

CUARTA PARTE

Derecho internacional de las empresas

Tema 16

Derecho internacional de sociedades

1. Ley aplicable a las sociedades y reconocimiento de personas jurídicas extranjeras

Bibliografía recomendada: Ebenroth, C. T.: *Konzernkollisionsrecht im Wandel außenwirtschaftlicher Ziele*, 1978; *id.*: “Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht”, *JZ*, 1988, pp. 18 y ss., 75 ss.; Ebenroth, C. T., Wilken, O.: “Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht”, *JZ*, 1991, pp. 1014 ss., 1061 ss., 1116 ss.; Ebenroth, C. T., Bippus, B.: “Die Anerkennungsproblematik im Internationalen Gesellschaftsrecht”, *NJW*, 1988; Großfeld, B.: “Vom Internationalen Gesellschaftsrecht zum Internationalen Unternehmensrecht”, *Festschrift für Josef Kühne zum 60. Geburtstag*, pp. 267 ss.; *id.*: *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, 2.^a ed., 1995, pp. 38 ss.; Karalis, J. P.: *International Joint Ventures*, 1992; Langefeld-Wirth, K. (ed.): *Joint Ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr*, 1990; Spahlinger, A., Wegen, G.: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*, 2005.

El Derecho internacional de sociedades responde a la pregunta sobre cuál es el Derecho nacional aplicable a un supuesto transfronterizo que presente nexos con el Derecho de sociedades. Se trata de encontrar el ordenamiento jurídico al que se “adscribe” una sociedad, en el sentido de que este ordenamiento nacional determina la constitución y la existencia de una sociedad, su posición jurídica hacia el exterior, así como su organización interna y la responsabilidad de los socios. El Derecho que rige la posición jurídica de una sociedad y su estructura interna se denomina “ley aplicable a la sociedad” o “estatuto societario”. La *lex societatis* puede compararse con la ley nacional de una persona natural. No obstante, a este respecto, hay que tener presente que las personas jurídicas no tienen nacionalidad y que la adscripción a un determinado ordenamiento nacional puede llevarse a cabo en virtud de diversos criterios de conexión (en especial, conforme al lugar de constitución o a la sede de administración).

- 2 Un aspecto esencial del Derecho internacional de sociedades lo constituye el reconocimiento de sociedades extranjeras. También esta cuestión ha de abordarse desde una perspectiva conflictual. El reconocimiento de una sociedad extranjera se refiere a su personalidad jurídica u a otras fórmulas a través de las que el Derecho al que debe su existencia le haya atribuido autonomía jurídica. El reconocimiento se refiere, por lo tanto, a la elección de un determinado Derecho extranjero como ley aplicable a la sociedad. Con el reconocimiento se precisan las condiciones bajo las cuales una persona jurídica extranjera adquiere derechos y contrae obligaciones en territorio nacional. El reconocimiento debe distinguirse de la cuestión sobre si una sociedad extranjera puede establecerse y operar comercialmente en el territorio nacional. En el marco del reconocimiento de una sociedad extranjera de conformidad con un Derecho extranjero, deben tomarse en consideración también las restricciones extranjeras en relación a la personalidad jurídica. Un ejemplo a este respecto es la limitación de la personalidad jurídica a los fines sociales estatutarios, de acuerdo con la doctrina “*ultra vires*” anglosajona.
- 3 La ley aplicable a las sociedades no se encuentra regulada de manera uniforme a nivel internacional. También en el Derecho alemán, los criterios de conexión son objeto de controversia. Tanto en el plano nacional como internacional, se encuentran enfrentadas, sobre todo, dos teorías: la teoría de la constitución (*Gründungstheorie*) y la teoría de la sede real (*Sitztheorie*).
- 4 Según la teoría de la constitución, la posición jurídica y la organización interna de la sociedad se rigen por el Derecho conforme al cual la sociedad se haya creado. De esta forma, la voluntad de los fundadores de la sociedad tiene una influencia decisiva. A favor de esta teoría se puede esgrimir, además de que atiende a los intereses de los fundadores, que la ley de la constitución suele ser fácil de determinar y no puede cambiarse posteriormente. El Derecho de constitución elegido en su momento continúa siendo aplicable, incluso si la sociedad traslada su sede real a otro Estado. Por otro lado, pueden formularse algunas objeciones importantes en contra de la teoría de la constitución. Si la sede real de una sociedad no se encuentra en el Estado de constitución, puede resultar aplicable un Derecho nacional con el que la sociedad no tenga vinculación efectiva. Si solamente se tiene en cuenta la elección de ley de los fundadores, estos pueden eludir el Derecho del Estado en que la sociedad opera, mediante la creación de una sociedad de mera apariencia extranjera (*pseudo-foreign corporation*). De este modo, se pueden eludir las disposiciones protectoras del Estado de la sede real. La primacía de la voluntad de los fundadores puede relegar a un segundo plano los intereses del Estado de la sede real y los de los inversores, trabajadores y acreedores. La teoría de la constitución fomenta la lucha competitiva de los Estados en pos del Derecho de sociedades más liberal, puesto que muchos Estados están interesados en que se elija su Derecho de constitución, en particular a causa de los ingresos fiscales que ello genera. A pesar de estas desventajas, la teoría de la constitución prevalece en numerosos Estados, sobre todo del ámbito de influencia jurídica anglosajona. Dentro de la Unión

Europea, se aplica en Gran Bretaña, Irlanda, Países Bajos y España (sólo en parte, con restricciones importantes si la administración central se encuentra en territorio nacional).

Según la teoría de la sede real, la ley aplicable a la sociedad se determina de acuerdo con la sede de administración efectiva de la sociedad. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, con ello se alude al "...lugar de actuación de la administración y de sus órganos representativos; es decir, el lugar donde las decisiones fundamentales de la dirección de la empresa se convierten de forma efectiva en actos de gestión ordinarios de la sociedad".¹ La conexión con la sede social elimina las desventajas de la teoría de la constitución. La teoría de la sede real asegura la relación estable entre la realidad societaria y el Estado cuya ley se aplica. Las disposiciones protectoras de terceros que existan en el Estado de la sede real no se sacrifican por la voluntad de los fundadores. Sin embargo, la teoría de la sede real también adolece de algunos problemas. Estos se aprecian, sobre todo, respecto del traslado de la sede real y el consiguiente cambio de ley aplicable. De acuerdo con esta teoría, el traslado de sede suele comportar la disolución de la sociedad y la constitución de una sociedad nueva. Además, en cuanto a empresas que operan en el ámbito internacional, la determinación de la sede real puede ser difícil. En el caso de que existan establecimientos en varios Estados, la determinación de la sede real depende de dónde se adopten, en su mayor parte, las decisiones de la empresa y dónde se sitúe el centro de gravedad de la administración principal.

En Alemania, como en la mayoría de los demás países europeos con una tradición de Derecho continental, predomina la teoría de la sede real.² No obstante, tras una reforma de las leyes alemanas relativas a las sociedades de capital (§ 5 de la Ley sobre las sociedades anónimas –*Aktiengesetz*– y § 4a de la Ley sobre sociedades a responsabilidad limitada –*GmbH-Gesetz*–), ya se permite el traslado de la sede administrativa a otro Estado.

En la sentencia *Daily Mail*,³ el TJUE se ocupó de la teoría de la sede real y su compatibilidad con las disposiciones sobre la libertad de establecimiento del TCE (artículos 43 ss. TCE; hoy artículos 49 ss. TFUE). En este asunto, se trataba del propósito de una empresa de prensa británica de trasladar su sede administrativa del Reino Unido a los Países Bajos, por motivos fiscales. Conforme a la legislación fiscal británica, un traslado de sede de este tipo requería la autorización del Ministerio de Hacienda. El TJUE estimó que dicha necesidad de autorización no vulneraba la libertad de establecimiento. Para fundamentar su decisión, el TJUE declaró que la exigencia de tener la sede real en territorio nacional, prevista en el Derecho de sociedades de algunos Estados miembros, era compatible con las disposiciones del Derecho comunitario en aquel momento, porque

¹ Sent. del Tribunal Supremo alemán de 21 de marzo de 1986, BGHZ, t. 97, p. 269 (esp. p. 272).

² Sent. TS alemán de 21 de marzo de 1986, BGHZ, 97, p. 269; Sent. OLG Frankfurt de 24 de abril de 1990, NJW, 1990, p. 2204; Großfeld, B.: *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, 2.^a ed. 1995, parte D, § 1 II.

³ Sent. TJUE de 27 de septiembre de 1988, As. 81/87, Rec., p. 5483. Al respecto, Sack, R.: "Auswirkungen der Art. 52, 58 EWGV auf das internationale Gesellschaftsrecht – EuGH", NJW, 1989, p. 2186, JuS, 1990, pp. 352 ss.

la necesidad de autorización británica no afectaba a la posibilidad de trasladar la sede de administración a otro Estado miembro mediante la liquidación de la sociedad en Gran Bretaña y la constitución de una nueva sociedad en otro Estado miembro. En el asunto *Cartesio*, el TJUE confirmó nuevamente que el Derecho de la Unión Europea permite restricciones al traslado de sociedades mediante la exigencia de una sede real en territorio nacional.⁴

- 7 Por otra parte, la libertad de establecimiento permite a una empresa con sede en un Estado miembro situar el centro de gravedad de sus actividades sociales en otro Estado miembro a través de una sucursal. Esto lo ha aclarado el TJUE en el asunto *Centros*.⁵ Según la decisión del Tribunal, la libertad de establecimiento ampara una estrategia empresarial dirigida a aprovecharse de la diversidad en los requisitos impuestos por los Estados miembros para la constitución de una sociedad de capital (por ejemplo, respecto del capital de constitución).
- 8 En el asunto *Überseering*, el TJUE ha resuelto que, en atención a la libertad de establecimiento, la capacidad jurídica de una sociedad de capital constituida en un Estado miembro de la Unión Europea debe ser reconocida por los demás Estados miembros en los que la sociedad pueda establecer una sede.⁶

De conformidad con esta decisión, los tribunales alemanes no deben, por ejemplo, denegar la capacidad jurídica o la capacidad procesal a una sociedad de capital holandesa con sede real principal en Alemania, aunque no cumpla las condiciones pertinentes de acuerdo con el Derecho alemán.

