

**CUATRECASAS**  
ABOGADOS



**BIBLIOTECA JURIDICA CUATRECASAS**

ISBN 84-8002-786-X



9 788480 027861

17

*El privilegio del grupo*



**Juan Ignacio Ruiz Peris**

*El privilegio  
del grupo*

**BIBLIOTECA JURIDICA CUATRECASAS**

Dirigida por: F. Vicent Chuliá



***El privilegio  
del grupo***

**JUAN IGNACIO RUIZ PERIS**

Doctor en Derecho  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Miguel Hernández

**tirant lo blanch**

Valencia, 1999

Copyright © 1999

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

*Para Alida, esposa y amiga.  
Para mis padres de cuya compañía gozo*

© JUAN IGNACIO RUIZ PERIS

● TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: tlb@tirant.com  
<http://www.tirant.com>  
DEPOSITO LEGAL: V - 658 - 1999  
I.S.B.N.: 84 - 8002 - 786 - X  
IMPRIME: GUADA LITOGRAFIA, S.L. - PMc

## AGRADECIMIENTOS

---

Considero la gratitud como uno de los mas hermosos sentimientos. Es por ello que concluido este trabajo deseo mostrarla a todos aquellas personas e instituciones que me ayudaron en su elaboración, agradeciéndoles en unos casos, la lectura del texto, en otros la puesta a mi disposición de sus fondos bibliográficos o de sus decisiones, o aun en otros su ayuda material y colaboración técnica.

De entre todos quiero destacar aquí a la Fundación Alexander von Humboldt, gracias a cuyo patrocinio esta investigación fue posible, a la Universidad de Valencia que financió el Proyecto de Investigación «Trabajo de campo respecto a las aplicaciones comparadas del principio de unidad económica de los grupos de sociedades en el Derecho de la competencia» que me permitió conocer la opinión sobre la cuestión de los principales órganos de defensa de la competencia europeos, al Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht de Hamburgo de cuyos magníficos fondos extraje gran parte de la bibliografía utilizada y al Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont» de la Universidad de Valencia, cuya biblioteca refundada por D. Manuel fue mi amparo en España.

Mi deuda será siempre impagable con el Prof. Dr. Vicente Cuñat Edo quien me apoyó de forma constante en todo el largo período de elaboración de este libro y con el Prof. Dr. Dr. (h. c.) Klaus J. Hopt quien primero en Munich y luego en Hamburgo puso a mi disposición todos los medios necesarios.

Debo agradecer igualmente al Prof. Dr. Francisco Vicent Chuliá la amable inclusión de mi obra en la prestigiosa colección Cuatrecasas.

A todos los demás, los que en primer lugar y de forma decisiva me alentaron a solicitar la beca Alexander von

Humboldt, los que me ayudaron en todo momento y de forma desinteresada en Hamburgo, especialmente durante la época de mi primera operación y convalecencia, los que compartieron conmigo su saber en conversaciones profundas y críticas, quiero darles muestra de mi mas profunda gratitud. Ellos saben quienes son.

## PRÓLOGO

---

A menudo se nos ofrece prologar un libro en el ámbito académico, dentro de las relaciones de colaboración que unen a los que nos dedicamos a la Universidad, y de algún modo contribuimos a nuestra mutua formación con ese intercambio propio de la relación entre quienes acaban de llegar y quienes somos ya algo más antiguos en la actividad académica.

En efecto, el objeto del prólogo acostumbra a ser la presentación de la tesis doctoral, una realidad a cuyo nacimiento hemos asistido y que se incardina en un proceso de formación apenas iniciado. Trabajo sobre el que se ha discutido muchas veces de su contenido con el autor y su prólogo sirve a modo de presentación y aval de una futura actividad académica.

Muy pocas veces sin embargo se ofrece la posibilidad de poder manifestar la satisfacción, no solo sobre una obra bien hecha, que es frecuente en los casos que nos ocupan sino sobre una formación ya cuajada.

Yo no puedo presentar al profesor Juan Ignacio Ruiz Peris, porque a los compañeros solo se les presenta frente a los desconocidos, y en este caso no se da mas que el supuesto de ser compañeros, pero no el requisito de que él sea un desconocido para los posibles lectores de este libro.

Por ello creo que sin acudir a la estructura habitual de un prólogo, pero sin olvidarla por completo vale la pena recordar que Juan Ignacio Ruiz Peris, a quien tuve ocasión de conocer durante los estudios de Licenciatura y de proseguir ayudándole en su tarea formativa durante sus estudios de doctorado, tuvo la generosidad de hacerme compartir con el Profesor Broseta unas afectuosas palabras en su ya lejana Tesis Doctoral realizada en Bolonia.

Desde entonces he tenido la oportunidad de mantener una continuada colaboración, que ha sido afortunadamente interrumpida por razones académicas durante sus numerosas estancias de estudio primero en Francia, luego en Italia, más tarde en Alemania y de especial trascendencia en sus trabajos en el ámbito de la Universidad Alemana que le han llevado a formar parte de ese colectivo de becarios de la Fundación Humboldt, cuya mera referencia nos da ya una idea de seriedad y dedicación a la actividad investigadora.

La valoración personal de su excelente trabajo formativo no pretende ser una presentación, por innecesaria, pero sí resulta coherente recordar sus causas, por cuanto el modo en que ha asumido los trabajos que son objeto de este libro, es precisamente el fruto de su sólida y plural formación.

Si en los estudios de Derecho hemos de partir siempre de la realidad y de la consideración dinámica de ésta, resulta evidente que en estos momentos en que se pone de manifiesto una globalización económica que es el resultado de una evolución con contrastes y dificultades, hay que estar también alerta ante la necesidad de cambiar nuestros patrones de investigación respecto de la realidad a la que prestamos atención.

Fenómenos como los recientes altibajos del mercado financiero, han puesto de relieve, en qué medida estamos superando ya una mera globalización en el ámbito de la circulación de los capitales, por cuanto, como no puede ser menos, ésta provoca una interacción con lo que se denomina como «economía real», y es abundante la expresión de perplejidad que ante la virulencia de determinadas reacciones están poniendo de manifiesto los economistas, o simplemente quienes son protagonistas del Mercado. Del mismo modo, ese fenómeno de la globalización, entendemos que hace ya bastante tiempo que en el ámbito del Derecho está apuntando hacia una alteración del patrón de estudio de las regulaciones jurídicas, ajenas a nuestro propio ordenamiento.

Es bastante atractivo comprobar, que desde el antiguo método del derecho comparado, se ha ido abandonando el uso que

de él se hacía, para ir pasando a lo que podríamos denominar un estudio integrado del Derecho en los distintos ordenamientos.

En el ámbito europeo, ese estudio integrado del Derecho, incluso puede venir apoyado por la superestructura jurídica que en definitiva viene a constituir el llamado acervo comunitario o si se quiere simplemente esa parte del derecho europeo que a todos nos ahorma. La realidad es que los fenómenos económicos y el de la competencia es singularmente significativo en ese mundo, se reproducen de modo análogo en cada país e incluso su trascendencia supera el ámbito de las fronteras, porque sus límites se fijan por los mercados, y no «respetan» el de las fronteras políticas.

Por ello estudiar los fenómenos de la competencia y su tratamiento jurídico ya no puede ser objeto de aquel método comparatista, sino mejor de un intento de integrar el análisis del fenómeno, y el estudio de la respuesta que ante él se ha dado en otros ordenamientos, con la anticipación en el propio, de aquellos medios a través de los cuales ha de resolverse el problema que ya nos afecta o se aproxima a nuestra realidad inmediata.

El profesor Ruiz Peris ha intentado hacer lo que, con atrevimiento, llamaría un estudio integral del fenómeno conocido como el privilegio de grupo, y se ha atrevido a hacerlo superando aunque él no lo diga, alguno de los esquemas tradicionales en los cuales nos hemos movido cuando de «Derecho comparado» se trataba.

Creo personalmente que el éxito ha sido el resultado de su esfuerzo, pero el lector juzgará también de mi atrevimiento a la hora de formular esta opinión que creo he de apoyar en algunas razones.

La búsqueda del conocimiento no es nunca tarea sencilla. A ello dedicamos los investigadores una gran parte de nuestra vida. Las horas y los años pasan mientras aprehendemos los problemas que se nos plantean y tratamos de hallar su solución de acuerdo con nuestro ordenamiento o de encontrar una que remedie sus carencias. Así ha sucedido con el trabajo aquí prologado fruto del cruce

de dos líneas de investigación desarrolladas por el profesor Ruiz Peris durante bastantes años: el estudio del Derecho de la competencia y el del Derecho relativo a los grupos de sociedades. Sus constantes publicaciones en ambos campos, a las que ésta se une, dan testimonio de la formación obtenida y consolidada en sus estudios en el extranjero.

El problema del que se ocupa en esta ocasión, el del privilegio del grupo, se ha planteado en todos los ordenamientos de defensa de la competencia independientemente de la estructura formal de la norma que prohibía los acuerdos restrictivos de la competencia, esto es de que describiera su conducta de forma objetiva, de que identificara sus destinatarios como personas o sociedades, o como empresas.

El problema es igualmente de candente actualidad, no solo porque ha dado lugar a reciente jurisprudencia, como la sentencia del Tribunal de justicia en el caso Viho, sino porque continúa sin tener una solución definitiva y pacíficamente aceptada. De hecho esta cuestión, junto a la de la corresponsabilidad de la dominante por los actos ilícitos de la dominada contrarios a las normas de defensa de la competencia, continúa siendo uno de los escollos principales para llevar a buen término las negociaciones que incorporen normas relativas a la defensa de la competencia en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

La obra muestra el profundo conocimiento del Derecho nacional, comunitario, norteamericano y alemán de su autor. Me consta además que en su desarrollo Ruiz Peris tuvo en cuenta el ordenamiento francés, belga, italiano, y británico. Nos encontramos aquí con una obra que atiende con suficiencia a cada uno de los ordenamientos y el conocimiento de éstos es puesto al servicio de una concepción unitaria de los problemas que se pretenden resolver y de las posibles soluciones a los mismos.

Para ello, además ha estudiado con profundidad la jurisprudencia, las sentencias de los órganos jurisdiccionales no constitutivas de tal, y las decisiones de los órganos administrativos de control del mercado, sin limitarse a una revisión de las normas

y la doctrina predominante que deja fuera muchas veces las auténticas claves de interpretación de un sistema. El autor, en fin, ha sido además plenamente consciente de las peculiaridades metodológicas de cada sistema jurídico y las ha explorado de forma concienzuda sin trasladar esquemas de derecho continental al ámbito del derecho anglosajón.

El encuadre del problema en el marco del desarrollo mundial del Derecho de la competencia, permite percibir en sus justos términos su verdadero significado y las posibles vías de solución. Solo tal perspectiva permite comprender la exactitud de la solución negativa dada al problema de la interconexión entre las cuestiones del privilegio del grupo y de la corresponsabilidad de la dominante por los actos de la dominada.

La necesidad de la separación de ambas cuestiones argumentada sólidamente por el autor parece fuera de toda duda y ofrece prometedoras perspectivas al desarrollo del derecho de grupos en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia.

De otra parte la estructuración del tratamiento del problema y la revisión de las decisiones que fundaron las doctrinas negativas, los criterios funcionales de análisis y los criterios estructurales son adecuadamente explicativas. Especial interés tiene el análisis del autor de los casos Copperweld y Viho que fundan la doctrina sostenida de forma mayoritaria por los tribunales en los Estados Unidos de América y en la Unión Europea. La revisión de esta última junto con la de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y de las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, añaden a la altura teórica de este texto un gran interés práctico para cualquier asesor de grupos de empresas. El texto que prologamos crea además opinión en un asunto que dista con mucho de estar resuelto definitivamente. Sus sopesadas soluciones deben de influir en el debate de estas cuestiones dotando de mayor seguridad a los operadores en especial a los miembros de un grupo que actúan en un mismo mercado, evitando al mismo tiempo conductas que lesionen artificialmente y de modo grave la competencia en el mercado.

De entre las conclusiones, repartidas a lo largo de todo el texto, cobran especial interés las finales que contienen un análisis conjunto de la aplicación del privilegio del grupo y una propuesta de un modelo de aplicación del mismo que da la justa relevancia a la utilización de los criterios estructurales y funcionales. Junto con ellas es igualmente relevante la utilización del artículo 7 de la Ley de Defensa de la competencia como modo de reducir el problema planteado por el «hueco» o «laguna» de prohibición producido por la interpretación actualmente dominante. Una vez más se demuestra que ordenamientos de defensa de la competencia distintos, como el comunitario y el español, pueden acudir a soluciones jurídicas parcialmente distintas en aplicación de los instrumentos específicos propios de cada cual.

Mi felicitación pues al profesor Ruiz Peris y además mi satisfacción por poder estar presente en la publicación de un libro que tiene otros caracteres también simbólicos. Se publica en una colección impulsada por el Profesor Francisco Vicent y en la que se aúna la presencia de quienes hemos compartido tareas en el Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont», sin que ello tenga ningún carácter excluyente, sino siendo expresión de esa comunidad de afectos y también, de algún modo, de iniciativas académicas que favorecen, una labor que ha tenido que dejar ya de ser individual desde hace mucho tiempo, para permitirnos favorecer una colaboración, que nació de la convivencia, de compartir deseos comunes, y que se alegra cuando se obtienen resultados satisfactorios por parte de cualquiera de quienes nos hemos voluntariamente integrado en esa pequeña comunidad.

Sirva pues el final de felicitación, de deseo de prosecución de éxitos, y de confianza en que el contenido de mi prólogo, al menos en lo académico, no sea nunca considerado como excesivo, por que en lo personal y en cuanto a mi afecto estoy seguro de su certeza.

## ÍNDICE

Abstract .....	25
Resumen .....	47

### *Capítulo I*

#### *Unidad económica y privilegio del grupo*

I. UNIDAD ECONÓMICA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA	71
1. La cuestión de la relevancia jurídica de la unidad económica	71
2. Relevancia jurídica de la unidad económica en el Derecho de defensa de la competencia .....	75
2.1. Fundamento del principio de unidad económica .....	75
2.2. Funciones del principio de unidad económica en el Derecho de defensa de la competencia .....	80
2.3. Diferencias entre los distintos casos de aplicación del principio de unidad económica en el Derecho de defensa de la competencia .....	88
II. EL PRIVILEGIO DEL GRUPO .....	92
1. Consideraciones generales respecto al objeto y método de nuestro estudio .....	92
2. Privilegio del grupo y concentración de empresas .....	94
3. Objeto de nuestro estudio .....	99
4. Metodología y Plan de la obra .....	107

### *Capítulo II*

#### *Las doctrinas negativas*

I. ORIGEN DE LAS DOCTRINAS NEGATIVAS .....	113
1. Consideraciones generales .....	113
2. El contexto de las aplicaciones formales de la prohibición de acuerdos restrictivos .....	114
II. LA DOCTRINA DE LA INTRAENTERPRISE CONSPIRACY	118
1. Formulación de la doctrina .....	118
2. Las doctrinas negativas en la aplicación del ordenamiento comunitario y nacional .....	121

2.1. Contexto de la aplicación .....	121
2.2. Criptoaplicación de las doctrinas negativas .....	125
3. La crítica a la intraenterprise conspiracy doctrine .....	128

### Capítulo III

#### *Criterios funcionales para la aplicación del privilegio del grupo*

I. CONSIDERACIONES GENERALES .....	135
1. Los criterios funcionales en la jurisprudencia norteamericana .....	137
2. Recepción en el derecho comunitario .....	138
3. Recepción en el derecho nacional .....	144
II. LOS CRITERIOS FUNCIONALES DE ANÁLISIS .....	146
1. El nacimiento y desarrollo de los criterios funcionales en el derecho norteamericano .....	146
1.1. Inaplicación de la sección 1 de la Sherman Act en presencia de una pluralidad de participantes dotados de personalidad jurídica distinta .....	147
1.2. La apreciación de la unidad económica como criterio diferenciador. El «single entity test» .....	153
2. La recepción de los criterios funcionales en el derecho comunitario .....	158
2.1. La progresiva aplicación del privilegio del grupo en el apartado 1 del artículo 85 .....	160
2.1.1. Las primeras decisiones de la Comisión. El criterio de la «única entidad económica» .....	160
2.1.2. La jurisprudencia comunitaria .....	168
2.1.2.1. El reconocimiento de la doctrina de la unidad económica por la primera jurisprudencia comunitaria. El criterio de la falta de autonomía económica .....	172
2.1.2.2. El criterio del reparto interno de tareas en el seno del grupo .....	176
2.1.2.3. Insuficiencia de la mera pertenencia al grupo como fundamento de la inaplicación de la prohibición. La necesidad de un doble análisis estructural y funcional ..	182
2.1.2.4. La desaparición del requisito de que la finalidad del acto sea establecer un reparto interno de tareas entre los miembros del grupo .....	185
2.1.2.4.1. Los pronunciamientos previos .....	185

2.1.2.4.2. El caso Viho .....	188
2.1.2.4.2.1. Los hechos del caso .....	189
2.1.2.4.2.2. La Decisión de la Comisión .....	190
2.1.2.4.2.3. Las alegaciones de la recurrente .....	192
2.1.2.4.2.4. Los argumentos de la Comisión y Parker .....	196
2.1.2.4.2.5. La sentencia del Tribunal de Primera Instancia .....	198
2.1.2.4.2.6. El recurso de casación ..	202
2.1.2.4.2.6.1. Las conclusiones del abogado general .....	202
2.1.2.4.2.6.2. La sentencia del Tribunal de Justicia .....	208
2.1.2.4.3. La progenie de Viho .....	210
2.2. El estado actual de la discusión en el Derecho comunitario .....	212
2.3. La inaplicación indirecta de la prohibición .....	224
3. La recepción de los criterios funcionales en el derecho español .....	232
3.1. Acerca de las características de la aplicación del principio de unidad económica por el Tribunal de Defensa de la Competencia .....	236
3.2. La primera aplicación del principio de unidad económica. Unidad económica, reparto interno de funciones e inexistencia de competencia previa .....	237
3.3. El criterio del control indudable .....	239
3.4. Inexistencia de competencia previa y falta de pluralidad material de voluntades. Apreciación distinta de la existencia de la unidad económica a los efectos de la aplicación del artículo 1 y 7 LDC .....	243
3.4.1. El artículo 1 y la necesidad ontológica de pluralidad de partícipes. Aplicación del principio de unidad económica .....	246
3.4.2. El artículo 7 y la posibilidad de infracción individual .....	249
3.5. La extensión del principio de unidad económica a los acuerdos entre una filial sometida a control conjunto y su matriz .....	250
3.6. Un quiebro hacia la aplicación del privilegio del grupo por la simple pertenencia a éste .....	253

3.7. La vuelta al criterio de unidad económica y la desaparición del requisito del reparto interno de funciones ..	256
III. VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS FUNCIONALES .....	258
1. Criterios referidos a los efectos que el acuerdo o práctica concertada produce en el mercado. Existencia de competencia entre las entidades pertenecientes al grupo susceptible de ser restringida .....	259
2. Criterios no referidos a los efectos que el acuerdo o práctica concertada produce en el mercado .....	264
2.1. Criterios relativos al tipo .....	264
2.2. Criterios derivados del derecho de sociedades .....	269
2.2.1. Efectos internos o externos del acuerdo, distribución de funciones en el seno del grupo .....	270
2.2.2. Subsistencia de una pluralidad de intereses diversos en la base personal de las entidades pertenecientes al grupo que participan en el acuerdo .....	271
2.3. Criterios derivados del Derecho mercantil general. La protección de la apariencia. Presentación en el tráfico como competidores .....	273
3. Conclusión .....	275

#### Capítulo IV

#### *Criterios estructurales para la aplicación del privilegio del grupo*

I. CONSIDERACIONES GENERALES .....	277
II. UNIDAD DE PROPIEDAD, INTERÉS Y CONTROL .....	279
1. Copperweld y la regla de inmunidad per se .....	280
1.1. Los hechos del caso .....	281
1.2. La doctrina de la sentencia .....	283
1.3. Revisión de la jurisprudencia anterior .....	284
1.4. Cuestiones analizadas en la sentencia .....	287
1.4.1. La distinción entre la sección 1 y 2 de la Sherman Act, la concentración súbita de poder económico y el problema de la laguna legislativa .....	287
1.4.2. Capacidad de concertación entre una dominante y su filial controlada al 100% .....	291
1.5. Los argumentos que se desprenden de la decisión .....	296
2. Evolución post Copperweld .....	299
2.1. Aplicación de la inmunidad per se en el ámbito de las relaciones entre sociedades con propietarios comunes .....	299

