

Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de *Stora* a *Portielje*, pasando por *Akzo Nobel* y *Elf-Aquitaine*.

Fernando Díez Estella, Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil
Centro U. Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid

Patricia Pérez Fernández, Doctoranda en Derecho Mercantil
Instituto Max-Planck de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual (Munich)
/ Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Según la jurisprudencia reciente de los tribunales comunitarios, así como las Decisiones de la Comisión en su faceta de poder ejecutivo comunitario, las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos no sólo afectan a la empresa infractora, sino que también se considera responsable solidariamente a la empresa matriz a la que pertenece una determinada filial, presumiendo que por poseer el 100% del capital social de la filial ha controlado el comportamiento de ésta última. Esta interpretación de la doctrina de la entidad económica considerando un grupo de empresas como empresa en el sentido del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea plantea importantes problemas jurídicos, teniendo en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado la naturaleza penal de las sanciones derivadas de ilícitos anticompetitivos. Esta problemática tiene importantes consecuencias en la práctica, ya que determina que el importe de la multa pueda incrementarse de forma notable (o no) y que ésta sea más fácil de cobrar, al afectar a varias empresas del mismo grupo.

SUMARIO

I.- Introducción

II.- La construcción comunitaria de la doctrina de la “entidad económica”

A) La jurisprudencia antes de *Stora*.

B) La configuración de esta doctrina tras *Química* y *Azko*.

1. La noción de empresa
2. La presunción del control del 100% del capital social y la influencia decisiva
3. La irrefutabilidad práctica de la presunción
4. ¿Vuelta a los orígenes? La Sentencia *Elf-Aquitaine* y *Tomkins*
5. La jurisprudencia más reciente: la Sentencia *Portielje* (11 de julio de 2013)

III.- Crítica a la doctrina comunitaria de imputar siempre el ilícito anticompetitivo realizado por una filial a la empresa matriz

A) La ausencia objetiva de un comportamiento anticompetitivo por parte de la empresa matriz

B) La problemática relación entre la doctrina de la unidad económica y el ámbito subjetivo de la política sancionadora en ilícitos anticompetitivos

1. Principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*)
2. Presunción de inocencia (*in dubio pro reo*)

IV.- Posible alternativa frente a la postura de la Comisión y la Jurisprudencia comunitaria: la doctrina alemana de separación de responsabilidades entre la empresa matriz y la filial

V.- Conclusión

VI.- Bibliografía

I.- Introducción*

En el ámbito del Derecho antitrust, según la reciente jurisprudencia europea se imputa a la sociedad matriz responsabilidad solidaria por los ilícitos que han cometido sus filiales. Esto implica la imposición de cuantiosas multas y sanciones económicas, basándose en la doctrina de la “entidad económica” y desatendiendo una serie de derechos fundamentales del derecho sancionador y principios básicos de cualquier ordenamiento jurídico civilizado como son el de la responsabilidad personal, el principio *in dubio pro reo*, el carácter rebatible de una presunción *iuris tantum*, el principio *nulla poena sine culpa*, la identificación de la persona física o jurídica destinataria de la sanción, la presunción de inocencia y –en lo relativo al campo específico del derecho societario y los grupos de empresas- la individualización de la responsabilidad, el concepto del control societario y la lógica jurídica y económica de este tipo de estructuras empresariales.

Así mismo, en el ámbito más específico del Derecho de Defensa de la Competencia, esta doctrina plantea importantes dificultades a la hora de entender el concepto mismo de “empresa” (que, no lo olvidemos, es el destinatario de las prohibiciones contenidas en la normativa antitrust comunitaria, plasmada en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE), y yerra catastróficamente al no diferenciar el enfoque legal y societario de la empresa y los grupos de empresas, y la perspectiva económica-empresarial de las sociedades.

Por último, esta desafortunada teoría de la “entidad económica”, parece desconocer por completo los más básicos criterios del *deterrence* (carácter disuasorio de las sanciones en el ámbito antitrust), los modernos mecanismos de *enforcement* (aplicación del Derecho de la Competencia) y la virtualidad y eficacia de los programas de *compliance* (programas previos de asegurar el cumplimiento de la normativa por parte de las empresas).

¿Cómo hemos podido llegar a esta situación? En este artículo exploramos posibles respuestas, y aportamos sugerencias para una solución al problema¹, que

* Una versión previa de este trabajo obtuvo un accésit en la categoría “Derecho Mercantil y Civil” del premio Estudios Financieros 2013 (CEF).

¹ *Vid.*, a modo de ejemplo, un “catálogo” de los principios jurídicos vulnerados por esta doctrina de la imputación a la matriz de los actos de la filial, en la enumeración del apartado nº 38 de la reciente Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2013 (*Eni Spa c. Comisión*, As. C-508/11 P), cuando la recurrente fundamenta su alegación en “*la infracción del artículo 101 TFUE, de la Carta de los Derechos*

coincide en identificar y denunciar la práctica totalidad de la doctrina, y sin embargo desoye por completo tanto la Comisión Europea en sus Decisiones como los Tribunales comunitarios –a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la UE- en su labor de revisión jurisdiccional.

Para ello se seguirá el siguiente esquema: tras esta breve introducción, el apartado II detalla la doctrina de la “entidad económica / culpa colectiva”, construida jurisprudencialmente por los órganos antitrust comunitarios en fechas recientes para atribuir responsabilidad a la matriz por los actos ilícitos – especialmente acuerdos colusorios de tipo horizontal (cárteles)- cometidos por sus filiales. Este análisis se llevará a cabo a partir de la doctrina existente sobre la materia, y sobre todo las Decisiones de la Comisión y pronunciamientos recientes del TG y TJUE. A continuación, en el Apartado III se señalan los problemas que se derivan en la práctica de aplicar la doctrina de la entidad económica en el ámbito de las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos, al chocar con Derechos fundamentales como el principio de responsabilidad personal de las sanciones (*nulla poena sine culpa*) y la presunción de inocencia (*in dubio pro reo*). En el Apartado IV se mencionará el régimen vigente en Alemania, donde se separan la responsabilidad de la matriz y la de la filial y finalmente en este trabajo se extraerán unas conclusiones en el Apartado V.

II.- El origen y los elementos de la doctrina de la “entidad económica”

En la legislación comunitaria no se contempla directamente y de forma expresa la posibilidad de imputar a la matriz responsabilidad por los ilícitos antitrust cometidos por sus filiales. Es, por tanto, una construcción jurisprudencial, cuyo tratamiento –como veremos a continuación- ha ido variando a lo largo del tiempo. Podemos distinguir, a los efectos de sistematizar la postura que la Comisión

Fundamentales de la Unión Europea, y de los artículos 6 y 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en la vulneración de los principios de presunción de inocencia, de legalidad, de personalidad de las sanciones, de responsabilidad personal, de proporcionalidad, en la vulneración del derecho de defensa y del derecho a un juicio justo, así como en la falta de motivación con infracción de lo dispuesto en el artículo 296 TFUE”.

y los tribunales comunitarios han adoptado en relación a la construcción de esta doctrina, tres etapas claramente diferenciadas: la primera, cuando se construye esta doctrina, a lo largo de los años 80 y 90; la segunda, a partir de la Sentencia *Stora*, que supone un cambio radical de enfoque, y a partir de la cual se configura un nuevo entendimiento de la “entidad económica”, luego confirmado en *Akzo* y *Química*; la tercera, la situación actual, en la que la jurisprudencia comunitaria se debate entre volver al sentido común y jurídico en la imputación a la matriz de los actos de sus filiales, y de lo cual había algún signo esperanzador tras la Sentencia *Elf-Aquitaine*, y en cambio, signos desalentadores tras la reciente Sentencia *Portielje*. A estas tres “etapas” dedicamos los tres apartados de este epígrafe.

A) La jurisprudencia antes de *Stora*

Es ya reiterada jurisprudencia y por tanto doctrina consolidada sobre el artículo 81 CE (anterior artículo 85 del Tratado CEE y actual artículo 101 TFUE) que una sociedad matriz responde, en su caso, solidariamente por los ilícitos antitrust –especialmente se han apreciado las prácticas colusorias- de su filial, aun cuando dicha filial fuera la única implicada directamente en el cártel y la matriz no hubiera tenido ni participación, y en ocasiones, ni siquiera conocimiento de dicha actuación.

En particular, esta responsabilidad conjunta tiene lugar cuando la filial directamente imputada en el cártel no opera en el mercado de manera independiente y autónoma sino que sigue las instrucciones que le transmite su sociedad matriz. Como veremos en detalle en un apartado más adelante, esto se ha venido a denominar en la jurisprudencia sobre esta materia como estar sometido a la “influencia decisiva” de la matriz. Además, y es otro de los puntos que analizaremos a continuación, en caso de que una sociedad matriz posea la totalidad o casi la totalidad del capital de su filial, se presume *iuris tantum* que la sociedad matriz ejerce dicha influencia decisiva sobre el comportamiento en el mercado de

dicha filial, y por tanto responde² de manera conjunta y solidaria de las conductas anticompetitivas que ésta pudiera haber cometido.

Para una correcta comprensión del concepto, y sus implicaciones en la jurisprudencia reciente que será objeto de análisis, se precisa pues una previa delimitación de los elementos de esta doctrina de la “entidad económica” que tanto la Comisión como el Tribunales comunitarios manejan.

El origen de esta construcción jurisprudencial es, como ha señalado la doctrina³, una “más que discutible” interpretación que considera que un grupo de sociedades puede ser asimilada a una empresa en el sentido de aplicársele la prohibición del artículo 101 TFUE.

De partida, sorprende que esta doctrina se haya consolidado tan fácil y rápidamente y sea aplicada de forma tan indiscriminada por las autoridades comunitarias de competencia, ya que –en nuestra opinión– no está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 23.2 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, que determina que la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, *de forma deliberada o por negligencia*, infrinjan las disposiciones del artículo 101 o del artículo 102 del Tratado. Efectivamente, se lleva a cabo una alteración del carácter de tal responsabilidad⁴ hasta convertirla prácticamente en una responsabilidad objetiva, basada únicamente en la posesión del capital de la filial.

Señalar igualmente que en España la regla de imputación ya fue introducida en la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (art. 8), ya derogada. En la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, su artículo 61.2 establece que: *“la actuación de una empresa es también imputable a*

² *Vid.*, con carácter general, y para ilícitos de abuso de dominio más que de cárteles, sobre las consecuencias jurídicas de esta imputación de responsabilidad, RUIZ PERIS, J. I.: *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 82-91. Aunque escapa al objetivo de este trabajo, no podemos tampoco dejar de señalar los efectos de esta imputación desde la perspectiva del *private enforcement* y la responsabilidad civil derivada de los daños causados como consecuencia de las infracciones *antitrust*, ya que la imputación administrativa a la matriz del grupo permitirá que también puedan ejercitarse contra ella acciones encaminadas al resarcimiento patrimonial.

³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: “La determinación de la responsabilidad de la sociedad matriz por conductas anticompetitivas realizadas por una filial; ¿de vuelta al buen camino? Comentario de la STJUE de 29 de septiembre de 2011, ‘Elf-Aquitaine contra Comisión Europea’”, en *Revista Deloitte News*, n° 67, 2012, pp. 41-51, p. 41.

⁴ Como señala ya la reiterada jurisprudencia, *“la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción”* (el subrayado es nuestro), Auto del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, *Transcatlab/Comisión*, C-654/11 P, apartado 29.

las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”.

Es evidente que tanto la Comisión como los Tribunales comunitarios tienen un gran interés en hacer extensiva a la matriz la responsabilidad por el comportamiento antitrust de sus filiales, pues lejos de ser una cuestión doctrinal tiene importantes consecuencias prácticas. En efecto, se trata de un *deep-pocket-approach* ya puede suponer que el importe de la multa se eleve en una considerable cantidad –que no es difícil de cuantificar en varios millones de euros- al efectuar el cómputo sobre el total del volumen de facturación del grupo, y no sólo de la empresa o empresas infractoras. A la vez, esta doctrina facilita enormemente el cobro de la multa, ya que evita el riesgo de trasvases de patrimonio entre empresas del grupo.

Sin embargo, en los primeros pronunciamientos sobre esta materia, como por ejemplo la Decisión *AEG*⁵, anulado posteriormente por Sentencia⁶ del entonces TPI, de 25 de octubre de 1983, se entendía –en nuestra opinión, correctamente- que sólo podía imputarse a la matriz responsabilidad por las infracciones antitrust cometidas por su filial en los casos en que ésta no decide su comportamiento en el mercado de forma autónoma e independiente, sino que sigue las instrucciones que le da su matriz.

Esta construcción jurisprudencial es evidente que suponía obviar lo que se conoce en el acervo comunitario como el “privilegio de grupo”, y hacer en consecuencia responsable a una sociedad de un ilícito que ella no había cometido, pero sobre el que sí había tenido una cierta influencia. En este escenario, es importante recalcar que la imputación a la matriz no se debía tanto al hecho –*estructural*- de tener el control societario sobre su filial, sino a que había habido una implicación –*conductual*- en el comportamiento anticompetitivo de la misma.

Para entender, por tanto, que en el seno de un grupo de sociedades hay una unidad de comportamiento –esto es el germen de lo que hoy conocemos como doctrina de la “entidad económica”- éste constituye una unidad económica única, aunque legalmente las diferentes empresas que la forman tengan personalidades

⁵ Decisión de la Comisión de 6 de enero de 1982, 82/267/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/28.748 –*AEG-TELEFUNKEN*), DOCE L 117, p. 15.

⁶ Sentencia del TPI (actual Tribunal General, TG), de 23 de octubre de 1983, *AEG-Telefunken c. Comisión*, C-107/82 (Rec. 1983 p-03151).

jurídicas separadas, y consecuencia de esta única entidad económica se le puede considerar como una empresa a los efectos de aplicación de las normas de competencia.

Así, en el fallo que resolvía el recurso contra la Decisión *Materias Colorantes*⁷, de la Comisión Europea, ya señaló el Tribunal de Justicia en la temprana Sentencia *ICI*⁸ que "*la separación formal entre sociedades, resultante de su personalidad jurídica distinta, no podría oponerse a la unidad de su comportamiento sobre el mercado a los fines de la aplicación de las reglas de la competencia, por lo que debe considerarse que es la recurrente (sociedad matriz) la que ha realizado la práctica concertada en el interior del mercado común*".