- 9 Sobre la base de la jurisprudencia referida, la libertad de establecimiento permite que las empresas trasladen su sede real en función de criterios “estratégicos”, optando por el “ambiente regulatorio” que consideren el más favorable a sus intereses. Con ello, la libertad de establecimiento ha introducido restricciones sensibles a la teoría de la sede real que prevalece en Alemania:

En estas circunstancias, la negativa de un Estado miembro a reconocer la capacidad jurídica de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social estatutario porque, en particular, la sociedad trasladó su domicilio social efectivo al territorio del primer Estado a raíz de la adquisición de todas las participaciones sociales por nacionales de dicho Estado miembro residentes en él, con la consecuencia de que la sociedad no puede, en el Estado miembro de acogida, acudir ante los tribunales para defender sus derechos derivados de un contrato, salvo si se constituye de nuevo con arreglo al Derecho de dicho Estado de acogida, supone una restricción a la libertad

⁴ Sent. TJUE de 16 de diciembre de 2008, As. C-210/06, *Rec.*, p. I-9641 y ss.

⁵ Sent. TJUE de 9 de marzo de 1999, As. C-212/97, *Rec.*, p. I-1459.

⁶ Sent. TJUE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/2000, *Rec.* 2002, pp. I-9919.

de establecimiento incompatible, en principio, con los artículos 43 CE y 48 CE (TJUE, asunto *Überseering*, apartado 82).

La protección nacional de determinados intereses (por ejemplo, los de los acreedores, de los socios minoritarios o trabajadores dependientes) puede justificar ciertas restricciones a la libertad de establecimiento, pero no la denegación absoluta de capacidad jurídica a una sociedad constituida en el exterior.⁷ 10

El margen con el que cuentan los Estados miembros para defender determinados intereses reconocidos viene limitado, por un lado, a través de los actos legislativos de la Unión Europea dirigidos a armonizar esta materia de manera exhaustiva, y, por otro lado, a través de la exigencia de aplicar el principio de proporcionalidad a todas las restricciones a la libertad de establecimiento. Este aspecto fue recordado por el TJUE en relación con el control estatal ejercido sobre sucursales nacionales de sociedades extranjeras, en el asunto *Inspire Art.*⁸ 11

En este asunto, el TJUE consideró desproporcionados ciertos preceptos relativos a exigencias de capital mínimo y de responsabilidad de los gerentes de una sociedad extranjera.⁹ El mero hecho de aprovecharse de las diferencias entre las reglas aplicables a la constitución de sociedades, mediante el establecimiento de una sociedad en otro Estado de la Unión con exigencias menos elevadas, no priva a esta sociedad de la libertad de establecimiento.¹⁰

Aplicando estos criterios al Derecho alemán, parece legalmente admisible que las reglas de participación del personal empleado en el comité de empresa (*betriebliche Mitbestimmung*) se extiendan a una sociedad extranjera. En cambio, una extensión obligatoria de la gestión a nivel del Consejo de Supervisión (*Unternehmensmitbestimmung*) carecería de fundamento jurídico. 12

En relación con el reconocimiento de las sociedades extranjeras, al Derecho conflictual nacional se le superponen una serie de tratados internacionales.¹¹ 13

En este sentido, el Tratado de amistad, comercio y transporte marítimo de 1954, entre Alemania y Estados Unidos,¹² prevé, en su artículo XXV. 5. II: “Las sociedades que se establezcan en el territorio de un Estado contratante, de conformidad con sus leyes y otras 14

⁷ Sent. TJUE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/00 (*Überseering*), *Rec.*, pp. I-9919 ss., n. marg. 84 ss. Sobre la responsabilidad exclusiva del gerente de una *private limited company* con base en el Derecho inglés, v. sent. TS alemán, *NJW*, 2005, pp. 1648 ss.

⁸ Sent. TJUE de 30 de septiembre de 2003, As. C-167/01 (*Inspire Art.*), *Rec.*, pp. I-10 155 ss.

⁹ *Ibid.*, n. marg. 131 y ss.

¹⁰ *Ibid.*, n. marg. 139.

¹¹ Al respecto, por ejemplo, Ebenroth, C. T., Bippus, B.: “Die Anerkennungsproblematik im Internationalen Gesellschaftsrecht”, *NJW*, 1988, pp. 2137 ss.

¹² Bundesgesetzblatt. 1956 II, p. 488.

normas, son válidas como sociedades de este Estado parte; su estatus jurídico se reconocerá en el territorio del otro Estado parte”.

- 15 Esto significa que Alemania admite la teoría de la constitución respecto del reconocimiento de sociedades estadounidenses. Es cierto que la jurisprudencia alemana exige un mínimo de contactos de la sociedad con el Estado de constitución en los Estados Unidos, para prevenir abusos, en particular la creación de sociedades de mera apariencia extranjera (*Scheinauslandsgesellschaft*). No obstante, el Tribunal Supremo alemán se contenta con la exigencia de vínculos económicos bastante modestos.¹³ Además, la capacidad jurídica y procesal se rige por el Derecho del Estado de constitución, incluso si la sociedad tiene una sede administrativa nacional: “Por regla general, una sociedad constituida en Estados Unidos con arreglo a los preceptos estadounidenses, que exista y tenga capacidad jurídica y procesal allí, tiene también capacidad jurídica y procesal en la República Federal de Alemania, sin que importe donde se encuentra su sede administrativa efectiva”.¹⁴
- 16 Dentro de la Unión Europea, la mayoría de los Estados miembros siguen la teoría de la sede real, y algunos la teoría de la constitución, si bien con ciertas atenuaciones. El Convenio de la CEE sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas de 1968 debía dar lugar a reglas de reconocimiento uniformes.¹⁵ Por el momento, este Convenio no ha entrado aún en vigor (a causa de la falta de ratificación por parte de los Países Bajos). El Convenio mezcla de forma desafortunada la teoría de la constitución (artículos 1 y 2) con concesiones importantes a la teoría de la sede real (posibilidad de reserva en virtud de los artículos 3 y 4).
- 17 La valoración de las relaciones jurídicas en el marco de un grupo de sociedades internacional, en el que una empresa es capaz de controlar el comportamiento de una o varias sociedades filiales, plantea problemas específicos. La influencia dominante de la sociedad matriz puede ser consecuencia de una mera participación en el capital, con las consiguientes posibilidades de influencia en la empresa controlada (grupo de sociedades *de facto* –*faktischer Konzern*–), o de una serie de contratos que, por lo general, complementan a participaciones en el capital; (“grupo de sociedades contractual” –*Vertragskonzern*–). En Alemania, predomina la opinión de que las relaciones jurídicas entre la sociedad dominante y la dominada deben enjuiciarse conforme a la ley aplicable a la sociedad dependiente.¹⁶

2. Derecho de la Unión Europea

Bibliografía recomendada: Engert, A.: *Gesellschaftsrecht*, en: Langenbucher, K. (ed.): *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2005, § 5; Grundmann, S.: *Europäisches*

¹³ Sent. TS alemán de 13 de octubre de 2004 (As. GEDIOS), *GRUR*, 2005, p. 56.

¹⁴ *Ibid.*, p. 55.

¹⁵ Bull. Suppl. 2-1969, pp. 7-14.

¹⁶ V. Großfeld (nota 2) y las referencias citadas allí.

Gesellschaftsrecht, 2010; Habersack, M.: *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3.^a ed., 2006; Hopt, K., Wymeersch, E. (ed.): *European Company and Financial Law*, 4.^a ed., 2007.

En la consecución del mercado interior europeo, la armonización del Derecho de sociedades tiene relevancia fundamental, como contribución, en lo posible, a la unificación de las condiciones institucionales marco de las empresas. Entre tanto, se han adoptado numerosas directivas de Derecho de sociedades sobre la base del Artículo 50.2, letra g, del TFUE, con el fin de armonizar las legislaciones nacionales.¹⁷ La Directiva 2004/25/CE, relativa a las ofertas públicas de adquisición,¹⁸ reglamenta el intento de personas ajenas a una empresa, de lograr la participación mayoritaria en ella, a través de la adquisición sistemática de acciones, y, de este modo, obtener el control de dicha empresa sin que cambie la identidad de la misma. La Directiva aspira a garantizar un procedimiento ordenado y transparente para la adquisición del control (de la OPA), así como la protección de los accionistas minoritarios y el trato igual de los inversores. 18

Junto a la armonización de las legislaciones nacionales sobre sociedades, en el Derecho de la Unión Europea se pretenden desarrollar formas societarias “europeas” autónomas. La construcción de tales formas de organización “supranacionales” suaviza los problemas que pueden resultar del anclaje de una empresa en un determinado Derecho nacional (por ejemplo, en cuanto al traslado de sede). Con la forma jurídica de la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), sobre la base de un Reglamento de la CEE,¹⁹ se creó por primera vez una forma societaria europea que facilita la cooperación transfronteriza de empresas y profesionales liberales dentro de la Unión Europea. 19

La AEIE constituye un instrumento de colaboración en relación con la actividad económica de sus miembros, y su fin principal no puede ser la obtención de beneficios. No se trata de un medio apto para fusionar empresas (prohibición de dirección de grupos de sociedades). No puede tener más de quinientos empleados. El Reglamento deja un amplio margen a la aplicación del Derecho nacional (para integrar lagunas mediante la remisión expresa al Derecho nacional y en cuanto a las relaciones con terceros ajenos). El § 1 de la Ley alemana para la ejecución del Reglamento relativo a la constitución de una AEIE prevé la aplicación subsidiaria de la regulación sobre la sociedad colectiva (*offene Handelsgesellschaft*).²⁰

El marco legal para la sociedad anónima europea (Societas Europaeae - SE) ha sido objeto de décadas de lucha en el seno del Consejo de la Unión Europea, hasta que, en 2001, se consiguió el acuerdo en torno a un Reglamento sobre este tema.²¹ Conforme a éste, la 20

¹⁷ V. al respecto, la sinopsis en Habersack, M.: *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3.^a ed., 2006, § 4 I.

¹⁸ La Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 (DO, L142, p. 12). V. Lutter, M.: *Europäische Unternehmensrecht*, 4.^a ed., 1996, pp. 281 ss.

¹⁹ DO L 142 de 30 de marzo de 2004, p. 12.

²⁰ *Bundesgesetzblatt* 1988 I, p. 514.

²¹ Reglamento CE 2157/2001, DO L 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 1. Al respecto, v. Thümmel, R. C.:

posibilidad de constituir una sociedad anónima europea está abierta a sociedades anónimas ya existentes, así como, en determinados casos, también a otras sociedades y personas jurídicas de Derecho público o privado, de, al menos, dos Estados miembros. El Reglamento prevé la constitución de una sociedad anónima europea a partir de un capital mínimo de 120.000 € (artículo 4.2), a través de la fusión de dos sociedades anónimas (artículo 2.1 y 17 ss.), la creación de un sociedad holding (artículo 2.2 y 32 ss.) o la constitución de una filial (artículo 2.3 y artículos 35-36).