2.1.1. Casos en que la identidad era consecuencia de múltiples participaciones al 100% .....	300
2.1.1.1. Acuerdos que involucran a la sociedad dominante y a una sociedad participada por ésta al 100% .....	300
2.1.1.2. Acuerdos que involucran a una dominante y a varias dominadas directamente participadas al 100% por la dominante .....	303
2.1.1.3. Acuerdos que involucran a una sociedad dominante, a su filial participada al 100% y a una filial de ésta igualmente participada al 100% .....	305
2.1.1.4. Acuerdos que involucran exclusivamente a sociedades que tienen idénticos propietarios .....	305
2.1.1.4.1. Acuerdos que involucran exclusivamente a filiales participadas al 100% por una misma dominante .....	306
2.1.1.4.2. Sociedades gemelas .....	308
2.2. Reglas aplicables en el ámbito de las relaciones entre sociedades que no tienen propietarios comunes .....	311
2.2.1. Per se rule o análisis funcional en base al principio de unidad económica .....	311
2.2.2. Supuestos incluidos bajo la regla de minimis ...	312
2.2.3. Aplicación de la regla de minimis a casos de sociedades gemelas .....	316
2.2.4. Acuerdos entre dominante y filial sometida a control mayoritario .....	317
2.2.4.1. Extensión de Copperweld a las presuntas concertaciones con filiales en las que la dominante es titular de una participación igual o superior al 80%, sin que quepa aplicar la regla de minimis .....	317
2.2.4.2. Extensión de Copperweld a las presuntas concertaciones con filiales en las que la dominante es titular de una participación superior al 50% e inferior al 80% .	320
2.2.5. No extensión de Copperweld a las presuntas concertaciones con filiales en las que la dominante es titular de una participación inferior al 50%	324
2.2.6. Acuerdos entre miembros del grupo sometidos a control mayoritario común .....	327
2.2.6.1. Extensión de Copperweld a las presuntas concertaciones entre filiales en las	

que la dominante es titular de una participación igual o superior al 80%, a las que no es aplicable la regla de minimis .....	327
2.2.6.2. No extensión de Copperweld a las presuntas concertaciones entre filiales en las que la dominante es titular de una participación superior al 50% e inferior al 80% .....	329
2.2.7. Extensión de Coperweld a casos en los que no existe participación de la dominante en el capital de la dominada .....	332
2.2.7.1. La aplicación del criterio de unidad de interés a los casos del leveraged buy out .....	333
2.2.7.2. La aplicación del criterio de unidad de interés a los casos de contratos de franquicia .....	334
2.2.8. Unidad de control, interés y propiedad .....	337
3. Criterios estructurales y funcionales fuera del ámbito de la sección 1 de la Sherman Act .....	342
3.1. Extensión a los casos en los que el propio supuesto de hecho de la norma se refiere a la existencia de una conspiracy .....	343
3.2. Extensión a los casos en los que el supuesto de hecho exige implícitamente la participación de una pluralidad de sujetos .....	344
4. Revisión general respecto a la aplicación del privilegio del grupo en Derecho norteamericano. Relevancia jurídica de la unidad económica como mecanismo de inaplicación de prohibiciones en el Derecho antitrust norteamericano .....	346
5. La cuestión de la recepción de Copperweld en el ordenamiento comunitario .....	355
6. La cuestión de la recepción de Copperweld en el ordenamiento español .....	357
III. DIRECCIÓN UNITARIA .....	358
1. Marco de desarrollo de la idea. Regulación de los grupos y defensa de la competencia en el derecho alemán .....	358
2. La inaplicación de prohibiciones en la jurisprudencia alemana .....	368
3. La discusión doctrinal en Alemania .....	375
4. Recepción del criterio de la dirección unitaria en el ordenamiento comunitario .....	387
5. Recepción del criterio de la dirección unitaria en el ordenamiento nacional .....	389

IV. EL CONTROL .....	395
V. REVISIÓN GENERAL DE LOS CRITERIOS ESTRUCTURALES .....	401

*Capítulo V*

*Privilegio del grupo y aplicación conjunta de los criterios funcionales y estructurales*

I. ANÁLISIS CONJUNTO DE LA APLICACIÓN DEL PRIVILEGIO DEL GRUPO .....	405
II. PROPUESTA DE UN MODELO DE APLICACIÓN DEL PRIVILEGIO DEL GRUPO .....	410
III. EL PROBLEMA DEL HUECO O LAGUNA .....	416

*Apéndices*

*Sentencias y decisiones citadas en el texto*

I. Nota previa .....	423
II. Decisiones de órganos administrativos .....	423
III. Sentencias de órganos jurisdiccionales .....	424
Bibliografía .....	433

## ABSTRACT

---

1. The correlation between group privilege, co-responsibility of the parent for antitrust acts by the subsidiary, and aggregation of magnitudes with respect to determination of business volume or of the dominant position of the group
2. Identification and analysis of the different stages in dealing with the question
3. Proposal of a model for the application of group privilege
4. Solutions to the problem of the gap or hole

Cases of application of group privilege in the sphere of Competition Law can be found in both American and European law, and in the national law of European countries such as Germany and Spain.

In the book, the term «group privilege», coined by German scholars («Konzernprivileg»), is used to designate those cases in which decisions of the courts or of market regulatory authorities consider to be relevant in law the existence of a single economic unit formed by different members of a group of undertakings with the result that an agreement or standard practice established or carried out by them (or in a case such as in Spanish law, which also prohibits these activities, of a consciously parallel practice), which has as its purpose or result to restraint trade, is not considered to be an infraction of the rules prohibiting such conduct, when it would have been considered such if it had been carried out by entities not constituting such an economic unit.

This book is about whether differential treatment is justified in these cases, and what conditions should exist and what

requirements should be fulfilled so that group privilege is applied.

For this purpose an analysis is made of decisions of American, European, German and Spanish courts and market regulatory authorities, and of the work of scholars who are trying to resolve these questions, starting from different principles and using different methods. In this abstract we confine ourselves to summarizing some of the questions addressed, which are of greatest interest in our judgement.

### **1. The correlation between group privilege, co-responsibility of the parent for antitrust acts by the subsidiary, and aggregation of magnitudes with respect to determination of business volume or of the dominant position of the group**

The first matter that concerns us is the correlation between cases of group privilege and others such as co-responsibility of the parent for illicit acts of the subsidiary, typical in European law and in Spanish Competition Law, or with aggregation of the magnitudes established in all legal codes which contain regulations for the control of mergers, such as for determination of the existence of a dominant position possessed by companies belonging to the same group.

In European law, there exists a marked tendency to deal in a parallel manner with questions of group privilege and of the co-responsibility of the parent for acts of the subsidiary as if they were two sides of the same coin, such that the inevitable consequence of application of group privilege is co-responsibility of the parent and vice-versa. Furthermore, there are more and more frequent attempts by lawyers unaware of the real problems posed by these issues to take into consideration the definition of the group with respect to applying the regulations controlling mergers as a basis for the application of group privilege or of co-responsibility.

In this book I take issue with the idea that these three types of case should be resolved according to the same criteria.

The three types of case are based on the same principle: the recognition in legal terms of the existence of a single economic unit encompassing those entities which are acting in the market. But such recognition is applied with a different purpose in each case: In the case of group privilege, it is to exclude the application of a prohibitive regulation which in fact requires the existence of several participants to fulfil the conditions of application of the norm; in the case of co-responsibility of the parent, it is to hold one entity co-responsible for the acts of another which is legally independent; and in the case of aggregation of magnitudes for the determination of business volume in the field of mergers or of to verify the dominant position, it is to add magnitudes with the purpose of determining the real market power wielded by one force.

The difference is especially relevant with respect to cases of group privilege and responsibility, which are traditionally inter-related in European law and in decisions of the Commission.

When in cases of group privilege the existence of a single economic unit is affirmed, and by virtue of this affirmation plurality of participants in the agreement is denied, the prohibitive regulation is not applied to the particular case, exonerating the participants from the indicated sanction therein, which is nullification of the agreement and the corresponding administrative fine.

Furthermore, as a consequence of the declaration of the non-existence of a violation of the prohibition, the intervening parties —member entities of a group which forms a single economic unit— are freed of the responsibility to third parties derived from their conduct, which ceases to be considered illicit, and of the possibility that these demand a stop to this activity or removal of the effects produced to date.

On the other hand, in cases of co-responsibility the acts of one entity are imputed to another legally independent, which has not performed them: that is, that has not directly fulfilled some or any of the elements of the facts assumed in the regulation, the consequences of which are imputed to it.

Applying the principle of economic unity in these cases, the consequences derived from the infraction reach a wider circle of subjects than the direct or material authors, increasing the number of entities responsible for the infraction.

The application of the doctrine to each case has diverse effect. In the first, the party which would otherwise be held responsible is exonerated. In the second, responsibility is extended to the party which would not otherwise be held responsible. Meanwhile, the third is totally neutral with respect to responsibility, which in fact excludes automatic application of its solutions, which do not consider imputation to or exoneration from responsibility of companies participating in economic activity, to the first two cases.

This difference is so important that it in itself justifies separate treatment of the three cases. Indeed, solutions which may seem correct to us in some of these, at least at first glance, can appear to be extreme in others.

So for example if we advocate a «per se» rule, by virtue of which no concerted restrictive agreement or practice may exist when the parties are a corporation and its 100% owned subsidiary, we will find a widespread and growing favourable opinion, not without its detractors, with respect to the inclusion of this regulation in the field of European law or national competition law.

If on the other hand we propose to use the same criterion to impute responsibility for the actions of the subsidiary to the controlling one, the detractors will be legion, and the most active among them will probably be those who defended the utility of a «per se» rule to exclude the application of a prohibitive precept.

Despite the fact that in European law the doctrine of exclusion from the prohibition of article 85.1 of the Treaty of Rome and that of co-responsibility of the dominating party have been constructed in parallel, there is no reason for this always to be so. It is not in fact so in American, German, French or Italian law.

Not even Spanish law, which includes a co-responsibility regulation in article 8 of the Law of defence of competition (LDC), insists on the same requirements for imputation of responsibility as for exclusion from the prohibition of article 1 LDC.

In our judgement, parallel construction of the regulations for imputing responsibility and for exclusion from the prohibition should also be abandoned in European law, which would help to clarify the requirements for application of the doctrine in either case.

Other arguments also support this conclusion. One of these is that the field of application of exclusion from prohibitions does not coincide with that of co-responsibility.

While the former is applied exclusively in respect of precepts whose basic premise requires ontologically the existence of a plurality of participants, as is the case for articles 85.1 Treaty of Rome, 1 LDC, which requires that there is an agreement or concerted practice, the latter is applicable to all prohibitive precepts, independently of whether they can be infringed by the conduct of one or more subjects.

For this reason co-responsibility may exist because of infraction of art. 85.1 Treaty of Rome or 1 LDC, and also as the consequence of the abuse of a position of control prohibited by articles 86 of the Treaty or 6 LDC, or by an act of unfair competition, affecting the public interest, prohibited by article 7 LDC.

It also seems clear that the consequences of recognizing in law the existence of an economic unit in each case are radically

different from the perspective of the interest protected by the antitrust laws; that is the preservation of workable competition in the market.

In effect, just as in the first case the decision will determine if an act of restrictive conduct is prohibited or not, in the second the decision will be neutral from the perspective of maintenance of effective competition in the market.

That is, exclusion from the prohibition implies that the restrictive practices are considered to be legal, in that they do not constitute abuse of a position of dominance or unfair competition which significantly distorts competition, affecting the public interest, as a result of which the restriction of competition will occur, prejudicing both consumers and competitors, neither of which will be protected by action of the TDC or of the Commission, nor may they apply for indemnification of the damages which they have suffered.

On the contrary, attribution of co-responsibility to the parent will not represent further restriction of competition, nor will it avoid the existing restriction.

The purpose of applying the doctrine in each case is also very different. In the first case it is to decide if the restriction resulting from a practice should be considered relevant. In the second it is to determine whether the consequences of an anticompetitive action should be imputed to the controlling company.

Consequently the requirements for applying the doctrine with respect to each purpose must be studied separately.

## **2. Identification and analysis of the different stages in dealing with the question**

In all the laws studied, independently of how the general clause prohibiting agreements which restrict competition is formulated, that is independently of whether it is formulated

impersonally, as happens in the Spanish case (art. 1 LDC), referring to companies or individuals as in the American case (section 1 of the Sherman Act), or referring expressly to undertakings (art. 85.1 of the Treaty of Rome), we can distinguish three successive stages with different methods of dealing with the question. In the first stage, identified in the book as that of negative doctrines, the prohibition is applied to the members of a group to the same extent as to the companies which are not economically linked, without considering the existence of an economic unit or any other factor.

This doctrine, known in the USA as the «intraenterprise conspiracy doctrine» was accepted by national and even European bodies for the defence of competition, until the first decisions opposed to it. We discuss this and its relationship to the main concepts of company law in each of the countries in the second chapter, in which we analyse relevant decisions of the courts and authorities.

A good part of this chapter is also devoted to criticism of the negative doctrines, the fruit of which was the birth of the different functional criteria which try to separate those cases in which the prohibition should be applied from those in which its application should be avoided. The third chapter studies and criticises these functional criteria, with special attention to their origin in American rulings, «holding out» regulations, «single entity test», etc., and how they have been received in European law and in the administrative doctrine emanating from national and European bodies for the defence of competition.

In this chapter we pay special attention to analysis of the *Viho* case and its consequences for the question we are addressing, analysing the type of case in which the question has been raised in European law, and the evolution of the doctrine of the Commission and of the Courts of the Justice and of First Instance over time, especially with respect to the disappearance of the relative requirements for internal distribution of tasks. We think the pages devoted to analysis of the present situation in Community law are especially relevant.

The chapter ends with a joint evaluation of the functional criteria. These are obscure and involve a certain lack of legal precision, although they are close to reality, such that they allow the court or authority to make the correct decision in the greatest number of cases, that is to decide more correctly in which cases group privilege should be applied and in which it should not.

Obviously these types of criteria are much more complex and expensive to apply than structural ones, but in general they guarantee a fairer result to the extent that the information needed as a basis for the decision can be obtained.

Functional criteria are of a variable nature and difficult to classify. Nevertheless, we have made a classification, dividing them into criteria referring to the effects that the agreement or concerted practice causes in the market, which have as a reference point the existence among the entities belonging to the group of competition which is susceptible to restriction, and criteria which do not refer to these effects.

In our study of the former we reject some of the criticisms traditionally made of them. To give just one example, in response to the criticism of these criteria, in accordance with which the existence or not of competition between member entities of a group is irrelevant, given that it results from a decision of the group management which can legitimately be revoked, from the perspective of company law at all times, we affirm that the fact that the existence or not of competition results from a decision of the group management is absolutely irrelevant from the viewpoint of competition law, which tries to preserve effective competition in the market. The fact that from the perspective of company law a decision by group management to eliminate competition between the different entities which formerly competed may be perfectly legitimate does not imply that competition law should consider this act to be legitimate.

The two branches of law have different ends; that of competition law is maintenance of effective competition in the

market, while company law aims to protect appropriately the interests of the various private individuals involved in the organisation of a company as the owner of a company or having a relationship with it, in the same way as company law and tax law also protect different interests. In consequence, acts which from the viewpoint of the ends which one seeks to achieve can lead to declarations of illegality would be considered perfectly legal seen from the viewpoint of the ends pursued by the other.

With respect to the latter criteria, our work is to identify, classify and criticise them, differentiating between criteria relative to the type, criteria derived from company law and criteria derived from mercantile law in general.

We conclude from this study that the non-existence of previous or of potentially immediate future competition susceptible to restriction should be a limit or requirement with respect to the question at issue. In order to be able to apply group privilege it will be specifically necessary that previous or potentially immediate competition susceptible to restriction exists, except for those cases in which the parties to the agreement are in different but related markets.

Once the existence of such competition is determined, it will be necessary to see whether it can be proved that the parent instructed the controlled, and that it was impossible for the subsidiary to reject the recommendation of group management, or the «group committee» character of the representatives of participating entities who decided the matter. If either of these points is proved, group privilege may be applied. Even if not, it can be applicable in consequence of an historical analysis of the relationships between the entities which shows that they all habitually act following the instructions of group management.

By means of this analysis it will have to be proved that group management habitually gives instructions with respect to the type of agreements which we are analysing, or secondarily with respect to the overall commercial policy of the participating entities; it being insufficient to prove that group management

simply gives instructions on other aspects of commercial policy different from those referred to in the agreement analysed, if it is not proved that the instructions refer to the general commercial policy of the said entities.

This doctrine is clearly complex to apply, and adequate means are needed for its development. This has resulted both in the USA and in Europe in a sustained tendency to apply group privilege using more easily demonstrated structural criteria, which allow the defence of competition body and the courts responsible for review of its decisions to resolve these matters more simply and economically, by means of a straightforward check of other more easily verifiable facts, such as ownership of the capital of the participating entities, legal authentication of power of decision-making between them, or even the existence of simple control.

The fourth chapter of the book deals with these structural criteria.

The various structural criteria have several characteristics in common.

Essential among them is that they are easily-applied criteria which permit the judge or the defence of competition authority to waive the prohibition of restrictive agreements or concerted practices without the need to verify whether an economic unit between the participating entities or companies really exist in the specific case considered.

This is because all these criteria are based on the idea that certain structural relationships between entities belonging to a group and participating in an agreement or concerted practice necessarily imply the existence of an economic unit, within which the subsidiaries cannot decide their course of action in the market autonomously.

The consequence is obvious. When the factual indicators which identify any of these structural relationships exist, the defence of competition body or the court responsible will deduce

the existence of an economic unit as described above, and will waive the prohibition.

However, none of the structural criteria used up to now assures that all the cases in which group privilege is applied using them as the basis are cases in which the participating entities lack real autonomy with respect to group management in deciding their course of action in the market.

These criteria are relatively recent, have many variants and are far from being generally accepted. They originate essentially in the USA and Germany, and their bases and developments have been different according to the legal tradition in each of these countries.

The fundamental issue in both cases is to define the relevant criterion. In the controversial Supreme Court sentence in the Copperweld case, the Americans affirm that when a corporation is the direct owner of 100% of the capital of another, the two cannot be held to be concerted, in that there exists unity of ownership, interest and control. Based on this verification and using the anglo-saxon casuistic legal method, the lower courts have isolated cases in which the requirements established in Copperweld were produced, indicating that a concertation was not possible in these cases either.

Furthermore, a very small number of lower court rulings accepted that the only relevant point was the existence of sole control.

This case law, of enormous impact in the USA, and in Europe as well (let us not forget that the Spanish Solicitor-General in his conclusions with respect to the appeal to the Court of Justice for an annulment in the Viho case cites the Copperweld case expressly), should be analysed for what it represents. It is a very interesting approximation, but not an absolute truth, in that does not explain many examples, such as cases of a 100% subsidiary in which management power is not held by the parent company but the bank which wholly or very largely holds title to the debt issued by the company or the loans which

represent the majority of its liabilities, when the company is in continued financial difficulties.

In Germany on the other hand, the search for structural criteria starts from recognition of a single management of the German «Konzern». A line of doctrine has been constructed from this which favours group privilege in the antitrust area, and as a result of which jurisprudence and the decisions of the German Monopolies Office almost completely lack cases relevant to our subject, although there exist nevertheless a number of excellent monographs which have enriched theoretical discussion of these matters.

In the book we analyse structural criteria existing to date, and divide them into two large groups: those proceeding from Copperweld, based on identity of ownership, interest and control among the participants in an agreement, with a detailed analysis of the Copperweld case and the circuit and district court rulings which have subsequently applied it, and those which are based on appreciation of unitary management of the kind which exists in a «Konzern». We also devote a third section to a joint evaluation of the doctrines which advocate application of group privilege based on the existence of a relationship of control.

In our analysis of American court rulings we pay special attention to extension of the Copperweld rule to examples covered by the *minimis* rule, not to be confused with the European *minimis* rule, to examples of control with more than 80% ownership, to discussion of applying the doctrine to cases of simple majority control and the clear rejection of application in cases of minority control, and we also analyse application of Copperweld to twin companies, that is, these companies which have exactly the same shareholders in the proportion of capital in each of them, and to agreements between subsidiaries in which the common parent does not participate.

Our analysis of the German doctrine also includes a study of attempts to incorporate this doctrine into Spanish law in the

framework of pre-legislative work on the new general law of cooperatives.

### 3. Proposal of a model for the application of group privilege

A model for the application of group privilege must distance itself both from the application of competition rules to companies which are members of a group on the same terms as independent companies, and from exclusion from the rules of competition law of companies belonging to a group merely because they are included in it.

It should also take into account what has been learnt from the different bodies of law analysed, and try to be useful.

For this, it is necessary to start from a solid base. In the first place, it must be remembered that not all group relationships permit establishing the application of the principle of an economic unit. To date at least, it has been applied exclusively with respect to groups in the case of subordination based on a relationship of control. Secondly, it must be kept in mind that an economic unit can only exist between members of a group, but cannot include others from outside the group. Thirdly, the existence of an economic unit is of an unstable nature in time. What constitutes an economic unit today may cease to form one tomorrow, even while remaining in the group. Fourthly, the existence or otherwise of an economic unit must be judged with respect to the specific act which is being considered, and not in general terms. Any attempt to analyse the existence of an economic unit from a general perspective will inevitably refer us back to the problems posed by the application of general concepts, which moreover in this case are far from being defined by common agreement.

It is another matter that there may be certain prerequisites without which we can discard the application of a group privilege. In our judgement the existence and exercise of a control

relationship are necessary but not sufficient requirements for application of the principle of economic unity. So is the presence of unitary management, but not its legitimacy, if we start from the basis that we are analysing application of the principle of economic unity within a group.