Por tanto, vemos cómo en esta interpretación de la doctrina de la entidad económica subyace la idea, clásica en el acervo comunitario, de que en la aplicación de la normativa antitrust la realidad económica es más importante que la forma jurídica. Así se expresa, por ejemplo, la A. G. Kokott en las conclusiones del caso *Portielje*, al señalar que "*determinante es, en definitiva, la realidad económica, toda vez que el Derecho en materia de la competencia no se rige por formalismos sino por el comportamiento efectivo de las empresas*"⁹.

Sin embargo, y como veremos más extensamente en el siguiente epígrafe, esta premisa no puede llevar a la conclusión de que la presunta unidad *económica* corresponde automáticamente a un centro de imputación de responsabilidad *jurídica*, porque ello choca frontalmente con el principio de la responsabilidad penal.

Así pues, en los años 80 y 90, la Comisión –y así era refrendado por los tribunales comunitarios en caso de recurso a sus decisiones- sólo hacía extensible a la matriz la responsabilidad por los actos antitrust cometidos por sus filiales cuando en el expediente quedaba acreditado que aquella había ejercido una influencia decisiva en dichos comportamientos. Sin embargo, y como veremos seguidamente, de esta postura se ha pasado a una imputación casi automática de la matriz cuando ésta controla el 100% del capital de su filial.

⁷ Decisión 69/243/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1969 (DO 1969, L 195, p. 11), relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE (IV/26.267 — *Materias colorantes*)

⁸ Sentencia de 14 de junio de 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión*, As. 48/69.

⁹ Conclusiones del A. G. Kokott, de 29 de noviembre de 2012, en el Asunto C-440/11P, *Comisión c. Stichting Administratiekantor Portielje y otros*, Apartado nº 72.

B) Los elementos de esta doctrina tras *Química y Azko*

En este epígrafe se señalarán cuáles son, a nuestro juicio, los tres elementos básicos configuradores de la doctrina de la “entidad económica” que, tal como se interpreta en la actualidad por la Comisión y los tribunales comunitarios, lleva a esa imputación casi automática a la matriz de los actos antitrust cometidos por sus filiales: la noción de empresa, la presunción del 100% del capital social y la “influencia decisiva”, y el carácter –en la práctica- irrefutable de la presunción (pese a que tanto la Comisión como los Tribunales se empeñen en afirmar y reafirmar su carácter *iuris tantum*).

1. La noción de empresa

En relación al concepto de empresa, éste es pacífico en el acervo comunitario de Derecho de la competencia¹⁰, y podemos definirlo como “*cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*”¹¹.

Igualmente, y esto es importante de cara a la construcción de la doctrina de la “entidad económica”, está igualmente claro que esta unidad económica que constituye la empresa puede estar constituida por varias personas físicas o jurídicas¹².

En la Sentencia¹³ del TG de 16 de junio de 2011, *Gosselin*, cuyo recurso ante el TJUE precisamente ha dado lugar en fechas recientes al pronunciamiento *Portielje* –que será analizado en profundidad en un epígrafe posterior- se parte de esta definición (Apartado nº 40) precisando a continuación, no obstante, que «*la sociedad matriz de una empresa que ha cometido una infracción del artículo 81 CE no*

¹⁰ Sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser* (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 21; de 23 de marzo de 2006, *Enirisorse* (C-237/04, Rec. p. I-2843), apartado 28; de 11 de diciembre de 2007, *ETI y otros* (C-280/06, Rec. p. I-10893), apartado 38; de 1 de julio de 2008, *MOTOE* (C-49/07, Rec. p. I-4863), apartado 21; de 29 de marzo de 2011, *Arcelor Mittal Luxemburg/ Comisión*, asuntos acumulados C-201/09 P y C-216/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 95; y de 19 de julio de 2012, *AOI y otros/Comisión y otros*, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, Rec. p. I-0000, apartado 42.

¹¹ Conclusiones del A. G. Kokott, de 29 de noviembre de 2012, en el Asunto C-440/11P, *Comisión c. Stichting Administratiekantor Portielje y otros*, apartado nº 28.

¹² Sentencias de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm Gerätebau* (170/83, Rec. p. 2999), apartado 11; de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros/Comisión* (C-97/08 P, Rec. p. I-8237), apartado 55.

¹³ Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, *Gosselin Group y otros / Comisión* (asuntos acumulados T-208/08 y T-209/08, Rec. p. II-0000).

puede ser sancionada por una decisión de aplicación del artículo 81 CE si ella misma no es una empresa» (Apartado nº 42). Esta discusión tiene lugar porque la matriz de la empresa sancionada por el cártel era una Fundación.

En sus conclusiones¹⁴, la A. G. Kokott expresa la opinión (Apartado nº 30) de que esto es una interpretación errónea del concepto de empresa en relación con la responsabilidad de las sociedades matrices por las prácticas colusorias de sus filiales. Y sienta, a continuación, el núcleo de la doctrina de la “entidad económica”, y la relación que hay entre el concepto de empresa y la imputación a la matriz de los actos de las filiales, al afirmar (Apartado 31) que la responsabilidad solidaria de la sociedad matriz y la filial se basa en el hecho de que, cuando la filial carece de autonomía suficiente frente a la matriz, ambas intervienen como titulares comunes de una misma empresa en el sentido del Derecho en materia de competencia.

Siguiendo esta línea de razonamiento, ambas sociedades constituyen una unidad económica y en su relación interna pueden invocar el llamado «privilegio de grupo de empresas», es decir, la prohibición de prácticas colusorias no rige respecto a los acuerdos pactados entre ellas. Y, viceversa, en sus relaciones con terceros, la sociedad matriz y la filial también constituyen una unidad económica, y, por lo tanto, deben responder solidariamente por las eventuales prácticas colusorias de la empresa que ambas personifican conjuntamente.

Como veremos más adelante, esta concepción de la empresa y este criterio de imputación de responsabilidad nos parece que desconoce los más elementales principios del derecho sancionador, y no respeta el concepto de la responsabilidad personal del infractor.

Por otro lado, aunque ya hemos visto que la consideración del grupo de empresas como una entidad económica única –a los efectos de aplicación de las normas de competencia- tiene un origen antiguo en el acervo comunitario, sin embargo el planteamiento de las Sentencias *AEG* o aún *ICI* es muy distinto al de *Akzo*. En efecto, en aquellos primeros pronunciamientos, las empresas de un grupo sólo constituían una entidad económica única si se demostraba que había una unidad de comportamiento.

¹⁴ Conclusiones del A. G. Kokott, de 29 de noviembre de 2012, en el Asunto C-440/11P, *Comisión c. Stichting Administratiekantor Portielje y otros*.

En cambio, con la interpretación actualmente vigente, se considera que existe una entidad económica única simplemente con que existan vínculos económicos, legales, o comerciales, entre la matriz y sus filiales.

Con este planteamiento, y la presunción que examinaremos en el apartado siguiente, se concluye que matriz y filial forman una entidad económica única, sin importar lo más mínimo que la matriz haya influido –o si quiera, tenido constancia– sobre la conducta infractora de la filial.

2. La presunción del control del 100% del capital social y la influencia decisiva

Derivado del anterior, el siguiente elemento configurador de la doctrina de la “unidad económica”, y que viene a ser una suerte de presunción que, pese a calificarse por la propia jurisprudencia como *iuris tantum*, en la práctica opera como irrefutable, es decir, *iuris et de iure*, es la de que si la sociedad matriz controla el 100% de la sociedad participada, entonces ejerce sobre ella la “influencia decisiva” y de la que se deriva en última instancia su responsabilidad por la conducta antitrust de su filial.

Esta presunción tiene su origen en la Sentencia¹⁵ *Stora*, del año 2000, según la cual una sociedad matriz que posee el 100% del capital de su filial ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de ésta y por tanto le corresponde a la sociedad matriz aportar elementos de prueba suficientes que puedan acreditar que su filial se ha comportado de modo independiente y autónomo en el mercado.

Naturalmente, al hilo de este pronunciamiento se planteó la duda sobre si la posesión al 100% del capital de la filial era suficiente para fundamentar la presunción de la existencia de unidad económica –y en consecuencia determinar la responsabilidad de la matriz– o por el contrario, si era necesario presentar algún tipo de elemento adicional, que fuera capaz de demostrar el ejercicio efectivo de una influencia decisiva.

Aunque el Abogado General (en adelante A. G.) Mischo en sus Conclusiones¹⁶ señaló sin ambages que la Comisión Europea tenía que probar, para la imputación

¹⁵ Sentencia del TJCE (Sala Quinta) de 16 de noviembre de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Comisión*, Asunto C-286/98 P.

¹⁶ Disponibles en la web: <http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>

de responsabilidad, que la matriz ejerció una influencia decisiva sobre la filial a pesar de que reconocía que esta prueba era más sencilla cuando la matriz tenía el control total de su filial. Conforme a este planteamiento, no era suficiente con que la Comisión se limitase a probar el mero control societario, sino que tenía que aportar algo más, aunque fuera de forma indiciaria. Sin embargo, como sabemos, el Tribunal se apartó de esta opinión, y formuló la presunción en los términos que luego se trasladaron a otras decisiones como *Química* o *Akzo*.

Por si todavía alguien contemplaba dudas, el debate quedó zanjando a partir del “leading case” de la construcción jurisprudencial de imputación a la matriz de responsabilidad por los actos de su filial, la Sentencia¹⁷ de 2009 del TG, *Akzo Nobel*. En este importante pronunciamiento se afirma que, en el caso de existir ese control de la totalidad del capital –luego veremos que se admiten también participaciones mayoritarias- *“existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial”* (Apartado 60). Así, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de ésta para *“considerar que la sociedad matriz es responsable solidariamente del pago de la multa impuesta a su filial, excepto si tal sociedad matriz, a la que corresponde desvirtuar dicha presunción, aporta suficientes elementos probatorios para demostrar que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado”* (Apartado 61).

Como vemos, por tanto, no solo el TJUE reitera y consolida la presunción y la inversión de la carga de la prueba, contenidas en la jurisprudencia *Stora*, sino que en *Akzo*, se pronuncia además sobre la significación de la titularidad del 100% como elemento exclusivo para fundar la presunción¹⁸.

¹⁷ Sentencia del TG, de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros/Comisión* (C-97/08 P, Rec. p. I-8237).

¹⁸ *Ibid.*, Apartado nº 62: *“si bien es cierto que en los apartados 28 y 29 de la sentencia Stora, el Tribunal de Justicia evocó otras circunstancias, aparte de la posesión del 100 % del capital de la filial, como la no negación de la influencia ejercida por la sociedad matriz en la política comercial de su filial y la representación común de ambas sociedades durante el procedimiento administrativo, no es menos cierto que dichas circunstancias únicamente fueron mencionadas por el Tribunal de Justicia con objeto de exponer el conjunto de los elementos en que el Tribunal de Primera Instancia había fundado su razonamiento y no para supeditar la aplicación de la presunción mencionada en el apartado 60 de la presente sentencia a la aportación de indicios adicionales relativos al ejercicio efectivo de una influencia de la sociedad matriz”*.

Y además, como señaló la Sentencia del entonces TPI *General Química*¹⁹ (apartado nº 72), la presunción de responsabilidad basada en la posesión del capital no sólo se aplica en los supuestos en que existe una relación directa entre la sociedad matriz y su filial, sino también cuando esta relación es indirecta, a través de una filial interpuesta.

De la lectura de cierta jurisprudencia sí podría interpretarse que la eficacia de la presunción requiere de la constatación de algún otro elemento o circunstancia adicional, pero lamentablemente se trata de Sentencias aisladas, que no se han consolidado como doctrina jurisprudencial. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del entonces TPI, de 26 de abril de 2007, en el caso *Bolloré*, en cuyo párrafo nº 132 manifiesta sin ambages que la mera posesión de la totalidad del capital, por sí mismo, no basta²⁰ para acreditar la influencia decisiva.

En alguna ocasión sí se han aportado como prueba esos “elementos adicionales” para justificar la imputación a la matriz de los actos de la filial. Así, en virtud de la Decisión²¹ *Paneles de yeso*, la Comisión impuso una multa de €85.8 millones por infracción del entonces artículo 81.1 Tratado CE al *Grupo Knauf*, que estaba ligado a una serie de filiales, controladas todas por una sociedad holding, *Gebrüder Knauf Verwaltungsgesellschaft KG* (GKV), a través de un “contrato familiar”, ya que GKV y Knauf tenían los mismos 22 accionistas, todos ellos miembros de la familia Knauf.

Esta decisión fue recurrida, el entonces TPI rechazó el recurso y el asunto acabó en el TJUE, quien en Sentencia²² de 1 de julio de 2010 concluyó (Apartado nº

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de diciembre de 2008, As. T-85/06, *General Química y otros c. Comisión*.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 26 de abril de 2007, asuntos acumulados T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, *Bolloré c. Comisión*: “A este respecto, la posesión de la totalidad del capital del filial, pese a constituir un fuerte indicio de que la sociedad matriz dispone de capacidad para influir decisivamente en el comportamiento de su filial en el mercado, no basta por sí solo para permitir imputar a la matriz la responsabilidad del comportamiento de la filial (véanse, en este sentido, la sentencia *Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión*, citada en el apartado 131 *supra*, apartados 27 a 29, y las conclusiones del Abogado General Mischo en el asunto en que se dictó dicha sentencia, Rec. p. I 9928, puntos 17 a 62). Junto al porcentaje de participación sigue siendo necesario un elemento adicional, que puede no obstante consistir en indicios. No es imprescindible que dicho elemento adicional sea una prueba de que la matriz impartió efectivamente a su filial instrucciones de participar en la práctica”.

²¹ Decisión de la Comisión, de 27 de noviembre de 2002 (2005/471/CE) relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE contra BPB PLC, Gebrüder Knauf Westdeutsche Gipswerke KG, Société Lafarge SA y Gyproc Benelux NV (Asunto COMP/E-1/37.152 — *Paneles de yeso*)

²² Sentencia del TJUE, de 1 de julio de 2010, As. C-407/08P, *Knauf Gips KG c. Comisión*.

106) que tal como apreció la Comisión, en realidad GKV no determina de manera autónoma su comportamiento en dicho mercado, sino que depende a este respecto de Knauf. Esto se deriva²³, entre otros, de los siguientes elementos:

- a. Knauf y GKV tienen los mismos accionistas y directivos;
- b. Los accionistas están sindicados en virtud de un contrato familiar, cuyo único objetivo es precisamente asegurar una “dirección única” de las compañías del Grupo Knauf;
- c. GKV es simplemente una compañía holding y depende de Knauf tanto en su personal como en cuanto a sus instalaciones;
- d. En los datos sobre ventas que se intercambiaban para implementar el cártel de las placas de yeso, se hacía mención tanto a Knauf como a las filiales de GKV.
- e. Sin que la Comisión se lo hubiera pedido así, Knauf le envió los datos de todo el grupo GKV, y eso fue lo que se usó para el cálculo de la multa.