Un Estado miembro puede condicionar la transformación a la obtención de una votación favorable, por unanimidad o por mayoría cualificada, en el seno del órgano a través del cual se realiza la participación de los trabajadores (artículo 37.8).

La forma social de la sociedad anónima europea facilita un alto nivel de movilidad dentro de la Unión Europea. En particular, permite trasladar el domicilio social a otro Estado (artículo 8). Sin embargo, a la vista de la jurisprudencia reciente del TJUE sobre la libertad de establecimiento, este logro en términos de una mayor movilidad ha perdido relevancia.

El estatuto de la sociedad anónima europea diseña márgenes de flexibilidad considerable respecto de la estructura de dirección de la sociedad. Se puede escoger entre un sistema “dualista”, con un órgano de dirección y un órgano de control (conforme al modelo alemán de *Vorstand* y *Aufsichtsrat*; artículos 39 ss.) y un sistema “monista”, con un solo órgano de administración (conforme al modelo de Reino Unido y de los Estados Unidos, artículos 43 ss.). En el marco del modelo monista, los representantes de los trabajadores participan directamente, a través del órgano de administración, en la gestión de la empresa.

Las cuestiones sobre la participación de los trabajadores en el marco del estatuto de la SE se regulan en una Directiva especial.²² Según esta Directiva, la estructura concreta de la participación de los trabajadores puede ser objeto de negociaciones entre los órganos de dirección y los representantes de los trabajadores (artículos 3 y ss.). Al no alcanzar un acuerdo, los derechos de participación de los trabajadores se definen por las disposiciones de referencia del respectivo Estado miembro, que sirven como “reglas por defecto” (artículo 7 y Anexo de la Directiva).

El primer caso destacado, en el cual se hizo uso de la forma social de la sociedad anónima europea, es el de la transformación de *Allianz AG* en *Allianz SE*. En este caso, se preservó la estructura dual de dirección existente, mientras que la participación de los trabajadores se extendió a otros países europeos (lo que comportó una disminución de la influencia de los sindicatos alemanes). Es probable que en esta transformación haya influido no sólo el deseo de crear una “cultura corporativa” verdaderamente europea en el seno de la nueva sociedad matriz, sino también estrategias de mercado en el sector de los seguros.

Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), 2005. En cuanto a la ley alemana para introducir la Societas Europaeae, v. Neye, H.-W.: *Die Europäische Aktiengesellschaft*, 2005.

²² La Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, DO, L 294, p. 22.

3. *Corporate Governance*

Bibliografía recomendada: Förster, C. “Europäische Corporate Governance – Tatsächliche Konvergenz der neuen Kodizes?”, *ZIP*, 2006, pp. 162 ss.; Hopt, K. J., Wymeersch, E., Kanda, H., Baum, H. (eds.): *Corporate Governance in Context*, 2005; Kamann, H. –G., Simpkins, M.: “Sarbanes–Oxley Act – Anlass zu verstärkter internationaler Kooperation im Bereich der Corporate Governance?”, *RIW*, 2003, pp. 183 ss.; Leube, H. P.: “Corporate Governance the American Way?”, *RIW*, 2003, pp. 98 ss.; Leyens, P.: “Corporate Governance: Grundsatzfragen und Forschungsperspektiven”, *JZ*, 2007, pp. 1061 ss.; Nicklisch, A. C.: *Die Auswirkungen des Sarbanes–Oxley Act auf die deutsche Corporate Governance*, 2007.

Los estándares internacionalmente reconocidos de dirección de empresas son un tema de gran actualidad para el Derecho de sociedades. Ello concierne, en especial, a la responsabilidad de los órganos sociales y su control (*Corporate Governance*). 21

En 2004, la OCDE formuló directrices con carácter general para la responsabilidad corporativa de las empresas (*Revised OECD Principles of Corporate Governance*).

En Estados Unidos se han aprobado, bajo la presión de casos con resonancia mundial en los que la dirección de la empresa habría incurrido en conductas criminales o abusivas (por ejemplo, en el caso ENRON), normas mucho más estrictas en torno al comportamiento y el control de los integrantes de la dirección de la empresa de las sociedades cotizadas en bolsa y otras sociedades (Sarbanes–Oxley Act de 2001). Así, se prevé, por ejemplo, la responsabilidad personal de los Chief Executive Officers y los Chief Financial Officers, obligaciones más estrictas de presentar informes y divulgar información, así como nuevos mecanismos de control interno. Además, la Bolsa de Nueva York ha dictado sus propias normas sobre condiciones de admisión, con el fin de evitar conflictos de intereses entre los integrantes de la dirección de la empresa. Debido a su importancia para las empresas de otros Estados que cotizan en la Bolsa de Nueva York, estos estándares estadounidenses adquieren una eficacia internacional considerable (por ejemplo, para empresas como BASF, Daimler–Chrysler, Siemens o Deutsche Bank). 22

De acuerdo con el Derecho estadounidense, las empresas cuyas acciones se negocian en la Bolsa de Nueva York deben adoptar “códigos de comportamiento y ética en los negocios” (*codes of business conduct and ethics*). Este requerimiento puede desencadenar conflictos considerables con el Derecho de otros Estados. Por ejemplo, la introducción de un código de gobierno corporativo en el seno del grupo Wal–Mart, que pretendía tener validez mundial, vulneraba derechos de participación de los trabajadores en el comité central de la empresa (*Gesamtbetriebsrat*) en Alemania, lo que constituía una infracción a la Ley Fundamental alemana al prohibir una asociación privada (v. la decisión del Tribunal Superior de Trabajo –*Landesarbeitsgericht*– de Düsseldorf, *ZIP* 2006, pp. 436 y ss.)

En la Unión Europea se aprecia una tendencia a no establecer estándares armonizados de carácter obligatorio sobre *Corporate Governance*. El Derecho alemán exige que las 23

sociedades anónimas publiquen si cumplen o no las “Recomendaciones de la Comisión gubernamental sobre el Código alemán de *Corporate Governance*”, y dota a estas recomendaciones, de este modo, de eficacia fáctica coactiva (§ 161 Aktiengesetz alemana). Esto pone de manifiesto que, en esta materia, se ha producido un asombroso *outsourcing* de las tareas del legislador.

4. Reglas internacionales sobre rendición de cuentas

Bibliografía recomendada: Buchholz, R.: *Internationale Rechnungslegung*, 5.^a ed., 2009; Pellens, B., Fülbier, R., Gassen, J.: *Internationale Rechnungslegung*, 7.^a ed., 2008; Dettmeier, P., Pöschke, M.: “Einführung in das ‘internationale’ Bilanzrecht”, *JuS* 2007, pp. 313 ss.; Epstein, B., Jermakowicz, E.: *Wiley IFRS 2007: Interpretation and Application of Financial Reporting Standards*, 2007; PriceWaterhouseCoopers, *Similarities and Differences – A comparison of IFRS, US GAAP and German GAAP*, 2004; Ruhnke, K.: *Rechnungslegung nach IFRS und HGB*, 2005; Thiel, J., Lüdke-Handjery, A.: *Bilanzrecht*, 5.^a ed., 2005; Tiffin, R., Young, D.: *The Complete Guide to International Financial Reporting Standards*, 2005; Ballwieser, W.: *IFRS Rechnungslegung*, 2006.

- 24 La rendición de cuentas por parte de empresas y grupos de empresas tiene varias funciones. Proporciona información relevante para inversores (accionistas y otros propietarios de participaciones), para fines tributarios y para los acreedores de la empresa.

La más importante rendición de cuentas externa de la empresa es la que se realiza con carácter anual. Este balance constituye una rendición de cuentas completa, que debe incluir todos los valores y deudas de una empresa, o de un grupo de empresas. Con este fin, se contraponen activos (esto es, todos los valores, incluyendo títulos de crédito) y pasivos (capital ajeno y fondos propios). La cuenta anual para fines del Derecho comercial (balanza comercial) que deben elaborar, por ejemplo, todas las empresas independientes, contiene información sobre los resultados que sirven de base para el reparto de beneficios a socios o accionistas. Al mismo tiempo, las cuentas anuales también sirven para garantizar un patrimonio mínimo con el que satisfacer ciertas reclamaciones y cuya exigencia se ordena a la protección de los acreedores. La balanza comercial proporciona también los datos básicos para determinar el beneficio imponible (“balance fiscal”). La cuenta anual de un grupo de sociedades (*Konzernabschluss*) proporciona información acerca de la situación financiera de todo el conjunto de sociedades (véase, al respecto, los artículos 290 y ss. del Código Comercial alemán –*Handelsgesetzbuch*–), información que es de gran interés, en particular para los inversores.

- 25 Los estándares internacionales de rendición de cuentas suponen la base para la denominada cuenta anual “internacional”. Los *International Financial Reporting Standards* (IFRS) son un conjunto de reglas desarrollado por el *International Accounting Standards Board* (IASB), una organización privada con sede en Inglaterra. Estos estándares son un desarrollo de las reglas precedentes, los *International Accounting Standards* (IAS). Existe también un

comité, el *International Financial Reporting Interpretations Committee* (IFRIC), que formula interpretaciones sobre cuestiones de detalle no resueltas por los estándares (*IFRIC Interpretations*). En el caso de la cuenta consolidada de un grupo de sociedades basada en los IFRS, las cuentas anuales de las empresas individuales deben también elaborarse de acuerdo a los IFRS. El Derecho de la Unión Europea obliga a las empresas con cotización oficial a basar sus cuentas anuales en el IFRS (Artículo 4 Reglamento 1606/2002²³), que la Comisión Europea ha introducido en el Derecho de la Unión Europea a través del procedimiento de comitología.²⁴ Además, los Estados miembros pueden exigir el uso de los IFRS tanto para las cuentas consolidadas como para las cuentas anuales de empresas individuales, o bien permitirlo como alternativa a los estándares nacionales (Artículo 5 Reglamento 1606/2002).²⁵ Esta regla exige a las sociedades con cotización oficial de la obligación de elaborar cuentas anuales de acuerdo con el Derecho nacional. El hecho de que el Derecho de la Unión Europea remita a los IFRS supone un caso interesante de *outsourcing* de las funciones legislativas, esto es, de delegación de estas funciones en una institución no estatal, cuyas reglas adquieren fuerza vinculante a través de su incorporación en el Derecho de la Unión.

Según los IFRS, la cuenta anual persigue fundamentalmente proporcionar “información 26 útil” (*useful information*) a terceros, en la medida más extensa posible, sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados obtenidos. Las cuentas anuales, consolidadas e individuales, con base en los IFRS comprenden:

- un balance
- una cuenta de pérdidas y ganancias
- una relación de los cambios en los fondos propios
- un estado de aplicación y origen de fondos, y
- un anexo.