With these prerequisites as our starting point, the important thing is to determine whether the decision was made or imposed by the parent on the subsidiary, or on the contrary was freely taken by the latter.

For this we need firstly to study the case, and find in the facts brought to light a factual basis for argument of the decision, remembering that what is relevant is the position of the companies implicated with respect to the specific agreement and the fact that previous to the agreement or concerted practice there may have existed competition between them susceptible to restriction, or that this might have been the case for potential competition in the immediate future. The relevant criteria are those which demonstrate action on the instructions of group management.

The analysis must therefore establish existence of a lack of real autonomy with respect to the decision adopted, the practice carried out or the apparent agreement reached. In any event, it will have to represent a lack of autonomy at the time when the matter being judged occurred, which was effective—in that a simple judgement that different conduct was impossible, based on a judgement of probability based on experience, is insufficient—and pertinent—in the sense that it referred to this matter and not to another—.

Only when existence of this lack of autonomy in making the agreement or carrying out the practice or conduct has been determined can we affirm the existence of a sudden concentration of economic power under a single management which characterises collusive restrictions.

It is unimportant to us in the determination of these facts and their legal consequences whether the group is highly centralised or the ownership of capital of the subsidiaries is on

a greater or lesser scale. In either case the restriction will have occurred or not and if it has its noxious effects on economic competition will unfold.

Nevertheless, it can prove extraordinarily difficult to convince the corresponding authority or court that the entities which participated in the agreement or concerted practice acted in the specific case investigated following the instructions of group management that they could not ignore, even if, because it is beneficial to the group to admit that the subsidiary acted on instructions of the dominant party, all documentation supporting this claim is made available.

For this reason it is necessary to introduce criteria of analysis which, while not designed to permit proof of lack of real autonomy in the specific case, tend to show up the lack of real autonomy of the participants in general terms with respect to setting their course of action in the market, deducing from their presence that no real autonomy will have existed either in the specific case investigated.

This is where functional criteria become important, and especially those relative to the type. These criteria focus on analysis of the historical relationships between the entities belonging to the group and of the present relationships between them.

An attempt is made to find elements in the economic activity of entities participating in the agreement which demonstrate unequivocally that these entities acted in this as a single economic unit; that is, that they do not enjoy real autonomy and they do not autonomously set their course of action in the market.

To establish such a lack of real autonomy of a general nature, we have to keep in mind, among others, criteria such as the degree of direct or indirect ownership of the subsidiary by the parent, the existence of common management, the fact that the parent may have appointed the majority of members of the managing board, which parts of the decision-making process correspond to the subsidiary and to the parent by contract, and

the existence of contractual links which establish the obligation of the subsidiary to fulfil the instructions of the parent.

It will be necessary to use other multiple indices which do not refer directly, like the earlier ones, to interests protected by competition law, but rather to the organisation and functioning of the company in general terms. These criteria go from consolidation of tax refunds among the entities belonging to the group to the use of common premises, joint labour negotiations, the use of a shared logo or of common distributors, a shared R and D department, and exchange of personnel, to other criteria which in civil law would be a basis for appreciation of the existence of a case of removing a judicial entity.

These are criteria which in isolation do not permit us to reach the conclusion that the entities participating in the agreement do not enjoy real autonomy, but which when assessed together prudently by the defence of competition authority or the court, following the line of the American «all factors test» or «single entity test» do permit this conclusion to be reached.

By means of checking concurrence in the case of relevant facts with respect to these criteria, we try to demonstrate a continued history where group management sets the economic policy of entities belonging to it, taking into account the degree of centralisation of decision-making, the extent of unitary management practised by group management and repeated exercise of control by group management.

Now, to avoid this complex analysis as far as possible, we need to envisage a system of presumptions which simplify the decision-making process. faced both by defence of competition authorities and the courts.

The presumptions which we now propose should be introduced must be of a «*iuris tantum*» nature, and not «*iuris et de iure*», in which case they would be wholly like the «*per se*» rule.

This is such that appreciation of the existence of facts which give rise to the presumption that a single economic unit exists

leads to the application of group privilege, except when this presumption is shown to be false by appropriate evidence, just as requested by the American government in the Copperweld case.

We may think of basing the presumption on criteria which are structural, or relate to common ownership or interest, unitary management, or the existence of control. In the present state of national and European law, it does not appear that the structural criterion of unitary management can be applied. This is impeded by failure to recognise the legitimacy of management power and the obligation of a controlled company to follow the instructions of the controlling one.

When this structural criterion is eliminated, there are two left: unity of ownership and interest, and control. In our judgement, unity of ownership and interest is an extremely safe criterion on which to base the presumption of existence of a single economic unit. It is for this reason that we declare ourselves to be in favour of applying it in all cases where it can be identified. This is both when the agreement or concerted practice occurs between a controlling company and its 100%—owned subsidiary and where 100% of the capital is owned indirectly or in a mixed way, wholly or partially through other companies which are 100%—owned by the controlling company.

This is the case when the agreement stipulates or the practice is carried out by 100% subsidiaries of the same parent, without the latter's participation, or by twin companies which have the same personnel base, who own both companies equally.

In our judgement, the presumption should be extended to many other cases by virtue of the rule of «*minimis*», as a consequence of the fact that the ultimate aim of competition law is to protect effective competition in the market, and not the particular interests of the competitors: firstly, to agreements between a parent and its 100%, controlled subsidiary, either indirectly or in a mixed way, when any of the companies owning any part of the capital of the controlled company is not 100% controlled by the controlling company, directly or indirectly.

It should be extended secondly to all the cases of identity of ownership and interest which are cited above in which the difference is minimal, including those of twin companies. In these cases, the differences of capital ownership are normally due to agreements like employment contracts, for example the granting of shares to managers, which are entirely irrelevant from the viewpoint of competition law.

However, from this point on I believe that the virtual nature of the presumption should end. A company which makes an agreement with another to which it possesses qualified title, that is more than 80% of the capital, or majority ownership, that is more than 50%, has the right in our judgement to have the defence of competition court or the Commission accept this fact as a solid indicator of the possible existence of a sole economic unit encompassing both companies, but not to have a presumption established in its favour which frees it from proving, as on the other hand it could easily do, that the entities do not enjoy real autonomy with respect to group management in setting their course of action in the market.

Consequently, when a complaint is made about its conduct or when it is routinely investigated, it is not enough to refer to the control it possesses of the other companies participating in the agreement or which carry out the concerted practice, for the file to be shelved or dismissed; but it will be necessary to demonstrate proof with respect to the real autonomy of the companies participating in the agreement.

Beyond these limits the application of presumptions can result in more problems than benefits.

#### 4. Solutions to the problem of the gap or hole

As we have seen, both the American Supreme Court and the European Court of First Instance and Court of Justice recognise that the application of group privilege can create a hole in the

system of prohibitions contained in the respective competition laws.

In effect, conduct which, when judged according to formal criteria would be considered to be carried out by several of those at whom the norm is directed, would be prohibited, by virtue of section 1 of the Sherman Act, article 85.1 TCEE, art. 1 LDC or art. 1 GWB, provided that they turn out to be unreasonable in the American case, or in the European case except for possible singular authorisations or exemptions by category, and would be pursued by the defence of competition bodies or authorities if they were to have a substantial impact on the market, will cease to be considered as illicit as a consequence of the application of group privilege, except where they imply an attempt to establish a monopoly (section 2, Sherman Act), or an abuse of a controlling position (art. 85.1 TCEE and art. 1 LDC).

As a result, conduct which may mean substantial restriction of competition or even compartmentalisation of markets in European law could not be prohibited when it is considered to be the act of a single player, which would prevent not only a declaration of illegality, but also imposition of sanctions, or application for indemnification of costs and damages to third parties resulting from this conduct, or the adoption of cautionary measures by the defence of competition authorities.

Furthermore, in the European case other negative effects may result, as Solicitor-General LENZ demonstrated in his conclusions with respect to the Viho case. The first is to induce large multinational companies to organise distribution of their products through subsidiaries 100%, controlled by the parent company, which would allow them conveniently to compartmentalise the different national markets and design specific marketing plans for each of them rather than develop marketing plans for the entire common market.

The second is to subject small and medium-sized companies to stricter competition requirements than the large groups, which would be highly contradictory in light of the end-purpose

of control of economic power on which all competition law is based. This is because the former do not have the means to establish their own 100% subsidiaries in each member state to look after the distribution of their products, and must consequently make agreements with independent distributors, which are subject to the prohibition in article 85.1 TCEE.

One cannot argue against this that small and medium-sized companies could always use a system of representation through agents, given that agents tend to look for suppliers who can offer them substantial and stable business. Small and medium-sized companies usually cannot do this, so that it is difficult for them to build a network of such agents.

This type of hole was what the Copperweld minority tried to avoid, by rejecting the application of group privilege through a «per se» rule and calling for application of the «intraenterprise conspiracy doctrine» and requiring that this type of agreement be subject to the «rule of reason». As a result of which, anticompetitive agreements between subsidiaries which restricted previously-existing competition between them could be prosecuted, if they were unreasonable and significantly affected the market, without need for the existence of a monopoly or the danger of monopolisation.

Nevertheless., the Copperweld majority and the Court of First Instance and the Court of Justice preferred to apply group privilege, in spite of recognising the existence of this hole and the risks it involves, although in the first case on the basis of structural criteria and in the second on the basis of functional criteria.

In the words of the TPI: «It is not the court's responsibility to change the course of article 85 in its function with the aim of closing of possible holes in the control anticipated in the Treaty, under the pretext that certain behaviour such as that complained about by the party appealing can escape from competition regulations».

This question does not seem so clear to the author. Through introduction of the term undertaking in the text of the Treaty,

and through recognition that the mere presence of producers of different legal status in the same market does not necessarily mean that they are competing with each other, and through recognising the non-application of the prohibition in section 1 of article 85 TCEE, an attempt has been made to prevent formal ties leading to a situation where competition law is not applied, or where it is used with aims other than to protect effective competition in the market.

However, when the material interpretation can be the source of fraud or abuse or of an inappropriate application of competition rules, it does not seem wholly inappropriate to use legal categories to resolve the matter. If applying the «intraenterprise conspiracy doctrine» was inappropriate when several entities formed a single economic unit, it would also be inappropriate for European law to be defenseless. where actions tend to compartmentalise the market and prevent the achievement of a single market, with the sole argument that on the basis of a substantive interpretation such actions are of an individual nature and not concerted, because of the absence of several participating economic units.

The new rule would be that the principle of economic unity takes effect, except when the only consequence of its application is to give a result substantially contrary to the ends protected by section 1 of article 85.

The remaining question for the judgement of the Court would be to determine when the damage caused to the competition by an economic unit consisting of several legal entities which do not have either an individual or collective controlling position in the market which has been abused is sufficient for the existence of a single economic unit to be ignored.

However, the hole may be less important in Spanish competition law in fact, many of the actions to which group privilege is applied are cases of refusal to sell, boycott of third parties, and predatory and other discrimination practices which

can be considered as acts of unfair competition which significantly distort competition, and can be prohibited by article 7 LDC, which applies both to the acts of a group of companies and to those of one.

Thus all actions to which article 1 LDC may not be applied and which can be considered to be acts of discrimination by virtue of article 16.2 of the Law of Unfair Competition and which meet the requirements for applying article 7 LDC, would be prohibited on the basis of this precept; and this would open up the possibility of a complaint, use of the preventive measures provided in article 45 LDC, a declaration of prohibition, punitive fines or, if needed, measures of constraint provided in the LDC.

For this result to occur it will be necessary that the agreement or stipulated concerted practice or actions by the entities to whom group privilege is applied represent exploitation by these entities of the situation of economic dependency in which their client or supplier companies may find themselves. While not having an equivalent alternative for the exercise of their activity, and that such agreement substantially distorts competitions in all or part of the national territory, affecting the public interest.

Other cases where application of group privilege would generate problems are those where entities in the group represent themselves as independent contracting parties, in spite of forming a single economic unit in which the different entities do not enjoy real autonomy in setting their course of action in the market.

In these cases the conduct of the said entities is clearly contrary to article 5 LCD, in that it is objectively opposed to the requirements of good faith. For this reason such conduct significantly distorts competition in all or part of the national market affecting the public interest, and may be prohibited by virtue of article 7 LDC.

## RESUMEN

---

Tanto en el ordenamiento norteamericano como en el comunitario, así como en ordenamientos nacionales europeos como el alemán o el español pueden observarse casos de aplicación del privilegio del grupo en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia.

En el libro, el término "privilegio del grupo" extraído de la doctrina alemana se emplea para designar aquellos casos en que las decisiones de los órganos jurisdiccionales o de los órganos administrativos de control del mercado dan relevancia jurídica a la existencia de una única unidad económica entre diversos miembros del grupo con la consecuencia de que un acuerdo o práctica concertada establecido o realizada por ellos, o en su caso, esto es en el caso de los ordenamientos como el español que también las prohíben, de una práctica conscientemente paralela, que tengan por objeto o efecto restringir o falsear la competencia, no se considere acto de infracción de la norma prohibitiva de tales conductas, cuando sí hubiera sido considerada tal de haberla realizado entidades que no constituyan una unidad económica.

Este libro trata de si un tratamiento diferenciado está justificado en estos casos y de qué condiciones deben darse y qué requisitos deben cumplirse para que se aplique el privilegio del grupo.

Para ello se realiza un análisis de la jurisprudencia, decisiones de los órganos administrativos de control del mercado y doctrina norteamericana, comunitaria, alemana y española, que, partiendo de distintos principios y utilizando distintos métodos, tratan de dar solución a estas cuestiones. En este *abstract* nos limitaremos a resumir algunas de las cuestiones tratadas que a nuestro juicio presentan mayor interés.

### **1. Correlación entre privilegio del grupo, corresponsabilidad de la dominante por actos ilícitos de la dominada de contenido anticompetitivo, y agregación de magnitudes a efectos de determinación del volumen de negocios o de la posición de dominio en el mercado**

El primer tema que nos ocupa es el de la correlación entre los casos de privilegio del grupo, con otros como los de corresponsabilidad de la dominante por los actos ilícitos de la dominada, propios del derecho comunitario y del derecho español de defensa de la competencia, o con los de agregación de magnitudes presentes en todos los ordenamientos que contiene reglas de control de concentraciones, así como en la determinación de la existencia de una posición de dominio en el mercado ostentada por empresas pertenecientes a un mismo grupo.

En el Derecho comunitario existe una acusada tendencia a tratar en paralelo las cuestiones del privilegio del grupo y de la corresponsabilidad de la dominante por los actos de la dominada, como si fueran dos caras de la misma moneda, de modo que la consecuencia inexcusable de la aplicación del privilegio del grupo fuera la corresponsabilidad de la dominante y viceversa. De otra parte son cada vez más frecuentes los intentos, por parte de juristas desconocedores de los reales problemas planteados por estas cuestiones, de tomar en consideración la delimitación del grupo a efectos de aplicar la normativa de control de las concentraciones, como base para la aplicación del privilegio del grupo o de la corresponsabilidad.

En este libro niego que los tres casos deban resolverse de acuerdo a los mismos requisitos.

Los tres casos están fundados en el mismo principio: el reconocimiento de efectos jurídicos a la existencia de una única unidad económica entre las entidades que actúan en el mercado. Pero en cada caso tal reconocimiento se aplica con finalidades distintas: En el caso del privilegio del grupo se trata de excluir la aplicación de una norma prohibitiva cuyo supuesto de

hecho exige la participación de una pluralidad de actores, en el caso de la corresponsabilidad de la dominante se trata de corresponsabilizar a una entidad por los actos realizados por otra jurídicamente independiente, y en el caso de la agregación de magnitudes para la determinación del volumen de negocios en sede de concentraciones o de la posición de dominio respecto al control de la posición de dominio se trata de agregar magnitudes a efectos de determinar el poder real de mercado sometido a una única voluntad.

La diferencia es especialmente relevante respecto a los casos de privilegio del grupo y responsabilidad entrelazados tradicionalmente en la jurisprudencia comunitaria y en las decisiones de la Comisión.

Cuando, en los casos de privilegio del grupo, se afirma la existencia de una única unidad económica y en virtud de esta afirmación se niega la pluralidad de sujetos en el acuerdo, se deja de aplicar la norma prohibitiva al caso concreto exonerando a los partícipes de la sanción prevista en la misma, que suele ser la nulidad del acuerdo y la multa administrativa correspondiente.

Pero además como consecuencia de la declaración de la inexistencia de violación de la prohibición se libera a los intervinientes - entidades miembros de un grupo que constituyen una única unidad económica- de la responsabilidad para con terceros derivada de su conducta, al dejar ésta de ser considerada ilícita, así como de la posibilidad de que éstos exijan la cesación de la misma o la remoción de los efectos producidos hasta el momento.

En los casos de corresponsabilidad, en cambio, se imputan los actos de una entidad a otra jurídicamente independiente que no los ha realizado, esto es que no ha cumplido, directamente, alguno o ninguno de los elementos del supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias se le imputan. Al aplicar el principio de unidad económica, en estos casos, las consecuencias derivadas de la infracción alcanzan a un círculo más amplio

de sujetos que a los autores directos o materiales, extendiendo el número de patrimonios responsables por la infracción.

La aplicación de la doctrina en cada caso tiene efectos diversos. En el primero se exonera de responsabilidad a quien en otro caso respondería. En el segundo se extiende la responsabilidad a quien en otro caso no respondería. Mientras que el tercero es totalmente neutral respecto a la responsabilidad, lo que precisamente excluye que sus soluciones, ajenas completamente a la imputación o exoneración de responsabilidad a las empresas que participan en el tráfico económico, sean automáticamente aplicables a los dos primeros.

Esta diferencia es de tal entidad que justifica, por sí sola, el tratamiento separado de los tres casos. De hecho las soluciones que, al menos a primera vista, pudieran parecernos correctas en alguno de ellos pueden antojársenos desmesuradas aplicadas a otro.

Así por ejemplo si propugnamos una regla "per se", en virtud de la cual no existe acuerdo o acción concertada restrictiva, cuando los participantes son una sociedad y su filial controlada al 100%, encontraremos una extendida y creciente opinión favorable, no exenta de detractores, respecto a la incorporación de esta regla al ámbito del Derecho comunitario o nacional de defensa de la competencia.

Si en cambio proponemos utilizar igual criterio para imputar la responsabilidad por los actos de la dominada a la dominante, los detractores de tal opción formarán legión, y entre ellos los más activos serán, probablemente, los que defendieron la utilidad de una regla "per se" para excluir la aplicación de un precepto prohibitivo.

Pese a que en el ámbito comunitario se haya construido en paralelo la doctrina de la exclusión de la prohibición del artículo 85.1 del Tratado de Roma y la de corresponsabilidad de la dominante, esto no tiene porqué ser siempre así. De hecho no es así en el ordenamiento norteamericano, ni tampoco en el ordenamiento alemán francés, o italiano.

Ni siquiera el ordenamiento español, que ha incluido en el artículo 8 de la Ley de defensa de la competencia (LDC) una regla de corresponsabilidad, exige los mismos requisitos para imputar la responsabilidad que para excluir la prohibición del artículo 1 LDC.

A nuestro juicio, la construcción paralela de las reglas de imputación de responsabilidad y de exclusión de la prohibición debería ser también abandonada en el ámbito comunitario, lo que ayudaría a clarificar los requisitos de aplicación de la doctrina en uno y otro caso.

En favor de esta conclusión militan además otros argumentos. Entre ellos que el ámbito de aplicación de la exclusión de prohibiciones no coincide con el de la corresponsabilidad.

Mientras que la primera se aplica exclusivamente respecto a preceptos cuyo presupuesto de hecho exige ontológicamente la existencia de una pluralidad de partícipes, como es el caso de los artículos 85.1º Tratado de Roma, y 1 LDC, que exigen que haya acuerdo o práctica concertada, la segunda es aplicable respecto a todo precepto prohibitivo, independientemente de que pueda ser infringido por la conducta de uno o varios sujetos.

Por lo que podrá existir corresponsabilidad por infracción del art. 85.1 Tratado de Roma o 1 LDC, pero también como consecuencia de un abuso de posición de dominio prohibido por los artículos 86 del Tratado o 6 LDC, o por un acto de competencia desleal que falsee sensiblemente la competencia afectando al interés público, prohibido por el artículo 7 LDC.

Del mismo modo, parece claro que las consecuencias del otorgamiento de efectos jurídicos a la existencia de una unidad económica en ambos casos, son radicalmente distintos desde la perspectiva del interés protegido por las normas de defensa de la competencia, que es la preservación de una competencia eficaz en el mercado.

En efecto, en tanto que en el primer caso la decisión determinará si una conducta restrictiva está prohibida o no, en el

segundo la decisión será neutral desde la perspectiva del mantenimiento de una competencia eficaz en el mercado.

Esto es, la exclusión de la prohibición implica que las conductas restrictivas son consideradas lícitas, en tanto no constituyan un acto de abuso de posición de dominio o de competencia desleal que falsee sensiblemente la competencia afectando al interés público, con lo que la restricción de la competencia se producirá en perjuicio de los consumidores y de los competidores, y estos no se verán amparados por la acción del TDC o de la Comisión, ni podrán solicitar la indemnización de los daños y perjuicios que les hayan sido irrogados de acuerdo con el artículo 13.2 LDC y la STS de 30 de diciembre de 1993 en el caso CAMPSA.