Hay más ejemplos²⁴ de rechazo del TJUE al intento de refutación de la presunción; haremos referencia a ellos en los apartados siguientes, éste en particular ilustra el diferente enfoque de la Comisión –refrendado luego por los tribunales comunitarios- en relación a las sociedades matrices de carácter financiero, según sean inversores meramente pasivos (el caso *Alliance One*²⁵, en el que el TG rechazó la imputación de responsabilidad a la matriz) o tengan una

²³ *Vid.*, a este respecto, el análisis de WINCKLER, A.: “Fines: New Case extending Company Liability in the name of the ‘Economic Unit’ concept and reversing prior case law on Admissible Arguments” en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, Vol. 2(1), pp. 34 y ss. Igualmente, y crítico con esta Sentencia, SVETLICINII, A.: “Who is to blame? Liability of ‘Economic Units’ for infringements of EU Competition Law” en *European Law Reporter*, 2011, Vol. 2(2), pp. 52 y ss.

²⁴ *Vid.*, en el apartado nº 53 de la Sentencia de 8 de mayo de 2013 (As. C-508/11 P, *Eni SpA c. Comisión*), la relación de factores que –sorprendentemente- no son suficientes para demostrar que la matriz (Eni) no influía decisivamente sobre las actividades de la filial (Versalis): “(...) *Eni nunca había operado directamente en el sector de que se trata, que no había existido ningún solapamiento entre los puestos directivos de la sociedad matriz y de las filiales, que Eni no había dispuesto de información sobre los planes estratégicos y comerciales, ni sobre su ejecución, tal como habían sido definidos por las sociedades operativas, y que Eni no había participado en modo alguno en los procesos decisivos de definición de los planes estratégicos y comerciales, así como, en particular, de las cifras anuales de ventas y de precios*”.

²⁵ Decisión C (2004) 4030 final de la Comisión, de 20 de octubre de 2004, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo [81 CE, apartado 1] (Asunto COMP/C.38.238/B.2) – *Tabaco crudo – España*, cuyo recurso dio lugar a la Sentencia del Tribunal General, de 27 de octubre de 2010, As. T-24/05, *Alliance One et. al. c. Comisión Europea*. *Vid.*, para un análisis de este pronunciamiento, HUMMER, C.: “Alliance One: General Court overturned parental liability of a pure financial holding company” en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, Vol. 2 (1), pp. 126 y ss.

actitud más activa e intervencionista (como el que acabamos de señalar del *Grupo Knauß*).

A este respecto, ya en su Sentencia²⁶ *Cassa di Risparmio di Firenze* había afirmado el TG que la mera tenencia de participaciones, aunque sean de control, no caracteriza por sí misma una actividad económica (Apartado 111). Para la A. G. Kokott, sin embargo, debe estimarse que una fundación que posee el control de una sociedad participa en la actividad económica de la «empresa» controlada siempre que ejerza efectivamente dicho control «interviniendo» directa o indirectamente en la gestión de esta última (Apartado 42 de sus Conclusiones).

Y, a partir de aquí, continúa en sus Conclusiones (Apartados 44 a 48) con una serie de consideraciones que la doctrina ha calificado –pensamos que acertadamente- de auténticos “malabarismos” para conciliar la jurisprudencia *Cassa di Risparmio de Firenze* con *Akzo Nobel* y aplicar ésta última al caso *Comisión c. Portieljé*.

Señala la A. G. Kokott que, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal General, la sentencia *Cassa di Risparmio di Firenze* es compatible con la jurisprudencia *Akzo Nobel*. En ambos casos, el Tribunal de Justicia supedita la presunción de existencia de una unidad económica y, por ende, de que la «sociedad matriz» y su «filial» constituyen una empresa única, a que la matriz ejerza efectivamente una influencia decisiva sobre la filial. Concede que de la jurisprudencia *Akzo Nobel* también se infiere que en el «caso específico» de que una sociedad matriz posea el 100 % (o casi el 100 %) del capital de su filial existe una «presunción del ejercicio efectivo de una influencia decisiva» de la matriz en el comportamiento de la filial (presunción del 100 %), que admite prueba en contrario, mientras que la sentencia *Cassa di Risparmio di Firenze* no contiene ninguna alusión a tal presunción.

Sin embargo –y esto es lo sorprendente- señala a continuación que la omisión de la mención de la presunción del 100 % en la sentencia *Cassa di Risparmio di Firenzese* deba sobre todo al tipo de procedimiento tramitado en dicho asunto, toda vez que se trataba de una petición de decisión prejudicial ajena a cuestiones probatorias. Así mismo, subraya la A.G. Kokott que tenerse en cuenta que en el asunto *Cassa di Risparmio di Firenze* el Tribunal de Justicia no examinó exactamente un caso específico de control al 100 % o casi al 100 %, sino las

²⁶ Sentencia de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze y otros* (C-222/04, Rec. p. I-289).

«participaciones de control» en general, las cuales también incluyen participaciones claramente por debajo del umbral del 100 %.

Así, con estas premisas, puede concluirse entonces que el Tribunal General sobrevaloró el hecho de que en la sentencia *Cassa di Risparmio di Firenze* el Tribunal de Justicia no haya «formulado una presunción *iuris tantum* de “intervención”»²⁷ como la que establece la jurisprudencia *Akzo Nobel*.

Y, pese a todo lo que ya hemos señalado con anterioridad de que es prácticamente imposible refutar la presunción, insiste (Apartado 53)²⁸ la A. G. Kokott en que este planteamiento no supone la inversión de la carga de la prueba. Y concluye (Apartado 54) con la sorprendente afirmación de que el objetivo de esta presunción es facilitar la aplicación efectiva de las normas de competencia recogidas en los Tratados, respetando al mismo tiempo²⁹ el principio de responsabilidad personal, además de incrementar la seguridad jurídica.

Naturalmente, no podemos estar más en desacuerdo con semejante conclusión, ya que en nuestra opinión lo que ocurre es precisamente todo lo contrario: la presunción del 100% es un atropello al principio de responsabilidad personal y pone de manifiesto un absoluto desprecio por la seguridad jurídica y la presunción de inocencia de las empresas.

²⁷ Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, *Gosselin Group y otros/Comisión* (asuntos acumulados T-208/08 y T-209/08, Rec. p. II-0000), Apartado 48.

²⁸ “Debe recordarse asimismo que la presunción del 100 %, en contra de lo sostenido por Portielje, no supone la inversión de la carga de la prueba, sino que constituye una regulación de la apreciación de la prueba en asuntos relativos a la imputación de la responsabilidad entre sociedad matriz y filial por infracciones de la normativa en materia de competencia. Dado que la participación al 100 % (o casi al 100 %) de la sociedad matriz en su filial permite extraer prima facie la conclusión de que efectivamente ejerce una influencia decisiva, corresponde a la sociedad matriz oponerse a esta misma conclusión presentando pruebas en contrario concluyentes; de no ser así, la conclusión cumple las exigencias impuestas a la carga de la prueba por el Estado de Derecho. Dicho de otro modo, se produce una interacción entre las respectivas obligaciones de formular alegaciones, que es una cuestión previa a la de la carga de la prueba objetiva”.

²⁹ En idénticos términos se pronuncia la STJUE (Sala Primera) de 8 de mayo de 2013, *Eni SpA /Comisión*, C-508/11 P, que señala en su apartado nº 50 que “dicha presunción tiene precisamente como finalidad establecer un equilibrio entre la importancia, por una parte, del objetivo consistente en reprimir las conductas contrarias a las normas sobre la competencia, en particular al artículo 101 TFUE, y evitar que éstas se repitan y, por otra parte, de las exigencias de determinados principios generales del Derecho de la Unión como son, en particular, los principios de presunción de inocencia, de personalidad de las sanciones y de seguridad jurídica, así como el derecho de defensa, incluido el principio de igualdad de armas”. Sin embargo, el hecho de que la alegación de la parte sea infundada –como señala más adelante el apartado transcrito– puede que lleva a concluir que la Sentencia del TG recurrida no adolezca de error, pero no deja de ser también cierto que la construcción jurisprudencial de esta doctrina es equivocada.

Así lo señala, contrariamente a la opinión que sostiene la A. G. Kokott, su colega el también A. G., Sr. Bot, en las ya citadas Conclusiones³⁰ en el Asunto *Arcelor Mittal c. Comisión*, con referencias a la Carta Europea de Derechos Humanos, un recordatorio de que la Comisión tiene que ser extremadamente cuidadosa en este tipo de presunciones, ya que está afectada por el *prosecutorial bias* (recordemos que por lo menos en el ámbito antitrust es el mismo órgano el que instruye, decide y sanciona), ya que además goza de un “amplio margen de apreciación” para evaluar los hechos y sus consecuencias jurídicas, y en fin, que la carga de la prueba de que una empresa ha cometido un ilícito anticompetitivo corresponde a la Comisión.

En efecto, como hemos señalado en la introducción, la prueba de hechos negativos, y en la aplicación que la Comisión y el TG/TJUE están haciendo de la refutabilidad de la presunción, constituye sin duda una *probatio diabólica*, que sitúa a las empresas matrices en situación de total indefensión ante la imputación de responsabilidad por actos cometidos por sus filiales.

Pese a todo, reitera (Apartado 89) la A.G. Kokott en que habría correspondido a la recurrente acreditar que, en el caso de autos, la «sociedad matriz», se abstuvo de ejercer una influencia decisiva en su «sociedad filial», de modo que esta última, a pesar del control del 100 % de su capital por la primera, podía decidir de manera autónoma su comportamiento en el mercado. Y, por si quedara alguna duda, apuntilla (Apartado 90)³¹ que ello no constituye “en absoluto” una *probatio diabolica*.

Además de todo lo que ya hemos ido señalando, la concepción de los organismos comunitarios de competencia del funcionamiento de los grupos de sociedades y la aplicación a los mismos de la doctrina de la “entidad económica”

³⁰ Conclusiones de la A. G. Sr. Yves Bot de 26 de octubre de 2010, Asuntos acumulados C-201/09 P y C-216/09 P, Apdo. 213: “*Nous pensons que la présomption en cause doit, dans chaque cas, être corroborée par d’autres éléments de fait prouvant l’exercice d’une influence déterminante de la société mère sur sa filiale. Cela permettrait d’éviter une démarche qui tendrait, de façon automatique, à fonder la responsabilité des sociétés mères sur la seule base de la détention du capital. Cela encouragerait les autorités de poursuites à procéder, dans chaque cas, à une appréciation nuancée des liens économiques, juridiques et organisationnels unissant la société mère à sa filiale. Dans le cas d’une filiale détenue à 100 %, la charge de la preuve incombant à la Commission devrait effectivement être moins lourde que celle lui incombant dans le cas d’une filiale détenue à 70 %, mais elle ne devrait pas être inexistante*”.

³¹ “*ello no constituye en absoluto una probatio diabólica que exija de la sociedad matriz la prueba de hechos negativos, sino que, como ya se ha expuesto, sobre la base de información concreta de la actividad cotidiana de la empresa, es posible dilucidar si, y, en su caso, en qué medida, una filial toma sus propias decisiones respecto a su política comercial y su comportamiento en el mercado, es decir, si actúa con independencia de su matriz*”.

supone ignorar –y aún en cierto modo despreciar- las más elementales nociones sobre derecho societario de grupos.

En sus Conclusiones³² sobre el caso *Comisión c. Portielje* afirma (Apartado 71) sin ningún pudor ni recato la A. G. Kokott, que la apreciación acerca de si una filial puede determinar de manera autónoma su comportamiento de mercado o si está sometida a la influencia decisiva de su matriz no puede realizarse basándose únicamente en las disposiciones del Derecho societario pertinente, ya que –según ella- las sociedades matrices afectadas podrían eludir fácilmente la responsabilidad por las prácticas colusorias de sus filiales al 100 % invocando circunstancias puramente societarias.

Afortunadamente, concede que deben tenerse en cuenta las facultades de las que disponen los órganos de las sociedades implicadas, así como si adoptaron acuerdos, cuándo y, en su caso, cuál fue el contenido de los mismos. Sin embargo, lo determinante es la realidad económica, toda vez que "*el Derecho en materia de la competencia no se rige por formalismos sino por el comportamiento efectivo de las empresas*" (Apartado 72).

Y por ello da la razón a la Comisión, en su postura de que intentar apreciar las cuestiones relativas a la influencia entre sociedad matriz y filial exclusivamente sobre la base de los actos societarios resultaría excesivamente formalista e ignoraría completamente la realidad económica.

3. La irrefutabilidad práctica de la presunción

Como podrá fácilmente deducirse de lo expuesto hasta ahora, esta concepción de una supuesta presunción *iuris tantum* excede con creces la naturaleza jurídica de la misma, convirtiéndose de facto en una presunción irrefutable, o *iuris et de iure*, y no respeta el principio de presunción de inocencia.

A este respecto, el TJUE parece estar también desoyendo las acertadas apreciaciones del A. G. Bot, en el caso *Arcelor Mittal*, acerca de que la utilización de

³² Conclusiones del A. G. Kokott, de 29 de noviembre de 2012, en el Asunto C-440/11P, *Comisión c. Stichting Administratiekantor Portielje y otros*.

presunciones de responsabilidad como medio de prueba, al constituir una excepción a la presunción de inocencia, debe ceñirse a “límites razonables”³³.

Hasta ahora, lo único que la jurisprudencia nos ofrece son los elementos que a la sociedad matriz no le sirven para desvirtuar la presunción de influencia decisiva, como en el caso *General Química*, en el que la Comisión estimó³⁴ que ninguno de los siguientes factores era concluyente para evitar la imputación de responsabilidad:

- i) que la matriz no participe directamente en el cártel;
- ii) que no existan en las actas oficiales de las reuniones del consejo de administración indicaciones de actividades colusorias;
- iii) que la matriz no conozca de la existencia del cártel;
- iv) que la matriz no participe en la gestión ordinaria de la filial;
- v) que el plan de negocios anual y los objetivos de ventas de la filial no estén sometidos a aprobación por la matriz;
- vi) que la matriz haya intentado vender el capital de la filial a diversos inversores, demostrando su falta de interés por el negocio de la filial;
- vii) que la filial determine autónomamente el precio de venta de sus productos por parte de un agente no exclusivo;
- viii) que no haya vínculos, sinergias ni solapamientos entre las actividades comerciales de la matriz y de la filial;
- ix) que no haya solapamientos personales entre sus respectivos consejos de administración.