En mayor medida que, por ejemplo, la balanza comercial según los parámetros del Derecho comercial alemán, los IFRS exigen la valoración pro futuro (*forward-looking*) de los valores, y una relación de riesgos y oportunidades que todavía no se hayan concretado. Sin embargo, los grupos de sociedades disponen de márgenes discretionales considerables a la hora de escoger un determinado modelo de valoración. Respecto de algunas posiciones del balance, las disposiciones de Derecho comercial (como las del *Handelsgesetzbuch* alemán) se inspiran más en el principio de prudencia. Por otro lado, las cuentas consolidadas basadas en los IFRS permiten una valoración más fiable de las cargas futuras por

²³ DO L 243 de 11 de septiembre de 2002, p. 1.

²⁴ Reglamento (CE) 1725/2003, DO L 261, de 13 de octubre de 2003, p. 1.

²⁵ Así, las empresas sin cotización oficial pueden escoger entre una cuenta anual de acuerdo con el *Handelsgesetzbuch* alemán o los IFRS (§ 315 a. 3 del *Handelsgesetzbuch*).

incrementos en pensiones y sueldos. Los IFRS exigen que las reservas fijas en forma de “valores inmateriales” se especifiquen en su totalidad.

- 27 En los Estados Unidos, la rendición de cuentas anual se rige por los *United States Generally Accepted Accounting Principles* (US-GAAP).²⁶ Se trata de unos principios de contabilidad que gozan de un apoyo oficial generalizado (*substantial authoritative support*). Estas reglas son adoptadas por el *Financial Accounting Standards Board* (FASB), el *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA), y la *Security and Exchange Commission* (SEC). Toda empresa interesada en cotizar públicamente en Estados Unidos está obligada a presentar sus cuentas anuales de acuerdo con los US-GAAP. Las empresas europeas que cotizan en bolsas en los Estados Unidos tienen que presentar, además, sus cuentas con base en los IFRS. Este doble estándar de contabilidad supone una carga sustancial para las sociedades anónimas europeas en cuestión. De manera similar a los IFRS, los estándares estadounidenses persiguen informar, de la manera más extensa posible, a accionistas y posibles inversores. En cuanto a reservas fijas, los US-GAAP van incluso más allá de los IFRS, a la hora de exigir que su detalle sea hecho público.

El IASB y el *Financial Accounting Standards Board* se esfuerzan por lograr una aproximación mutua entre los IFRS y los US-GAAP, y por desarrollarlos de manera conjunta. Una resolución de la autoridad estadounidense de supervisión de las bolsas (*Securities and Exchange Commission*, SEC), de noviembre de 2007, permite a bancos y demás empresas que coticen en bolsas estadounidenses rendir sus cuentas con base en los IFRS. Sobre la base de un acuerdo conjunto, el IASB y el FASB armonizaron sus estándares de contabilidad en materia de fusiones y adquisiciones (provocando con ello modificaciones sustanciales de las reglas estadounidenses).

Tema 17

Derecho internacional de la competencia

Bibliografía recomendada: Basedow, J.: “Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts”, NJW, 1989, pp. 627 ss.; *id.*: *Weltkartellrecht*, 1998; *id.*: Jung, Chr.: *Strategische Allianzen*, 1993; Bechtold, R., Bosch, W., Brinker, I., Hirsbrunner, S.: *Kommentar zum EG-Kartellrecht*, 2.^a ed., 2009; Beck, B.: *Die extraterritoriale Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen*, 1986; Emmerich, V.: *Kartellrecht*, 11.^a ed., 2008; Fox, E. M.: “Towards World Antitrust and Market Access”, AJIL, 91/1997, pp. 1 ss.; *id.*: “Competition Law”, en Lowenfeld, A. F. (ed.): *International Economic Law*, 2002, pp. 340 y ss.; Goyder, D. G.: *EC Competition Law*, 4.^a ed., 2003; Grewlich, K.: “Wettbewerbsordnung als Bestandteil völkerrechtlicher Konstitutionalisierung”, RIW, 2001, pp. 641 ss.; Immenga, U., Mestmäcker, E. -J. (ed.): *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, 2 tomos, 4.^a ed., 2007; Martinek,

²⁶ Al respecto v. Ballwieser, W. (ed.): *US-amerikanische Rechnungslegung*, 4.^a ed., 2002; Wüstemann, J.: *Generally Accepted Accounting Principles*, 1999.

M., *Das internationale Kartellprivatrecht*, 1987; Meessen, K. M.: “Antitrust Law, International”, *EPIL*, t. I, 1992, pp. 183 ss.; Mozet, P.: *Internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, 1991; Noonan, C.: *The Emerging Principles of International Competition Law*, 2008; Roth, P. M.: “Reasonable Extraterritoriality: Correcting the Balance of Interests”, *ICLQR*, 2001; Schröter, H., Jakob, T., Mederer, W.: *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, 2003; Schwarze, J. (ed.): *Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel*, 2001; Terhechte, J. P. (ed.): *Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht*, 2008; *id.*: “Das internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht zwischen Kooperation und Konvergenz”, *ZaöRV* 68/2008, pp. 689 ss.

Toda economía de mercado precisa de una serie de instrumentos jurídicos para el mantenimiento y la promoción de las estructuras competitivas. A estos pertenecen, sobre todo, normas contra las conductas restrictivas de la libre competencia, contra el abuso de posición dominante en el mercado y normas que controlan las operaciones de concentración empresarial. Esta materia se denomina Derecho de la competencia (*law of competition*) y este concepto engloba también el Derecho de la competencia desleal (*unfair competition*),²⁷ –que no se va a abordar en este libro–. La caracterización clásica de este sector normativo procede de Estados Unidos: se habla de Derecho *antitrust*. En el mismo sentido, se habla en alemán de *Kartellrecht*, que puede ser traducido al castellano como derecho anti-cárteles.

La internacionalización de la actividad comercial y de las formas organizativas obligan a contar con un ordenamiento jurídico transfronterizo que prohíba las restricciones de la libre competencia. Una auténtica internacionalización del Derecho de la competencia parece poco probable en un futuro próximo.

Un grupo de trabajo formado por investigadores (“el Grupo de Múnich”) ha elaborado un borrador de principios fundamentales para la reglamentación internacional de la competencia (*Draft International Antitrust Code*).²⁸ A la vista de las dificultades existentes para la armonización jurídica en este sector, el proyecto aspira, en primer término, a establecer un estándar mínimo de reglas de competencia elementales (por ejemplo, la prohibición de cárteles de precios). Otra directriz del proyecto es el principio de igualdad de trato respecto de los nacionales (protección frente a la discriminación de operadores del mercado extranjeros).

Además, existe una serie de Tratados internacionales sobre la asistencia mutua entre las autoridades nacionales de la competencia.²⁹ El Acuerdo celebrado entre la Unión Europea y el Gobierno de los Estados Unidos sobre la aplicación de sus normas de competencia merece un especial interés.³⁰ En él, se trata de coordinar el control de la competencia aten-

²⁷ A este respecto, desde la perspectiva del Derecho internacional privado: Deyer, A.: “Unfair Competition in Private International Law”, *RdC*, 211 (1988 IV), pp. 373 ss.

²⁸ Fikentscher, W., Drexel, J.: “Der Draft International Antitrust Code”, *RIW*, 1994, pp. 93 ss.

²⁹ V. al respecto, Mozet, P.: *Internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, 1991, pp. 16 ss.

³⁰ DO L 95, de 27 de abril de 1995, p. 45. Al respecto, Mozet, P.: “Das Abkommen zwischen der EG und den

diendo a los intereses de los demás Estados parte, y a través de la consulta recíproca. Este Tratado debe atenuar los conflictos transatlánticos motivados por enfoques de regulación contrapuestos. Se prevé que un Estado contratante solicite a la otra parte que actúe contra las actividades restrictivas de la competencia en su territorio, si estas restricciones afectan a intereses importantes del Estado solicitante (principio de cortesía positiva o *positive comity*, artículo V). Además, los Estados contratantes se obligan a tomar en consideración los intereses relevantes de la otra parte en el marco de los procedimientos de Derecho de la competencia (principio de cortesía internacional o *international comity*, artículo VI). Sobre la observancia de los principios de cortesía positiva, la Unión Europea y el gobierno de Estados Unidos han celebrado un Acuerdo especial.³¹ La reserva a favor del Derecho vigente de los Estados contratantes, que debe permanecer intacto (artículo IX) es una restricción esencial al equilibrio de los conflictos de intereses.

A pesar de todas las muestras de voluntad dirigidas a cooperar y a la creación de conceptos comunes para garantizar la competencia efectiva, subsisten tensiones considerables entre las autoridades *antitrust* de la Unión Europea y de Estados Unidos. Éstas son consecuencia de la aplicación de criterios diferentes de Derecho sustancial a la hora de calificar comportamientos que afectan a la competencia.

No es por tanto sorprendente que todavía surjan divergencias entre ambos lados del Atlántico, a pesar de los esfuerzos por lograr una mayor convergencia.

El procedimiento contra *Microsoft* es un ejemplo destacado.³² En él, se reprochaba a *Microsoft* de abusar de su posición dominante, mediante la negativa a otorgar licencias, con el fin de eliminar de la competencia a otros proveedores de *software*. La Comisión Europea no sólo exigió que *Microsoft* divulgara las especificaciones de interfaz para servidores de grupos de trabajo y que garantizara la plena interoperabilidad del *software* para el propio sistema operativo con los programas de otros productores, sino que impuso también la obligación de distribuir los sistemas operativos de tipo *Windows* sin el programa de reproducción de medios *Media Player*. Esta intervención constituye una intromisión plena en derechos de propiedad intelectual, en interés de la protección de una competencia leal. La Comisión Europea impuso una multa récord, de unos 500 millones de euros, contra la empresa estadounidense, incrementada más tarde con una multa coercitiva de otros 280 millones de euros.³³ La insistencia de la Comisión Europea en la apertura de *Windows* a los competidores, que implicaba la revelación de información técnica, suscitó duras críticas en los Estados Unidos. Así, se advirtió que esta intervención del guardián europeo de la competencia iba a frenar la innovación. Las sanciones impuestas a *Microsoft* por el

USA über die Zusammenarbeit der Kartellbehörden”, *EuZW*, 1992, pp. 201 ss.; von Wallwitz, S.: “Das Kooperationsabkommen zwischen der EU und den USA”, *EuZW*, 1997, pp. 525 ss.