En tanto que la corresponsabilización de la dominante no generará una restricción adicional de la competencia, ni tampoco evitará la restricción existente.

La finalidad de la aplicación de la doctrina en ambos casos es también muy distinta. Si en el primer caso se trata de decidir si la restricción producida por una conducta debe considerarse relevante. En el segundo hay que averiguar si las consecuencias de un acto anticompetitivo deben imputarse a la sociedad dominante.

Por tanto los requisitos de aplicación de la doctrina con respecto a cada finalidad deben ser estudiados separadamente.

## 2. Identificación y análisis de las distintas fases en el tratamiento de la cuestión

En todos los ordenamientos estudiados, independientemente de como esté formulada la cláusula general de prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia, esto es independientemente de que esté formulada de modo impersonal, como sucede en el caso español (art. 1 LDC), haciendo referencia a las personas físicas o jurídicas, como sucede en el caso norteamericano (sección 1 de la Sherman Act), o con referencia expresa a

las empresas (art. 85.1 del Tratado de Roma), podemos distinguir tres fases sucesivas con distintos modos de tratamiento de la cuestión. En una primera fase identificada en el libro como la de las doctrinas negativas la prohibición se aplica a los miembros de un grupo en la misma medida que a empresas no vinculadas económicamente entre ellas, sin atender a la existencia de unidad económica, o a cualquier otra razón.

Esta doctrina conocida en los USA como la "intraenterprise conspiracy doctrine" ha sido compartida por los órganos de defensa de la competencia nacionales y aún comunitarios hasta las primeras aplicaciones contrarias a la misma. De ella y de su vinculación a las concepciones dominantes del Derecho de sociedades en cada uno de los países nos ocupamos en el capítulo segundo, en el que analizamos las decisiones administrativas y jurisdiccionales existentes al respecto.

Una buena parte del capítulo está dedicada también a la crítica de las doctrinas negativas, fruto de la cual fue el nacimiento de los distintos criterios funcionales que trataban de deslindar aquellos casos en que la prohibición debía de aplicarse de aquellos otros en los que debía evitarse su aplicación. Al estudio y crítica de estos criterios funcionales dedicamos el capítulo tercero con especial atención a su nacimiento en las sentencias norteamericanas, reglas de "holding out", "single entity test", etc, su recepción en el derecho comunitario, así como en la doctrina administrativa emanada de los órganos de defensa de la competencia nacionales.

En este capítulo prestamos especial atención al análisis del caso Viho, y sus consecuencias respecto a la cuestión que nos ocupa, analizando el tipo de casos en que se ha planteado la cuestión en el ámbito comunitario, y la evolución de la doctrina de la Comisión y del Tribunal de Justicia y Tribunal de Primera Instancia a lo largo del tiempo, especialmente respecto a la desaparición del requisito relativo al reparto interno de tareas. Particularmente relevantes nos parecen las páginas destinadas al análisis de la situación actual en el Derecho comunitario.

El Capítulo concluye con una valoración conjunta de los criterios funcionales. Éstos son oscuros y entrañan una cierta falta de seguridad jurídica, aunque están más próximos a la realidad de forma que permiten al órgano administrativo o al jurisdiccional acertar en su decisión en un mayor número de casos, esto es, decidir más correctamente a qué casos debe aplicarse el privilegio del grupo.

Obviamente este tipo de criterios son mucho más complejos y caros en su aplicación que los criterios estructurales, pero en general garantizan un resultado más equitativo en la medida en que pueda ser recabada la información necesaria para fundamentar la decisión.

Los criterios funcionales son de naturaleza variable y difícilmente clasificables. Pese a ello hemos realizado una clasificación de los mismos dividiéndolos en criterios referidos a los efectos que el acuerdo o práctica concertada produce en el mercado, que toman como punto de referencia la existencia de competencia entre las entidades pertenecientes al grupo susceptible de ser restringida, y criterios no referidos a dichos efectos.

En el estudio de los primeros se rechazan algunas de las tradicionales críticas realizadas a los mismos. Así por solo poner un ejemplo frente a la crítica a estos criterios de acuerdo con la cual la existencia o no de competencia entre las entidades miembros del grupo es irrelevante dado que obedece a una decisión de la dirección del grupo que ésta puede legítimamente revocar, desde la perspectiva del derecho de sociedades, en cualquier momento, afirmamos que el hecho de que la existencia o no de competencia proceda de una decisión de la dirección del grupo es absolutamente irrelevante desde la perspectiva de un derecho de defensa de la competencia que pretende preservar la competencia efectiva en el mercado. El hecho de que desde la perspectiva del derecho societario pueda ser perfectamente legítima la decisión de la dirección del grupo de eliminar la competencia entre las distintas entidades que competían con anterioridad, no implica que el Derecho de la competencia deba calificar como legítima dicha operación.

Ambas ramas del derecho persiguen finalidades distintas, de la misma forma que el derecho de sociedades y el derecho tributario también lo hacen. El Derecho de la competencia tiene como finalidad el mantenimiento de una competencia eficaz en el mercado y el Derecho de sociedades, tutelar de forma adecuada los intereses de los diferentes sujetos privados involucrados en la organización de una sociedad como sujeto titular de una empresa o que se relacionen con ella. Esta diversidad de fines puede llevar a declaraciones de ilegalidad, desde la perspectiva de los perseguidos por una de ellas, de actos que, vistos desde la perspectiva de los perseguidos por la otra, serían considerados perfectamente lícitos.

Respecto a los segundos realizamos una labor de identificación, clasificación y crítica de los mismos, distinguiendo entre criterios relativos al tipo, criterios derivados del derecho de sociedades, y criterios derivados del derecho mercantil en general.

De su estudio concluimos que la inexistencia de una competencia previa o potencial inmediata susceptible de ser restringida debe actuar como límite o requisito respecto a la cuestión que nos ocupa. Para que podamos aplicar el privilegio del grupo será necesario precisamente que exista una competencia previa o potencial inmediata susceptible de ser restringida, fuera de los casos en que las partes del acuerdo se encuentran en mercados distintos pero conexos.

Una vez determinada la existencia de dicha competencia habrá que ver si puede ser probada la instrucción de la dominante a la dominada, la imposibilidad de la dominada de rechazar la recomendación emanada de la dirección del grupo, o el carácter de comité de grupo de los representantes de las entidades partícipes que decidieron la cuestión. Si se prueba cualquiera de estos extremos habrá lugar a la aplicación del privilegio del grupo. Si no, cabrá aún su aplicación como consecuencia de un análisis histórico de las relaciones entre las entidades que demuestre todas ellas actúan habitualmente siguiendo las instrucciones de la dirección del grupo.

A través de este análisis deberá quedar probado que la dirección del grupo imparte habitualmente instrucciones respecto al tipo de acuerdos que estamos analizando o subsidiariamente respecto a la totalidad de la política comercial de las entidades participantes, no bastando que se pruebe que la dirección del grupo imparte instrucciones simplemente en otros aspectos de la política comercial distintos de aquéllos a los cuales se refiere el acuerdo analizado, salvo que se pruebe que las instrucciones se refieren a la generalidad de la política comercial de dichas entidades.

Evidentemente esta doctrina es compleja en su aplicación y exige medios suficientes para ser desarrollada. Ello provocó tanto en los Estados Unidos como en Europa una tendencia sostenida a aplicar el privilegio del grupo atendiendo a criterios estructurales de mas fácil comprobación que permitieran al órgano de defensa de la competencia y a los tribunales encargados de la revisión de sus decisiones resolver estas cuestiones de modo mas simple y económico, mediante una sencilla comprobación de otros hechos de mas fácil observación, como la titularidad del capital de las entidades participantes, la legitimación legal del poder de dirección entre ellas, o incluso la existencia de mero control.

A estos criterios estructurales dedicamos el capítulo cuarto del libro. Los diversos criterios estructurales tienen en común varias características.

La esencial de entre ellas es que se trata de criterios de fácil aplicación que permiten al juzgador o al órgano administrativo de defensa de la competencia inaplicar la prohibición de acuerdos o prácticas concertadas restrictivos sin necesidad de averiguar si realmente existe una unidad económica en el concreto caso entre las entidades o empresas partícipes del mismo.

Ello es debido a que todos estos criterios están basados en la idea de que determinadas relaciones estructurales, entre las entidades pertenecientes a un grupo, partícipes de un acuerdo o práctica concertada, implican, necesariamente, la existencia de una unidad económica, en el seno de la cual las filiales no

pueden determinar, de forma autónoma, su línea de actuación en el mercado.

La consecuencia es obvia, cuando se den los elementos de hecho identificadores de alguna de estas relaciones estructurales el órgano de defensa de la competencia o tribunal competente deducirá que existe una unidad económica en el sentido antedicho y procederá a la inaplicación de la prohibición.

Sin embargo ninguno de los criterios estructurales utilizados hasta el momento asegura que, todos los casos en que se aplique el privilegio del grupo, fundamentando la decisión en ellos, sean casos en que las entidades participantes carezcan de autonomía real respecto a la dirección del grupo en la determinación de su línea de actuación en el mercado.

Estos criterios son relativamente recientes, tienen múltiples variantes y distan mucho de ser indiscutidos. Proceden esencialmente de Norteamérica y Alemania y han tenido un origen y desarrollo distinto vinculado a la tradición jurídica de cada uno de estos países.

La cuestión básica en ambos casos es delimitar el criterio relevante. Los norteamericanos en la discutida sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Copperweld*, afirmaron que cuando una sociedad es titular de forma directa del 100% del capital de otra éstas no pueden concertarse en cuanto existe una unidad de propiedad, interés y control. En base a esta constatación y siguiendo el método casuístico propio del Derecho anglosajón, los tribunales inferiores fueron aislando casos en los cuales se reprodujeran los requisitos establecidos por *Copperweld*, indicando que en éstos tampoco era posible la existencia de una concertación.

E incluso un sector muy minoritario de sentencias de los tribunales inferiores aceptó que lo único relevante era la existencia de un único control.

Esta jurisprudencia de enorme impacto en los USA pero también en Europa, no olvidemos que el Abogado General en

sus conclusiones respecto al recurso de casación ante el Tribunal de Justicia en el caso Viho, cita expresamente la sentencia Copperweld, debe ser analizada en lo que representa. Una muy interesante aproximación, pero no una verdad absoluta, en tanto no explica múltiples supuestos, como aquellos casos de filial al 100% en que el poder de dirección no es ostentado por la matriz sino por el Banco titular único o muy mayoritario de la deuda emitida por la sociedad o de los créditos que constituyen la mayor parte de su pasivo, cuando la sociedad se encuentra en dificultades financieras continuadas.

En Alemania en cambio, la búsqueda de criterios estructurales tiene su punto de partida en el reconocimiento de la dirección unitaria en los "konzern" alemanes. A partir de ahí se estructura una línea doctrinal favorable al privilegio del grupo en el ámbito antitrust que ha dejado la jurisprudencia y las decisiones de la Bundeskartellamt casi exentas de casos relevantes para la cuestión que nos ocupa, aunque sin embargo, existe un número de excelentes monografías que han enriquecido la discusión teórica respecto a estas cuestiones.

En el libro analizamos los criterios estructurales existentes hasta el momento dividiéndolos en dos grandes bloques. Los que proceden de Copperweld, que parten de la identidad de propiedad, interés y control entre los participantes en el acuerdo, con un análisis detallado del caso Copperweld y de las sentencias de los circuitos y tribunales de distrito que lo han aplicado con posterioridad, y los que proceden de la apreciación de la dirección unitaria existente en el seno de un "konzern". Dedicamos además un tercer apartado a una valoración conjunta de las doctrinas que propugnan la aplicación del privilegio del grupo fundándose en la existencia de una relación de control.

En nuestro análisis de las sentencias de los tribunales norteamericanos prestamos especial atención a la extensión de la regla de Copperweld a supuestos cubiertos por la regla de minimis, a no confundir con la regla de minimis comunitaria, a supuestos de control con participación superior al 80%, a la discusión respecto a la aplicación de la doctrina a los casos de

simple control mayoritario y a la negativa clara a aplicarla en los casos de control minoritario, analizando también la aplicación de Copperweld a las sociedades gemelas, y a los acuerdos entre filiales en los que no participe la dominante común.

Nuestro análisis de la doctrina alemana incluye también el estudio de los intentos de incorporarla al derecho español en el marco de los trabajos prelegislativos de la futura ley general de cooperativas.

### 3. Propuesta de un modelo de aplicación del privilegio del grupo

Un modelo de aplicación del privilegio del grupo debe de alejarse tanto de la aplicación de las normas de competencia a las sociedades miembros del grupo en igualdad de condiciones respecto a las sociedades independientes, como de la exclusión de las reglas del Derecho de la competencia para las sociedades pertenecientes a un grupo por el mero hecho de su incorporación a él.

Además debe tomar en cuenta las enseñanzas adquiridas en los diferentes ordenamientos analizados y tratar de ser útil.

Para ello hay que partir de bases firmes. En primer lugar hay que tener en cuenta que no todas las relaciones de grupo permiten fundar la aplicación del principio de unidad económica. Al menos hasta el momento la aplicación se ha producido exclusivamente respecto a los grupos por subordinación basados en relaciones de control. En segundo lugar hay que tener presente que la unidad económica puede existir solo entre unos miembros del grupo, mientras que respecto a otros no. En tercer lugar que la existencia de una unidad económica tiene carácter temporalmente inestable. Los que constituyen hoy una unidad económica pueden dejar de constituirla mañana aun manteniendo su permanencia en el seno del grupo. Cuarto que la existencia o no de unidad económica debe ser juzgada respecto al concreto acto que se analiza y no con carácter general.

Cualquier intento de analizar la existencia de una unidad económica desde una perspectiva general nos reenvía inevitablemente a los problemas planteados por la aplicación de conceptos generales, que además en este caso distan mucho de estar pacíficamente definidos.

Otra cosa distinta es que haya determinados presupuestos sin cuya presencia podemos descartar la aplicación del privilegio del grupo. A nuestro juicio la existencia de una relación de control y el ejercicio de éste son dos requisitos necesarios pero no suficientes para que pueda aplicarse el principio de unidad económica. La presencia de una dirección unitaria, no su legitimidad, lo es también si partimos de la base de que analizamos la aplicación del principio de unidad económica en el seno del grupo.

Ahora bien a partir de estos presupuestos lo importante es determinar si la decisión ha sido adoptada e impuesta por la entidad dominante a la entidad dominada o si por el contrario obedece a la libre decisión de esta última.

Para ello es necesario, en primer lugar, realizar un estudio del caso y encontrar, en los hechos descubiertos, la base fáctica de los argumentos de la decisión, teniendo en cuenta que lo relevante es la posición de las empresas implicadas respecto al concreto acuerdo y el hecho de que existiera con anterioridad al acuerdo o práctica concertada entre ellas una competencia susceptible de ser restringida, o que el mismo se proyecte sobre una competencia potencial inmediata. Los criterios relevantes al respecto serán los que muestren que se ha actuado bajo instrucciones de la dirección del grupo.

El análisis debe por tanto establecer la existencia de una falta de autonomía real respecto a la decisión adoptada, la práctica realizada o el aparente acuerdo alcanzado. En todo caso deberá de tratarse de una falta de autonomía actual, —respecto al momento en que se produzca el hecho juzgado—, efectiva —no bastando el mero juicio de imposibilidad de realizar una conducta distinta basado en juicio de probabilidad fundado en la experiencia—, y

pertinente —en el sentido de que se refiera a la cuestión enjuiciada y no a otra—.

Solo una vez determinada la existencia de esta falta de autonomía en la adopción del acuerdo, o en la realización de la práctica o conducta, podremos afirmar que ha existido esa súbita concentración temporal de poder económico en una sola dirección que caracteriza las restricciones colusorias.

Para la determinación de estos hechos y de sus consecuencias jurídicas nos es indiferente que el grupo se encuentre muy centralizado o que las participaciones en el capital de las filiales sean de mayor o menor envergadura. Tanto en un caso como en otro la restricción se habrá producido o no y caso de producirse se desplegarán sus efectos nocivos para la competencia económica.

Lograr la convicción del órgano administrativo o del tribunal correspondiente, respecto a que las entidades que participaron en el acuerdo o práctica concertada actuaron, en el concreto caso investigado, siguiendo instrucciones de la dirección del grupo que no podían desoír puede mostrarse, sin embargo, extraordinariamente difícil, pese a que siendo beneficioso para el grupo la admisión de que la filial obró por instrucciones de la dominante, procurará aportar toda la documentación que pueda que avale su pretensión.

Es por ello necesario introducir criterios de análisis que no estando destinados a permitir la comprobación de la falta de autonomía real en el caso concreto, tiendan a poner en evidencia la falta de autonomía real de las participantes con carácter general respecto a la fijación de su línea de actuación en el mercado, deduciendo de su presencia que tampoco habrá existido autonomía real en el caso concreto investigado.

Es aquí donde cobran valor los criterios funcionales y en especial los relativos al tipo. Estos criterios centran la atención en el análisis de las relaciones históricas entre las entidades pertenecientes al grupo y de las relaciones actuales entre ellas.

Se trata de buscar elementos en el actuar económico de las entidades que participan en el acuerdo que muestren de forma inequívoca que actúan en él como una única unidad económica, esto es que no gozan de autonomía real, que no fijan de forma autónoma su línea de actuación en el mercado.

Para determinar esa falta de autonomía real, con carácter general, habrá que tomar en cuenta, entre otros, criterios tales como el grado de participación —directa o indirecta— de la entidad dominante en la entidad dominada, la existencia de administradores comunes, el hecho de que la dominante haya nombrado la mayoría de los miembros del órgano de administración, las partes del proceso de adopción de decisiones que corresponden a la dominada y a la dominante en virtud de contrato, o la existencia de vínculos contractuales que establezcan la obligación de la dominada de cumplir las instrucciones de la dominante.

Será necesario utilizar, otros múltiples indicios que, como los anteriores no se refieren directamente a intereses tutelados por el Derecho de la competencia, sino con carácter general a la organización y funcionamiento de la empresa. Criterios que van desde la consolidación de las devoluciones de impuestos entre las entidades pertenecientes al grupo, a la utilización de locales comunes, las negociaciones laborales conjuntas, la utilización de un logotipo común, o de distribuidores comunes, el hecho de compartir el departamento de investigación y desarrollo, y el intercambio de personal así como otros criterios que en Derecho civil podrían fundar la apreciación de la existencia de un caso de levantamiento de la personalidad jurídica.

Criterios que de forma aislada no permiten llegar a la conclusión de que las entidades partícipes del acuerdo no gozan de autonomía real pero que valorados prudencialmente de forma conjunta por parte del órgano de defensa de la competencia o del tribunal, siguiendo la línea del “all factors test” o “single entity test” americano si permiten extraer esta conclusión.

Por medio de la comprobación de la concurrencia en el caso de hechos relevantes respecto a estos criterios se trata de poner de relieve una historia continuada de fijación por parte de la dirección del grupo de la política económica de las entidades pertenecientes al mismo, tomando en cuenta el grado de centralización de las decisiones la amplitud de la dirección unitaria practicada por la dirección del grupo y la reiteración del ejercicio del control por parte de la dirección del grupo.

Ahora bien, para evitar en la medida de lo posible este complejo análisis es necesario prever un sistema de presunciones que simplifiquen el proceso de decisión al que se ven enfrentadas tanto las autoridades de Defensa de la competencia como los órganos jurisdiccionales.

Las presunciones cuya introducción aquí propugnamos deben tener carácter “iuris tantum” y no “iuris et de iure”, en cuyo caso serían del todo semejantes a la regla “per se”.

De forma que la apreciación de la existencia de los hechos que hacen nacer la presunción de que existe una única unidad económica, acarreará la aplicación del privilegio del grupo, salvo que tal presunción se desvirtúe mediante la correspondiente prueba, tal y como solicitaba el gobierno norteamericano en el caso Copperweld.

Los criterios en que podría pensarse fundar la presunción son los criterios estructurales, propiedad e interés común, dirección unitaria, o existencia de control. En el estado actual de la legislación nacional y comunitaria, no parece que pueda aplicarse el criterio estructural de la dirección unitaria. La falta de reconocimiento de la legitimidad del poder de dirección y de la obligación de la sociedad dominada de seguir las instrucciones de la dominante lo impiden.

Eliminado dicho criterio estructural quedan dos. La unidad de propiedad e interés y el control. La unidad de propiedad e interés es a nuestro juicio un criterio extremadamente seguro para fundar una presunción de existencia de una única unidad económica. Es por ello por lo que nos declaramos partidarios de

aplicarla en todos los casos en que pueda ser identificada. Esto es tanto cuando el acuerdo o práctica concertada se produce entre una dominante y su filial de la que la primera es directamente titular del 100% del capital, como en los casos en que controla el 100% del capital de la misma indirectamente o de forma mixta, a través, total o parcialmente, de participaciones de las que son titulares otras sociedades de las que la dominante es titular del 100% del capital.