³³ Conclusiones del A. G. Sr. Yves Bot de 26 de octubre de 2010, Asuntos acumulados C-201/09 P y C-216/09 P, Apdos. 203 y ss. En especial, nótese cómo se invoca el hecho de que esta doctrina, tal cual está construida en la actualidad, afecta –infringiéndolos- a los derechos fundamentales de las empresas: “*Nous sommes pleinement d'accord avec cette démarche. En effet, si la Cour a effectivement tranché cette question au point 61 de l'arrêt Akzo Nobel e.a./Commission, précité, nous restons néanmoins convaincus que la responsabilité de la société mère ne peut pas être établie sur la seule base d'une présomption tirée de la détention du capital. Si la détention de 100 % du capital suffit, en effet, à établir l'existence du lien de groupe, nous ne pensons pas qu'elle puisse à elle seule présumer l'exercice effectif d'un pouvoir de direction constituant une connivence à la commission de l'infraction. Il est, à notre avis, nécessaire que la Commission produise d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer l'absence d'autonomie de la filiale, et ce afin de préserver les droits fondamentaux reconnus aux entreprises*” (Apartado 204).

³⁴ Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 2005, 2006/902/CE, en el caso *General Química*, Apartados 256 y ss.

Esta línea de razonamiento por parte de la Comisión, refrendada después por los tribunales de Luxemburgo, nos parece más que criticable³⁵, ya que el hecho de que dos empresas de un mismo grupo no compitan entre sí –y por tanto, no se les aplique la prohibición del artículo 101 TFUE; no pueden llegar a un acuerdo restrictivo de la competencia si *no hay* competencia que restringir entre ellas- no puede suponer la extensión de la imputación de responsabilidad por actos de una a la otra, sin más argumentos adicionales que el mero control societario, sin demostrar que de hecho ha habido una influencia decisiva, y a partir de una presunción que en teoría es *iuris tantum*, y en la práctica es casi irrefutable.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina³⁶ más autorizada, el Tribunal de Justicia ha formulado la presunción sin asegurarse previamente que se corresponde con los hechos, esto es, que, normalmente, una filial al 100% no decide autónomamente su política comercial y, en particular, su participación en un cártel.

En efecto, esta Decisión fue recurrida, y pese a que el entonces TPI la confirma³⁷ en prácticamente todos sus términos, y el TJUE confirma este fallo, sí hace una pequeña advertencia³⁸ a este respecto, señalando que tanto la Comisión como el –hoy- TG tienen que analizar con más detalle los elementos decisivos alegados por las partes en orden a demostrar la autonomía de comportamiento de la filial, sin que puedan ser rechazados a la ligera, debiendo motivar claramente sus decisiones.

Y, por fin, encontramos más adelante un parámetro de razonabilidad en la aplicación de la presunción, recalcando su carácter *iuris tantum*, por el TG en su reciente Sentencia³⁹ *L’Air liquide*, de 16 de junio de 2011, en virtud de la cual anula

³⁵ *Vid.*, a este respecto, la opinión de TIerno Centella, M.; Pino, M. y Kloub, J.: “Cartel fined in the gas insulated switchgear sector” en *Competition Policy Newsletter*, 2007-2, p 43 y ss, donde se señala que la imputación de responsabilidad a las matrices –Hitachi y Fuji- constituidas en una Joint Venture no se pudo basar en la presunción del control accionarioal –que sólo era del 50 y 30%, respectivamente-, sino en otros factores, como las funciones de Management y supervisión ejercidas por las matrices respecto de la JV, su previa implicación –directa- en el cártel, las relaciones verticales de distribución, el seguimiento directo de instrucciones comerciales y actuación en el mercado, etc.

³⁶ WAHL, N., “Parent Company Liability – A Question of Facts or Presumption?” (June 7, 2012). *19th St. Gallen International Competition Law Forum ICF - June 7th and 8th 2012*. Disponible en el repositorio de SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2206323>

³⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de diciembre de 2008, As. T-85/06, *General Química y otros c. Comisión*.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 20 de enero de 2011, As. C-90/09 P, *General Química c. Comisión*, apdos. 60-62.

³⁹ Sentencia del TG de 16 de junio de 2011, as. T-185/06, *L’Air liquide, société anonyme pour l’exploitation des procédés Georges Claude c. Comisión*. Lamentablemente, la Sentencia no se pronuncia

la sanción impuesta a la matriz que controla el 100% de la filial, al entender que la decisión de la Comisión no se ha pronunciado con la suficiente motivación sobre las pruebas en contrario invocadas por aquélla para demostrar la autonomía de su filial.

Como ha señalado la doctrina⁴⁰, este esquema supone una “facilitación evidente en cuanto a los presupuestos para la extensión de responsabilidad a la sociedad dominante titular del 100% del capital de la dominada; la fundamentación exclusiva en el criterio de la unidad económica; el establecimiento de una presunción, hasta la fecha, irrefutable; (...) nos sitúan ante un enfoque rígido del problema por parte del TJ, introduciendo prácticamente un sistema de atribución de responsabilidad a la sociedad matriz automática y objetiva, -por la mera existencia del grupo y su posición en el mismo-, que parece responder más bien a una visión patológica de la empresa de grupo”.

Igualmente, en una crítica reciente a este planteamiento, señala⁴¹ el Prof. ALFARO que lo más discutible de la presunción es que no basta, para poder reabatirla, con que la sociedad matriz demuestre “que no hizo nada” (comportamiento omisivo), lo que la convierte en *irus et de iure*, porque es irrefutable que una compañía que tiene el 100% de otra puede ejercer una influencia decisiva sobre ésta. En definitiva, como hemos ya señalado anteriormente, la imputación a la matriz no se basa en cuestiones de *conducta* –lo que ha hecho o no ha hecho- sino *estructurales* –el hecho de ser propietaria de las acciones de la sociedad infractora-. Y concluye, no sin un cierto deje de ironía, que refutar la presunción requiere “*que la matriz demuestre que su filial no es su filial*”.

Desde luego, no ofrece ningún consuelo –sobre todo a las empresas injustamente sancionadas por los actos cometidos por sus filiales- el hecho de que la propia jurisprudencia del TJUE señale que “*el hecho de que sea difícil aportar la*

con la rotundidad que hubiera sido deseable sobre el valor de los elementos aportados por la matriz para desvirtuar la presunción, pero bueno, es indudablemente un paso adelante en esta cuestión.

⁴⁰ Vid. en este sentido CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.: “La corresponsabilidad de la matriz por infracción de la filial en el Derecho de la competencia. Un análisis de la última jurisprudencia del TJUE”, Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional UAM de Derecho de la Unión Europea*, Universidad Autónoma de Madrid, 14 y 15 de julio de 2011, pág. 20.

⁴¹ <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/03/nils-wahl-sobre-la-responsabilidad-de.html> (última consulta: 20 de abril de 2013).

*prueba en contrario necesaria para destruir una presunción no implica, en sí mismo, que ésta sea irrefutable*⁴².

Sin embargo, hay también signos esperanzadores de que la doctrina comunitaria está empezando a cuestionar esta construcción, a partir sobre todo de la reciente Sentencia *Elf-Aquitaine*, que puede ser una especie de “vuelta al buen camino”, y al que dedicamos el siguiente apartado, para culminar este recorrido por las tres etapas de la doctrina de la “entidad económica”.

4. ¿Vuelta a los orígenes? La Sentencias *Elf-Aquitaine* y *Tomkins*

Como hemos señalado en la introducción, podemos distinguir una tercera etapa en este recorrido por la construcción y aplicación práctica de la doctrina de la “entidad económica”, y ciertamente un signo esperanzador de que los tribunales comunitarios habían empezando a cuestionar esta construcción, a partir de la reciente Sentencia *Elf-Aquitaine*⁴³.

En ella el TJUE casa la Sentencia⁴⁴ del entonces Tribunal de Primera Instancia de 20 de septiembre de 2009, que a su vez anulaba la Decisión⁴⁵ de la Comisión de 19 de enero de 2005 que imponía a la empresa Elf-Aquitaine una sanción por una infracción del artículo 81 Tratado CE cometida no por ella misma, sino por una filial.

En efecto, en esta importante Sentencia el TJUE corrige la línea defendida por la Comisión y los tribunales comunitarios en sus praxis decisorias anteriores, que hemos analizado en este trabajo, y que en la práctica había hecho casi imposible rebatir la presunción de que el control del 100% del capital de tu filial conllevaba una influencia decisiva sobre la misma, a los efectos de ser responsable de sus comportamientos infractores del derecho de la competencia.

En *Elf-Aquitaine* sin embargo el TJUE confirma –y con ello “vuelve” al planteamiento original de esta construcción, previo a la doctrina *Stora*, confirmada

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Primera), de 8 de mayo de 2013, *Eni SpA c. Comisión*, Asunto C-508/11 P, apartado nº 68.

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 29 de septiembre de 2011, *Elf-Aquitaine c. Comisión*, Asunto C-521/09 P (2011/C 340/03).

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Séptima), de 30 de septiembre de 2009, *Elf Aquitaine c. Comisión*, Asunto T-174/05.

⁴⁵ Decisión C (2004) / 4876 final, de la Comisión, de 19 de enero de 2005, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 CE.

luego por *Química, Akzo* y otras- que se trata de una presunción rebatible, que admite prueba en contrario, y que en consecuencia no puede dar lugar a una imputación automática a la matriz de los actos llevados a cabo por su filial.

En efecto, para el TJUE, dicha presunción del ejercicio efectivo de una *influencia decisiva* debe respetar un equilibrio entre dos principios básicos: por un lado, la importancia que tiene el objetivo de evitar y sancionar aquellos comportamientos contrarios a las normas de competencia, en especial al artículo 101 TFUE; y, por otro lado, y no menos importante la salvaguarda de aquellos principios generales del Derecho de la Unión que son la garantía y protección de los ciudadanos en cuanto a la aplicación de la ley, como la presunción de inocencia, la personalidad de las penas y la seguridad jurídica, así como los derechos de defensa y de igualdad de oportunidades.

Este equilibrio entre ambos principios, que no cabe duda que en ocasiones puede ser complejo, sólo puede mantenerse si dicha presunción es efectivamente – y no sólo de modo nominal o teórico- refutable. Con todo, no deja el Tribunal de reconocer que se trata de una presunción difícil de rebatir; sin embargo, la presunción –que el TJUE no cuestiona- ha de mantenerse dentro de los límites aceptables a la luz de los principios citados, es decir, si es proporcional al objetivo que persigue y a la vez permite a la empresa imputada en el expediente sancionador aportar pruebas en contra con las cuales pueda exonerarse de responsabilidad. Sólo esto es lo que efectivamente garantiza sus derechos de defensa y a un procedimiento justo.

Así, en el caso de autos, los motivos que la matriz –*Elf Aquitaine*- alegó para demostrar que su filial –*Atofina*- tenía un comportamiento en el mercado autónomo e independiente, fueron los siguientes (Apartado nº 160):

- *Elf-Aquitaine* es un *holding* puro sin funciones operacionales en el seno de un grupo caracterizado por una gestión descentralizada de sus filiales.
- La gestión de la actividad de *Atofina* en el mercado no estuvo subordinada a las instrucciones de *Elf-Aquitaine*.
- *Atofina* no informó a *Elf-Aquitaine* acerca de su actuación en el mercado.
- *Atofina* tenía poder para contratar sin autorización de *Elf-Aquitaine*.
- *Atofina* tenía autonomía financiera.
- *Atofina* había decidido su estrategia jurídica de manera autónoma.

De ahí que, valorados en su conjunto, esta serie de razones fueran motivo suficiente para desvirtuar la presunción de “influencia decisiva”, sobre la base del mero control accionario, que en este caso además ni siquiera era del 100% (la matriz controlaba el 98% de *Atofina*). El hecho de que la Comisión los rechazara sin motivación refuerza la posición, mantenida en estas páginas, de que la imputación a la matriz de las infracciones antitrust cometidas por su filial se basa automáticamente en una presunción que ni siquiera era rebatible.

En concreto, señala el TJUE (Apartado nº 168) que debido a esta falta de motivación de la Decisión de la Comisión:

“resulta muy difícil, por no decir imposible, saber en particular si el conjunto de indicios aportados por la recurrente con el fin de refutar la presunción que le aplicó la Comisión fue desestimado porque no resultaba convincente o porque, a los ojos de la Comisión, el mero hecho de que la recurrente fuera titular del 98 % del capital de Atofina bastaba para imputar la responsabilidad de las acciones de Atofina a la recurrente, con independencia de los indicios presentados por esta última en respuesta al pliego de cargos”.

Todo ello lleva al TJUE a concluir (Apartado nº 180) que *“procede anular la Decisión controvertida en la medida en que imputa a la recurrente, sin motivación adecuada a las circunstancias concretas del presente asunto, la infracción en cuestión y le impone una multa”*. Lo que, teniendo en cuenta todo lo expuesto en los epígrafes anteriores, no deja de ser un precedente⁴⁶ esperanzador y un signo cierto de que

⁴⁶ Que ya está repitiéndose en otros pronunciamientos, en los que el TJUE recuerda a la Comisión esta necesidad de motivación en el caso de rechazo de los argumentos esgrimidos por la sociedad imputada para desvirtuar la presunción. *Vid.*, por ejemplo (aunque el fallo es desestimatorio) la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2011 — *Arkema SA c. Comisión Europea*, Asunto C-520/09 P, que tiene por objeto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Séptima) de 30 de septiembre de 2009, *Arkema c. Comisión*, Asunto T-168/05, por la que el entonces TPI desestimó el recurso mediante el que la recurrente pretendía, con carácter principal, la anulación de la Decisión C(2004) 4876 final de la Comisión, de 19 de enero de 2005, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 (CE) y al artículo 53 del Acuerdo EEE en relación con una práctica concertada en el mercado del ácido monocloroacético y, con carácter subsidiario, la reducción del importe de la multa impuesta a la recurrente. El argumento principal fue la supuesta inobservancia de las normas relativas a la imputabilidad de las prácticas contrarias a la competencia de una filial a su sociedad matriz

puede volverse a la cordura en la aplicación de la doctrina de la “entidad económica”.