³¹ DO L 173, de 18 de junio de 1998, p. 26.

³² Fleischer, H./ Doege, N.: “Der Fall United States versus Microsoft”, *WuW*, 2000, pp. 705 ss.; Meier-Wahl, M./Wrobel, R. M.: “Wettbewerbsregulierung in einem dynamischen Markt – Der Fall Microsoft”, *WuW*, 1999, pp. 28 ss.; Wessely, K.: “Das Microsoft-Kartellverfahren”, *MuR*, 2000, pp. 127 ss.

³³ Decisiones de la Comisión Europea de 24 de marzo de 2004 (Bull. 3-2004, núms. 1. 3. 67.) y de 12 de julio de 2006.

Department of Justice de los Estados Unidos quedaron muy atrás de las de la Comisión Europea.³⁴ En cualquier caso, sólo razones de mucho peso, en relación con la apertura de mercados, pueden justificar una intromisión tan severa en la propiedad intelectual como la que representa la revelación forzosa de las especificaciones de interfaz a los competidores. El Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ha confirmado, en lo esencial, las medidas impuestas por la Comisión Europea.³⁵ Han fracasado tres solicitudes de mandatos judiciales presentadas por *Microsoft* en los Estados Unidos, para obtener información relativa a conversaciones entre la Comisión Europea y empresas competidoras. *Microsoft* pretendía comprobar a través de esta información que la autoridad de Bruselas había favorecido contactos “inapropiados” entre los encargados del cumplimiento de las obligaciones técnicas impuestas y empresas competidoras de *Microsoft*.

El enfoque “más económico” (*more economic approach*) de la Comisión Europea, que coincide con la práctica de las autoridades de competencia en los Estados Unidos, podría contribuir a un cierto nivel de convergencia.³⁶ De acuerdo con este enfoque, el objetivo del Derecho de competencia no sólo es garantizar una competencia no falseada, sino también proteger intereses de terceros, en particular, de los consumidores, que se vean afectados por determinadas prácticas comerciales o por una fusión entre empresas.

Frente a la eficacia transfronteriza de numerosas restricciones a la competencia (especialmente, respecto de las empresas multinacionales), muchos ordenamientos jurídicos reaccionan con la aplicación “extraterritorial” de su Derecho nacional de la competencia.³⁷ La base para ello es el principio de los efectos (*effects doctrine*). De acuerdo con él, el Derecho de la competencia nacional de un Estado se va a aplicar si una restricción de la competencia repercute en su territorio. El principio de los efectos fue desarrollado por la jurisprudencia estadounidense y, entre tanto, se ha puesto en práctica en gran parte de la comunidad de Estados (incluida la Unión Europea).³⁸ Así, por ejemplo, en Alemania, el § 130. 2 de la Ley contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) declara aplicable esta ley en la medida que los obstáculos a la libre competencia tengan efectos en el territorio alemán.

³⁴ El procedimiento antitrust se terminó de manera preliminar por un acuerdo extrajudicial entre el Ministerio de la Justicia de los Estados Unidos y Microsoft, según el cual Microsoft debe cumplir determinadas condiciones en materia de divulgación de información, por ejemplo de protocolos de comunicación, y el cumplimiento con estas condiciones es supervisado por parte de un comité técnico.

³⁵ Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal General de la Unión Europea), As. T-201/04 (*Microsoft Corp c. Comisión*), *Rec.* 2007, pp. II-3601 ss.; Bartosch, A.: “Das Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz in der Rechtssache Microsoft”, *RIW* 2007, pp. 908 ss.; Lange, K. W.: “Europäisches Kartellrecht und geistiges Eigentum – der Fall Microsoft”, *Geistiges Eigentum und Wettbewerb*, 2009, pp. 131 ss.

³⁶ V. Möschel, W.: “Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der ‘More Economic Approach’”, *JZ*, 2009, pp. 1040 ss.

³⁷ *Supra*, tema 3, nota al margen 5, letra c.

³⁸ *Supra*, tema 3, nota al margen 5, letra c.

- 5 La polémica sobre la extensión del Derecho nacional a supuestos con elemento extranjero, sobre la base del principio de los efectos, está especialmente presente en materia de Derecho de la competencia. Para limitar el alcance del principio de los efectos se han desarrollado modelos (sobre todo en la doctrina y jurisprudencia estadounidenses), que deben evitar una excesiva extensión del Derecho de la competencia nacional. A estos esfuerzos contribuye, en primer lugar, una limitación general del principio de los efectos. Este principio sólo debe aplicarse si la conducta que tiene lugar en el extranjero tiene consecuencias importantes en el Estado que está regulando (*substantial effect*).³⁹
- 6 Conforme al Foreign States Antitrust Improvement Act de 1982, el Derecho de la competencia estadounidense (conocida como la *Sherman Act*) sólo debe aplicarse al comercio con Estados extranjeros si la conducta tiene una eficacia directa, importante y razonablemente previsible en el mercado estadounidense (*direct, substantial and reasonably foreseeable effect*).⁴⁰

En el asunto *Hoffmann-La Roche v. Empagran S. A.*,⁴¹ la Corte Suprema de Estados Unidos se negó a aplicar el Derecho de la competencia estadounidense a presuntos acuerdos de precios en el marco del denominado “cártel de las vitaminas”, en la medida en que causaban distorsiones de la competencia en el exterior, sosteniendo que los perjuicios fueron causados únicamente por la fijación de precios en el extranjero. A este respecto, la Corte Suprema procedió a distinguir entre la aplicación del Derecho de la competencia estadounidense a perjuicios causados en el interior y la extensión de esta normativa a perjuicios ocasionados fuera de los Estados Unidos. En este orden de ideas y de forma retórica, la Corte se cuestiona para qué sirve la aplicación de leyes estadounidenses a daños que no afectan ni a intereses ni a la responsabilidad de los Estados Unidos:

Our courts have long held that application of our antitrust laws to foreign anticompetitive conduct is nonetheless reasonable and hence consistent with principles of prescriptive comity insofar as they reflect a legislative effort to redress domestic antitrust injury that foreign anticompetitive conduct has caused (...) But why is it reasonable to apply those laws to foreign conduct insofar as that conduct causes independent foreign harm and that foreign harm alone gives rise to plaintiff's claim? (...) Why should American law supplant, for example, Canada's or Great Britain's or Japan's own determination about how to best protect Canadian or British or Japanese customers from anticompetitive conduct engaged in significant part by Canadian or British or Japanese or other foreign companies?

³⁹ V., por ejemplo, American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, T. 1, 1987, § 402, 1, núm. 1, c).

⁴⁰ 15 U.S.C §§ 6 a) (45 a). Esta limitación del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia estadounidense no es una reacción frente a la crítica de los extranjeros a la aplicación extraterritorial del Derecho por los jueces estadounidenses, sino que tiene por objeto favorecer las exportaciones estadounidenses: las empresas estadounidenses sólo deben quedar sometidas al Derecho de la competencia estadounidense, en cuanto a su actividad en mercados extranjeros, si su conducta tiene efectos importantes en el territorio estadounidense.

⁴¹ 542 U. S. 155 (2004).

También el Derecho de la Unión Europea contempla las restricciones a la competencia 7 realizadas en el extranjero que repercutan en el mercado interior europeo.⁴²

En este sentido, la Comisión Europea ha autorizado, tras un largo conflicto, la fusión de los fabricantes de aviones Boeing y McDonnell Douglas (después de que las partes se pusieran de acuerdo con la Comisión en atenuar los efectos restrictivos de la libre competencia de la fusión).⁴³ Boeing, el mayor fabricante de aviones comerciales, tenía una cuota de casi el 65% del mercado mundial. El único competidor digno de mención, junto con McDonnell Douglas (5% de cuota de mercado), era el consorcio Airbus (30% de cuota de mercado). A la vista del inminente rechazo de la Comisión Europea, el Gobierno de Estados Unidos llegó a amenazar con una guerra comercial. En el último momento, Boeing y la Comunidad Europea llegaron a un acuerdo. Como consecuencia de ello, la Comisión autorizó la fusión con unas condiciones bastante exigentes (por ejemplo, la renuncia a la cláusula de exclusividad en contratos de suministro a largo plazo con tres grandes compañías aéreas estadounidenses, separación de los negocios aéreos civiles de McDonnell Douglas, transferencia de alta tecnología militar a los competidores mediante licencias).

Por el contrario, no se alcanzó una regulación acordada respecto a la absorción de la firma estadounidense Honeywell por la empresa General Electric. Esta absorción fue prohibida, en julio de 2001, por la Comisión Europea.⁴⁴

La obligación de efectuar una ponderación de intereses global (“reasonableness test”⁴⁵) 8 antes de hacer uso del poder normativo nacional debe, sobre todo, atenuar aún más el principio de los efectos y reprimir los conflictos normativos entre los Estados.

Mucho menos marcada que la inclinación a aplicar el propio Derecho de la competencia a supuestos con elemento extranjero, es la disposición de los Estados a otorgar validez a las normas sobre competencia extranjeras ante los tribunales nacionales, por ejemplo, a ejecutar demandas de responsabilidad por infracciones del Derecho de competencia extranjero. Una excepción es la Ley suiza de Derecho internacional privado, que, en su artículo 137.1, establece: “Las pretensiones fundadas en una restricción a la competencia se registrarán por el Derecho del Estado en cuyo mercado el perjudicado se ve directamente afectado por los efectos de la práctica restrictiva”.

En el marco de la Unión Europea, se ha establecido, por primera vez, una ordenación 9 supranacional de la competencia, con un instrumentario efectivo de control. El TFUE aspira a la creación de un mercado interior, que se define como “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará

⁴² Sent. TJUE As. 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85, (Zellstoff), Rec. 1988, p. 5193.

⁴³ DO L 1997, p. 16.

⁴⁴ V. sent. del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal General de la Unión Europea) del 14 de diciembre de 2005, As. T-209 y 210/01, *Rec.*, pp. II-5527 ss.

⁴⁵ V. por ejemplo, § 402 del Restatement estadounidense (nota 8). En relación con esta problemática v. *supra*, tema 3, nota al margen 5, letra c.

garantizada de acuerdo con las disposiciones de los ‘Tratados’ (artículos 26. 2 y 3, letra b, TFUE). El mercado interior comprende también la protección de la competencia frente a posibles distorsiones (v. el Protocolo al TFUE sobre mercado interior y competencia). El TFUE profesa también respeto “al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia” (artículo 119. 1). Desde hace algún tiempo, se ha planteado una viva discusión sobre los objetivos fundamentales del ordenamiento europeo de la competencia. De acuerdo a la concepción clásica del ordo-liberalismo, el objetivo de la política y supervisión de la competencia es, a fin de cuentas, garantizar una competencia abierta y la libertad de acción de los actores del mercado. Contra ello, una nueva corriente de opinión sostiene que el fomento de determinados intereses de bienestar común, por ejemplo, mediante incentivos a la innovación tecnológica o la promoción de los intereses de los consumidores, puede solaparse al objetivo de una competencia no falseada. Este enfoque “más económico” está ganando mucho terreno en el plano de la comunicación.

