibidem*, pág. 102, nota 12.

(10) La Corte de Justicia de la C.E.E. ha definido a la empresa como una unidad económica, cualquiera que sea el número o la clase de las entidades jurídicas que la integren; vid. "Comercial Solvents Corp v. Commission", 1973, European Court Reports, pag 223, 1974.

(11) MASSAGUER José, ob cit. pag 292, quien explica que las primeras consisten en determinar los fines del grupo y fijar la estrategia empresarial; entre las segundas incluye a aquellas que tienden a crear la estructura necesaria para llevar a cabo los objetivos y estrategia determinadas, figurando dentro de éstas la política de financiación del grupo y la de personal; sitúa, por último, como medidas de gestión empresarial, todas aquellas de carácter manifiestamente gerencial.

como se manifiesta la misma. En otras palabras, a través de que tipo de actos concretos de la relación grupal se exterioriza la misma.

En algunas oportunidades se otorga a las sociedades dependientes esferas más o menos amplias de autonomía en materia empresarial, o puede ocurrir que la dirección unitaria sea llevada a cabo a través de directrices muy rígidas elaboradas en el seno de la sociedad dominante, que implique la intervención en todas aquellas materias que hacen a la gestión y organización empresarial, privando de toda posibilidad de actuación empresarial autónoma a aquellas otras sociedades que forman parte del grupo.

Siguiendo a Pavone La Rosa ⁽¹²⁾ afirmamos que la dirección unitaria se hará manifiesta a través de la asunción por la controlante de funciones de orden típicamente gerencial, que revelen la existencia de una unidad empresarial en el plano de las actuaciones ⁽¹³⁾.

Lo expuesto en relación a las distintas esferas o competencias en materia empresarial que se reserve la sociedad dominante, tendrá relevancia para determinar si nos encontramos frente a un grupo centralizado o, por el contrario, a uno descentralizado. La opción a favor de un tipo de organización u otro, apunta a encontrar el medio más eficaz para la consecución de los objetivos del grupo.

La conservación de determinadas competencias originarias en materia empresarial en aquellos sectores que no integren, necesariamente, el contenido mínimo de dirección unitaria en cabeza de las sociedades controladas (vg producción, comercialización), no se opone a la esencia del concepto. Pero deberá recordarse lo ya dicho en cuanto a que la descentralización nunca podrá ser tan amplia como para poner en duda la existencia de una unidad económica, ya que ello es caracterizante del grupo ⁽¹⁴⁾.

III- LOS GRUPOS DE SOCIEDADES FRENTE A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como lo dijimos, el fenómeno de la concentración societaria se encuentra íntimamente vinculado con las normas que regulan la defensa de la competencia.

Tal vinculación se advierte desde dos ángulos distintos. El primero de ellos refiere a la posibilidad de que a través de la concentración de distintas sociedades en un grupo se consolide una posición de dominio en el mercado de la cual se tienda

(12) Pavone La Rosa, ob cit. en nota 5, págs. 409/10.

(13) Para Embid Irujo, ob cit. en nota 8, pág 101, ello se concretaría a través de las competencias relativas a la financiación del grupo y de las sociedades que lo componen y, en menor medida, a la posibilidad de controlar el nombramiento y la actividad del personal de las controladas.

(14) Vid nota 9.

a abusar en perjuicio para el interés económico general. Y, a partir de allí, vale el análisis sobre si la concentración en si misma puede ser sancionada a partir de tal precepto. El otro tema a resolver pasa por si los acuerdos realizados entre sociedades de un mismo grupo puede ser considerados como actos que limitan, restringen o distorsionen la competencia ⁽¹⁵⁾.

III- 1) Los grupos societarios y el abuso de posición dominante

Ocurre que como consecuencia de la concentración de sociedades actuantes en el mercado como unidades empresariales independientes bajo una unidad empresarial, que constituye el grupo societario, se afecta el mercado competitivo a raíz de la desaparición de un agente independiente existente como tal en el mercado hasta ese momento. Partiendo de ello se advierte una íntima conexión entre la concentración empresarial y la posición de dominio en un mercado.

El punto es, entonces, si la noción de abuso de posición dominante plasmada en el artículo 1 de la Ley 22.262 puede interpretarse de manera tal que la concentración empresarial llevada a cabo por un grupo ya en posición dominante en el mercado o de la cual surja dicha posición de dominio como consecuencia de la concentración, pueda ser sancionada a tenor de su texto.