Cuando el acuerdo se estipule o la práctica se realiza entre filiales al 100% de una misma dominante, sin que ésta tome parte, o entre sociedades gemelas que tienen la misma base personal que participa en ambas sociedades en idénticas proporciones.

La presunción debe ser extendida a nuestro juicio a otros muchos casos en virtud de la “regla de minimis”, como consecuencia de que la finalidad última del Derecho de defensa de la competencia es la tutela de una competencia efectiva en el mercado y no la de los intereses particulares de los competidores. En primer lugar a los acuerdos entre una dominante y su filial controlada indirectamente o de forma mixta al 100%, cuando alguna de las sociedades titular de alguna de las partes del capital de la dominada no esté controlada directa o indirectamente al 100% por la dominante.

En segundo lugar a todos los casos de identidad de propiedad e interés citados arriba en que la diferencia sea mínima, inclusive los de sociedades gemelas. En estos casos las diferencias de titularidad en el capital obedecen normalmente a pactos de carácter laboral, por ejemplo concesión de participaciones en el capital a los directivos, del todo punto irrelevantes desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

Sin embargo a partir de este nivel creo que debe concluir la virtualidad de la presunción. La sociedad que realiza un acuerdo con otra de la que es titular de una participación de control cualificada, esto es, superior al 80% del capital, o mayoritaria, esto es superior al 50%, tiene derecho a nuestro juicio, a que el Tribunal de Defensa de la Competencia o la Comisión tome este

dato como un sólido indicio de la posible existencia de una única unidad económica entre ambas sociedades, pero no a que se establezca una presunción a su favor que le libere de la prueba, por otra parte sencilla para él, de que las entidades no gozan de autonomía real en la fijación de su línea de actuación en el mercado respecto a la dirección del grupo.

Denunciada su conducta o perseguida de oficio no bastará por tanto con que alegue el control que ostenta respecto a las otras sociedades participantes en el acuerdo o que realicen la práctica concertada para que se archive o sobresea el expediente, sino que será necesario que se lleve a cabo actividad probatoria respecto a la autonomía real de las sociedades participantes en el acuerdo.

Fuera de estos límites la aplicación de presunciones puede producir mayores problemas que ventajas.

#### 4. Soluciones al problema del hueco o laguna

Como hemos visto, tanto la Supreme Court norteamericana como el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia comunitario reconocen que la aplicación del privilegio del grupo puede crear un hueco en el sistema de prohibiciones contenidos en las respectivas normas de defensa de la competencia.

En efecto conductas que juzgadas bajo criterios formales, que las considerara ejecutadas por una pluralidad de destinatarios de la norma, resultarían prohibidas, en virtud de la sección 1 de la Sherman Act, el artículo 85.1 TCEE, el art. 1 LDC o el § 1 GWB, siempre que resultaran irrazonables, o en todo caso, a salvo de las posibles autorizaciones singulares o exenciones por categoría, según cual sea la doctrina de aplicación de la prohibición dominante en cada ordenamiento, y serían perseguidas por los órganos o autoridades de defensa de la competencia, si tuvieran un efecto sustancial en el mercado, dejarían de ser consideradas ilícitas, como consecuencia de la aplicación del privilegio del grupo, salvo que implicaran un intento de mono-

polización (sección 2 Sherman Act), o de abuso de posición de dominio (art. 85.1 TCEE y art. 1 LDC).

Ello tendría como consecuencia que estas conductas que podrían implicar restricciones substanciales de la competencia o incluso compartimentación de mercados en el caso comunitario no podrían ser prohibidas al ser consideradas hecho de un único actor, lo que impediría no solo la declaración de ilegalidad, sino el que se pudieran imponer de las sanciones, u obtener la indemnización de los daños y perjuicios producidos por dicha conducta a terceros, o la adopción de medidas cautelares por parte de los órganos de defensa de la competencia.

Es más en el caso europeo, como puso de manifiesto el Abogado general LENZ en sus conclusiones respecto al caso Viho, se podrían llegar a acumular otros efectos negativos. El primero el de inducir a las grandes empresas multinacionales a organizar la distribución de sus productos a través de filiales controladas al 100% por la matriz, lo que les permitiría confortablemente, compartimentar los distintos mercados nacionales, diseñando conceptos de venta específicos para cada uno de los mercados nacionales en lugar de desarrollar conceptos de venta para la totalidad del mercado común

El segundo el de someter a las pequeñas y medianas empresas, a requisitos más estrictos en materia de competencia que a los grandes grupos, lo cual resultaría altamente contradictorio con las finalidades últimas de control del poder económico que informan todo ordenamiento de defensa de la competencia. Ya que aquéllas no disponen de medios para crear sus propias filiales al 100% en cada Estado miembro que se encarguen de la distribución de sus productos, y tendrían, por tanto que celebrar acuerdos con distribuidores independientes, que estarían sujetos a la prohibición del artículo 85.1 TCEE.

Contra ello no podría argumentarse que las pequeñas y medianas empresas podrían siempre acudir a un sistema de representación mediante agentes, porque en la realidad esto no es así ya que en dichos sistemas el agente tiende a buscar un

representado que pueda ofrecerle un negocio cuantioso y estable, características que no suelen cumplir las pequeñas y medianas empresas por lo que será difícil para ellas establecer una red de agentes de este tipo.

Este tipo de hueco fue el que trató de ser evitado por la minoría en Copperweld que rechazaba la aplicación del privilegio del grupo a través de una regla "per se" y reclamaba la aplicación de la "intraenterprise conspiracy doctrine" y el sometimiento a la "rule of reason" de este tipo de acuerdos. Con lo que podrían ser perseguidos los acuerdos anticompetitivos entre filiales que restringieran la competencia previamente existente entre ellas cuando fueran irrazonables y afectaran significativamente al mercado, sin necesidad de que existiera una situación de monopolio o un peligro de monopolización.

Sin embargo tanto la mayoría en Copperweld, como el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia, han preferido, pese a reconocer la existencia del hueco y los riesgos que entraña, aplicar el privilegio del grupo si bien en el primer caso en base a criterios estructurales y en el segundo en base a criterios funcionales.

En palabras del TPI «no corresponde al Tribunal, bajo el pretexto de que ciertos comportamientos, tales como los denunciados por la recurrente, pueden escapar a las reglas de la competencia, desviar el artículo 85 de su función con el fin de cubrir una eventual laguna del control previsto por el Tratado».

La cuestión no parece tan clara a este intérprete. A través de la introducción del término empresa en el texto del Tratado, del reconocimiento de que la mera presencia en un mismo mercado de productores dotados de personalidad jurídica distinta no implica necesariamente que se encuentren en competencia entre ellos, y del reconocimiento de la inaplicación de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 TCEE, se ha tratado de evitar que las ataduras formales llevaran a una situación en la que se inaplicara el Derecho de la competencia, o en la que éste

fuera utilizado con finalidades distintas de la protección de una competencia eficaz en el mercado.

Pero cuando la interpretación material es la que puede ser fuente de fraude o abuso o de una aplicación inadecuada de las normas de defensa de la competencia, no parecería totalmente inadecuado que se hiciera uso de las categorías jurídicas para resolver la cuestión. Si la aplicación de la "intraenterprise conspiracy doctrine" era inadecuada cuando varias entidades constituían una única unidad económica, también lo es que el ordenamiento comunitario quede inerte ante comportamientos tendentes a compartimentar el mercado y a impedir la realidad del mercado único, con el único argumento de que en base a una interpretación sustantiva se trata de una acción individual y no de una acción concertada por falta de pluralidad de unidades económicas autónomas que participen en el acto.

La nueva regla sería que el principio de unidad económica actúa salvo cuando como consecuencia exclusiva de su aplicación se genere un resultado sustancialmente contrario a las finalidades tuteladas en el apartado 1 del artículo 85.

La cuestión que quedaría al arbitrio del Tribunal sería determinar cuando el daño causado a la competencia, por una unidad económica compuesta por diversas entidades jurídicas que no se encuentren individual ni colectivamente en una posición de dominio en el mercado de la que hayan abusado, es suficiente como para ignorar la existencia de una única unidad económica.

De otra parte la importancia del hueco puede ser reducida respecto a nuestro Derecho nacional de defensa de la competencia. En efecto muchos de las conductas a las que se aplica el privilegio del grupo son casos de negativa de venta, boycott a terceros, prácticas predatorias y demás prácticas discriminatorias, que en su caso, pueden ser consideradas como actos de competencia desleal que falseen sensiblemente la competencia y resultar prohibidos por el artículo 7 LDC que es

aplicable tanto a las conductas en las que participen una pluralidad de empresas como a aquellas realizadas por una sola.

Así todos los actos a los que no se aplique el artículo 1 LDC, que puedan ser considerados como actos de discriminación en virtud del artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal, y cumplan con los requisitos de aplicación del artículo 7 LDC, podrán ser prohibidos en base a dicho precepto, abriéndose por tanto, la posibilidad de denuncia, utilización de las medidas cautelares previstas en el artículo 45 LDC, declaración prohibitiva, multas sancionadoras y en su caso coercitivas, previstas en la LDC.

Para que tal efecto se produzca será necesario que el acuerdo o práctica concertada estipulado o ejecutados por las entidades, al que se le aplique el privilegio del grupo, suponga una explotación por parte de dichas entidades de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad, y que dicho acuerdo falsee de forma sensible la competencia en todo o en parte del territorio nacional afectando al interés público.

Otros casos en los que la aplicación del privilegio del grupo generaría problemas son aquellos en los que las entidades del grupo se presentan como contratantes independientes pese a constituir una única unidad económica en la que las diferentes entidades no gozan de autonomía real en la fijación de su línea de actuación en el mercado.

En estos casos, la conducta de dichas entidades es claramente contraria al artículo 5 LCD, en cuanto resulta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe. Es por ello que, cuando tal conducta falsee de forma sensible la competencia en todo o en parte del mercado nacional afectando al interés público, la conducta podrá ser prohibida en virtud del artículo 7 LDC.

## CAPÍTULO I

# UNIDAD ECONÓMICA Y PRIVILEGIO DEL GRUPO

---

## I. UNIDAD ECONÓMICA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### 1. *La cuestión de la relevancia jurídica de la unidad económica*

El tráfico económico presente es desarrollado por grupos de muy distinta dimensión, locales, nacionales o multinacionales, compuestos por entidades de diverso tipo —sociedades capitalistas y personalistas, fundaciones, mutuas, cooperativas— que desarrollan actividades económicas para el mercado.

La presencia de los grupos en el tráfico ha generado una serie de nuevos problemas que requieren nuevas soluciones jurídicas. Este es el caso de la posible lesión de los legítimos intereses de los socios minoritarios o de los acreedores de las entidades integradas en los grupos, o de las propias entidades, así como los relativos a la consideración de todas o algunas de las entidades pertenecientes a un grupo como una unidad o pluralidad, por solo citar algunos ejemplos.

Como consecuencia de ello, los ordenamientos culturalmente europeos<sup>1</sup> —ya sean anglosajones o continentales— han dado relevancia jurídica a los grupos.

---

<sup>1</sup> Con esta expresión nos referimos tanto a los ordenamientos europeos como a los existentes en otros estados del planeta en los que encontramos preponderantemente normas incorporadas en los procesos de colonización de origen europeo. Este es el caso de todos los ordenamientos americanos, de la mayor parte del derecho escrito africano, y de una

La recepción del grupo en el ordenamiento se ha producido de formas diversas según la tradición jurídica de cada sociedad.

En el ámbito anglosajón fueron los tribunales de «equity» los que le dieron inicialmente relevancia jurídica. Luego el legislador los reguló de modo fragmentario en el «statute law»<sup>2</sup>.

En el ámbito continental pueden apreciarse dos distintas sensibilidades. La germánica que realiza un tratamiento legal sistemático del derecho societario de grupos relativo a las sociedades por acciones que posteriormente es extendido por la jurisprudencia a otros supuestos, como el de los grupos constituidos por sociedades de responsabilidad limitada<sup>3</sup>, y la latina que prefiere, al menos hasta el momento, dar relevancia al fenómeno del grupo de forma meramente fragmentaria allí donde el legislador nacional considera adecuada su toma en

---

importante parte de las normas escritas asiáticas, incluidas las normas de la República popular china que regulan los contratos y joint ventures entre inversores extranjeros y nacionales. En confrontación a este Derecho culturalmente europeo subsiste con mayor o menor intensidad en cada uno de estos países un derecho autóctono, cuyas relaciones con el anterior, nacido de principios y realidades muy distintas, no suele resultar armónica. El juez en ocasiones logra dicha armonía interpretando las normas de raíz europea, que por ejemplo están fundadas en la concepción del individuo como centro de imputación de derechos y obligaciones, siguiendo las pautas filosóficas y modelos sociales no europeos que informan sus normas de Derecho de origen autóctono.

<sup>2</sup> Una excelente exposición de la regulación de los grupos en los Estados Unidos de América, y de la doctrina emanada de sus tribunales, tanto desde la perspectiva sustantiva como procedimental puede verse en BLUMBERG, P. «The Law of Corporate Groups», Boston (Little), 1983-96, (5 vol.).

<sup>3</sup> La literatura alemana en materia de grupos es extremadamente extensa baste aquí citar por todos el manual de EMMERICH, V. - SONNENSCHIEIN, J. «Konzernrecht», München (Beck), 1993, 5.ª ed. que es la obra de referencia en Alemania para iniciar el estudio de su regulación. Esta opción ha sido seguida también, bajo la influencia alemana por el legislador portugués sobre el que puede verse el excelente trabajo de ENGRÁCIA ANTUNES, J. «Os grupos de sociedades» Coimbra (Almedina), 1993.

consideración, delimitando en su jurisprudencia y en la doctrina de sus órganos administrativos de control del mercado los casos y condiciones en que la existencia del grupo será tomada en cuenta<sup>4</sup>. Esta última es también la posición mantenida, hasta el momento, pese a la existencia de proyectos de regulación completa, en el ámbito del derecho comunitario.

Ejemplo de tratamiento fragmentario del fenómeno de los grupos es nuestro propio ordenamiento<sup>5</sup> en el que si bien no existen —hasta el momento— normas legales o ni siquiera proyectos que traten de regular sistemáticamente los grupos desde la perspectiva societaria<sup>6</sup>, se contienen múltiples preceptos en los que se da relevancia jurídica a su existencia, o a la

---

<sup>4</sup> El carácter fragmentario del Derecho de grupos en los ordenamientos latinos impide que existan tratamientos doctrinales omnicomprendidos del fenómeno. Una reciente visión de los principales problemas planteados en este tipo de ordenamientos puede verse en los tres volúmenes del Congreso internacional de estudio sobre los grupos de sociedades celebrado en Venecia los días 16 a 18 de noviembre de 1995, cuyas actas han sido publicadas como MIGNOLI, A. - ROSSI, G. «I Gruppi di Società», Milano (Giuffrè), 1996.

<sup>5</sup> No existe una revisión reciente de carácter general sobre la presencia de preceptos y doctrinas jurisprudenciales y administrativas que den relevancia jurídica al fenómeno del grupo en nuestro ordenamiento. La última revisión de este tipo fue realizada por DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. «El Derecho de las empresas vinculadas en la legislación española», Revista de derecho Bancario y Bursátil, 1989, págs. 465 y ss. Fuera de ello tan solo pueden citarse algunos análisis sectoriales como los de LLEBOT MAJO, O. «Grupos de entidades de crédito», Madrid (Civitas), 1993, o RUIZ PERIS, J. I. «Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores», Revista de Derecho Mercantil, 1995, págs. 1447 y ss.

<sup>6</sup> A diferencia de lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento como el Derecho fiscal o el laboral. En ambos casos puede observarse una cierta tendencia a regular sistemáticamente los grupos. Así sucede en el ámbito tributario con el nuevo régimen fiscal de grupos establecido en la Ley del Impuesto de Sociedades, o en la reciente Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1997).

existencia de relaciones de control sobre las que se crean y funcionan los grupos por subordinación<sup>7</sup>.

Entre otros muchos y por citar solo los incluidos en las más recientes normas podemos citar, los diferentes preceptos contenidos en la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada<sup>8</sup> o el artículo 8 de la reciente Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, relativo a los vínculos estrechos.

La lucha entre estas concepciones puede apreciarse claramente en Europa en el proceso de creación de un Derecho mercantil para la Unión Europea y en particular en la negociación del paralizado proyecto de IX.<sup>a</sup> Directiva en materia de grupos<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Como es bien sabido los grupos de empresas objeto de dirección unitaria pueden ser de dos tipos por subordinación, fundados en relaciones de control, y por coordinación o paritarios en los cuales no existen relaciones de control entre las empresas pertenecientes al grupo. La realidad más común y a la que estamos más acostumbrados es la de los grupos por subordinación, basados normalmente en relaciones de control derivadas de la participación de unas empresas en otras de estructura societaria capitalista, especialmente sociedades anónimas. Respecto a los grupos por coordinación ver SACRISTÁN REPRESA, M. «El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas», Revista de Derecho Mercantil, 1982, págs. 375 y ss. Las cuestiones relativas a grupos paritarios no son frecuentes en el campo del Derecho de la competencia, aunque recientemente se ha planteado la cuestión respecto a la Asociación Española de Cajas Rurales de Ahorros, Resolución del TDC «Cajas Rurales» de 13 de julio de 1998.

<sup>8</sup> Sobre la misma ver RUIZ PERIS, J. I. «Los grupos de sociedades en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada. Valoración crítica de una regulación fragmentaria», Derecho de los Negocios, 1996, núm. 68, págs. 8 y ss.

<sup>9</sup> Sobre el mismo ver EMBID IRUJO, J. M. «Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (séptima y novena directivas)» en «Tratado de Derecho Comunitario», Madrid (Civitas) 1986, vol. III, págs. 73 y ss.; id. «Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (El proyecto de novena directiva), Cuadernos de Derecho y Comercio, 1989, núm. 5, págs. 359 y ss.

Sea cual sea la solución adoptada por el legislador en cada ordenamiento, en todos ellos han nacido, además, doctrinas jurisprudenciales o administrativas que dan relevancia a los vínculos existentes entre las entidades pertenecientes a un grupo, respecto a la aplicación de normas cuyo supuesto de hecho no incluye mención alguna al grupo.

Esto es, cumplidas ciertas condiciones o requisitos, que varían según los intereses protegidos por la norma de cuya aplicación o inaplicación se trate ésta será aplicada de forma distinta a las entidades pertenecientes a un grupo de como lo sería a entidades plenamente independientes.

La diferencia de tratamiento puede ser de muy diversas clases, y entre ellas se encuentra la consistente en tratar a dos o más entidades pertenecientes a un grupo como una única entidad, negando la alteridad entre ellas, dando relevancia jurídica al hecho de que constituyen una única unidad económica. Cuando los jueces u órganos administrativos de control al dictar sus sentencias y resoluciones, actúan así decimos que aplican el principio de unidad económica.

Esto sucede también en el Derecho de Defensa de la Competencia.

## 2. Relevancia jurídica de la unidad económica en el Derecho de defensa de la competencia

### 2.1. Fundamento del principio de unidad económica

En la base de todos estos desarrollos administrativos, jurisprudenciales y aun legislativos se encuentra la doctrina de la empresa<sup>10</sup> que convierte a ésta y no a la persona jurídica en

<sup>10</sup> Con la expresión «doctrina de la empresa» hacemos referencia a la construcción del Derecho comunitario de la competencia respecto a la empresa como destinatario de las normas de defensa de la competencia, que ha tenido su plasmación en el propio texto de los artículos 85 a 92 del

destinatario de las normas de defensa de la competencia. Doctrina de origen norteamericano, que hunde sus raíces en el pensamiento jurídico dominante en dicho país en la era Roosevelt<sup>11</sup>, y tuvo su fiel reflejo en la jurisprudencia y doctrina en materia de defensa de la competencia y que superó los términos clásicos en los que se redactó en 1890 la prohibición contenida en la sección 1.ª de la Sherman Act<sup>12</sup>.

Doctrina que fue recibida de forma expresa por los autores del Tratado de Roma<sup>13</sup> y por el legislador español<sup>14</sup>, así como por otros legisladores de Estados miembros de la Unión Europea.

Así se manifiesta en los §§ 1 y 25 GWB<sup>15</sup>, los artículos 7.1 y 8 de la Ordonnance de la concurrence francesa de 1986<sup>16</sup>, o los

---

tratado de Roma. Aunque esta doctrina hunde sus raíces en la discusión dogmática sobre la empresa presente en diversos ordenamientos nacionales europeos, lo cierto es que la noción de empresa en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia es autónomo respecto a todos ellos. Una visión actualizada del significado del término empresa en el derecho comunitario, concebida como unidad económica susceptible de fijar de modo autónomo su línea de actuación en el mercado, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y Tribunal de Primera Instancia que la ha interpretado y de la jurisprudencia más relevante al respecto puede verse en GLEISS, A. - HIRSCH, M. «Kommentar zum EG-Kartellrecht», Heidelberg (Recht und Wirtschaft), 1993, 4 de., págs. 41 y ss.

<sup>11</sup> Sobre la cuestión ver BLUMBERG, P. I «The Law of Corporate Groups in the United States», en «Convegno Internazionale di Studi sui Gruppi di Società», 1995, págs. 3 y ss. de la ponencia.