- 10 Las normas sobre competencia del Derecho de la Unión Europea se encuentran, sobre todo, en la prohibición de monopolios del Artículo 101 TFUE, el Reglamento (CE) 1/2003 (el llamado Reglamento-cárteles),⁴⁶ la prohibición de abuso del Artículo 102 TFUE, el Reglamento sobre control de las operaciones de concentración entre empresas de 2004, así como en los preceptos del TFUE sobre empresas públicas (artículo 106) y ayudas de Estado (artículos 107 y ss.). Corresponde a la Comisión Europea vigilar el cumplimiento del Derecho de la competencia. Desde el punto de vista de la política de competencia, la incorporación de fines de política industrial en el TFUE resulta problemática. Conforme al Artículo 173.1 TFUE, la Unión y los Estados miembros asegurarán la “existencia de las condiciones necesarias para la competitividad de la industria comunitaria” (v. también Artículo 173.3, subpárrafo 2, del TFUE). En virtud del Artículo 179.1 TFUE, la Unión Europea debe “fortalecer las bases científicas y tecnológicas de su industria y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional...”. Las consideraciones de política industrial mantienen una relación tensa con una reglamentación de la competencia que se rige estrictamente por las exigencias de una economía de mercado y que se opone a las tentaciones intervencionistas, especialmente mediante el fomento, o la aceptación, de las concentraciones de poder en la competencia global. En este punto, debe pensarse, por ejemplo, en el trato generoso de las fusiones de empresas con amplias cuotas de mercado (bodas de elefantes-*Elefantenhochzeiten*) en el marco del control europeo de las fusiones.
- 11 El Artículo 101.1 TFUE contiene, como regla general, la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia, o de ciertas prácticas concertadas, “que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”. La Comisión puede permitir determinados acuerdos o prácticas a través de decisiones de exención; se trata de

⁴⁶ DO L 1 de 1 de enero de 2003, p. 1.

reglas de excepción en interés de la protección de los consumidores y del avance técnico o económico (Artículo 101.3 TCE). Sobre la base de esta autorización, la Comisión ha dictado una serie de Reglamentos relativos a las exenciones por categorías. En todo caso, ha de apuntarse que el artículo 101.3 despliega un efecto de exención inmediato (Artículo 1.2 del Reglamento 1/2003). De acuerdo con esta norma, el análisis de si las condiciones para una exención se cumplen o no corresponde, en primer lugar, a las empresas afectadas, y sólo en segundo lugar a las autoridades de la competencia.

El Artículo 82.1 TCE prohíbe el abuso de posición dominante que puede conducir a 12 una perturbación del comercio entre Estados miembros. El control europeo del abuso de posición dominante se muestra más estricto que en Estados Unidos. Desde posiciones europeas se refleja todavía hoy una desconfianza latente frente al ejercicio de una posición dominante en el mercado; en cambio, en Estados Unidos, una posición de dominio en el mercado se considera, por regla general, un premio a un comportamiento eficiente en el mercado. Bajo ciertas condiciones, la prohibición de abuso puede también justificar la imposición a la empresa dominante de una obligación de suministrar mercancías a un competidor⁴⁷ o de realizar otros servicios a favor de competidores. No obstante, la jurisprudencia reciente somete la imposición de tales obligaciones a condiciones particularmente exigentes, sobre todo cuando consisten en abrir la gama de servicios a competidores⁴⁸ o de concederles acceso a productos protegidos por derechos de propiedad intelectual.⁴⁹ En particular, se exige que la negativa de la empresa dominante impida una competencia viable y el desarrollo de nuevos productos. Esta jurisprudencia garantiza que el acceso forzoso a los productos de una empresa dominante no de lugar a incentivos negativos y no reduzca inadecuadamente sus derechos de propiedad.

En el asunto *Microsoft*, el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea (hoy, Tribunal General de la Unión Europea) ha planteado condiciones bastante estrictas para que el ejercicio de derechos de propiedad intelectual mediante la negativa a conceder licencias constituya un abuso de posición dominante. Para ello, el Tribunal considera relevantes los siguientes cuatro criterios:

1. La negativa tiene por objeto un producto o un servicio “indispensable” para el ejercicio de una actividad determinada en un mercado conexo,
2. La negativa pueda excluir toda competencia efectiva en ese mercado,
3. La negativa obstaculiza la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, y
4. La negativa no está objetivamente justificada.⁵⁰

⁴⁷ Sent. TJUE As. 6/73 *et al.* (Commercial Solvents Cooperation), *Rec.* 1974, 223.

⁴⁸ Sent. TJUE, As. C-7/97 (Bronner), *Rec.*, 1998, pp. I-7791 ss., n. marg. 41.

⁴⁹ Sent. TJUE, As. C-418/01 (IMS Health), *Rec.*, 2004, pp. I-5039 ss., n. marg. 38

⁵⁰ Sent. Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea (hoy Tribunal General de la Unión Europea), As. T-201/04, *Rec.* 2007, II-3601, n. marg. 332-333.

- 13 El mismo TFUE regula el control de las fusiones empresariales solamente de manera incompleta. En este ámbito, el Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas de 2004 (“Reglamento de concentraciones”),⁵¹ ha logrado crear un instrumento de control de gran alcance. Este Reglamento permite un control eficiente de todas las fusiones que pueden influir apreciablemente en la estructura de la competencia. El ámbito de aplicación del Reglamento se extiende a las operaciones de concentración en el sentido del artículo 3, es decir, a las fusiones de empresas y a la adquisición de una influencia determinante en una empresa sobre otra (incluyendo la constitución de una concentración empresarial que, como unidad económica independiente, asuma funciones esenciales en lugar de una o varias de las empresas participantes o en un nuevo sector). El Reglamento abarca sólo las fusiones que tengan una “dimensión comunitaria” (artículo 1.1). A este respecto, deben traspasarse determinados valores-umbral (artículo 1.2): un volumen de negocios total, a nivel mundial, de todas las empresas afectadas, superior a los 5.000 millones de euros y un volumen de negocios total, en la Unión, de por lo menos dos de las empresas afectadas por la concentración, superior a 250 millones de euros (salvo en los casos en que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Unión en un mismo Estado miembro). En el caso de concentraciones con dimensión comunitaria, el Derecho de la competencia de los Estados miembros se ve suplantado por el Reglamento de concentraciones (artículo 21.3). No obstante, en determinadas circunstancias, la Comisión puede remitir un caso de concentración a las autoridades competentes de un Estado miembro, para que lo evalúen a pesar de su dimensión comunitaria (artículo 4.4).

Para evaluar la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común, la Comisión Europea tiene que tomar en consideración los criterios del artículo 2.1. Entre ellos, cabe destacar “la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad”, así como la posición en el mercado, su fortaleza económica y financiera, los intereses de los proveedores, usuarios y consumidores, así como la evolución del progreso técnico o económico. A este respecto, también puede tenerse en cuenta la observancia de la competencia fuera de la UE y la posición en el mercado de las empresas procedentes de terceros Estados. Las operaciones de concentración deben declararse incompatibles con el mercado comunitario si son “susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante”. De lo contrario, deben declararse admisibles (artículos 2 y 3). De este modo, el Derecho de la competencia europeo aplica el denominado test SIEC, que exige un impedimento significativo de una competencia efectiva (*significant impediment of effective competition*). Sobre la base del test SIEC, el Derecho *antitrust* de la Unión Europea ya no exige necesariamente la creación, o el refuerzo, de una posición dominante (*dominance test*). En este sentido, se

⁵¹ Reglamento (CE) 139/2004, DO L 24 de 29 de enero de 2004, pp. 1 y ss.

está produciendo una aproximación del Derecho en materia *antitrust* europeo y el control estadounidense de las fusiones, cuyo criterio para una prohibición es la reducción sustancial de la competencia (*substantial lessening of competition*, “*SLC Test*”).

La limitación de las ayudas de Estado que pueden distorsionar la competencia es un tema 14 que tiene especial importancia para el Derecho internacional de la competencia. En el Derecho de la Unión Europea, el Artículo 107.1 TFUE prohíbe, en principio, “las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”, si perjudican el comercio entre los Estados miembros. La doctrina del TJUE entiende el concepto de ayuda en sentido amplio como las “iniciativas, que, de diferentes formas, mitigan las cargas que normalmente debe asumir una empresa”.⁵² De acuerdo con la doctrina del TJUE, cumplen con esa caracterización de las ayudas, “sólo las ventajas concedidas directa o indirectamente a través de fondos estatales”.⁵³ Según esta definición, no constituyen ayudas las rentas percibidas a través de un monopolio legal, o ventajas conseguidas por medio de la garantía estatal de tarifas mínimas con respecto a determinadas obligaciones de compra. Se aplican excepciones a la prohibición de ayudas respecto de aquellos tipos de ayudas que están enumerados en el Artículo 107.2 TFUE. Además, pueden considerarse compatibles con el mercado común aquellas ayudas que responden a políticas determinadas de las instituciones comunitarias (Artículo 107.3 TFUE). La vigilancia de las ayudas de Estado corresponde a la Comisión Europea (Artículo 108 TFUE).

Entre las cuestiones más delicadas del Derecho de la competencia de la Unión Europea se 15 encuentra la concesión de privilegios a prácticas competitivas de entes y empresas estatales, a las que el Estado transfiere la prestación de servicios de interés general. En principio, las disposiciones en materia de competencia del Derecho comunitario se aplican también a las empresas públicas y a las empresas con derechos especiales en virtud de concesión estatal (como, por ejemplo, Deutsche Post AG, que está dotada por ley de una licencia estatal en exclusiva) (Artículo 106.1 TFUE). El Artículo 106.2, primer inciso del TFUE establece que las empresas públicas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, o que tengan el carácter de monopolio fiscal, no están sometidas a las normas sobre Derecho de competencia del TFUE en la medida en que impida “de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”. De conformidad con la doctrina del TJUE, los monopolios estatales de servicios suponen un abuso prohibido de posición dominante en el mercado (Artículo 102 TFUE), si los entes públicos no están en condiciones de satisfacer la demanda mediante sus prestaciones.⁵⁴

⁵² V. Sent. TJUE de 23 de febrero de 1961, As. 30/59, De Gezamenlijke Steenkoolmijnen in Limburg, Rec. Edición especial española 1961-63, p.1.