La ley 22.262 en su artículo 1ro. prohíbe "...los actos y conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes y servicios...que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general." Acto seguido el artículo 2 de la misma ley aclara, en dos niveles distintos ⁽¹⁶⁾, el concepto de posición dominante al manifestar que ésta existe cuando se es la única oferente o demandante en el mercado nacional o cuando sin ser la única no se encuentra expuesta a una competencia sustancial. Asimismo, dos o más personas gozan de posición dominante cuando no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de un tercero (art. 2).

Se sostiene por importante doctrina que la posición dominante, en si misma, no es sancionada en nuestro régimen legal, siéndolo si en cambio los abusos que puedan suscitarse a partir de ella ⁽¹⁷⁾. De acuerdo a ello, no se podría sancionar en base a la ley la concentración empresarial realizada con el objeto de crear o conso-

(15) En el planteo de estas dos cuestiones estamos siguiendo a EMBID IRUJO, ob. cit. en nota 8.

(16) Conf. CARDENAS Emilio J., "Características de un abuso de posición dominante", en La Ley 1984-A, pág. 27.

(17) Conf. CARDENAS Emilio J., ob cit. pág. 27; FARGOSI Horacio, "Apostillas sobre la ley de defensa de la competencia" en ADLA XL-C, pág. 2527, explica que la ley 22.262 "...no impide la formación de poder económico, sino que, más bien, está dirigida a controlar su ejercicio...".

lidar un monopolio, tal como está prohibido en los Estados Unidos por la ley Clayton.

Sin embargo, el concepto de abuso de posición dominante no es determinado por la ley -sin perjuicio de la enumeración ejemplificativa de supuestos concretos del artículo 41 de la misma- adquiriendo su conceptualización una importancia fundamental a los efectos de delimitar el campo de aplicación de la norma en cuestión.

Pareciera, siguiendo los criterios utilizados en las decisiones administrativas y judiciales en los distintos supuestos en los cuales se ha sancionado el abuso de posición dominante⁽¹⁸⁾, que el mismo implica un comportamiento o conducta injustificada de quien se encuentra en posición de dominio, que tenga como consecuencia o efecto causar un perjuicio, aún potencial⁽¹⁹⁾, al interés económico general, habiéndose identificado a éste último "con las más perfectas condiciones de competencia en el mercado"⁽²⁰⁾. Es decir, debe causar el acto un efecto restrictivo o limitativo en el mercado, pero recordando siempre, con Otamendi, que el bien jurídico protegido es la competencia, o sea el marco que permita al consumidor adquirir lo mejor al más bajo precio posible⁽²¹⁾.

En tal orden de ideas la noción supone dos requisitos: un comportamiento no justificado de la empresa en posición dominante y una lesión a los intereses de clientes, consumidores y proveedores. Se advierte, que el hecho de que la actividad no sea justificada, es una exigencia que se halla implícita en el término *abuso* o aprovechamiento de su posición, y el segundo de los requisitos es una exigencia que emana de la letra y del espíritu de la ley en general al requerir un perjuicio a las mejores condiciones de competencia⁽²²⁾.

(18) Vid las reseñas de "Jurisprudencia sobre Defensa de la Competencia", en Revista de Derecho Industrial, Año 9, 1987, pág. 422 y ss; también OTAMENDI Jorge, "Criterios de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia", en La Ley, T. 1982-D, pág. 761.

(19) Conf. MONTALBAN Carlos A., "Comentarios a la nueva ley de defensa de la competencia", en Revista de Derecho Industrial, año 2, 1980, pág. 354; CARDENAS Emilio J, ob cit. pág. 28.

(20) Dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia del 20 de febrero de 1982, Resolución de la S.C. 70/82, citado por OTAMENDI Jorge, ob cit., pág. 759, y en el caso "Unión General de Tamberos c. Cooperativa Popular de Electricidad de Santa Rosa Ltda.", expte. 104.084/81; también en el caso "Ifrisa SRL c. Y.P.F. y Ecsal SA", resol. de la S.C. 106/82 del 12/04/82.

(21) OTAMENDI Jorge, "Presupuestos básicos para la aplicación de la ley de defensa de la competencia", en La Ley, T. 1981-B, pág. 906; FRANCO GARCIA José María, "La reforma de la legislación mercantil (Derecho de la Competencia y Derecho de Sociedades)", en Revista de Derecho Mercantil, julio-diciembre de 1989, Nros. 193/4, pág. 839.