<sup>12</sup> Ver Capítulo 3.

<sup>13</sup> Arts. 85 a 92 del Tratado.

<sup>14</sup> Artículos 3, 1 b, 5.1 a y c, 6 y 8 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de defensa de la competencia (BOE núm. 170, de 18 de julio).

<sup>15</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen de acuerdo con el texto de 20 de febrero de 1990 (BGBl. I S. 235 modificado por la Rechtspflegevereinfachungsgesetz de 17 de diciembre de 1990 BGBl. I S. 2847). Sobre el mismo ver IMMENGA, U. - MESTMÄCKER, E. J. «GWB Kommentar zum Kartellgesetz», München, (Beck), 1992, 2.ª ed.

<sup>16</sup> Ordonnance n. 86-1243 relative à la liberté des prix et de la concurrence de 1 de diciembre de 1986 (JORF 9.12. 1986), l'Ordonnance ver BOUTARD LABARDE, M. C. - CANIVET, G. «Droit français de la concurrence», Paris (LGDJ) 1994.

artículos 2 y 3 de la Legge per la tutela della concorrenza e del mercato italiana de 1990<sup>17</sup>, que definen, todos ellos, a sus destinatarios precisamente como «empresas», por solo citar los ejemplos más relevantes.

La doctrina de la empresa, se inscribe dentro de una tendencia general en el derecho de la competencia de atender a la realidad económica más que a la calificación jurídica, o si se quiere a la sustancia más que a la forma y supuso una primera evolución, perceptible en todos los ordenamientos pero especialmente en el ordenamiento norteamericano que en definitiva es el más antiguo de todos, tras un primer período en que los órganos administrativos de control del mercado, o autoridades de defensa de la competencia y sobre todo los tribunales realizaron una aplicación formal de dichas normas.

Su aplicación se ha extendido también a los campos del derecho fiscal, laboral, bancario o de seguros, y tiene especial relevancia en materia de grupos, donde es común considerar al grupo, entendido en el sentido alemán de Konzern, esto es dotado de dirección unitaria y fuertemente centralizado en la planificación de sus decisiones, como una empresa policorporativa<sup>18</sup>.

La aplicación de la doctrina de la empresa en estos casos, no constituye una forma de levantamiento del velo de la personalidad jurídica, sino que obedece a fundamentos y motivaciones distintas de éste.

La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica parte de la relevancia de ésta e inaplica la misma en casos excepcionales en los que se considera que se ha abusado

---

<sup>17</sup> Legge n.º 287 di norme per la tutela della concorrenza e del mercato, de 10 de octubre de 1990 (GU núm. 240 de 13 de octubre de 1990). Sobre la misma ver ALESSI, R. - OLIVIERI, G. «La disciplina della concorrenza e del mercato», Torino (Giappichelli), 1991.

<sup>18</sup> Sobre el grupo como empresa policorporativa ver, por todos, el excelente trabajo de FONT I RIBAS, A. «Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses», Revista Jurídica de Catalunya, 1982, I, págs. 827 y ss.

de ella, que se han utilizado las normas que establecen la personalidad jurídica de determinados patrimonios para defraudar otras normas, o cuando resulta ser una mera ficción.

Su aplicación tiene carácter excepcional, anclada por la jurisprudencia de nuestro país en el abuso de derecho, el fraude de ley, y en general la violación del principio general de la buena fe, y está limitada al desconocimiento de la alteridad existente entre una entidad y sus socios.

La irrelevancia de la personalidad jurídica en el Derecho de la competencia es la regla general, tiene consecuencias respecto a sociedades que no son socios de otras y de acuerdo con requisitos que nada tienen que ver con la existencia de abuso de derecho, de fraude de ley o de violación del principio general de buena fe.

En efecto, los criterios, tanto estructurales como funcionales, que se utilizan para determinar la existencia de una empresa nada tienen que ver con los habitualmente utilizados para levantar el velo de la personalidad jurídica<sup>19</sup>.

La doctrina de la empresa supone un cambio de paradigma. En los ámbitos en los que se acepta o aplica, la existencia de una personalidad jurídica diferenciada, pierde relevancia. El destinatario de la norma es la empresa, concebida como unidad económica susceptible de fijar de forma autónoma su línea de actuación en el mercado, independientemente de que esté compuesta por una o por varias personas jurídicas distintas.

El tratamiento de la relevancia jurídica de la existencia de una única unidad económica no debe ser mezclado, a nuestro juicio, con la constelación de problemas derivados del levantamiento del velo de la personalidad jurídica.

De otra parte, la investigación de cuando existe una única unidad económica a efectos de aplicación de las normas de defensa de la competencia no puede llevarse a cabo partiendo de

<sup>19</sup> Ver *infra* Capítulos 3 y 4.

la ecuación unidad económica igual a empresa. Esto es, no puede reducirse a determinar cuando existe una empresa.

En primer lugar porque tal línea de pensamiento ha fracasado estrepitosamente en su intento de dotarnos de instrumentos útiles que nos permitan deslindar cuando nos encontramos ante casos en los que las distintas entidades deben ser tratadas como una unidad y cuando no.

En efecto, la aplicación de la ecuación referida nos lleva a un concepto escindido de empresa en el que las entidades que forman parte de un grupo son consideradas empresas cuando establecen acuerdos con terceros ajenos al grupo, y dejan de ser consideradas tales cuando pactan con otros miembros del grupo con los que constituyen una unidad económica, sin que la entidad haya variado ontológicamente en nada.

Y en segundo lugar porque aun cuando con el término unidad económica se haga referencia igualmente a la noción de empresa y a la existencia de una pluralidad de entes que deben ser tratados como uno solo, ambas cuestiones son distintas.

Los términos unidad económica, aplicados al derecho de la competencia tienen un carácter polisémico. En ellos puede advertirse dos significados distintos. El de unidad económica — empresa — y el de unidad económica con relevancia jurídica por encima de la pluralidad de entidades.

Ambos han estado confundidos durante la mayor parte del desarrollo del derecho de la competencia comunitario y nacional, pero deben dejar de estarlo. Los requisitos para que identifiquemos una empresa destinataria de las normas de defensa de la competencia y los requisitos para que consideremos que exista una única unidad económica con efectos jurídicos específicos, exclusión de la aplicación de una norma de defensa de la competencia, imputación de responsabilidad, o agregación de magnitudes, entre una pluralidad de entidades distintas no son necesariamente los mismos.

De hecho los requisitos para que demos relevancia jurídica específica a la existencia de una única unidad económica entre varias entidades pertenecientes a un grupo, tampoco tienen

porque ser idénticos en estos tres últimos casos, sino que pueden variar atendiendo a la función que cumpla la aplicación del principio de unidad económica.

## 2.2. Funciones del principio de unidad económica en el Derecho de defensa de la competencia

En el derecho de defensa de la competencia el principio de unidad económica se aplica con tres finalidades distintas: Excluir la aplicación de una norma prohibitiva cuyo supuesto de hecho exige la participación de una pluralidad de actores, corresponsabilizar a una entidad por los actos realizados por otra jurídicamente independiente, y agregar magnitudes a efectos de determinar el poder real de mercado sometido a una única voluntad.

Desde la primera perspectiva esto es la que, como consecuencia del reconocimiento de efectos jurídicos a la existencia de una única unidad económica entre dos o más entidades permite excluir la aplicación de una norma prohibitiva que requiere, para que se pueda cumplimentar su supuesto de hecho, la presencia como actores de dos o más sujetos, cabe destacar el caso *Viho*<sup>20</sup>.

En las decisiones de la Comisión en el caso *Viho/Parker* de 1992<sup>21</sup>, así como en las sentencias que el Tribunal de Primera Instancia (TPI) dictó en 1994<sup>22</sup>, o el Tribunal de Justicia (TJ) en

<sup>20</sup> Resoluciones y sentencias en el mismo sentido pueden encontrarse entre las dictadas por nuestro TDC, desde su remodelación, y por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ver Capítulo 3.

<sup>21</sup> Decisión 92/426/CEE de la Comisión de 15 de julio de 1992 (DOCEL 233, de 15 de agosto de 1992, págs. 27 y ss.) y Decisión de la Comisión de 30 de septiembre de 1992 (no publicada).

<sup>22</sup> STPI de 14 de julio de 1994, dictada en el caso «Herlitz AG C. Comisión» Rec. 1994 II-531 y ss.; y STPI dictada en el caso «Parker Pen C. Comisión» de la misma fecha Rec. 1994, II-552 y ss.

1995<sup>23</sup>, como consecuencia de los recursos interpuestos por las partes frente a las decisiones de la Comisión, o en la sentencia de casación del TJ de 24 de octubre de 1996<sup>24</sup>, se aprecia que a juicio de estos órganos comunitarios un mismo acuerdo, constituía una violación del apartado primero del artículo 85 del Tratado de Roma (TCEE), cuando las partes del acuerdo, fabricante y distribuidor, eran empresas jurídica y económicamente independientes, en tanto que no infringía el precepto fijado, cuando las partes del acuerdo era una sociedad matriz y su filial, controlada directamente al 100%, en cuanto, según la Comisión, el TPI y el TJ, ambas constituían, en dicho caso, una única unidad económica, en cuyo interior la filial no disfrutaba de verdadera autonomía para determinar su línea de actuación en el mercado, debiéndose, por tanto, atribuir la conducta de la filial a la dominante.

El acuerdo en cuestión era una prohibición, impuesta por un fabricante (*Parker Pen*) a sus distribuidores en los distintos estados miembros, de realizar exportaciones más allá de las fronteras del estado en que cada distribuidor tenía su sede.

La afirmación de que las sociedades filiales de *Parker* en Alemania, Bélgica, España, Francia y los Países Bajos, y su matriz constituían una única unidad económica en cuyo interior las filiales no disfrutaban de verdadera autonomía para determinar su línea de actuación en el mercado, sino que aplicaban las instrucciones que les impartía la sociedad matriz que las controla, se sostenía tomando en cuenta diversos hechos.

En particular: que *Parker* era el socio único de las filiales, que las actividades para las que las filiales habían sido consti-

<sup>23</sup> Sentencia de 12 de enero de 1995, dictada en el caso *Viho Europe BV* contra Comisión.

<sup>24</sup> Sentencia de 24 de octubre de 1996, *Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las comunidades europeas*, n.º 28/96, págs. 30 y ss.

tuidas, esto es, las de venta y marketing, eran dirigidas por un equipo regional designado por la sociedad matriz directamente y dependiente de ésta, que controlaba, en particular, los márgenes brutos, los costes de venta, el «cash flow» y las existencias, decidiendo, además, la gama de productos en venta, controlando la actividad publicitaria e impartiendo directrices respecto a precios y descuentos<sup>25</sup>.

Esta línea de pensamiento es la que informa también las sentencias y decisiones que a efectos de determinar el carácter discriminatorio de los precios practicados por un suministrador a una empresa cliente ajena al grupo que se encuentra en situación de dependencia económica respecto a aquél, no toman en cuenta las diferencias de precio existentes con los mismos productos suministrados a una empresa filial del grupo, en aquellos casos en que las dos empresas integradas en el mismo pueden considerarse como una única unidad económica. En tal supuesto la venta realizada entre dominante y filial, en este caso, se considera un simple acto interno sin relevancia competitiva.

Cuando, en todos estos casos, se afirma la existencia de una única unidad económica y en virtud de esta afirmación se niega la pluralidad de sujetos en el acuerdo, se deja de aplicar la norma al caso concreto exonerando a los partícipes de la sanción prevista en la misma, que suele ser la nulidad del acuerdo y la multa administrativa correspondiente.

Pero además como consecuencia de la declaración de la inexistencia de violación de la prohibición se libera a los intervinientes —entidades miembros de un grupo que constituyen una única unidad económica— de la responsabilidad para con terceros derivada de su conducta<sup>26</sup>, así como de la posibili-

<sup>25</sup> STJCE Viho Europe BV C. Comisión, de 24 de octubre de 1996, en «Actividades...» cit. n.º 28, pág. 30.

<sup>26</sup> Así se deduce del hecho de que el artículo 13.2 LDC supedita la posible acción de indemnización de daños y perjuicios derivada de la conducta

dad de que éstos exijan la cesación de la misma o la remoción de los efectos producidos hasta el momento<sup>27</sup>.

Desde la segunda se imputan los actos de una entidad a otra jurídicamente independiente que no los ha realizado, esto es que no ha cumplido, directamente, ninguno de los elementos del

---

ilícita de las partes del acuerdo a la firmeza en vía administrativa o en su caso jurisdiccional de la resolución que declare el carácter ilícito del acuerdo, excluida la ilicitud del acto por aplicación del privilegio del grupo no habrá lugar a indemnización por los daños causados a terceros. Por su parte la STS de 30 de diciembre de 1993 (RAJ 1993/9902) extiende el requisito de pronunciamiento administrativo previo firme a los casos de violación del artículo 85.1 TCE, exigiendo, en su caso, decisión declarativa de la ilicitud del acto dictada por la Comisión.

<sup>27</sup> El mismo efecto se produce en aquéllos casos en que se considera que una conducta, que constituye el supuesto de hecho de una norma de exención, ha sido cumplida por un único autor, cuando los distintos actos en que puede descomponerse han sido realizados por entidades de un grupo que constituyen una única unidad económica. De esta forma se aplica, a una pluralidad de sujetos las consecuencias jurídicas previstas en una norma que exige que todos los elementos del supuesto de hecho hayan sido cumplidos por un único actor. En estos casos la conducta de varios sujetos se imputa a la única unidad económica que forman. La aplicación de esta doctrina puede liberar de responsabilidad a los que constituyen una misma unidad económica. Así sucedió, por ejemplo, en la sentencia dictada en el caso Hydrotherm (STJCE de 12 de julio de 1984, «Hydrotherm Gerätebau GmbH C. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. sas (Rec. 1984, págs. 2999 y ss.), en el que al aplicar la exención por categorías del entonces vigente Reglamento 67/67, reservada para acuerdos entre dos empresas, a un acuerdo en el que participaron tres sociedades y una persona física, por el cual dos de ellas y la persona física concedían a la otra sociedad el uso de determinados bienes inmateriales de los que una de las sociedades era titular, autorizándola para distribuir los productos que fabricaba la otra, participando además en el contrato, en nombre propio y como concedente, la persona física que era además administrador socio colectivo único y comanditario mayoritario de las dos sociedades comanditarias por acciones concedentes. Esta doctrina continúa plenamente vigente, no solo para los reglamentos de exención por categorías 1983/83 y 1984/83, que sustituyeron al anterior, sino también para cualquier reglamento de exención por categorías comunitario o nacional que solo pueda aplicarse a acuerdos entre dos empresas.

supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias se le imputan. Al aplicar el principio de unidad económica, en estos casos, las consecuencias derivadas de la infracción alcanzan a un círculo más amplio de sujetos que a los autores directos o materiales. Y así sucede en especial con la responsabilidad por la violación de las normas prohibitivas de defensa de la competencia, con lo que a través de esta aplicación del principio de unidad económica se corresponsabiliza a una entidad por los actos realizados por otra jurídicamente independiente, en cuanto ambas constituyen una única unidad económica.

Ejemplos de tales aplicaciones podemos encontrarlos tanto en nuestra propia Ley de Defensa de la Competencia, como en la jurisprudencia comunitaria.

Así el artículo 8 LDC establece que:

«A los efectos de la aplicación de esta Ley, se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma, son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta».

Y por su parte la Decisión de la Comisión en el caso BPB de 1988<sup>28</sup>, y las sucesivas sentencias dictadas sobre el mismo por el TPI en 1993<sup>29</sup> y por el Tribunal de Justicia (TJ) en 1995<sup>30</sup> establecieron que la conducta anticoncurrencial de una sociedad irlandesa (GIL), era imputable a su dominante (BPB), sociedad británica que controlaba el 100% del capital de GIL, en cuanto ambas constituían, en el caso, una única unidad económica.

La conducta realizada por GIL que se encontraba en posición de dominio en el mercado de fabricación y comercialización de

<sup>28</sup> Decisión 89/22/CEE de la Comisión, de 5 de diciembre de 1988 (DOCE L 10, de 1989, pág. 50; corrección de errores en DOCE L 52, de 1989, pág. 42).

<sup>29</sup> STPI de 1 de abril de 1993, dictada en el caso «BPB Industries plc y British Gypsum Limited C. Comisión» Rec. 1993, págs. II-389 y ss.

<sup>30</sup> STJCE de 6 de abril de 1995, Rec. 1995, II-865 y ss.

placas de yeso en Irlanda del Norte, consistió en presionar a sus clientes para obtener un compromiso por el que éstos renunciaran a importar placas de yeso de terceras fuentes de aprovisionamiento<sup>31</sup>.

De esta forma, tal y como hemos visto en el ejemplo BPB se imputa a la dominante la responsabilidad de los actos de la dominada con la que forma una única unidad económica<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> En cambio, una conducta similar, desarrollada por la filial británica de BPB (BG), controlada igualmente al 100%, pese a ser juzgada también anticompetitiva, no dio lugar a la imputación de la misma a la sociedad matriz, sin que en el caso se especificara claramente la razón de tal tratamiento diferencial.

<sup>32</sup> Esta línea de pensamiento ha llegado se ha extendido incluso a la aplicación del artículo 7 LDC a un grupo de empresas y a la consideración como desleal de la licitación por separado de entidades pertenecientes a un mismo grupo que constituyen una única unidad económica. Ejemplo de lo dicho es la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, SAN n.º sn/97, de 24 de marzo, en el caso FRINT, (Casación. Sin fecha de elevación), cuyo Fundamento de Derecho 4 consideró «acertada la afirmación del Tribunal de Defensa de la Competencia, en cuanto que, ante la existencia de un grupo empresarial, que actúa en el mercado bajo una voluntad única, no puede nunca prevalecer la personalidad jurídica de cada una de las empresas integrantes del grupo, porque en la realidad no actúan con la independencia que dicha personalidad supone, y ante comportamientos unitariamente decididos no puede prevalecer lo que es mera apariencia jurídica». En particular la AN consideró que existía un acto de competencia desleal con falseamiento de la libre competencia, como consecuencia de la conducta de un grupo de empresas que constituían una unidad económica y que se presentaron como licitadores jurídicamente independientes a una subasta de aceite de oliva convocadas por los Reglamentos 2.376/89 y 2.727/89 de la Comisión, cediendo posteriormente todo el aceite adquirido a la filial española del grupo «Frint España S.A.». Según el FD 3 de la citada sentencia «la concurrencia de empresas de un grupo, sometidas a una misma voluntad, a las licitaciones, adquiriendo aceite en cantidades superiores a las permitidas —cuando la existencia de un grupo hace que las empresas que lo integran actúen en el mercado como si de una sola se tratara—; supone una actuación contraria a la buena fe y usos comerciales de leal competencia. Que además, el grupo empresarial adquiere gran cantidad de aceite en un momento en el que se observa el

Desde la tercera se agregan magnitudes sobre todo a efectos de determinar el poder real de mercado sometido a una única voluntad. Esta finalidad se encuentra presente en multitud de normas de control de mercado ajenas al Derecho de la competencia<sup>33</sup> para determinar si se superan los umbrales a partir de los cuales se procede al control, y en particular, y por lo que nos interesa, en las normas de control de concentraciones.

En efecto en dicha sede para determinar el volumen de negocios, la posición en el mercado, o la fortaleza económico y financiera de quien participa en una fusión o toma de control se toman en cuenta no solo las correspondientes magnitudes referidas a las sociedades participantes o directamente implicadas, sino las de todas aquellas entidades pertenecientes al grupo que se considera forman parte de una única unidad económica con aquélla de acuerdo con los establecido en los preceptos que establecen la delimitación de la unidad económica relevante jurídicamente a dichos efectos<sup>34</sup>.

desabastecimiento del mercado —tal fue la razón de poner a la venta las distintas partidas de aceite—, con lo que restringe la competencia en el mismo, al controlar la oferta del producto en el mercado. Igualmente resulta, que la subida de precios, debida al control de la oferta, perjudica directamente al interés público, en cuanto tiene los efectos correspondientes en la demanda». En este caso la conducta de todas las entidades se considera realizada por una única unidad económica.

<sup>33</sup> La aplicación del principio de unidad económica como mecanismo de cómputo se caracteriza en la realidad jurídica por implicar la agregación de todo tipo de magnitudes, número de votos, beneficios, activos, de los que son titulares dos o más entidades pertenecientes a un grupo y que son tomadas en cuenta por el ordenamiento como si su titular fuera una única entidad, a los efectos de que se produzca una determinada consecuencia jurídica. En nuestro ordenamiento y en el comunitario podemos encontrar este tipo de aplicaciones del principio. Son tales, las normas de cómputo de participaciones establecidas en nuestro sistema societario y del mercado de valores —art. 42.2.º C.d.c., 87.2.º segundo párrafo LSA, art. 4 párrafo tercero de la LMV, o artículo 2 RD 1197/1991 sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, por citar solo algunos ejemplos—.