⁵³ Así, en relación con la Ley alemana sobre el suministro de electricidad (Stromeinspeisungsgesetz), sent. TJUE de 13 de marzo de 2001, As. *Preussen Elektra*, 379-98, Rec. 2001, p. 2099, n. marg. 58. Comentada por Dederer, H.-G., en: Bayerische Verwaltungsblätter, 2001, p. 364.

⁵⁴ Así, sobre el monopolio de colocación de trabajadores por parte de la agencia pública de empleo (Bundesanstalt für Arbeit für Führungskräfte), Sent. TJUE de 23 de abril de 1991, As. C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979.

El TJUE se ha pronunciado sobre la admisibilidad, en el Derecho comunitario, de los monopolios de servicios postales, en el asunto *Corbeau*, en el que se trataba del monopolio de una empresa estatal de correos belga, que expedía y distribuía en toda Bélgica los envíos postales. En el procedimiento a quo se había demandado a un empresario por prestar, en el sector geográfico de la ciudad de Lieja y sus zonas limítrofes, un servicio consistente en la recogida del correo en el domicilio del remitente y la distribución del mismo antes del mediodía del día siguiente. Sobre la compatibilidad de un monopolio de servicios de este tipo con el Artículo 106.1 y 2 TFUE, junto con la prohibición de abuso (Artículo 102 TFUE), el TJUE ha declarado que

la exclusión de la competencia no se justifica cuando se trata de servicios específicos, disociables del servicio de interés general, que responden a necesidades específicas de operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrece el servicio postal tradicional, como la recogida a domicilio, una mayor rapidez o fiabilidad en la distribución o, incluso, la posibilidad de modificar el destino durante el trayecto, y en la medida en que dichos servicios, por su naturaleza y por las condiciones en que se prestan, tales como el sector geográfico en el que se desarrollan, no ponen en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general del que se hace cargo el titular del derecho exclusivo.⁵⁵

Entre tanto, la eliminación de derechos de monopolio en el sector postal ha sido reglamentada en la Directiva de la Comunidad Europea sobre los servicios postales.⁵⁶ No obstante, el precedente del asunto *Corbeau* todavía tiene interés, porque muestra los límites a los privilegios de las empresas públicas, impuestos en interés de la innovación y la satisfacción de la demanda actual.

- 16 En determinados mercados, la supervisión estatal de la economía utiliza instrumentos especiales para preservar y asegurar la competencia viable. Sustentándose en el modelo estadounidense de “industrias reguladas” (*regulated industries*), en Alemania y, sobre todo, en el Derecho de la Unión Europea suele hablarse de “regulación”.⁵⁷ Con este concepto se pretende, sobre todo, asegurar una competencia sostenible en mercados donde una posición dominante adquirida mediante un antiguo monopolio legal y la relacionada infraestructura o monopolios *de facto* (por ejemplo, en los sectores de la entrega de cartas y paquetes, las telecomunicaciones, o el suministro de energía eléctrica y gas) obstaculiza

⁵⁵ Sent. TJUE, As. C-320/91 (*Corbeau*), *Rec.*, 1993, pp. I-2533 y ss., n. marg. 19.

⁵⁶ V. *supra*, tema 14, nota al margen 5.

⁵⁷ V., por ejemplo, Bullinger, M.: “Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige”, *DVBZ.* 2003, pp. 13 ss.; von Danwitz, T.: “Was ist eigentlich Regulierung?”, *DÖV*, 2004, pp. 977 ss.; Masing, J.: “Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts”, *ÄöR*, 128/2003, pp. 558 y ss.

el acceso al mercado de competidores. Entre los instrumentos de regulación se cuentan, por ejemplo, el acceso a redes de transmisión o a determinadas partes de un espectro de servicios, el control de las tarifas al por mayor para el uso de las infraestructuras, y de las tarifas que se cobran a los consumidores. La actividad de las agencias de regulación (en Alemania: de la Agencia Federal para la regulación de redes de electricidad, gas, telecomunicaciones, correos y ferrocarriles, *-Bundesnetzagentur-*) provoca tensiones muy delicadas entre el objetivo de una competencia eficiente y el menoscabo de los incentivos a la inversión y de la libertad empresarial. La relación entre regulación a través de agencias administrativas y decisiones rectoras de la política de la competencia (que en un Estado de Derecho incumben a la legislación parlamentaria) es también problemática. En la Unión Europea se ha formado una red de entes reguladores –por ejemplo, en los sectores de las telecomunicaciones y la energía eléctrica–, en la que participan las autoridades nacionales de regulación y la Comisión Europea.⁵⁸

Tema 18

Derecho concursal internacional

Bibliografía recomendada: Burman, H., Westbrook, L.: “United Nations Commission on International Trade Law: Model Law on Cross-Border Insolvency”, *ILM* 36/1997, pp. 1386 ss.; Dalhuisen, J. H.: *International Insolvency and Bankruptcy*, 2 tomos, 1986; Goldie, L. F. E.: “The Challenge of Transnational Expectations and the Recognition of Foreign Bankruptcy Decrees – The United States Adjustment”, *BYIL*, 58/1987, pp. 303 ss.; Gottwald, P.: *Grenzüberschreitende Insolvenzen, Europäische und weltweite Tendenzen und Lösungen*, 1997; Großfeld, B.: *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, 2.^a ed., 1995; Habscheid, W. J.: “Entwicklungstendenzen des internationalen Konkursrechts”, *ZaöRV*, 50/1990, pp. 282 ss.; Lüer, H. -J.: “Überlegungen zu einem künftigen deutschen Internationalen Insolvenzrecht”, *KTS*, 1990, pp. 377 y ss.; Marschall von Bieberstein, W. (ed.): *Probleme des internationalen Insolvenzrechts*, 1982; Nadelmann, K. H.: “The Lure in “International Bankruptcies” of Assets Located Abroad”, *ICQL*, 33/1984, pp. 431 ss.

Dada la dispersión de los elementos patrimoniales de las empresas con proyección internacional, el Derecho concursal internacional tiene cada vez más interés. El punto de partida es el principio de que un procedimiento concursal siempre se rige por el Derecho del foro. En la adopción de medidas sobre el patrimonio del deudor en el extranjero, el objetivo del procedimiento de insolvencia –la satisfacción igualitaria de los acreedores–, se enfrenta a problemas especiales. Esto incluye tanto los efectos de un procedimiento de insolvencia del foro en el extranjero como los efectos en el foro de un procedimiento de insolvencia extranjero, por ejemplo, en relación con las facultades del administrador del concurso o

⁵⁸ Britz, G.: “Vom europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? – Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn”, *EuR*, 2006, pp. 46 ss.

con las limitaciones al poder de disposición del deudor. Si existen activos patrimoniales del deudor insolvente fuera del Estado en el que se lleva a cabo el procedimiento de insolvencia, se plantea la cuestión de mayor transcendencia del Derecho concursal internacional: si se reconocerán las medidas concursales extranjeras en otros Estados.

- 2 De acuerdo con el principio de territorialidad, la satisfacción igualitaria de los acreedores se sacrifica a favor de la sola aplicación del Derecho nacional aplicable, con la consiguiente parcelación de la distribución de los activos del deudor. Por el contrario, el principio de universalidad significa que la apertura del procedimiento de insolvencia en el foro engloba la totalidad del patrimonio del deudor, también el localizado en el extranjero. Cada uno de estos dos principios concurrentes se centra en aspectos diversos del procedimiento concursal. Desde la perspectiva del principio de territorialidad, son primordiales el ejercicio territorialmente limitado de la soberanía y la relación con la soberanía territorial estatal. El principio de universalidad se orienta, por el contrario, hacia la finalidad del procedimiento concursal, que tiende a la satisfacción de intereses privados y no, por ejemplo, de intereses estatales especiales.
- 3 Algunos ordenamientos jurídicos combinan ambos principios entre sí: por un lado, de conformidad con el principio de universalidad, ordenan la eficacia extraterritorial de la apertura de un procedimiento concursal en territorio nacional y, por otro lado, imponen la limitación territorial de las medidas concursales extranjeras, en virtud del principio de territorialidad. Esta posición también la defendió durante mucho tiempo la jurisprudencia alemana, hasta que el Tribunal Supremo la abandonó.⁵⁹
- 4 En el Derecho alemán rige desde siempre el principio de universalidad (§ 35 de la ley concursal alemana – *Insolvenzordnung*),⁶⁰ respecto de los efectos de un procedimiento de insolvencia alemán, en el patrimonio en el extranjero del deudor. La realización del principio de universalidad depende, generalmente, de que el procedimiento de insolvencia del foro se reconozca en el extranjero. Si un Estado extranjero sigue el principio de territorialidad y no reconoce el procedimiento de insolvencia abierto en el foro, el administrador del concurso no puede incluir en la masa el patrimonio del deudor en ese Estado, ni evitar las ejecuciones individuales en el mismo. Para el caso de que un acreedor intente una ejecución individual sobre el patrimonio del deudor en el extranjero, lo que sería contrario al Derecho concursal alemán, el Tribunal Supremo alemán atribuyó al administrador del concurso acción reivindicatoria frente al acreedor.⁶¹
- 5 En relación con los efectos jurídicos de un procedimiento de insolvencia extranjero, se ha producido un vuelco en el Derecho alemán. Abandonando su jurisprudencia anterior, el

⁵⁹ V. *infra*, nota al margen 55.

⁶⁰ Sent. TS alemán de 10 de diciembre de 1976, BGHZ 68, p. 16. (esp. p. 17).

⁶¹ Sent. Tribunal Supremo alemán de 13 de julio de 1983, BGHZ 88, p. 147 (esp. pp. 155 ss.)

Tribunal Supremo alemán ha desechado la restricción territorial de los efectos del procedimiento de insolvencia extranjero, mediante una sentencia fundamental de 1985, y se ha mostrado partidario del principio de universalidad, también en beneficio de las medidas concursales extranjeras.⁶² En ese caso, el Tribunal Supremo alemán atribuyó al administrador del concurso belga la facultad de hacer valer un crédito del deudor insolvente ante los tribunales alemanes. El reformado Derecho concursal alemán prevé expresamente que un procedimiento de insolvencia extranjero comprende el patrimonio del deudor situado en territorio nacional. El reconocimiento de la apertura de un procedimiento de insolvencia extranjero y las decisiones dictadas en ese procedimiento se excluyen en determinadas circunstancias. Esto sucede si el juez de un Estado extranjero, según criterios del Derecho alemán, no tiene competencia, o si el reconocimiento es claramente incompatible con los principios fundamentales del Derecho alemán (§ 343 *Insolvenzordnung*).