(22) Vid. conforme a lo que venimos diciendo MATILLA ALEGRE Rafael, "Sobre las nociones de posición dominante y de abuso de posición dominante en el artículo 86 del Tratado de Roma", en "Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a Jose Girón Tena", pág. 695, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

Y, en ese criterio, se entiende doctrinalmente, que existe abuso de posición dominante cuando la empresa que se encuentra en tal posición se aprovecha de ella, para procurarse, en perjuicio de consumidores, clientes o proveedores, una ventaja que el juego normal de la competencia no les hubiera permitido obtener ⁽²³⁾.

Sin embargo, en ocasiones, los órganos comunitarios competentes (la Comisión y el Tribunal de Justicia de la CEE) han extendido la noción de explotación abusiva, acogiendo bajo la misma, en ciertas circunstancias, las concentraciones de empresas. En consonancia con tal criterio, en base al artículo 86 del Tratado de Roma serían sancionables aquellos supuestos en que una empresa en posición dominante perjudique a proveedores o consumidores, no en forma inmediata con su específico comportamiento en el mercado, sino de manera mediata al afectar la estructura del mercado mediante operaciones de concentración que tienden a debilitar la competencia existente o reforzar la posición dominante ⁽²⁴⁾.

En otras palabras, la práctica abusiva consistiría en modificar la estructura de la oferta creando o consolidando una situación de monopolio, perjudicial para los consumidores en función de las consecuencias que ordinariamente éste trae aparejadas. De ahí que se ha considerado aplicable no sólo a los procesos de concentración impuestos por una empresa a otra, sino aún cuando el abuso consiste en la situación creada, en la eliminación de la competencia (y aún una restricción o falseamiento de la) ⁽²⁵⁾.

Para algunos autores ⁽²⁶⁾, la doctrina establecida en el caso "Continental Can" es aplicable sólo cuando a una empresa ya ubicada en posición de dominio se la pueda acusar de abuso de dicha posición al tomar el gobierno de otra, limitando el mercado, pero que no sería utilizable para sancionar la expansión de una empresa en camino a convertirse en monopolica. Sin embargo existen dudas al respecto en

(23) *Ibidem*, pág. 695; también ver doctrina citada por OTAMENDI Jorge, ob cit. en nota 21, pág. 916; Garrigues por su parte nos dice que el concepto de abuso de posición dominante consiste en "...la explotación por las empresas de una posición de dominio de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores..", vid. GARRIGUES Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", T. I, pág. 229, Ed. Porrúa, México, 1987.

(24) Conf. EMBID IRUJO Jose M., ob cit. en nota 8, pág. 108.

(25) Vid. proceso "Continental Can", Dec. Comisión de 19 de diciembre de 1971, y sentencia del Tribunal del 21 de febrero de 1973, cit por MATILLA ALEGRE Rafael, ob cit., págs. 697/99; también EMBID IRUJO Jose, ob cit. en nota 8.

(26) THOMPSON Dennis, "Legislación antimonopolica en la Comunidad Económica Europea", en Revista de Derecho Industrial, año 2, 1980, pág. 669; BERCOVITZ Alberto, "Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE", en GARCIA DE ENTERRIA - GONZALEZ CAMPOS - MUÑOZ MACHADO, "Tratado de Derecho Comunitario Europeo", T. II, pág. 427, cit. por EMBID IRUJO Jose, ob cit. en nota 8, pág. 109, destacando éste autor que ésta es también su postura.

cuanto a que ésa sea la correcta interpretación de la sentencia ⁽²⁷⁾. Creemos que tal concepción de la noción de abuso de posición dominante, podría ser trasladable a los fenómenos de concentración empresarial que ocurran en nuestro país, en cuanto el acto mismo de concentración implique la imposición de ello por parte de una empresa a otra en aprovechamiento de su posición de dominio en el mercado ⁽²⁸⁾, y del cual surja como consecuencia una restricción o eliminación de la competencia. Pero para que sea sancionable la concentración como acto abusivo o aprovechamiento de una posición de dominio, debería tratarse de una conducta específicamente orientada a extender o mantener la situación de dominio ya existente. En otras palabras, queremos decir que el acto debe estar imbuido de los dos elementos antes referenciados, el perjuicio al interés económico general, y el carácter injustificado de la conducta por tratarse de una práctica de aprovechamiento que no hubiera sido posible en una situación de competencia real en el mercado.