En un caso decidido recientemente, el asunto *Comisión c. Tomkins*⁴⁷, el TJUE ha reconocido –pensamos que acertadamente– la “accesoriedad” de la responsabilidad de la matriz por los ilícitos anticompetitivos de su filial, confirmando así la Sentencia del TG en primera instancia⁴⁸, en la que ya se había señalado que únicamente se había considerado a Tomkins responsable solidario de la infracción anticompetitiva al ser la empresa matriz de la filial Pegler (que es la empresa que realmente llevó a cabo la conducta anticompetitiva). El TJUE recuerda que también la Comisión había reconocido que había imputado a la empresa Tomkins teniendo únicamente en cuenta su condición de matriz y del hecho de que su filial Pegler había participado en la práctica colusoria examinada en la Decisión controvertida de la Comisión. No obstante, en el apartado 37 de su Sentencia el TJUE afirma que “para imputar responsabilidad a cualquier entidad de un grupo, es necesario que se aporte la prueba de que, al menos, una entidad ha infringido las normas sobre competencia de la Unión y que se ponga de relieve esta circunstancia en una decisión que haya pasado a ser definitiva”. El TJUE señala que en este caso la Comisión no había aportado dicha prueba. A continuación se analizan los problemas jurídicos que se plantean al considerar que la matriz y su filial son responsables solidarias por un ilícito anticompetitivo, también en los casos en los que la matriz no hubiese participado en dicha conducta ilícita.

5. La jurisprudencia más reciente: STJUE *Portielje* (11 de julio de 2013).

Las expectativas que se habían creado a raíz de la Sentencia *Elf Aquitaine* no se han confirmado en el último pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE en esta materia, esto es, en la Sentencia *Comisión c. Portielje*⁴⁹, de 11 de julio de

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2013, asunto C-286/11 P, caso *Comisión c. Tomkins*.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011, asunto T-382/06, Rec. p. II-1157, caso *Tomkins c. Comisión*, en especial, el apartado 38 de dicha Sentencia.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), asunto C-440/11 P, de 11 de julio de 2013.

2013, que –acogiendo en su integridad las Conclusiones de la A. G. Juliane Kokott– confirma y consolida lo opuesto a lo que se está defendiendo en estas páginas.

En la instancia anterior, el Tribunal General⁵⁰ había afirmado que una Fundación que fuese titular de la mayoría del capital de otra empresa no podía considerarse como una empresa en sí misma, no debiendo responder, en consecuencia, por el ilícito anticompetitivo de su filial. El Tribunal General había afirmado además en los apartados 48 a 50 que incumbía a la Comisión probar que *Portielje* había intervenido efectivamente en la gestión de *Gosselin*– la filial. Teniendo en cuenta que la Comisión no había aportado ningún medio de prueba en este sentido, el Tribunal General concluyó que la Comisión no había acreditado que *Portielje* fuera una empresa en el sentido del artículo 81 CE (actual artículo 101 TFUE).

El Tribunal de Justicia sigue, como se acaba de mencionar, en segunda instancia las Conclusiones de la A. G. Juliane Kokott⁵¹, afirmando que carece de relevancia que la entidad que controla a otra “esté constituida con la forma jurídica de una fundación, y no de una sociedad”. En relación a la falta de influencia decisiva en la conducta de la filial (argumento que había alegado el Tribunal General), el TJUE señala que no son necesarias decisiones formales adoptadas por los órganos estatutarios de la entidad de cabecera, siendo posible que la unidad económica nazca de manera más informal, teniendo en cuenta especialmente los lazos personales existentes entre las entidades jurídicas que integran la unidad económica⁵². El TJUE además vuelve a subrayar que al controlar *Portielje* la casi totalidad de las acciones de *Gosselin* durante el período en el que se observó la conducta anticompetitiva, la Comisión podía presumir válidamente que la entidad controladora – *Portielje* – “había ejercido efectivamente una influencia decisiva en la política comercial de *Gosselin* durante ese período, y que *Portielje* y *Gosselin* formaban así durante éste una sola empresa a los efectos del artículo 81 CE”⁵³. El

⁵⁰ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, asunto T-208/08 y T-209/08, de 16 de junio de 2011, caso *Gosselin Group y Stichting Administratiekantoor Portielje c. Comisión*.

⁵¹ Conclusiones de la A. G. Juliane Kokott presentadas el 29 de noviembre de 2012, asunto C-440/ 11 P, caso *Comisión c. Stichting Administratiekantoor Portielje y otros*.

⁵² Vid. apartado 68 de la Sentencia citada. El TJUE aclara que “las tres personas que disponían de la mayoría de los derechos de voto en el órgano de administración de *Portielje*, en el que como regla general las decisiones se tomaban por mayoría simple, constituían ellas tres al mismo tiempo la totalidad del consejo de administración de *Gosselin*” (apartado 85).

⁵³ Vid. apartado 80 de la Sentencia citada.

TJUE concluye, por tanto, que incumbía a *Portielje* aportar medios probatorios para demostrar que *Gosselin* había actuado con autonomía en el mercado durante ese período. Finalmente admite el TJUE las alegaciones de la Comisión, argumentando que *Portielje* no había expuesto ningún factor concreto que pudiera demostrar que la filial había actuado con autonomía en el mercado durante el período considerado⁵⁴.

III.- Crítica a la doctrina comunitaria de imputar siempre el ilícito anticompetitivo realizado por una filial a la empresa matriz

A) La ausencia objetiva de un comportamiento anticompetitivo por parte de la empresa matriz

Frente a la doctrina radical mantenida actualmente tanto por la Comisión, como por la jurisprudencia comunitaria, en la que la presunción de que la matriz pueda demostrar que no ha influenciado en la conducta de la filial es *de facto* una presunción *iuris et de iure*, aunque se afirme lo contrario, cabría argumentar defendiendo otra postura radical, basada en la imposibilidad de imponer una multa a la empresa matriz, ya que realmente no se observaría ningún hecho anticompetitivo (es decir, ninguna vulneración del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) cuya autoría corresponda a dicha empresa matriz. De acuerdo con esta línea argumentativa, faltaría el elemento objetivo de la tipicidad del acuerdo colusorio. Así, al no observarse dicho elemento objetivo (en sentido estricto, no cabe hablar tampoco de la existencia de una acción u omisión por parte de la empresa matriz), no podría imponerse ninguna multa como consecuencia de la vulneración de las normas anticompetitivas.

Para ello, basta tener en cuenta el tenor literal del artículo 23.2 a) del Reglamento 1/2003, en el que claramente se establece que “mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado”. Interpretando en sentido estricto este

⁵⁴ Vid. apartado 86 de la Sentencia citada.

precepto, no se observaría la concurrencia del tipo ilícito en los supuestos en los que la empresa matriz se ha comportado de forma autónoma en relación a las decisiones o actuaciones que dieron lugar a la infracción de los preceptos mencionados del TFUE. En primer lugar, porque no ha podido obrar de forma “deliberada o por negligencia” cuando ni tenía conocimiento de una conducta ilícita y cuando su comportamiento ha sido autónomo del de la filial y, en segundo lugar, porque no se puede considerar “empresa infractora” de acuerdo con el artículo 23.2 a) del Reglamento 1/2003, ya que la empresa matriz sería multada por pertenecer a la misma unidad económica que la filial. Precisamente se encuentra en este punto el problema, ya que se equipara el grupo de empresas pertenecientes a la misma unidad económica a la “empresa” en el sentido del artículo 101 TFUE.

En todo caso no se trata de una cuestión baladí, puesto que si la responsabilidad por el ilícito anticompetitivo se extiende a la empresa matriz, entonces la cuantía de la multa será más elevada, ya que se calculará a partir del volumen de negocios de la matriz y de la filial conjuntamente. Será sobre todo una cuestión relevante para los intereses económicos de la empresa matriz, pero también en general, para que las empresas tengan una cierta seguridad jurídica de cómo poder operar en la Unión Europea⁵⁵. Además se debería de analizar la relación entre la empresa matriz y la filial teniendo en cuenta los conceptos jurídicos relativos a la conducta autónoma o no de la matriz con respecto a la filial, y no otorgar la responsabilidad a la matriz por el mero hecho de pertenecer a la misma entidad económica que la filial.

B) La problemática relación entre la doctrina de la unidad económica y el ámbito subjetivo de la política sancionadora en ilícitos anticompetitivos

En este apartado se va a cuestionar el planteamiento de la Comisión y de la jurisprudencia comunitaria, en el que se equipara la unidad económica constituida por la empresa matriz y la filial (o filiales) a una empresa en el marco del artículo

⁵⁵ En este punto resulta útil recordar que este tipo de problemas no se plantea en relación a la normativa española, donde el artículo 61.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, señala que “a los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”.

101 TFUE, partiendo de la base de que no se cumple el requisito subjetivo que exige el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), en su artículo 23.2 para que pueda imponerse una multa sancionadora.

1. Principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*)

La práctica descrita de la Comisión y de los Tribunales comunitarios, de acuerdo con la que las sociedades matrices han de responder siempre de manera solidaria por los ilícitos anticompetitivos en los que hubiesen incurrido las sociedades matrices, incluso habiendo implementado programas de cumplimiento o *compliance*, vulnera el principio de culpabilidad previsto en el artículo 23.2 del Reglamento 1/2003⁵⁶. La cuestión problemática surge porque, partiendo de esta responsabilidad solidaria “automática”, ya no se tiene en cuenta ni se entra a valorar si los miembros de la sociedad matriz han vulnerado de forma deliberada o por negligencia la normativa anticompetitiva. Subrayando nuevamente la irracionalidad de la doctrina del TJUE, dicho tribunal comunitario afirma que la sociedad matriz, para ser considerada responsable, no es necesario que esté implicada en la infracción anticompetitiva⁵⁷.

Esta afirmación jurisprudencial del TJUE en relación a la responsabilidad cuasi-automática vulnera al mismo tiempo el artículo 48.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, así como el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁸. Estos preceptos resultan aplicables a las sanciones (multas) derivadas de prácticas anticompetitivas, teniendo en cuenta que, como ha confirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dichas sanciones poseen una naturaleza jurídico-penal y que, aunque pueden ser

⁵⁶ Vid. en este mismo sentido GEHRING, S., KASTEN, B. y MÄGER, T.: „Unternehmensrisiko Compliance? Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften“ en *Corporate Compliance Zeitschrift. Zeitschrift zur Haftungsvermeidung im Unternehmen*, nº 1, 2013, pp. 1-40, p. 4 y THOMAS, S.: „Der Schutz des Wettbewerbs in Europa-welcher Zweck heiligt die Mittel?“ en *Juristenzeitung*, 2011, pp. 485-495, p. 483.

⁵⁷ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011, Rs. C-90/09 P, apartado 38, asunto *General Química y otros vs. Comisión*.

⁵⁸ Estos preceptos señalan casi con las mismas palabras que cualquier acusado de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

impuestas por una autoridad administrativa, en su caso han de ser revisadas por un tribunal independiente, que además está dotado de jurisdicción plena⁵⁹. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH y los preceptos citados que resultan aplicables en esta materia se debería de reconsiderar la responsabilidad automática y solidaria de la empresa matriz, eliminando la presunción de responsabilidad de la misma y estableciendo la responsabilidad personal en relación a las multas en materia anticompetitiva⁶⁰.

Las sanciones derivadas de ilícitos anticompetitivos se rigen por tanto por el principio de responsabilidad personal, que se diferencia esencialmente de las obligaciones en el ámbito del Derecho Privado⁶¹. A este particular cabe recordar que también respecto de las personas jurídicas cabe afirmar la titularidad de derechos y principios fundamentales⁶², por lo que una afectación de los mismos ha de adecuarse también a los principios vigentes en un Estado de Derecho. De ahí que, teniendo en cuenta estos principios vigentes en el modelo de Estado de Derecho, no parezca jurídicamente adecuado ni convincente justificar dicha responsabilidad solidaria o cuasi-automática en base a un concepto funcional de la normativa anticompetitiva o en base al principio de efectividad, tal y como lo hacen tanto la Comisión como los tribunales comunitarios⁶³.

⁵⁹ Vid. la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de Septiembre de 2011, arrêt Strasbourg, en el asunto *Affaire A. Menarini Diagnostics s.r.l. contra Italia* (requête n. 43509/98), apartado 44. La Sentencia está disponible en <http://es.scribd.com/doc/67594593/ECHR-Diagnostics> (última consulta: 4 de abril de 2013).

⁶⁰ Vid. en este mismo sentido ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “La sentencia del TEDH sobre la revisión judicial de las sanciones en Derecho de la Competencia: una ocasión para la próxima gran reforma del Derecho Europeo”, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.de/2011/10/la-sentencia-del-tedh-sobre-la-revision.html> (última consulta: 4 de abril de 2013).

⁶¹ En el cálculo de las multas en materia anticompetitiva se ha de tener en cuenta factores tales como la gravedad y naturaleza de la infracción, el volumen de negocios de la empresa que es sancionada y en su caso circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso, tales como un comportamiento reincidente.

⁶² Vid. en relación a la titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas GÓMEZ MONTORO, A. J.: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)” en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, nº 2, 2000, pp. 23-71 y VIDAL MARÍN, T.: “Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional” en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 1, 2007, pp. 1-18, en especial, p. 7. En la doctrina alemana destaca THOMAS, S.: „Der Schutz des Wettbewerbs in Europa- welcher Zweck heiligt die Mittel?“... *op. cit.*, p. 494, destacando que una decisión de una autoridad administrativa sin una base jurídica suficiente tendría un impacto negativo sobre la separación de poderes que se observa en los regímenes democráticos.

⁶³ En este mismo sentido, *vid.* ACKERMANN, T.: „Prävention als Paradigma: Zur Verteidigung eines effektiven kartellrechtlichen Sanktionssystems“ en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, nº 4, 2010, pp. 329-352, pp. 346 y ss.

La vulneración del principio de culpabilidad a la hora de sancionar a las empresas matrices por los ilícitos anticompetitivos derivados de los comportamientos de sus filiales resulta también evidente si se tiene en cuenta que en el ámbito jurídico, únicamente deberían de resultar destinatarios de obligaciones aquellos sujetos que pueden cumplir con dichas obligaciones y que, por tanto, pueden quedar vinculados por las mismas. En consecuencia, únicamente entidades jurídicas deberían de poder quedar vinculadas por obligaciones, y no entidades económicas que carecen de personalidad jurídica⁶⁴.