<sup>34</sup> En particular tal y como viene delimitada en los números 4 y 5 del artículo 5 del reglamento 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989

Así, por ejemplo, se imputan, a los efectos de determinar si se superan los umbrales que establecen la obligación de notificar una concentración, las cuotas de mercado de una dominante a la filial al 100% que se fusiona con otra empresa independiente, sin atender a otro hecho distinto del de la participación en el capital.

La finalidad de agregación está igualmente presente en las reglas de cálculo de la posición de dominio seguidas por la jurisprudencia comunitaria y las decisiones administrativas nacionales a efectos de determinar si ha existido un supuesto de abuso de posición de dominio del artículo 86 TCEE o 6 LDC. En estos casos se toma en cuenta, no solo la cuota de mercado que dicha entidad controla sino la agregación de las cuotas de mercado de todas las entidades del grupo que forman una unidad económica con la primera<sup>35</sup>.

sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOCE N.º L 395, de 30 de diciembre de 1989, págs. 1 y ss.), que no ha sido modificado en la reciente reforma del reglamento operada por el Reglamento 1310/97, del Consejo de 30 de junio de 1997 (DOCE N.º L 180, de 9 de julio de 1997) que entrará en vigor el 1 de marzo de 1998. De especial relevancia interpretativa de estos preceptos es la Comunicación de la Comisión sobre el cálculo del volumen de negocios (DOCE N.º C 385, de 31 de diciembre de 1994), en particular punto I.3.4.

<sup>35</sup> Esta línea de pensamiento puede también encontrarse en el ámbito del control de las prácticas antidumping realizadas por empresas extracomunitarias a través de sus filiales comunitarias. Así por ejemplo el TJCE en su sentencia de 10 de marzo de 1992, en el caso *Minolta C. Consejo*, Rec. 1992, págs. I-1577 y ss., ha estimado que en el marco de la construcción del valor normal, las instituciones comunitarias pueden considerar como margen de beneficio razonable, en el sentido del artículo 2, párrafo 3, b) ii) del reglamento antidumping n.º 2176/84, el margen de beneficio combinado de la sociedad productora extracomunitaria y de la sociedad distribuidora intracomunitaria cuando constituyen una entidad económica única. En su sentencia de 10 de marzo de 1992, en el caso «*Canon Inc. contra Consejo*», Rec. 1992, págs. I-1237 y ss., el Tribunal aplicó igualmente el principio de unidad económica respecto al precio realmente pagado o a pagar en el curso de las operaciones comerciales normales, a tener en cuenta a los efectos del artículo 2, párrafo 3 del reglamento antidumping 2176/84. Según el Tribunal cuando se constata

Como vemos, tanto en unos casos como en otros, existe un tratamiento diferente, ante hechos sustancialmente idénticos. Y la razón de esta diversidad se encuentra en la distinta consideración que se da a sus actores. La doctrina de la Comisión, la jurisprudencia del TJ y del TPI y la doctrina del TDC afirman que cuando dos entidades en el tráfico pueden ser reconocidas como una única unidad económica deben aplicárseles las reglas de defensa de la competencia de modo distinto a como se haría en el caso de que no constituyan tal unidad.

### 2.3. Diferencias entre los distintos casos de aplicación del principio de unidad económica en el Derecho de defensa de la competencia

Pese a que el fundamento de todos los casos es común, la aplicación del principio puede ser muy diversa atendiendo a las finalidades perseguidas por la norma de referencia, esto es la que establece la consecuencia jurídica, y a la finalidad, de aplicación o inaplicación de la norma perseguida mediante el

---

por lo que se refiere a las ventas en el mercado interior, que un productor confía tareas que corresponderían normalmente a un departamento de venta interno, a una sociedad de distribución de sus productos que el controla económicamente y con la cual forma una unidad económica única, el hecho de que las instituciones se funden sobre los precios pagados por el primer adquirente independiente al distribuidor afiliado está justificado, dado que estos precios puede, a justo título, ser considerados como los precios realmente pagados o a pagar en el curso de las operaciones comerciales normales. La toma en consideración de los precios del distribuidor afiliado permite evitar que los costes que están manifiestamente englobados en el precio de venta de un producto cuando esta venta es efectuada por un departamento de venta incluido en la organización del productor, no lo sean cuando la misma actividad de venta es ejercida por una sociedad jurídicamente distinta, aunque económicamente controlada por el productor. En la misma línea aunque sin mención expresa a la existencia de una única unidad económica se había pronunciado ya el Tribunal en su sentencia de 14 de marzo de 1990, en el caso *Gestetner Holdings plc contra Consejo y Comisión*, Rec. 1990, págs. I-781 y ss.

reconocimiento de efectos jurídicos a la existencia de una única unidad económica entre una pluralidad de entidades, en cada caso.

La aplicación de la doctrina en cada caso tiene efectos diversos. En el primero se exonera de responsabilidad a quién en otro caso respondería. En el segundo se extiende la responsabilidad a quién en otro caso no respondería. Mientras que el tercero es totalmente neutral respecto a la responsabilidad, lo que precisamente excluye que sus soluciones, ajenas completamente a la imputación o exoneración de responsabilidad a las empresas que participan en el tráfico económico, sean automáticamente aplicables a los dos primeros<sup>36</sup>.

Esta diferencia es de tal entidad que justifica, por sí sola, el tratamiento separado de los tres casos. De hecho las soluciones que, al menos a primera vista, pudieran parecer correctas

---

<sup>36</sup> Además la aplicación de la relevancia jurídica de la unidad económica en el caso de determinación de la posición de dominio en el mercado o de las magnitudes verdaderamente involucradas en una concentración, tiene como finalidad clarificar cual es el poder de mercado sometido a una única voluntad, por el riesgo que entraña la excesiva concentración del poder de mercado bajo un único poder decisorio de forma permanente, por lo que será extraordinariamente relevante incluir en ella, no solo las magnitudes inmediatamente imputables a sujetos sobre los que un presunto único decisor ejerce su poder, sino también respecto a aquéllos casos en los que simplemente tenga la mera posibilidad de ejercerlo, lo que no está, en cambio, justificado en los casos de corresponsabilidad y de exoneración de responsabilidad. Además el tratamiento dado hasta el momento por los legisladores que han abordado en vía de proyecto o en textos positivos de abordar el problema, ha sido muy distinta en unos y otros casos. Respecto a los casos de agregación existe una mayor tendencia a utilizar criterios estructurales claros de carácter cuantitativo —como la cuantía de la participación en el capital de la filial—, incluidos en preceptos positivos para determinar la existencia de una unidad económica entre dos empresas. En los otros dos casos el legislador ha procurado abstenerse de regular, o cuando lo ha hecho, caso del artículo 8 LDC ha recurrido a criterios cualitativos que pueden ser adaptados por el Tribunal de Defensa de la Competencia o por los Tribunales de Justicia a las peculiaridades del caso concreto sobre el cual se decide.

en alguno de ellos pueden antojársenos desmesuradas aplicadas a otro.

Así por ejemplo si propugnamos una regla «per se», en virtud de la cual no existe acuerdo o acción concertada restrictiva, cuando los participantes son una sociedad y su filial controlada al 100%, encontraremos una extendida y creciente opinión favorable, no exenta de detractores, respecto a la incorporación de esta regla al ámbito del Derecho comunitario o nacional de defensa de la competencia.

Si en cambio proponemos utilizar igual criterio para imputar la responsabilidad por los actos de la dominada a la dominante, los detractores de tal opción formarán legión, y entre ellos los más activos, serán, probablemente, los que, defendieron la utilidad de una regla «per se» para excluir la aplicación de un precepto prohibitivo.

Pese a que en el ámbito comunitario se haya construido en paralelo la doctrina de la exclusión de la prohibición del artículo 85.1 del Tratado de Roma y la de corresponsabilidad de la dominante<sup>37</sup>, esto no tiene porqué ser siempre así. De hecho no es así en el ordenamiento norteamericano, ni tampoco en el ordenamiento alemán francés, o italiano<sup>38</sup>.

Ni siquiera el ordenamiento español, que ha incluido en el artículo 8 LDC una regla de corresponsabilidad, exige los mismos requisitos para imputar la responsabilidad que para excluir la prohibición del artículo 1 LDC<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Buena muestra de la construcción comunitaria en paralelo es la argumentación de la Comisión en el caso ICI, de 14 de julio de 1972, Rep. 1972, págs. 619 y ss. (633) en virtud de la cual «si la existencia de una relación de 'Konzern' puede tener consecuencias favorables para las empresas en la aplicación del derecho de los acuerdos restrictivos, sería necesario admitir, en contrapartida, que tales relaciones puedan tener también una incidencia negativa».

<sup>38</sup> Sobre estas cuestiones ver RUIZ PERIS, J. I. «La corresponsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la competencia», en prensa.

<sup>39</sup> Como muestra claramente la doctrina que puede extraerse de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia analizadas en el Capítulo 3.

A nuestro juicio la construcción paralela de las reglas de imputación de responsabilidad y de exclusión de la prohibición, debe ser también abandonada en el ámbito comunitario, lo que ayudaría a clarificar los requisitos de aplicación de la doctrina en uno y otro caso.

En favor de esta conclusión militan además otros argumentos. Entre ellos que el ámbito de aplicación de la exclusión de prohibiciones no coincide con el de la corresponsabilidad.

Mientras que la primera se aplica exclusivamente respecto a preceptos cuyo presupuesto de hecho exige ontológicamente la existencia de una pluralidad de partícipes, como es el caso de los artículos 85.1.º Tratado de Roma, 1 LDC, que exigen que haya acuerdo o práctica concertada, la segunda es aplicable respecto a todo precepto prohibitivo, independientemente de que pueda ser infringido por la conducta de uno o varios sujetos.

Por lo que podrá existir corresponsabilidad por infracción del art. 85.1 Tratado de Roma o 1 LDC, pero también como consecuencia de un abuso de posición de dominio prohibido por los artículos 86 del Tratado o 6 LDC, o por un acto de competencia desleal que falsee sensiblemente la competencia afectando al interés público, prohibido por el artículo 7 LDC.

Del mismo modo parece claro que las consecuencias del otorgamiento de efectos jurídicos a la existencia de una unidad económica en ambos casos, son radicalmente distintos desde la perspectiva del interés protegido por las normas de defensa de la competencia, que es la preservación de una competencia eficaz en el mercado.

En efecto, en tanto que en el primer caso la decisión determinará si una conducta restrictiva está prohibida o no, en el segundo la decisión será neutral desde la perspectiva del mantenimiento de una competencia eficaz en el mercado.

Esto es, la exclusión de la prohibición implica que las conductas restrictivas son consideradas lícitas, en tanto no constituyan un acto de abuso de posición de dominio o de competencia desleal que falsee sensiblemente la competencia afectando al interés público, con lo que la restricción de la competencia se

producirá, en perjuicio de los consumidores y de los competidores, y estos no se verán amparados por la acción del TDC o de la Comisión, ni podrán solicitar la indemnización de los daños y perjuicios que les hayan sido irrogados de acuerdo con el artículo 13.2 LDC y la STS de 30 de diciembre de 1993 en el caso CAMPSA<sup>40</sup>.

En tanto que la corresponsabilización de la dominante no generará una restricción adicional de la competencia, ni tampoco evitará la restricción existente.

La finalidad de la aplicación de la doctrina en ambos casos es también muy distinta. Si en el primer caso se trata de decidir si la restricción producida por una conducta debe considerarse relevante. En el segundo hay que averiguar si las consecuencias de un acto anticompetitivo deben imputarse a la sociedad dominante.

Por tanto los requisitos de aplicación de la doctrina con respecto a cada finalidad deben ser estudiados separadamente.

## II. EL PRIVILEGIO DEL GRUPO

### 1. *Consideraciones generales respecto al objeto y método de nuestro estudio*

Partiendo de esta primera conclusión hemos centrado nuestro trabajo en el caso de exclusión de la aplicación de una norma prohibitiva cuyo supuesto de hecho exige la participación de una pluralidad de actores.

El denominado, por la doctrina alemana, y bajo su influencia por el Abogado General LENZ, privilegio del grupo, termino que adoptamos mas por lo expresivo y por lo cómodo que por lo preciso.

<sup>40</sup> RAJ 9902/1993.

En efecto si hay una conclusión que extraerse con claridad del análisis de la aplicación del privilegio del grupo en los principales ordenamientos de defensa de la competencia, es que la mera pertenencia a un grupo, definido o no por el legislador, no es suficiente para la aplicación del privilegio del grupo<sup>41</sup>.

Pese a su característica impronta germánica, utilizaremos los términos privilegio del grupo al referirnos a la doctrina administrativa y jurisprudencia de cualquiera de los ordenamientos analizados, para evitar la perífrasis: «relevancia jurídica de la existencia de una única unidad económica entre diversos miembros del grupo que tiene como consecuencia que un acuerdo o práctica concertada establecido o realizada por ellos, o en su caso, esto es en el caso de los ordenamientos como el español que también las prohíben, de una práctica conscientemente paralela, que tengan por objeto o efecto restringir o falsear la competencia, no se considere acto de infracción de la norma prohibitiva de tales conductas».

Para llegar a averiguar cuales serán las condiciones de aplicación del privilegio del grupo que favoreciendo la seguridad jurídica, permitan que se preserven en mayor medida los intereses tutelados por las normas de defensa de la competencia, esto es el mantenimiento de una competencia eficaz y la tutela del interés del mercado y de los consumidores, es necesario partir del análisis de la aplicación del mismo no solo en el ordenamiento comunitario o en nuestro ordenamiento, cuyas soluciones, en materia de defensa de la competencia, derivan de forma abrumadora de las comunitarias que son utilizadas en muchas ocasiones como «regla de verdad», sino también en los ordenamientos extranjeros que influyen de forma mas sustancial en las soluciones adoptadas en sede comunitaria y de los que traen origen muchas de las soluciones adoptadas por éste, en particular respecto a la cuestión que nos ocupa, esto es el ordenamiento norteamericano y el alemán.

<sup>41</sup> Ver infra Capítulos 3 y 4.

## 2. *Privilegio del grupo y concentración de empresas*

Pero antes de iniciar el desarrollo de la cuestión propuesta es necesario realizar un breve excursus que clarifique la independencia del problema que aquí abordamos de los regulados a través de las normas de control de concentraciones, y en particular nos permita distinguir claramente las cuestiones relativas al privilegio del grupo del privilegio de la concentración que se extiende a las restricciones necesarias y relacionadas directamente con la realización de la concentración, de acuerdo con el artículo 6.1.b Reglamento CE 4064/89<sup>42/43</sup>, en la

<sup>42</sup> DOCE L 395, de 30 de diciembre de 1989, págs. 1 y ss.; versión rectificada en DOCE L 257 de 21 de septiembre de 1990, pág. 13, reformado por Reglamento 1310/97, del Consejo de 30 de junio de 1997 (DOCE N.º L 180, de 9 de julio de 1997), y desarrollado por el Reglamento 447/98 de la Comisión de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) N.º 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE L 61 de 2 de marzo de 1998). Sobre el reglamento de control de las concentraciones, antes de la última reforma, ver MIRANDA SERRANO, L. M. «Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español», Madrid (La Ley), 1994 y BELLO MARTÍN-CRESPO, M.º P., «Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria», Pamplona, 1997. Respecto al control de las concentraciones como mecanismo de vigilancia respecto a las operaciones de creación de un grupo, transferencia de empresas entre grupos, incorporación de una empresa independiente a un grupo, o transformación estructural del control, son de especial importancia las comunicaciones de la Comisión que interpretan el Reglamento 4064/1989 y en particular: Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) N.º 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE C 66 de 2 de marzo de 1998), Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento (CEE) N.º 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE C 66 de 2 de marzo de 1998), Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios con arreglo al Reglamento (CEE) N.º 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE C 66 de 2 de marzo de 1998), y Comunicación de la Comisión sobre el concepto de empresas afectadas con arreglo al Regla-

redacción dada por el Reglamento CE 1310/97<sup>44</sup>, y el artículo 8.2 Reglamento CE 4064/89 en su redacción original.

En primer lugar hay que hacer notar que en todos los ordenamientos consultados que contienen una normativa de control de las concentraciones, como el norteamericano, el comunitario, el alemán, el italiano, el francés o el español, existe una doctrina administrativa y judicial relativa al privilegio del grupo totalmente autónoma respecto a la propia normativa de control de concentraciones.

Ello es debido a que los problemas que se plantean en uno y otro caso son muy distintos. De una parte por las razones que hemos visto mas arriba y entre ellas la vinculación del privilegio del grupo a la cuestión de la responsabilidad por los actos contrarios a las normas de defensa de la competencia y la neutralidad de las concentraciones a este respecto. De otra por una serie de razones entre las que conviene destacar que el control de concentraciones se ejerce respecto a casos de posible formación de un grupo mientras que el privilegio del grupo se refiere a casos relativos a las relaciones entre entidades pertenecientes a grupos ya constituidos.

mento (CEE) N.º 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE C 66 de 2 de marzo de 1998)

<sup>43</sup> En el caso del control comunitario de concentraciones, la declaración de compatibilidad de la operación, ya sea en la primera fase, como consecuencia de que la misma no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, (art. 6.1.b Reglamento 4064/89, en la redacción dada por el Reglamento 1310/97), ya sea en la segunda, tras la constatación de que la operación no crea ni refuerza una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo (art. 8.2 y 3 en relación con el 2.2 ambos del reglamento 4064/89), abarca también la de las restricciones necesarias y directamente relacionadas con la realización de la concentración, pero no se extiende a las posteriores restricciones de la competencia entre las empresas subsistentes tras la realización de la concentración.

<sup>44</sup> DOCE n.º L 180 de 9 de julio de 1997.

Esto es el control de concentraciones se ocupa de las modificaciones estructurales de la competencia en el mercado como consecuencia de la fusión entre varias entidades, que no da lugar a la creación de un grupo, o a la toma de control de una entidad por otra, que si que puede dar lugar a su constitución. En tanto que el privilegio del grupo se ocupa de modificaciones coyunturales de la competencia como consecuencia de acuerdos o prácticas concertadas o, en su caso, conscientemente paralelas entre entidades pertenecientes a un mismo grupo.

El tratamiento privilegiado que los ordenamientos conceden a las concentraciones mediante los regímenes de autorización de las mismas presentes en ellos se justifica por los beneficios de todo tipo, eficiencia económica, mayor competitividad frente a entidades pertenecientes a otros países o mercados únicos supranacionales, etc. que no están presentes en los casos de los acuerdos intragrupo, por lo que no existe justificación alguna que permita propugnar una extensión del régimen de concentraciones a estos casos.

Cuestión distinta es que las restricciones a la competencia entre empresas independientes, como lo son las que participan en la operación de concentración antes de que ésta se inicie, necesarias para la realización de la concentración y las relacionadas directamente con la misma, queden autorizadas como consecuencia de la declaración de compatibilidad de la operación de concentración por parte de la Comisión, de acuerdo con el citado artículo 6.1.b Reglamento CE 4064/89 en su redacción dada por el Reglamento 1310/97, en la primera fase del procedimiento, o de acuerdo con el artículo 8.2 Reglamento CE 4064/89 en su redacción original, en la segunda fase del procedimiento, que no es sino mera consecuencia del carácter accesorio<sup>45</sup> de

<sup>45</sup> Respecto a la doctrina de las «ancillary restraints» y su significado ver RUIZ PERIS, J. I. «El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia», Madrid (Civitas), 1991, págs. 53 y ss.; En particular respecto a las restricciones accesorias en materia de concentraciones ver MIRANDA SERRANO, L. M. Las concentraciones económicas..., ob. cit.,

las mismas respecto a la operación de concentración y de su necesidad para lograr ésta.

Esta posibilidad se refiere exclusivamente a las restricciones accesorias a la concentración que han venido siendo definidas por la Comisión<sup>46</sup> de acuerdo a las siguientes características:

Debe tratarse de acuerdos que por si mismos no establezcan una unidad económica entre partes anteriormente independientes o instituyan el control compartido de una determinada empresa entre otras dos o más, ni, en el caso de concentraciones por etapas, regulen las fases previas al establecimiento del control.

Las restricciones objeto del acuerdo deben limitar la libertad de acción en el mercado de las partes participantes en una concentración sin detrimento de terceros. Deben ser consecuencia inevitable de la operación de concentración y por tanto deben guardar un vínculo directo con la concentración y no ser disociables de ésta. Deben ser necesarias para la realización de la operación de concentración, lo que implica que si no existieran aquella no llegaría a realizarse, o se produciría en condiciones más inciertas, o con un coste sustancialmente mayor, durante un período mucho mas largo o con una probabilidad de éxito inferior<sup>47</sup>.

De otra parte para que una restricción accesorias quede cubierta por la decisión que autoriza la concentración es necesario que cumpla con los principios de proporcionalidad y de

págs. 483 y ss.; y con gran extensión BELLO MARTÍN-CRESPO, «Concentración de empresas...», ob. cit., págs. 461 y ss.

<sup>46</sup> En particular ver la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones accesorias en operaciones de concentración (DOCE núm. C 203, de 14 de agosto de 1990), que aunque no prejuzga la interpretación que al respecto pueda hacer el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, indica como es aplicada la regla por parte de la Comisión.