Nos referimos al comienzo del presente que la postura de nuestro ordenamiento jurídico es de tolerancia en relación al fenómeno del control societario y, por ende, a la concentración empresarial. Es decir, se reconoce la existencia del fenómeno y, a través de distintas leyes, se le establecen los márgenes de su licitud y de la responsabilidad derivada de su configuración.

De acuerdo a esa línea argumental, y si se receptara la noción antes explicitada de abuso de posición dominante, nos encontraríamos frente a un límite impuesto a la formación de un agrupamiento societario en cuanto el mismo fenómeno de concentración fuera consecuencia de un aprovechamiento de una situación de dominio, y cuyo efecto fuera la eliminación o restricción de la competencia.

III- 2) Los acuerdos entre empresas del mismo grupo societario

El artículo 1º de la ley 22.262, al cual venimos refiriendo, expresa que "están prohibidos y serán sancionados... los actos o conductas relacionados con la producción o intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia...". En tal orden de ideas, adquiere relevancia analizar si los acuerdos celebrados entre una empresa controlante y su controlada, o entre sociedades del mismo grupo, pueden ser considerados como un acto restrictivo o limitativo de la competencia. Ello, atento a que la falta de autonomía empresarial de las sociedades que conforman el grupo -a pesar de su independencia jurídica- nos llevarían a concluir que nos encontramos frente a una única empresa (desde el punto de vista económico), siendo éstas las destinatarias de la normativa de

(27) Vid. MATILLA ALEGRE Rafael, ob cit., loc cit.

(28) Sería aplicable a supuestos donde ya existe una posición de dominio; en tal orden de ideas ver autores citados en nota 26.

Defensa de la Competencia.

En la CEE el primer caso donde se resolvió la cuestión en relación a un contrato entre sociedades del mismo grupo fue "Christiani & Nielsen" en 1969⁽²⁹⁾. En el mismo, la Comisión consideró que el artículo 85 del Tratado de Roma era inaplicable porque no existía competencia entre una sociedad madre y su controlada. Manifestó la Comisión que la competencia no existía en contratos entre dos sociedades que operan el mismo campo económico, por el hecho de que cada una de ellas tenga una separada personalidad jurídica. Se ponderó que el acuerdo en cuestión era sólo una división de tareas dentro de una misma unidad económica, y en consecuencia no tenía como efecto la restricción o distorsión de la competencia⁽³⁰⁾.

La referencia a que se trataba de una misma unidad económica fue aparentemente realizado sólo como soporte para concluir que en el caso mencionado no se afectaba la competencia mercantil. Sin embargo no se puso mayor énfasis en el hecho de que nos encontrábamos frente a una unidad económica y, en consecuencia, frente a una sola empresa⁽³¹⁾.

En el caso "Kodak"⁽³²⁾, la Comisión continuó con la línea sentada en el caso "Christiani & Nielsen". En el mismo, cinco sociedades actuantes en la CEE totalmente controladas por la American Eastman Kodak Corporation vendían productos dentro de la Comunidad en condiciones uniformes. La Comisión consideró que era imposible para sociedades totalmente controladas comportarse independientemente en relación a las conductas impuestas por la sociedad madre. Así, la Comisión señaló que las idénticas condiciones de venta de las compañías "Kodak" en el Mercado Común, no eran consecuencia de acuerdos o prácticas concertadas entre la sociedad matriz y sus subsidiarias o entre las propias subsidiarias⁽³³⁾. Esta expresión fue interpretada como que entre las partes no existía competencia y, por ende, no podía considerarse que existieran prácticas concertadas⁽³⁴⁾.

El criterio de que los acuerdos entre sociedades del mismo grupo no constituyen prácticas o actos concertados violatorios de la competencia por formar parte de una misma unidad empresarial, fue, por su parte, sostenido en los casos "Béguelin" y "Centrafarm", considerándose en éste último que el artículo 85 no

(29) Vid. "Christiani & Nielsen", (1969) J.O. L. 165/12 (1969), C.M.L.R. D36, 2 CCH C.M.R. s.9308.

(30) *Ibidem*.

(31) Conf. COPE HUIE Marsha, "The intra-enterprise conspiracy doctrine in the United States and The European Economic Community" en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. XXXVI, 1988, Nro. 2, pag 307 y ss.