No convencen tampoco los argumentos aportados por la jurisprudencia comunitaria en relación a por qué la empresa matriz ha de responder por el ilícito ocasionado por su filial si no ha estado implicada en la conducta ilícita. El mero hecho de que la empresa matriz forme parte de la misma “unidad económica” que la filial parece que no puede ser la razón para explicar la responsabilidad de la matriz, ya que, de ser así, incluso podrían tener que responder los trabajadores y/o miembros del equipo de dirección de las empresas, que también forman parte de la unidad económica, de acuerdo con la definición establecida por la jurisprudencia comunitaria⁶⁵. Sin embargo resulta impensable en la práctica que los trabajadores de una empresa tengan que pagar una multa derivada de un ilícito anticompetitivo en el que ha participado la empresa en la que trabajan simplemente porque formen parte de la unidad económica. De ahí que se haya considerado que la doctrina de la jurisprudencia comunitaria en relación a la unidad económica no es suficientemente precisa como para poder imponer en base a la misma a personas naturales o jurídicas que formen parte de la misma una multa derivada de un ilícito anticompetitivo⁶⁶.

⁶⁴ Vid. en este sentido THOMAS, S.: “Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law” en *Journal of Competition Law & Practice*, Vol. 3, nº 1, 2012, pp. 11-28, p. 14, quien añade que la argumentación mantenida por los tribunales comunitarios, basada en la responsabilidad de la entidad económica, es formal- y legalmente falsa.

⁶⁵ Vid., por todos, el apartado 35 de la Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011, asunto C-90/09 P, caso *General Química*, en el que el Tribunal señala que “el Tribunal de Justicia ha precisado asimismo que, en este mismo contexto debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (Sentencias de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Rec. p. I-11987, apartado 40; Akzo Nobel y otros/Comisión, antes citada, apartado 55, y de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión, C-407/08 P, Rec. p. I-0000, apartado 64)”.

⁶⁶ Vid. en este sentido PIJNACKER HORDIJK, E. H. y EVANS, S. J. H.: “The Akzo Case: Up a Corporate Tree for Parental Liability for Competition Law Infringements. Case C-97/08 P, Akzo Nobel

Además es preciso recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las sanciones derivadas de ilícitos anticompetitivos tienen una naturaleza jurídico-penal⁶⁷, lo que implica- como ya anteriormente se ha mencionado- la vigencia de los principios de responsabilidad personal y el de personalización de las penas y de las sanciones, en relación a la pena que cabe imponer como consecuencia del ilícito anticompetitivo. La imposición de multas en este ámbito se diferencia por tanto de las multas impuestas en el ámbito del Derecho privado⁶⁸. Tampoco equivale a la naturaleza de responsabilidad por riesgo de las matrices en relación a sus filiales que se deriva de las Decisiones tanto de la Comisión como de los pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria⁶⁹.

and Others v Commission” en *Journal of Competition Law & Practice*, Vol. 1, nº 2, 2010, pp. 126-129, p. 128.

⁶⁷ El A. G. Sr. Yves Bot señala en el apartado 49 de sus Conclusiones en el Asunto C-352/09 P, caso *Thyssen Krupp Nirosta GmbH vs. Comisión Europea*, presentadas el 26 de Octubre de 2010, literalmente que “si bien es cierto que tal procedimiento no pertenece en sentido estricto a la materia penal, no lo es menos que el mismo tiene carácter cuasi-represivo. En efecto, las multas que prevé el artículo 23 del Reglamento nº 1/2003 son equiparables, por su naturaleza e importancia, a una sanción penal y la Comisión, habida cuenta de sus prerrogativas de investigación, instrucción y decisión, interviene principalmente de manera represiva frente a las empresas. Considero por ello que dicho procedimiento está incluido en la «materia penal» en el sentido del artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y debe, por tanto, observar las garantías previstas por el componente penal de la citada disposición”. En el apartado 161, al no compartir el planteamiento de la Comisión, el AG afirma más concretamente que “la Comisión vulnera el principio de responsabilidad personal y su corolario, el principio de personalización de las penas y de las sanciones, en el que se basa la imputabilidad de las prácticas colusorias ilícitas”. Además recuerda el AG que estos principios “constituyen garantías fundamentales del Derecho punitivo”. El principio de responsabilidad personal prevé que sólo se es responsable de los actos propios, mientras que el principio de personalización de las penas significa que sólo se puede imponer una pena al culpable. Decisiva es también la afirmación de que “estos principios se oponen a la responsabilidad de una persona física o jurídica que no ha sido ni autor ni cómplice de una infracción y constituyen, por tanto, sendos límites al ejercicio del *ius puniendi* de los poderes públicos (...)” (vid. apartado 162 y ss de las Conclusiones del A. G.).

⁶⁸ Vid. en sentido contrario por ejemplo KERSTING, C.: “Liability for Competition Law Infringements in a Group of Companies (Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern)” en *Der Konzern*, 14 de julio de 2011, pp. 1-29, p. 11 y siguientes, quien justifica la responsabilidad de las empresas matrices en este ámbito equiparándolo al Derecho de Sociedades alemán. Vid. acertadamente la opinión manifestada por ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y LIÑÁN, P.: “Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales” en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 43, 2012, pp. 229-250, p. 235 y ss., quienes recuerdan la exigencia de culpabilidad establecida en el artículo 23.2 a) del Reglamento 1/2003 y la incoherencia de la jurisprudencia comunitaria al fundamentar la responsabilidad de la matriz en el hecho de que la matriz y la filial forman una unidad económica, sin que resulte necesario demostrar la implicación personal de la matriz en la infracción.

⁶⁹ Vid. en este sentido PIJNACKER HORDIJK, E. H. y EVANS, S. J. H.: “The *Akzo Case*: Up a Corporate Tree for Parental Liability for Competition Law Infringements... *op. cit.*, p. 128 y siguientes y THOMAS, S.: “Guilty of a Fault that one has not Committed... *op. cit.*, p. 15. Vid. en sentido alternativo la propuesta efectuada por ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y LIÑÁN, P.: “Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación... *op. cit.*, pp. 245-250, quienes reconocen la admisión de un régimen de responsabilidad por hecho ajeno y proponen que en este ámbito, ya que se prevé una responsabilidad de la matriz por un hecho ajeno, que se contemple dicha responsabilidad bajo la doctrina conocida como “respondeat

Queda claro, por tanto, que la doctrina de la unidad económica (en base, recordemos, a la que tanto la Comisión como los tribunales comunitarios justifican la responsabilidad de las empresas matrices por los ilícitos anticompetitivos) entra en conflicto con el principio de responsabilidad personal (conocido también como *nulla poena sine culpa*), cuya aplicabilidad en el ámbito de las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos ha sido reconocida por el TJUE⁷⁰. Sin embargo, el aspecto problemático surge cuando se tiene en cuenta que de acuerdo con la opinión defendida por el TJUE, es suficiente que una de las personas jurídicas de la entidad económica hubiese vulnerado la normativa de defensa de la competencia de forma culposa o por negligencia para que dicha conducta sea considerada como una conducta llevada a cabo por la entidad económica, que es considerada como sujeto destinatario de las normas de defensa de la competencia. El argumento del TJUE únicamente resultaría válido si se previese que el principio de responsabilidad personal o, dicho en términos más generales, el principio de culpabilidad, se atribuyese, en el ámbito de los ilícitos anticompetitivos, a la entidad económica como tal, lo que no sucede en la práctica.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, los destinatarios de los derechos fundamentales previstos en la Carta de la Unión Europea⁷¹, incluyendo el principio de responsabilidad personal, son las personas físicas o jurídicas. La argumentación del TJUE no es aceptable porque vincula el principio de responsabilidad personal a la entidad económica, destacando, desde esta perspectiva, que es suficiente si se cumple con dicho principio en relación al ente

superior”, es decir, que se considere que la matriz responde por los ilícitos anticompetitivos porque controla a la filial y porque, en la mayoría de los supuestos, es más solvente que la filial. En relación a los sistemas de responsabilidad por hecho ajeno o vicaria en el Derecho español como consecuencia de una relación de agencia, dependencia u otras similares vid. SALVADOR CODERCH, P. y otros: “Respondeat Superior I” y “Respondeat Superior II. De la Responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización” en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2 y nº 3, 2002, disponible en www.indret.com.

⁷⁰ Vid., por todas, la Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011, asunto C-90/09 P, caso *General Química y otros vs. Comisión europea*, apartado 36, señalando que “cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esta infracción (sentencia *Akzo Nobel y otros/ Comisión*, apartado 56, y jurisprudencia citada)”.

⁷¹ El principio de responsabilidad personal se entiende incluido en el apartado primero del artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y este precepto se refiere como sujeto activo a “todos los acusados”, por lo que cualquier persona, ya sea física o jurídica, que pueda ser titular de un Derecho fundamental posee también una garantía a que dicho derecho le sea respetado.

colectivo y no a la empresa individualmente considerada⁷². La doctrina mantenida tanto por la Comisión como por la jurisprudencia comunitaria se fundamenta en una idea de “culpa colectiva”, es decir, cuando un determinado sujeto ha de responder por los ilícitos de otro sujeto simplemente porque ambos pertenecen al mismo grupo. Se sustituye la culpa de una persona considerada singularmente por una culpa ficticia del ente colectivo⁷³. El TJUE equipara por tanto una entidad económica a una empresa a efectos de aplicación del Derecho de la Competencia, imponiendo una sanción a la empresa matriz por pertenecer a la misma unidad económica, aunque realmente no sea un sujeto de Derecho⁷⁴. El problema surge porque sujetos imputables de cara a la normativa sancionadora son realmente las personas físicas o jurídicas, no las entidades económicas.

Por la naturaleza de Derecho fundamental del principio de responsabilidad personal o *nulla poena sine culpa*, es la interpretación de la noción de empresa o entidad económica la que debería de adaptarse a dicho principio y no al revés, como pretende llevarlo a cabo la jurisprudencia comunitaria. De este modo no se generaría un conflicto entre la interpretación de la noción de empresa y dicho principio de responsabilidad personal, tal y como ocurre actualmente con la concepción de unidad económica mantenida desde instancias europeas.

Lo realmente preocupante es que la imposición de la multa a la matriz (por ampliar el concepto de empresa a unidad económica) como consecuencia del comportamiento anticompetitivo de la filial, aparte de contrariar claramente el principio de personalidad de las penas y, por tanto, no tener en cuenta el elemento subjetivo fundamental del procedimiento sancionador, conlleva que se impone una sanción a una empresa como consecuencia del artículo 101 del Tratado de

⁷² Vid. en este sentido y criticando la Sentencia del TJUE en *General Química y otros vs Comisión*, WINCKLER, A.: “Parent’s Liability: New Case Extending the Presumption of Liability of a Parent Company for the Conduct of its Wholly Owned Subsidiary” en *Journal of Competition Law & Practice*, Vol. 2, nº 3, 2011, pp. 231-233, p. 233, afirmando radicalmente que “(...) one can be held liable without being guilty under European competition law”.

⁷³ Vid. en este sentido THOMAS, S.: “Guilty of a Fault that one has not Committed... *op. cit.*, p. 16, quien señala que a pesar de que el Tribunal General en el caso *Thyssen Krupp Elevators and Escalators* lo define como una forma de “armonizar el principio de responsabilidad personal con la noción de empresa”, sigue siendo una teoría de culpa colectiva aplicada a un grupo de personas jurídicas. A la empresa matriz se le estaría privando de la titularidad de este Derecho fundamental conocido como *nulla poena sine culpa*.

⁷⁴ En este sentido, vid. también HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: “La determinación de la responsabilidad de la sociedad matriz por conductas anticompetitivas realizadas por una filial; ¿de vuelta al buen camino? Comentario de la STJUE de 29 de septiembre de 2011 “Elf-Aquitaine contra Comisión Europea” en *Revista Deloitte News*, nº 67, 2012, pp. 41-51, p. 46.

Funcionamiento de la Unión Europea teniendo en cuenta la estructura determinada de la que forma parte y no el hecho ilícito en sí.

2. Presunción de inocencia (*in dubio pro reo*)

De acuerdo con lo que ya se ha afirmado con anterioridad, el hecho de que actualmente la empresa matriz responda solidariamente por los ilícitos anticompetitivos que hayan podido ocasionar las filiales significa que los tribunales comunitarios dan por supuesto que la empresa matriz ejerce cierta influencia sobre la filial por el hecho de poseer el 100% de sus acciones, a pesar de contemplar este requisito como una presunción *iuris tantum*. En consecuencia cabe recordar que en la práctica este régimen opera *iuris et de iure*, puesto que será casi imposible probar lo contrario⁷⁵, con independencia de que la matriz hubiese intentado evitar un ilícito de tales características a través de la implementación de programas de cumplimiento o aún cuando no se observe ninguna conducta culposa ni negligente por su parte⁷⁶. De acuerdo con la opinión defendida actualmente tanto por la Comisión como por los Tribunales comunitarios, la empresa matriz únicamente podría librarse de la multa impuesta por la Comisión si es capaz de demostrar que entre ella y la filial no existe ningún vínculo estructural, económico ni jurídico, sin ser suficiente demostrar que no tenía conocimiento ni influyó en el comportamiento anticompetitivo de la filial o que la filial obró de forma totalmente independiente a la matriz⁷⁷. Resulta obvio que demostrar la inexistencia de cualquier vínculo estructural, económico o jurídico es imposible en el caso de tratarse de una filial en la que el 100% (o casi el 100%) de las acciones pertenecen a la matriz. Por tanto, se está vulnerando la presunción de inocencia de la empresa

⁷⁵ En relación a la presunción *iuris tantum* vid. también, resumiendo la jurisprudencia citada en el anterior apartado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de Julio de 2012, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, asunto *Alliance One*, apartados 44 y siguientes. En el apartado 47 el TJUE señala expresamente que “(...) basta con que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de ésta para que pueda presumirse que aquélla ejerce efectivamente una influencia decisiva en la política comercial de esa filial (...)”.

⁷⁶ Vid. KLING, M.: „Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen“ en *Wettbewerb in Recht und Praxis*, nº 4, 2010, pp. 506-518, p. 510.

⁷⁷ A diferencia de lo que sucedía en el caso *Stora*, donde se defendía una sanción frente a la empresa matriz cuando ésta había ejercido una influencia dominante en el comportamiento de la filial. De cierto modo e indirectamente, la matriz había también coadyuvado a que tuviese lugar la conducta anticompetitiva.

matriz al defender este punto de vista, cuando precisamente el TJUE afirmó la vigencia de este principio en las sanciones derivadas de ilícitos anticompetitivos⁷⁸.