Las medidas concursales de un Estado sólo se reconocerán plenamente en otro Estado si existe un convenio internacional que atienda a los efectos en el extranjero de un concurso. Un ejemplo de ello lo constituye, por ejemplo, el Tratado entre Alemania y Austria sobre el Derecho concursal y convenios de acreedores, de 1979 (*Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich auf dem Gebiet des Konkurs- und Vergleichsrechts*), derogado por el Derecho de la Unión Europea.⁶³

Del mismo modo que el Convenio del Consejo de Europa de 1990,⁶⁴ el Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia,⁶⁵ prevé que la apertura de un procedimiento de insolvencia por parte de un tribunal de un Estado miembro de la UE, que sea internacionalmente competente, debe reconocerse en los demás Estados miembros (artículos 16 ss.) Este Reglamento sustituye a los Convenios vigentes entre los Estados miembros de la UE (artículo 44).

En 1997, la UNCITRAL concluyó el texto de una Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza.⁶⁶ Esta Ley Modelo insiste, especialmente, en el acceso de los participantes en un procedimiento de insolvencia extranjero a los tribunales nacionales, así como en la existencia de un procedimiento para el reconocimiento de los concursos extranjeros que satisfaga las exigencias de la práctica en este campo.

⁶² BGHZ 95 p. 256 (esp. pp. 263 ss.); A este respecto, v. por ejemplo Hanisch, H.: "Die Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht", ZIP, 1985, pp. 1233 ss.; Lau, E.: "Zur Änderung der Rechtsprechung des BGH über die Wirkung des Auslandskonkurses im Inland", BB, 1986, pp. 1450 ss.

⁶³ Art. 44. 1, d) del Reglamento 1346/2000.

⁶⁴ ILM, 30/1991, p. 165; v. al respecto Arnold, H.: "Straßburger Entwurf eines europäischen Konkursübereinkommens", IPrax, 1986, pp. 133 ss.

⁶⁵ DO L 160 de 30 de junio de 2000, p. 1.

⁶⁶ V. Benning, O., Wehling, A.: "Das 'Model Law on Cross-Border Insolvency' der Vereinten Nationen", EuZW, 1997, pp. 618 ss.

Tema 19

Derecho tributario internacional

Bibliografía recomendada: Debatin, H., Wassermeyer, F.: Doppelbesteuerungabkommen – Kommentar zu allen deutschen Doppelbesteuerungabkommen, abril de 2005; Frotscher, W.: *Internationales Steuerrecht*, 2005; Kluge, V.: *Das Internationale Steuerrecht*, 4.^a ed., 2000; Mössner, J. F.: *Taxation, International*, EPIL, t. IV, 2000, pp. 762 ss.; Schaumburg, H.: *Internationales Steuerrecht*, 3.^a ed., 2006; Vogel, K.: *Doppelbesteuerungabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen und Vermögen*, 4.^a ed., 2003.

- 1 El Derecho tributario internacional tiene por objeto las normas que regulan los supuestos tributarios con elemento extranjero. El Derecho tributario internacional de cada Estado contempla supuestos transfronterizos desde la perspectiva fiscal. Se trata, por un lado, de la tributación de los nacionales, o de las personas que residen en el territorio nacional que mantienen relaciones económicas en el extranjero. Por otro lado, se trata de la tributación de los no residentes con relaciones económicas en el territorio nacional. Este concepto de Derecho tributario va más allá de las normas de Derecho internacional público sobre la soberanía tributaria y la doble imposición. Cada Estado dispone de su propio Derecho tributario internacional en relación con los supuestos transfronterizos (con frecuencia subdividido en el Derecho sobre doble imposición y el Derecho tributario internacional). En este sentido, el Derecho tributario internacional alemán viene marcado, en gran medida, por las normas convencionales (en particular, sobre doble imposición) y por el Derecho de la Unión Europea.
- 2 Para el ejercicio del poder tributario, el Derecho consuetudinario internacional únicamente requiere un punto de conexión suficiente (personal o territorial).⁶⁷ En la medida en que la obligación tributaria se apoya en la residencia en el territorio nacional y/o en la nacionalidad, la mayor parte de los Estados industrializados siguen el principio de tributación por la renta mundial (sujeción plena – *unrestricted tax liability*). Esto significa que, en principio, los contribuyentes en territorio nacional están sometidos a tributación por su renta mundial. Por el contrario, la tributación que se basa en la fuente de los rendimientos está, por el contrario, limitada territorialmente a determinadas rentas (principio de la fuente o principio del Estado de origen). De acuerdo con este principio, los contribuyentes están sometidos a tributación solamente por sus activos patrimoniales en territorio nacional y

⁶⁷ V. por ejemplo, American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, t. 1, 1987, § 411: “(1) A state may exercise jurisdiction to tax a person, natural or juridical, on the basis of (a) nationality, (b) domicile, or (c) residence. (2) A state may exercise limited jurisdiction to tax a person, natural or juridical, on the basis of (a) presence or doing business in its territory, or (b) ownership of property located in its territory. (3) A state may exercise jurisdiction to tax (a) property located in its territory, or (b) a transaction that occurs, originates, or terminates in its territory or has some other substantial connection to the state”.

por los rendimientos generados en el mismo. Sobre todo en Latinoamérica, el principio del Estado de origen juega un papel importante.

Los diversos fundamentos coexistentes para la tributación, y la popularidad del principio de tributación por la renta mundial entre la comunidad de Estados, conducen, a menudo, a la intervención concurrente de dos Estados en un mismo supuesto con el objeto de someterlo a tributación. La intervención de uno o más Estados sobre una misma fuente de renta puede conducir a distorsiones de la competencia y a la neutralización de las ventajas naturales de un lugar de producción. El entendimiento de que de la tributación múltiple se derivan consecuencias negativas alimenta los esfuerzos en la práctica de los Estados para evitar la doble imposición.

Sólo los convenios internacionales pueden ofrecer una solución satisfactoria frente a las pretensiones impositivas concurrentes. Numerosos convenios de doble imposición regulan la competencia de las intervenciones fiscales, con el objetivo de evitar o, al menos, suavizar, el inadecuado doble gravamen de los contribuyentes fiscales, y distribuir los posibles ingresos fiscales entre los Estados concurrentes. Junto a la toma en consideración de los intereses de los contribuyentes, los convenios de doble imposición (CDIs) pretenden también lograr una disminución de reclamaciones fiscales por desplazamiento fraudulento de rentas. En la práctica internacional, los convenios bilaterales de doble imposición juegan un papel decisivo. Además de los (actualmente más de mil) convenios bilaterales, existen solamente unos pocos convenios multilaterales sobre doble imposición (por ejemplo, entre los Estados escandinavos).

La mayoría de los CDIs siguen el Modelo de Convenio de la OCDE. Éste se presentó por primera vez en 1963, siendo más tarde revisado.⁶⁸ Junto al Modelo de Convenio de la OCDE, las Naciones Unidas han elaborado un Modelo de Convenio especial para evitar la doble imposición entre los Estados industrializados y los países en vías de desarrollo. Este Modelo de Convenio de Naciones Unidas se inspira, en realidad, en el Modelo de la OCDE, aunque otorga mayor margen a la posible tributación en la fuente, en interés de los países en desarrollo que son importadores de capital.

Como mecanismos para evitar el inadecuado doble gravamen de los contribuyentes, los CDIs prevén la renuncia a determinadas rentas por parte del Estado de la sede o de la fuente, y la deducción de los impuestos satisfechos en el extranjero. En los CDIs, se atribuyen algunos tipos de ingresos, en principio, al Estado de la sede o al Estado de su generación. Así, de acuerdo con la práctica convencional, la tributación de las rentas de buques, o de empresas aeronáuticas, corresponde, como regla general, solamente al Estado en el que la empresa en cuestión tenga la sede de su administración. Si el Estado de la sede se abstiene

⁶⁸ La versión actual del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE se encuentra en <http://www.oecd.org>

de fijar una imposición a este respecto, las empresas disfrutaban de una total libertad fiscal. Panamá, Costa Rica y Liberia ofrecen atractivos fiscales a las compañías navieras con sede en su territorio. La intervención fiscal en relación con los ingresos de patrimonio inmueble se asigna en la mayoría de las ocasiones al Estado de situación.

- 7 En cuanto al aprovechamiento de las diferencias fiscales, juega un importante papel la creación de las denominadas “sociedades base”,⁶⁹ en paraísos fiscales o en Estados con impuestos más bajos (como Liechtenstein, Panamá o las Antillas Holandesas). En la práctica, se trata de transferir beneficios a favor de una unidad empresarial autónoma domiciliada en un Estado extranjero con un nivel de imposición bajo, controlada por una sociedad matriz situada en territorio nacional para la que desempeña determinadas funciones (por ejemplo, como sociedad *holding* o sociedad de explotación de una patente que se encarga del mantenimiento o la administración de las inversiones en otras empresas). Conforme al Derecho de muchos Estados, es posible gravar los beneficios de una sociedad base de este tipo (en el sentido de una imputación en virtud del control), si la dirección *de facto* de la sociedad de base radica en territorio nacional, o si la transferencia de beneficios supone un abuso de las posibilidades de planificación fiscal.

Un problema especial lo constituye la tributación de los grupos de sociedades multinacionales. La legislación fiscal de muchos Estados somete a gravamen la renta mundial de un grupo empresarial con una sociedad matriz o sociedades filiales en territorio nacional (*unitary taxation*), mediante el reparto de la renta mundial del grupo conforme a determinados criterios.⁷⁰

La Corte Suprema estadounidense ha declarado válido el régimen de tributación del Estado de California, que exige la rendición de cuentas de los miembros de un grupo empresarial vinculados por un *unitary business* sin tomar en consideración las limitaciones geográficas, y que distribuye los rendimientos sometidos a tributación, dentro y fuera de California, conforme a la localización de determinados factores (patrimonio, mano de obra y volumen de negocios).⁷¹

⁶⁹ V. al respecto, Kluge, V.: *Das Internationale Steuerrecht*, 4.ª ed., 2000, pp. 131 ss.

⁷⁰ V. al respecto, Luttermann, C.: “Besteuerung multinationaler Konzerne in der Vereinigten Staaten von Amerika”, RIW, 1996, pp. 935 ss.

⁷¹ Supreme Court, *Barclays Bank plc v. Franchise Tax Board of California*, ILM, 33/1994, p. 909.