(32) "Kodak", Case 332/70, (1970) J.O. L. 147/24, (1970), C.M.L.R. D19.

es aplicable si las empresas forman parte de una unidad económica en la cual las subsidiarias no tienen real libertad o independencia para determinar su propio curso de acción en el mercado, y si los acuerdos o prácticas son considerados meramente un reparto interno de tareas entre las empresas ⁽³⁵⁾. Se sostuvo con claridad en éste fallo que el artículo 85 sólo puede ser aplicado ante un acuerdo restrictivo formalizado entre la controlante y su controlada, cuando ésta última puede ser considerada como una unidad económica independiente.

Más recientemente en los casos "Hydrotherm" ⁽³⁶⁾ y "Metro" ⁽³⁷⁾, la Corte realizó dos pronunciamientos relevantes en relación al tema que venimos tratando, donde la base de la decisión fue más la inexistencia de competencia entre las sociedades del mismo grupo, que el hecho de encontrarnos ante una sola unidad económica ⁽³⁸⁾.

Respecto ello, ocurre que leyendo conjuntamente las decisiones de "Hydrotherm" y "Metro II", se advierte que de las mismas no son contrarias a lo expuesto en "Centrafarm", sino que, más bien, se explican las circunstancias bajo las cuales es aplicable la teoría de la unidad económica (o de la única empresa), esto es, sólo cuando no hay competencia entre ambas. En consecuencia, no debería usarse ésta teoría cuando existe tal posibilidad de competencia, atento a que la controlada tiene su propio curso de acción en el mercado.

Resumiendo, y de acuerdo a lo ya dicho en el curso del presente, se advierte que en el caso de que nos encontremos ante un grupo societario donde se haga presente una dirección económica unitaria-actuación en el mercado como una sola empresa a pesar de su división en distintas sociedades independientes- en tales circunstancias los acuerdos celebrados entre las sociedades del mismo grupo, no deberían ser sancionados como un acuerdo o práctica restrictiva de la competencia, atento a su incapacidad para determinar su propio curso de acción en el mercado y, asimismo, a la falta del carácter de competidoras entre las mismas.

Lo contrario debería ocurrir si se diera el supuesto de control, pero se actuara con criterios independientes en cuanto a lo que hace a los fines, objetivos y estrategia de cada una de las sociedades.

(33) *Ibidem*.

(34) COPE HUIE Marsha, ob cit., pag 315.

(35) "Centrafarm BV c. Sterling Drug", Case 15/74 (1974) ECR 1147, 1167, 1974, C.M.L.R. 480; conf. en ése sentido EMBID IRUJO Jose, ob cit. en nota 8, pag 110.

(36) "Hydrotherm c. Andreoli", Case 170/83, (1984) ECR 2999, 1985, C.M.L.R. 224.

(37) "Metro-Grossmarkte c. Commission", Case 75/84, (1987), C.M.L.R. 118.

(38) COPE HUIE Marsha, ob cit., pag 319/21, quien cita el punto 11 de la decisión que expresa "...for in those circumstances competition between the persons participating together, as a single party, in the agreement in question is impossible..." ; en el sentido de que ello es lo que debe ser considerado, vid. OTAMENDI Jorge, ob cit. en nota 21, pág 910.

IV- PALABRAS FINALES

1) El grupo societario constituye un particular tipo de empresa, distribuida entre diversas personas jurídicas sometidas a una dirección unitaria.

2) La dirección unitaria se concreta en medidas de planificación, organización y gestión empresarial ⁽³⁹⁾.

3) A pesar de que la postura de nuestro ordenamiento jurídico es de licitud del fenómeno de control, el artículo 1ro de la Ley 22.262 pone un límite a la concentración societaria en cuanto el mismo fenómeno de concentración fuera consecuencia de un aprovechamiento de una posición de dominio -derivada de una conducta específicamente orientada a extender o consolidar su situación de dominio- y cuyo efecto fuera la eliminación o restricción de la competencia.

4) Atento a que el grupo de sociedades presupone la existencia de una sola empresa (una dirección económica unitaria) y, en consecuencia, la inexistencia de competencia real entre las sociedades del mismo grupo, en tales circunstancias los acuerdos celebrados entre las mismas no deberían considerarse como prácticas restrictivas o limitativas de la competencia. Lo contrario debería ocurrir si se diera el supuesto de control, pero se actuara con criterios independientes en cuanto a lo que hace a los fines, objetivos y estrategia de cada una de las sociedades.

(39) Conf. MASSAGUER Jose, ob cit., loc cit.