Sin embargo, la Abogada General Kokott afirma, en consonancia con sus Conclusiones Generales en el caso *Alliance One International*⁷⁹, que no se trata de una “presunción de culpa” de la empresa matriz, sino más bien de “confirmar una obviedad”⁸⁰, refiriéndose a que la empresa matriz influye en los comportamientos de la o de las filiales. A efectos prácticos esto conlleva que, en perjuicio de la matriz, se produce un riesgo puramente aleatorio y muy difícilmente controlable, pues que no pueden conocer a fondo los comportamientos de la filial si no ejercen esa influencia que el TJUE presupone. Este riesgo se materializa en un ilícito anticompetitivo cuando cualquier miembro de cualquier filial de una empresa matriz vulnera la normativa anticompetitiva y únicamente se podría intentar mitigarlo por parte de la matriz a través de los programas de cumplimiento-*compliance*-, siendo la implementación de un programa de estas características, por razones obvias, una forma “limitada” o “incompleta” de prever los factores de riesgo, ya que la puesta en práctica de los programas dependerá de cada uno de los miembros de la empresa, tanto de la matriz como de la filial. De esta manera se estaría incurriendo también en una vulneración del principio de separación de responsabilidades o del hecho de que cada cual responderá por sus propios hechos, además de la presunción de inocencia, resultando esta vulneración difícilmente justificable en el marco de un régimen sancionador que no tiene en cuenta ningún elemento subjetivo y en aras a una supuesta finalidad preventiva de nuevos ilícitos anticompetitivos⁸¹.

No resulta coherente por tanto que la jurisprudencia comunitaria afirme por una parte que la empresa matriz está obligada a garantizar que sus filiales cumplan

⁷⁸ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de Julio de 1999, asunto C-199/92 P, caso *Hüls y otros vs. Comisión*, apartado 65. Incluso la Abogada General Kokott reconoció en sus Conclusiones presentadas el 19 de Julio de 2009, en el asunto C-8/08, caso *T-Mobile Netherlands BY y otros*, apartado 93, la aplicabilidad de la presunción de inocencia en materia de defensa de la competencia.

⁷⁹ Vid. Conclusiones de la A. G. Sra. Juliane Kokott presentadas el 12 de Enero de 2012 en los asuntos acumulados C-628/10 y C-14/11 P, caso *Alliance One International Inc. y otros vs. Comisión Europea y otros*, especialmente los apartados 170 y 173.

⁸⁰ Vid. KOKOTT, J. y DITTERT, D.: „Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellverhalten ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte“ en *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 7, 2012, pp. 670-683, p. 675.

⁸¹ Vid. en este sentido GEHRING, S., KASTEN, B. y MÄGER, T.: „Unternehmensrisiko Compliance?... op. cit., p. 4, señalando que una empresa matriz que cumpla con su obligación de implementar dichos programas de cumplimiento en materia anticompetitiva, tanto en la matriz como en la filial o en las filiales, debería de poder evitar una multa.

con la normativa anticompetitiva, cuando por otra parte no se da importancia ni se diferencia, de cara a la determinación de la responsabilidad, entre la situación resultante en la que la matriz ha intentado por todas las posibles vías evitar que las filiales incurran en una vulneración de la normativa anticompetitiva y aquella en la que la empresa matriz no ha hecho nada por evitar la conducta anticompetitiva⁸². De ahí que se haya considerado que esta práctica de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria generan incentivos que desembocan en una “prevención disfuncional” en relación a la intención que pueda existir por parte de las empresas matrices por evitar los ilícitos anticompetitivos⁸³. Además, tal y como ha señalado la Comisión en el apartado cuarto de sus Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) nº 1/2003⁸⁴, la misión de vigilancia del cumplimiento de las normas europeas de defensa de la competencia que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea confiere a la Comisión no consiste únicamente en instruir y, en su caso, imponer una multa cuando la empresa o asociación de empresas vulnera la normativa anticompetitiva europea deliberadamente o por negligencia, con el fin de que la conducta ilícita cese. Antes bien hay que tener asimismo en cuenta que el otro aspecto incluido en la misión de la Comisión de hacer cumplir el Tratado es precisamente la función disuasoria, es decir, la prevención de los ilícitos anticompetitivos mediante orientaciones en este sentido en relación a un cumplimiento por parte de las empresas de la normativa anticompetitiva⁸⁵. Al no tener en cuenta ni la

⁸² Vid. el apartado 101 de la Sentencia del Tribunal General de 2 de Febrero de 2012, Rs. T-77/08, en el asunto *Dow Chemical vs. Comisión Europea*, en el que el tribunal afirma que “moreover, the Court considers that as a result of the parent company’s power of supervision, the parent company has a responsibility to ensure that its subsidiary complies with the competition rules. An undertaking which has the possibility of exercising decisive influence over the business strategy of its subsidiary may therefore be presumed, in the absence of proof to the contrary, to have the possibility of establishing a policy aimed at compliance with competition law and to take all necessary and appropriate measures to supervise the subsidiary’s commercial management. Mere failure to do so by the shareholder with a power of supervision over such matters cannot in any event be accepted as a ground on which he can decline his liability. Accordingly, since any gains resulting from illegal activities accrue to the shareholders, it is only fair that those who have the power of supervision should assume liability for the illegal business activities of their subsidiaries”.

⁸³ Vid. GEHRING, S., KASTEN, B. y MÄGER, T.: „Unternehmensrisiko Compliance?... *op. cit.*, p. 3.

⁸⁴ Este precepto señala que “mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia, infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado” (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Las Directrices para el cálculo de las multas están disponibles en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:ES:PDF> (última consulta: 5 de abril de 2013).

⁸⁵ Vid. en este mismo sentido las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de Junio de 1983, en el caso *Musique Diffusion française y otros vs. Comisión*, asuntos acumulados 100/80 a 103/80,

implementación de este tipo de programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia ni, especialmente, el hecho de que una empresa matriz haya podido no influir en la conducta anticompetitiva de su filial a pesar de poseer el 100% de sus acciones es altamente probable que en la práctica se observe una falta de inversión por parte de las empresas en lo que respecta a medidas de prevención, pudiendo esto llevar a su vez a un mayor número de ilícitos anticompetitivos y, al mismo tiempo, a importantes perjuicios económicos para los afectados por dichos ilícitos (por ejemplo, otros competidores y, en última instancia, los consumidores)⁸⁶.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de afirmar en relación a los programas de cumplimiento, no convence el argumento relativo a la necesidad de imputar un ilícito anticompetitivo a la entidad económica en sí como mecanismo para garantizar un nivel de disuasión “óptimo” de cara a futuros comportamientos empresariales contrarios a la libre competencia⁸⁷. El TJUE ha afirmado reiteradamente en *Akzo, General Química* y en *Thyssen Krupp* que no es necesario

Rec. p. 1825, apartado 105 y la de 28 de Junio de 2005, en el caso *Dansk Rørindustri A/S y otros vs. Comisión*, asuntos acumulados C- 189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 y C-213/02 P, Rec. 2005, p. I-5425, apartado 170.

⁸⁶ En relación a la falta de incentivos para que las empresas inviertan en programas de cumplimiento como consecuencia de que la autoridad de competencia no los tenga en cuenta a la hora de imponer una multa o de considerar a la empresa matriz responsable del ilícito anticompetitivo cometido por la filial vid. SOKOL, D.: “Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement” en *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, 2012, pp. 201-240, quien afirma en la página 225 que “(...) practitioners believe that the DOJ treats any compliance program that does not halt all cartel activity as a failed compliance program. The problem with such a policy is that it creates incentive for underinvestment in compliance (...)”, incidiendo también en que las Directrices estadounidenses relativas a la imposición de multas derivadas de ilícitos anticompetitivos contemplan justo lo contrario, es decir, que una vulneración de la normativa anticompetitiva no es un indicio automático de un programa de cumplimiento insuficiente o ineficaz. Un ejemplo real en este sentido y en relación a los programas de cumplimiento lo muestra un reciente estudio publicado en Estados Unidos por la *Society of Corporate Compliance and Ethics*, que muestra que la mayoría de los que respondieron a la encuesta (un 88%) indicaron claramente que este tipo de programas se vería beneficiado si la autoridad competente los tuviese en cuenta a la hora de decidir sobre las consecuencias jurídicas de las conductas anticompetitivas. Vid. un resumen del estudio en <http://www.corporatecompliance.org/Resources/View/smid/940/ArticleID/791.aspx> (última consulta: 6 de abril de 2013). De hecho, teniendo en cuenta la complejidad que supone implementar un programa de tales características resulta difícil comprender la argumentación del Tribunal General. Vid., en relación a la complejidad de dichos programas en materia anticompetitiva, HECKENBERGER, W.: “Interne Untersuchungen bei Kartellrechtsverstößen” en MOOSMAYER, K. y HARTWIG, N. (Edit.): *Interne Untersuchungen. Praxisleitfaden für Unternehmen*, Múnich, 2012, pp. 139-156.

⁸⁷ El argumento se apoya en la concepción de que los grupos de empresas económicamente fuertes tienen que hacer frente a multas potencialmente altas, para que así se logre el efecto deseado disuasorio con respecto a las conductas anticompetitivas, por lo que el límite máximo del diez por ciento del volumen de negocios previsto en el artículo 23 del Reglamento 1/2003 se ha de poner en relación con la facturación del grupo o de la unidad económica. Vid. en este sentido ACKERMANN, T.: “Prävention als Paradigma: Zur Verteidigung eines effektiven kartellrechtlichen Sanktionssystems” en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, nº 4, 2010, pp. 329- 352, p. 343 y ss.

que la Comisión demuestre que la empresa matriz ha participado en la conducta anticompetitiva de la filial para que resulte responsable por dicha conducta⁸⁸. Partiendo de esta base resulta difícil de establecer de qué comportamiento activo u omisivo se pretende disuadir a la empresa matriz. Al contrario, desde el punto de vista de la empresa matriz resultaría incluso una multa de carácter sorpresivo, ya que no depende de su comportamiento, a pesar de que hubiese implementado en el seno del grupo económico⁸⁹.

De ahí que la doctrina de la unidad económica tenga el perverso efecto en este ámbito de que una empresa matriz, que ha vulnerado la normativa anticompetitiva de manera intencionada ha de responder por dicha vulneración de igual manera que una empresa matriz que no ha tenido nada que ver con la conducta anticompetitiva de una filial, que ni siquiera tenía conocimiento de dicha conducta o que incluso ha intentado por todos los medios posibles evitar dicha conducta ilícita⁹⁰. En este último caso faltaría incluso una justificación de la sanción impuesta a la empresa matriz, ya que, en el caso de considerar que tiene una obligación (teniendo precisamente en cuenta la influencia directa que puede ejercitar sobre el comportamiento de la filial) de emplear todos los medios a su alcance para evitar comportamientos anticompetitivos por parte de la filial, no estaría justificado sancionar a la matriz si ha cumplido con todos los deberes relativos a los programas de cumplimiento intragrupo⁹¹. Por definición, las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos son una reacción frente a dicha conducta ilícita⁹², lo que es difícilmente concebible en el supuesto de responsabilidad solidaria de la matriz por un comportamiento de la filial cuando éste último ha sido un comportamiento autónomo de la filial y por tanto la matriz no tenía

⁸⁸ Recordemos, basta con la acreditación de cualquier vínculo estructural, económico o jurídico de acuerdo con la más reciente línea jurisprudencial.

⁸⁹ Es conocida la postura de la Comisión en relación a la no aceptación de los programas de cumplimiento como factores a tener en cuenta a la hora de determinar la multa derivada de un ilícito anticompetitivo. Vid. la Decisión de la Comisión de 31 de Mayo de 2006 en el caso *Methacrylates* (COMP/F/38.645), apartados 386 y 387 y Decisión de la Comisión de 21 de Febrero de 2007 en el caso *PO/ Elevators and Escalators* (COMP/E-1/38.823), apartado 688. Vid. también la postura reafirmada de la Comisión en 2012, en el folleto denominado “Compliance matters”, disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html (última consulta: 12 de abril de 2013).

⁹⁰ Este tipo de programas han sido incluso considerados como agravante. Vid. Decisión de la Comisión de 14 de Octubre de 1998, caso *British Sugar* OJ 1999 L 76/1, apartado 208.

⁹¹ Vid. en este mismo sentido PIJNACKER HORDIJK, E. y EVANS, S. J. H.: “The *Akzo* Case... *op. cit.*, p. 128, quienes señalan que “the problem remains that the economic entity theory constitutes a dubious ground on which to base what in real terms amounts to risk liability for the parent company over all of its subsidiaries in EU competition matters”.

⁹² Vid. el artículo 23 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de Diciembre de 2002.

conocimiento alguno de las decisiones o actuaciones de la filial que dieron lugar a una infracción de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

En este caso no se cumpliría ni la función sancionadora que tienen las multas, ya que realmente la empresa matriz no ha vulnerado ningún precepto comunitario, ni tampoco la función de disuasión, ya que la empresa matriz no puede evitar una conducta que ni sabe en qué va a consistir ya que no depende de ella misma⁹³. Al hilo de este razonamiento resulta útil mencionar el parágrafo 130 del *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG, Ley general alemana sobre ilícitos administrativos), que resulta aplicable en materia de defensa de la competencia y que señala que se impondrá una multa únicamente en el supuesto en que el dueño o equipo directivo de una empresa omite de forma dolosa o por negligencia las acciones de supervisión (incluyendo programas de cumplimiento) necesarias para evitar la concurrencia de un hecho ilícito en el seno de la empresa⁹⁴.

Esto explicaría además por qué en general no se prevé en el Derecho Penal ningún ámbito en el que se atribuya la responsabilidad a un sujeto sin que éste hubiera participado de alguna manera en la vulneración de la norma⁹⁵. Por tanto, cabe afirmar claramente que la doctrina de la entidad económica entra en conflicto con la presunción de inocencia de la empresa matriz, al presumir el TJUE, entre otros en el citado caso *Akzo*, que una empresa que posee el 100% del capital social de otra ejerce una influencia decisiva sobre la conducta de su filial y, por tanto, puede ser considerada también responsable del ilícito anticompetitivo de la filial⁹⁶, resultando así, *de facto*, una aplicación de lo que podría denominarse *in dubio contra reo*.

⁹³ En relación a los programas de cumplimiento como mecanismos para que la matriz intente evitar un comportamiento anticompetitivo por parte de la filial, *vid.* HOFSTETTER, K. y LUDESCHER, M.: “Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law. Setting Incentives for Best Practice Compliance” en *World Competition*, Vol. 33, n°1, 2010, pp. 55-74, p. 64.

⁹⁴ §130 *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*: „(1) Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen. (...)“

⁹⁵ *Vid.* en este mismo sentido THOMAS, S.: “Guilty of a Fault that one has not Committed... *op. cit.*, p. 17.

⁹⁶ De esta manera la Comisión, a la hora de imponer una multa por la infracción anticompetitiva, no ha de probar que realmente la matriz tiene la posibilidad de influir en la conducta de la filial y que realmente se ha observado dicha influencia decisiva sobre el comportamiento de la filial y la matriz no puede probar el carácter autónomo que ha tenido la conducta de su filial en la práctica.

IV.- Posible alternativa frente a la postura de la Comisión y la Jurisprudencia comunitaria: la doctrina alemana de separación de responsabilidades entre la empresa matriz y la filial

El Tribunal Constitucional alemán declaró ya tempranamente, en una Sentencia del año 1966, que la doctrina de la unidad económica no era admisible para imponer multas a las empresas como consecuencia de ilícitos anticompetitivos, destacando por tanto la importancia de la aplicación del principio *nulla poena sine culpa* en este ámbito⁹⁷. El Tribunal Constitucional alemán afirmó claramente que se vulneraba el principio de personalidad de las sanciones si se atribuía la responsabilidad por haber vulnerado un precepto del Derecho de la competencia a una empresa distinta a la que realmente había llevado a cabo el comportamiento anticompetitivo. De acuerdo con el razonamiento del Tribunal Constitucional alemán, en caso contrario se estaría privando a la empresa matriz del derecho fundamental *nulla poena sine culpa*, es decir, de su derecho a recibir únicamente una sanción como consecuencia de un ilícito anticompetitivo si se logra probar una participación culposa de dicha empresa en el comportamiento anticompetitivo.

Esta misma idea, ya expuesta por el Tribunal Constitucional alemán en la década de los sesenta, es a la que hemos llegado en el apartado anterior de este trabajo. A continuación se va a explicar además el régimen vigente actualmente en Alemania, que acertadamente lleva a excluir la responsabilidad de las matrices en relación a las multas que se puedan derivar de ilícitos anticompetitivos de sus filiales e, incluso, en relación a la responsabilidad civil que pueda surgir de las conductas anticompetitivas de las filiales, siempre que, en ambos supuestos, los órganos decisorios de la empresa matriz no hubiesen participado en la conducta infractora ni hubiesen vulnerado su deber de vigilancia.

Las multas que pueda imponer la autoridad de competencia alemana (*Bundeskartellamt*) como consecuencia de un ilícito anticompetitivo se rigen por la

⁹⁷ Vid. Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 25 de Octubre de 1966, Caso 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323.

normativa vigente en materia genérica de ilícitos anticompetitivos (*OWiG*)⁹⁸, de acuerdo con la que se respetará el principio de culpabilidad o de personalidad de las sanciones⁹⁹. Para respetar dicho principio de culpabilidad se tendrá que valorar si el equipo directivo u órgano representativo de la empresa en cuestión ha actuado de forma culposa o negligente y en nombre de dicha empresa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 *OWiG*¹⁰⁰. Para que el ilícito anticompetitivo pueda ser imputado a la empresa matriz, los miembros (personal directivo o representativo) de dicha empresa matriz han tenido que haber participado en dicha conducta anticompetitiva o bien no cumplir con su deber de supervisión de la licitud de las conductas de la filial, en virtud del artículo 130 *OWiG*¹⁰¹.

Además, con la Séptima Reforma de la Ley de defensa de la competencia alemana (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*) de 2005 se introdujo en el § 81.4, segunda frase, un precepto que señala que el límite del importe de las multas a imponer como consecuencia del ilícito anticompetitivo será el diez por ciento del volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. Este precepto ha de ser interpretado como una norma que determina el límite máximo para el cálculo de las multas, y no como una atribución de la responsabilidad a la matriz¹⁰². Por tanto, en relación a una posible atribución

⁹⁸ Vid. *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)*, de 24 de Mayo de 1968 (última reforma de 29 de Julio de 2009).

⁹⁹ Aparte de la Sentencia citada de 1966, el Tribunal Constitucional alemán volvió a confirmar en la Sentencia de 25 de Octubre de 2005, caso *Bertelsmann-Liesebrink*, BVerfGE 20, 323, que dicho principio de culpabilidad en relación a las sanciones posee una naturaleza constitucional.

¹⁰⁰ En relación a la posibilidad de atribuir a una persona jurídica la responsabilidad como consecuencia del hecho ilícito de una persona que represente la empresa vid. ACHENBACH, H.: “Die Kappungsgrenze und die Folgen- Zweifelsfragen des § 81 Abs. 4 GWB” en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, nº 1, 2009, pp. 3-25, p. 9 y ss.

¹⁰¹ Vid. en este sentido BÜRGER, C.: „Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstöße ihrer Tochter nach deutschem Recht“ en *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 2, 2011, pp. 130-140, p. 133 y ss. Una descripción concreta de los ilícitos anticompetitivos se prevé en el § 81, apartados 1 a 3, que, a pesar de prever como sujetos activos a las empresas, se entiende que, al prever el requisito subjetivo de la culpabilidad para poder sancionar como consecuencia de dicho ilícito, serán las personas físicas que representen a la empresa quienes actuarán vulnerando la normativa anticompetitiva. A estas personas que formen parte del equipo directivo de la empresa se les otorga una denominada “propiedad corporativa” en el § 9 *OWiG*, pudiéndose atribuir en consecuencia el hecho ilícito anticompetitivo a la empresa en sí en virtud del § 30 *OWiG*.

¹⁰² Vid. en relación a las directrices de cálculo de las multas en el Derecho de la Competencia alemán MUNDT, A.: “Die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes” en *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 5, 2007, pp. 458-470. En relación a la exclusión de la responsabilidad automática de la matriz por los ilícitos anticompetitivos de la filial en virtud del § 81.4 *GWB* vid. WAGNER, E.: „Die Übernahme der europäischen 10%-Regel für Geldbußen bei Kartellverstößen schafft einen verfassungsrechtlich fremdwürdigen Fremdkörper im deutschen Recht“ en *Europäisches Wirtschafts- und Strafrecht*, 2006, pp. 251- 257, p. 255 y ss y también DANNEKER, G. y BIERMANN: „§ 81“ en IMMENGA, U. y

de responsabilidad a la matriz hay que tener en cuenta la normativa explicada en relación a los ilícitos administrativos, de acuerdo con la que la empresa matriz no responde por los ilícitos anticompetitivos de su filial, salvo en los supuestos en los que algún miembro de la matriz hubiese participado en la conducta ilícita o cuando la matriz no hubiera cumplido con sus obligaciones de supervisión. Resultará por tanto esencial en la práctica diferenciar entre la legitimación pasiva para poder ser sancionado con una multa como consecuencia de una vulneración de la normativa anticompetitiva y el volumen global de negocios que ha de contemplarse de cara al cálculo de la multa.

En conclusión cabe afirmar, de acuerdo con la normativa alemana vigente, que el *Bundeskartellamt* únicamente podrá imponer una multa a una empresa¹⁰³ si un miembro del equipo directivo de la misma hubiese vulnerado la normativa de defensa de la competencia¹⁰⁴. Se excluye por tanto la posibilidad de imponer una multa a la empresa matriz en el caso en que los miembros de la filial hubiesen llevado a cabo la conducta ilícita. La empresa matriz y la filial responderán separadamente por sus propios comportamientos ilícitos y no de forma solidaria, como se deriva de las Decisiones de la Comisión y de la jurisprudencia última de los tribunales comunitarios.

V.- Conclusión

El análisis de la jurisprudencia actual del Tribunal General y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como de la política que aplica la Comisión actualmente en relación a las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos muestra que esta actual doctrina europea está en conflicto con los principios de responsabilidad personal de las sanciones (*nulla poena sine culpa*) y con el principio de presunción de inocencia (*in dubio pro reo*). La solución ideal debería de consistir en la imposición de multas separadas, frente a la empresa matriz y a la filial en su caso, siempre y cuando ambas hubiesen vulnerado la normativa de defensa de la competencia, y cada una de las multas calculada en función de la

MESTMÄCKER, E.-J.: *Wettbewerbsrecht, GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, Múnich, 2007, pp. 1987-2159, p. 2022 y ss.

¹⁰³ Lo mismo resulta aplicable en el supuesto de una asociación de empresas.

¹⁰⁴ *Vid.* en este sentido BÜRGER, C.: „Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstöße ihrer Tochter nach deutschem Recht“... *op. Cit.*, p. 135 y s.

verdadera responsabilidad que hubiese tenido la empresa infractora en cuestión y de acuerdo con su volumen de ingresos individualmente considerado. Los principios citados han de ser respetados como Derechos fundamentales también con respecto a la imposición de multas derivadas de ilícitos anticompetitivos, teniendo en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la naturaleza jurídico-penal de dichas sanciones.

VI.- Bibliografía

- ACHENBACH, H.: "Die Kappungsgrenze und die Folgen- Zweifelsfragen des § 81 Abs. 4 GWB" en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, nº 1, 2009, pp. 3-25.
- ACKERMANN, T.: „Prävention als Paradigma: Zur Verteidigung eines effektiven kartellrechtlichen Sanktionssystems“ en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, nº 4, 2010, pp. 329-352.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y LIÑÁN, P.: "Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales" en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 43, 2012, pp. 229-250.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "La sentencia del TEDH sobre la revisión judicial de las sanciones en Derecho de la Competencia: una ocasión para la próxima gran reforma del Derecho Europeo", disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.de/2011/10/la-sentencia-del-tedh-sobre-la-revision.html>
- BÜRGER, C.: „Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstöße ihrer Tochter nach deutschem Recht“ en *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 2, 2011, pp. 130-140.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., "La corresponsabilidad de la matriz por infracción de la filial en el Derecho de la competencia. Un análisis de la última jurisprudencia del TJUE", Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional UAM de Derecho de la Unión Europea*, Universidad Autónoma de Madrid, 14 y 15 de julio de 2011, pág. 20.

- DANNEKER, G. y BIERMANN: „§ 81“ en IMMENGA, U. y MESTMÄCKER, E.-J.: *Wettbewerbsrecht, GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, München, 2007, pp. 1987-2159, p. 2022 y ss.
- GEHRING, S., KASTEN, B. y MÄGER, T.: „Unternehmensrisiko Compliance? Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften“ en *Corporate Compliance Zeitschrift. Zeitschrift zur Haftungsvermeidung im Unternehmen*, nº 1, 2013, pp. 1-40.
- GÓMEZ MONTORO, A. J.: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)” en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, nº 2, 2000, pp. 23-71.
- HECKENBERGER, W.: “Interne Untersuchungen bei Kartellrechtsverstößen” en MOOSMAYER, K. y HARTWIG, N. (Edit.): *Interne Untersuchungen. Praxisleitfaden für Unternehmen*, München, 2012, pp. 139-156.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: “La determinación de la responsabilidad de la sociedad matriz por conductas anticompetitivas realizadas por una filial; ¿de vuelta al buen camino? Comentario de la STJUE de 29 de septiembre de 2011, ‘Elf-Aquitaine contra Comisión Europea’”, *Revista Deloitte News*, nº 67, 2012, pp. 41-51.
- HOFSTETTER, K. y LUDESCHER, M.: “Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law. Setting Incentives for Best Practice Compliance” en *World Competition*, Vol. 33, nº1, 2010, pp. 55-74.
- HUMMER, C., “Alliance One: General Court overturned parental liability of a pure financial holding company”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, Vol. 2 (1), pp. 126 y ss.
- KERSTING, C.: “Liability for Competition Law Infringements in a Group of Companies (Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern)” en *Der Konzern*, 14 de julio de 2011, pp. 1-29.
- KLING, M.: “Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen” en *Wettbewerb in Recht und Praxis*, nº 4, 2010, pp. 506-518.

- KOKOTT, J. y DITTERT, D.: „Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte“ en *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 7, 2012, pp. 670-683.
- M. TIERNO CENTELLA/M. PINO/J. KLOUB, “Cartel fined in the gas insulated switchgear sector”, *Competition Policy Newsletter*, 2007-2, p 43 y ss.
- MUNDT, A.: “Die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes” en *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 5, 2007, pp. 458-470.
- PIJNACKER HORDIJK, E. H. y EVANS, S. J. H.: “The Akzo Case: Up a Corporate Tree for Parental Liability for Competition Law Infringements. Case C-97/08 P, Akzo Nobel and Others v Commission” en *Journal of Competition Law & Practice*, Vol. 1, nº 2, 2010, pp. 126-129.
- RUIZ PERIS, J. I., *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SALVADOR CODERCH, P. y otros: “Respondeat Superior I” y “Respondeat Superior II. De la Responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización” en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2 y nº 3, 2002, disponible en www.indret.com.
- SOKOL, D.: “Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement” en *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, 2012, pp. 201-240.
- SVETLICINII, A., “Who is to blame? Liability of ‘Economic Units’ for infringements of EU Competition Law”, *European Law Reporter*, 2011, Vol. 2(2), pp. 52 y ss.
- THOMAS, S.: “Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law” en *Journal of Competition Law & Practice*, Vol. 3, nº 1, 2012, pp. 11-28.
- THOMAS, S.: „Der Schutz des Wettbewerbs in Europa- welcher Zweck heiligt die Mittel?“ en *Juristenzeitung*, 2011, pp. 485-495.
- VIDAL MARÍN, T.: “Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional” en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 1, 2007, pp. 1-18.

- WAGNER, E.: „Die Übernahme der europäischen 10%-Regel für Geldbußen bei Kartellverstößen schafft einen verfassungsrechtlich fremdwürdigen Fremdkörper im deutschen Recht“ en *Europäisches Wirtschafts- und Strafrecht*, 2006, pp. 251- 257, p. 255 y ss.
- WAHL, N., “Parent Company Liability – A Question of Facts or Presumption?” (June 7, 2012). *19th St. Gallen International Competition Law Forum ICF - June 7th and 8th 2012*. Disponible en el repositorio de SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2206323>.
- WINCKLER, A., “Fines: New Case extending Company Liability in the name of the ‘Economic Unit’ concept and reversing prior case law on Admissible Arguments”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, Vol. 2(1), pp. 34 y ss.
- WINCKLER, A.: “Parent’s Liability: New Case Extending the Presumption of Liability of a Parent Company for the Conduct of its Wholly Owned Subsidiary” en *Journal of Competition Law & Practice*, Vol. 2, nº 3, 2011, pp. 231-233.