<sup>47</sup> De acuerdo con lo dispuesto en los puntos II.4 y II.5 de la comunicación sobre las restricciones accesorias.

lesión mínima de la competencia. De acuerdo con el primero la duración, contenido y ámbito geográfico de aplicación de la restricción accesoria no deben ir mas allá de lo que razonablemente pueda exigir el cumplimiento de la operación de concentración. De acuerdo con el segundo deberá demostrarse que la restricción accesoria constituye la alternativa menos restrictiva de la competencia de las posibles<sup>48</sup>.

Los ejemplos mas comunes de restricciones accesorias son la prohibición contractual de competencia que se impone al transmitente de una empresa o de una parte de la misma para que el adquirente perciba la totalidad del valor de los activos cedidos, incluyendo el valor del fondo de comercio, esto es de la clientela, y del know-how que hubiere acumulado el transmitente, las licencias de derechos de propiedad industrial, comercial y know-how necesarias para que el adquirente pueda sacar el máximo provecho de los bienes cedidos, o los acuerdos de compra y suministro entre transmitente y adquirente que permitan a éste, al menos durante un período transitorio, conservar una posición equivalente a la existente antes de la concentración en que dichos suministros se producían dentro de la misma entidad o unidad económica<sup>49/50</sup>.

<sup>48</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el punto II.6 de la comunicación sobre las restricciones accesorias.

<sup>49</sup> Todos ellos limitados a las respectivas condiciones descritas en el punto III de la comunicación sobre restricciones accesorias.

<sup>50</sup> La argumentación aquí desarrollada y la interpretación de la Comisión, pueden, al menos en línea de principio, ser extendidos al ordenamiento español, dada la tendencia de nuestro TDC a seguir la línea marcada por los órganos comunitarios, en todo caso. A otra conclusión hubiera podido llevar el hecho de que en los artículos 14-18 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (BOE, núm. 170, de 18 de julio), que regulan las concentraciones de dimensión nacional no figura mención alguna a las restricciones accesorias a las concentraciones y a su tratamiento, pero el TDC en el caso «ICI Paints España» pareció decantarse por una interpretación asuntiva de la doctrina comunitaria de las restricciones accesorias aunque sin base legal para ello. Lo que plantea el problema o bien de la ilegalidad de la decisión o de la aplicación

El privilegio del grupo se refiere a casos que no están directamente vinculados con una operación de concentración y por tanto nada tiene que ver con ella. En consecuencia las restricciones amparadas por el privilegio del grupo, como la descrita mas arriba en el caso Viho, no pueden ser calificadas como restricciones accesorias de una concentración.

### 3. Objeto de nuestro estudio

Concluido el necesario excursus sobre las restricciones accesorias y volviendo a línea principal de nuestro estudio, parece conveniente precisar cual va a ser el objeto del mismo. Éste es el privilegio del grupo, doctrina nacida y usada respecto a la aplicación de las prohibiciones de prácticas colusorias. Es por tanto conveniente realizar una reflexión preliminar sobre la finalidad y significado de dichas prohibiciones, y de la aplicación de la doctrina del privilegio del grupo respecto a ellas.

Las prácticas colusorias en sus diversas variantes —acuerdos, prácticas concertadas y conscientemente paralelas— constituyen la forma mas peligrosa de conducta restrictiva de la competencia, dado que involucran una pluralidad de actores y de voluntades que se fortalecen mutuamente en la consecución del objetivo común anticoncurrencial. Los acuerdos horizontales, esto es entre empresas que operan en el mismo mercado, o verticales, esto es entre empresas que operan en mercados conexos, que tienen por objeto o efecto restringir la competencia están en la actualidad prohibidos en todas las legislaciones de

del artículo 1 LDC de acuerdo con la doctrina de las «ancillary restraints», que recordémoslo una vez mas, es anterior a la doctrina de la rule of reason, por lo que no parece razonable afirmar que es expresión de la misma, si acaso sería precursora de ella. Sobre la cuestión ver las posiciones discrepantes de GINER PARREÑO, C. A. «Artículo 1 de la Ley de defensa de la Competencia y Rule of reason (el caso «ICI paints España S.A.»)» Derecho de los negocios, núm. 33, págs. 10 y ss. (pág. 10) y de MIRANDA SERRANO, L. M., «las concentraciones...», págs. 495 y ss.

defensa de la competencia. Junto a dichos acuerdos, se prohíben igualmente las prácticas concertadas, y en algunos casos como la Ley de Defensa de la competencia española, las conductas conscientemente paralelas de objeto o efecto anticompetitivos.

Todas estas reglas prohibitivas tienen en común, que exigen para la realización de su presupuesto de hecho la participación de al menos dos destinatarios de la prohibición distintos. Dicha pluralidad es imprescindible para que exista un acuerdo, puesto que nadie puede pactar consigo mismo, para que exista concertación, puesto que tampoco podemos concertarnos con nosotros, e incluso para que pueda hablarse de prácticas paralelas, puesto que el paralelismo de nuestra práctica se mide en función de la del otro.

En todos los ordenamientos jurídicos de defensa de la competencia existen normas de este tipo, que exigen ontológicamente, ya sea de forma directa o indirecta, la participación de una pluralidad de sujetos. Son normas cuyo supuesto de hecho no puede ser realizado, por tanto, por un único sujeto.

Con carácter directo encontramos las normas que prohíben los acuerdos, prácticas concertadas o conscientemente paralelas que restrinjan la competencia, a los que se refiere nuestro artículo 1 LDC o el artículo 85.1.º TCEE.

Este tipo de normas se encuentran también en otros ordenamientos como el alemán § 1 GWB, el italiano artículo 2 de la Legge de 10 de octubre de 1990, n. 287, o el francés art. 7 de la Ordonnance n.º 86-1243<sup>51</sup> y derivan de la primera regla de

<sup>51</sup> En derecho comparado el § 1 GWB prohíbe los contratos (Verträge) concluidos entre empresas o por asociaciones de empresas, siempre que tanto unos como otras sean estipulados con un propósito común (gemeinsamen Zweck), así como las decisiones (Beschlüsse) de estas últimas; el artículo 7 de l'Ordonance francesa de 1986, prohíbe las acciones concertadas (actions concertées), los acuerdos (conventions) y las ententes (ententes), el artículo 2 de la Ley italiana de 1990 prohíbe en general las ententes (intese), considerando como tales los acuerdos (accordi) o prácticas concertadas (pratiche concordati), así como las

este tipo en la historia del derecho contenida en la sección 1 de la Sherman Act norteamericana.

Según este último precepto:

«Todo contrato, combinación en forma de 'trust' o de otra manera, o conspiración, que restrinja los intercambios o el comercio entre varios estados, o con naciones extranjeras, se declara ilícito»<sup>52</sup>.

Los tres términos que delimitan el supuesto de hecho de la norma han venido siendo interpretados por la doctrina<sup>53</sup> como delimitadores de un único concepto, referido a la existencia de una acción concertada<sup>54</sup>.

decisiones de consorcios, asociaciones de empresas y otros organismos similares, aunque hayan sido adoptadas bajo la forma de disposiciones estatutarias o reguladoras de dichas entidades.

<sup>52</sup> 15 U.S.C. § 1 (1982). «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal». Hemos optado por traducir el término «combination» por combinación, que nos parece suficientemente expresivo. El término puede también traducirse por asociación o concentración, pero el campo semántico más amplio de combinación refleja en mayor medida el significado que el término tiene en el derecho norteamericano que no se ciñe exclusivamente al significado técnico que las palabras asociación o concentración tienen en nuestro Derecho. Hemos mantenido por el contrario el término «trust» en la traducción tanto por la dificultad de encontrar una traducción satisfactoria como por el poder evocador del mismo para los juristas españoles, ya familiarizados con su existencia, aunque no siempre con su significado. El «trust» que puede ser traducido imperfectamente por el término «fideicomiso» es, como de todos es sabido, un conjunto de bienes que constituyen un patrimonio afecto a un fin determinado por voluntad de la persona que lo constituye, y es una de las instituciones características del derecho medieval inglés, exportada con posterioridad a todos los países de cultura anglosajona.

<sup>53</sup> AREEDA, P. «Antitrust Law», Boston/Toronto, (Little, Brown and Company), 1986-91, (vol. VI, pág. 3).

<sup>54</sup> Se mantiene, sin embargo, en la jurisprudencia, la distinción técnica entre contratos de una parte y combinaciones o conspiraciones de otra, ver KITNER, E. W. «Federal Antitrust Law», Cincinnati (Anderson), 1980-95 (vol. II, págs. 13 y ss.), en tanto que los dos últimos términos son

En todo caso y a efectos de nuestra investigación, la cuestión no tiene mayor relevancia ya que tanto el contrato, como la combinación, o la conspiración, exigen la existencia de una pluralidad de sujetos que participen en su comisión, por lo que desde nuestra perspectiva pueden ser analizados unitariamente, como modalidades distintas de concertación<sup>55</sup>.

Preceptos de este tipo pueden encontrarse también en las normas que, en el ámbito comunitario o español, hacen referencia a la prohibición de las concertaciones. Así el párrafo 1 del artículo 85 TCEE prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas<sup>56</sup>, en tanto que el artículo 1 LDC, prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela.

Según el primero de éstos preceptos:

«Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que pue-

---

utilizados como intercambiables. La importancia práctica de la distinción es escasa, una vez determinado que existe una concertación suficiente para que pueda aplicarse la sección 1 de la Sherman Act, la regla es aplicada sin que se clasifique si la acción concertada es un contrato, una combinación o una conspiración. Así *Northern Sec. Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 331, 24 S. Ct. 436, 454, (1904); *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F. 2d 434, 445 (3d Cir. 1977) cert. denied, 434 U.S. 1086 (1978).

<sup>55</sup> Con el término «concertación» y «acción concertada» nos referiremos, a partir de ahora, a todos los tipos de actos que en la sección 1 de la Sherman Act, y en otras normas de defensa de la competencia, exigen para el cumplimiento de su supuesto de hecho la participación de al menos dos sujetos y un cierto grado de acuerdo entre ellos, incluyendo las prácticas conscientemente paralelas, en la medida en que la consciencia suponga aquiescencia. Reservaremos, en cambio, el término «prácticas concertadas» para las así denominadas en el artículo 85.1 TCEE y 1 LDC.

<sup>56</sup> El artículo 85.1.º TCEE también prohíbe las decisiones de asociaciones de empresas, que si bien suponen una pluralidad de sujetos en la base de la asociación no exigen necesariamente la pluralidad de voluntades respecto al acto declarado ilícito esto es la adopción de la decisión restrictiva de la competencia.

dan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común»<sup>57</sup>.

Según el segundo:

«Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional».

Estas reglas específicas para la acción concertada imponen un tratamiento más riguroso a este tipo de restricciones que a las realizadas individualmente.

Así mientras cualquier acción concertada que restrinja de forma irrazonable los intercambios o el comercio —en los U.S.A.—, que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia —en la U.E.— o que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia —en España—, está prohibida<sup>58</sup>, y será perseguida por las autoridades administrativas siempre que produzca una restricción de la competencia sustancial (art. 1.3 LDC, Comunicación relativa a acuerdos de menor importancia comunitaria, rule of reason americana), las acciones realiza-

---

<sup>57</sup> Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (B.O.E. núm. 1, de 1.º de enero de 1986).

<sup>58</sup> La formulación comunitaria ha sido seguida por varios ordenamientos nacionales, entre ellos el Español, con algunas modificaciones. Así en Francia se consideran prohibidas las que tengan por objeto o puedan tener por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, en tanto que en Italia se introduce el elemento cuantitativo en la noción al prohibir aquéllas que tengan por objeto o por efecto impedir restringir o falsear de forma consistente el juego de la competencia. En Alemania en cambio la formulación no deriva de la comunitaria, prohibiéndose aquéllas que tengan influencia en la producción o mediación de productos o servicios para el mercado a través de la limitación de la competencia.

das por un único sujeto solo serán perseguidas cuando generen el riesgo de que se monopolice un mercado —en los U.S.A. (Sección 2 de la Sherman Act)<sup>59</sup>— o se abuse de una posición de dominio en el mercado —en la U.E. (art. 86 TCEE) y en España (art. 6 LDC)—<sup>60</sup>, lo que presupone que el operador tiene poder de mercado, esto es susceptible de definir su línea de actuación en el mercado sin tomar en consideración la política comercial o la posible respuesta de sus competidores.

El tratamiento de los actos restrictivos de la competencia en los que participan una pluralidad de sujetos, es por tanto, mucho más estricto que el de los realizados por uno solo<sup>61</sup>, puesto que para prohibir los primeros no es necesario que las empresas que tomen parte en ellos tengan conjunta o individualmente poder de mercado.

<sup>59</sup> La sección 2 de la Sherman Act, que no reproducimos dada su extensión, como es bien sabido, prohíbe los monopolios y los intentos de monopolizar el mercado.

<sup>60</sup> La opción por la prohibición de los abusos de posición de dominio y no de los monopolios o de los intentos de monopolizar ha sido también aceptada en otros ordenamientos europeos, como el alemán § 22 GWB, el italiano artículo 3 Ley de 1990, o el francés art. 8 de la Ordonnance de 1986.

<sup>61</sup> Las razones por las cuales el congreso norteamericano, y tras él todas las legislaciones de defensa de la competencia han establecido este doble tratamiento de las acciones individuales y de las colectivas es muy discutida. Tomando los criterios construidos por AREEDA, P. «Antitrust Law» ob. cit. Vol. VI, págs. 10-11, pueden citarse cuatro argumentos: 1. Que la concertación incrementa el riesgo de acción y resultados anticompetitivos. Consideración basada en la psicología humana que permite a un sujeto infringir más fácilmente cuando su conducta es aprobada o aun más compartida por otro que cuando la infracción debe ser realizada en la soledad. 2. La concentración crea una restricción que no sería posible sin ella. Lo cual como veremos no siempre es cierto, en cuanto pueden producirse restricciones equivalentes en un mismo mercado sin necesidad de concertación. 3. La concertación incrementa el poder de mercado. En cuanto una multiplicidad de fuerzas hasta entonces dispersas se funden en una sola acción. 4. La concertación limita la autonomía individual, restringiendo la libertad de acción. Si bien hay que tener en cuenta que dicha limitación es asumida libremente por el que participa en la misma.

Un ejemplo aclarará esta cuestión. Si las empresas A y B que controlan respectivamente el 10% y el 15% de un determinado mercado de comercialización de un concreto producto, pactan entre ellas establecer condiciones de prestación de sus productos discriminatorias para la empresa C, caen dentro del ámbito de la prohibición del artículo 1.1.º letra d) LDC. Si la empresa E, en cambio que controla el 25% de dicho mercado, y no es ni monopolista —en los USA— ni se encuentra en posición de dominio en el mercado —en España y UE— aplica condiciones discriminatorias de suministro a la empresa F., no estará por ello infringiendo ni la sección 1 de la Sherman Act, ni el artículo 85.1 TCEE, ni el artículo 1.1 letra d) LDC puesto que no hay concertación, ni la sección segunda de la Sherman Act, ni el artículo 86 TCEE, ni el artículo 6.1.º letra d) LDC, puesto que la empresa discriminadora, en cuanto al derecho norteamericano, no se encuentra en una situación de monopolio, ni intenta monopolizar el mercado a través de su conducta, y en cuanto al derecho nacional y comunitario, no se encuentra en posición de dominio en el mercado<sup>62</sup>.

Los efectos de mercado de ambas conductas, en términos de poder de mercado y discriminación son idénticos en ambos casos, pero, sin embargo, en el primero se prohibirá la conducta por las normas de defensa de la competencia y se sancionará al infractor mientras que en el segundo no.

La única diferencia en ambos casos es que en la primera restricción habrán participado una pluralidad de sujetos mientras que en la segunda será tan solo uno el infractor.

Si tenemos en cuenta que cuando aplicamos el privilegio del grupo dejamos de analizar la conducta como hecho de una

<sup>62</sup> Todo ello independientemente del hecho de que si la empresa discriminada se encuentra en una situación de dependencia frente a las discriminadoras, esto es no dispusiera de alternativa equivalente, el acto podría ser calificado como acto de discriminación de acuerdo con el apartado 2 del artículo 16 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (BOE núm. 10, de 11 de enero).

pluralidad de actores para pasar a valorarlo como hecho de un único actor hay que llegar a la conclusión de que a través de la aplicación de tal doctrina hacemos que los actos sean analizados, desde la perspectiva antitrust, de acuerdo a un standard mucho menos rígido que si afirmamos que dichas entidades son efectivamente una pluralidad de destinatarios de la norma que se han concertado.

Así mismo la aplicación de la doctrina del privilegio del grupo impide que se puedan hacer cesar los actos por parte del órgano administrativo, en aplicación de los poderes que tiene otorgados, que pueda declararse la nulidad del acuerdo, que pueda sancionarse a las entidades que forman parte del acuerdo, y que puedan ser indemnizados los daños y perjuicios generados por la conducta de dichos sujetos<sup>63</sup>.

Por ello es tan importante averiguar cuando y en que condiciones los órganos administrativos y jurisdiccionales o aun la propia ley consideran a una pluralidad de sujetos, desde la perspectiva civil, como uno único, desde la perspectiva de la aplicación de las normas prohibitivas de defensa de la competencia, y sobre todo cuando y en que condiciones deberían hacerlo.

La aplicación de la doctrina del privilegio del grupo y consecuentemente los problemas que la misma acarrea se reproducen, en mayor o menor medida, en todos los demás casos en que directa o indirectamente una norma de defensa de la competencia presupone la existencia de una pluralidad de sujetos que se concertan.

Directamente lo hacen normas como la sección 2 de la Sherman Act, que prohíbe las conspiraciones para monopolizar, el artículo 86 TCEE o el 6 LDC, que prohíben el abuso de una posición de dominio colectiva, la sección 3 de la Clayton Act, que prohíbe las ventas con la «condición, acuerdo o sobreentendimiento» de que el comprador aceptará bienes

<sup>63</sup> Art. 13.2 LDC y STS de 30 de diciembre de 1993, RAJ 1993/9902.

vinculados, o los múltiples casos de prácticas desleales en los que la sección 5 de la Federal Trade Commission Act, se refiere a las conspiraciones como elemento configurador de los supuestos de hecho de la misma.

Indirectamente se produce cuando el supuesto de hecho de la norma incluye una transacción o cualquier negocio jurídico que requiera la participación de dos o más sujetos. Así sucede por ejemplo respecto a la discriminación de precios. En ellos el precio de adquisición del producto pagado por la empresa adquirente que no disponga de alternativa de suministro equivalente, se compara con el practicado por el suministrador común respecto a otras empresas. Si la empresa respecto de la que se practican precios más bajos constituye una única unidad económica con la suministradora, se plantea la cuestión de determinar si habrá que dar relevancia jurídica a la misma y considerar que no existe discriminación de precios ilícita, o si por el contrario no habrá que atender a la misma, en cuyo caso la conducta puede considerarse que infringen las normas de competencia desleal (art. 16.2 LCD), y caso de que se viole el interés público, las normas de defensa de la competencia (art. 7 LDC).

Por último, en el ordenamiento comunitario y en aquéllos otros en los que se ha extendido un sistema de prohibición de concertaciones basado en la posibilidad de establecer reglamentos de exención por categorías, la inaplicación de la prohibición exige, en ocasiones, que para aplicar el reglamento deba tomarse en consideración la existencia de una unidad económica entre varias personas o entidades que constituyen una parte del acuerdo presuntamente restrictivo. En estos casos podemos hablar, también, aunque en otro sentido distinto que en el caso anterior, de una inaplicación indirecta de prohibiciones.

#### 4. Metodología y Plan de la obra

Concluida la presentación del objeto de nuestro estudio, parece conveniente precisar cual va a ser la metodología y plan

de la obra que vamos a desarrollar en los siguientes capítulos, que está en íntima conexión con el objeto de la misma.

La finalidad del estudio es explicar como ha surgido la construcción del privilegio del grupo en la doctrina administrativa y judicial de los ordenamientos seleccionados, estatal y comunitario, directamente aplicables en nuestro país, alemán y americano extremadamente influyentes, como dijimos mas arriba, en las soluciones adoptadas por el comunitario, y en consecuencia por el nacional. Y en segundo lugar proponer los criterios que nos parezcan mas adecuados para dar, en la medida de lo posible, criterios satisfactorios de aplicación de la doctrina que combinen el máximo de seguridad jurídica posible, el reconocimiento del poder de dirección en los grupos, y la mínima lesión posible de la competencia.

En definitiva es necesario averiguar si su aplicación y subsistencia está justificada o no, cuales son los términos en que debe ser entendida, que efectos exactos acarrea, cuando debe considerarse existente tal unidad y cuales son los mecanismos de análisis que permiten al interprete y al aplicador del Derecho afirmar, sin merma de la seguridad jurídica, que existe tal unidad<sup>64</sup>.

Para explicar el proceso de creación de la doctrina del privilegio del grupo y sus diversos avatares, así como la situación actual del mismo es necesario prestar especial atención a

<sup>64</sup> La necesidad de una investigación en tal sentido es todavía mas acuciante si tenemos en cuenta que la distinta comprensión de estas cuestiones en el marco de los diversos ordenamientos jurídicos han sido una de los problemas principales que han impedido el desarrollo de los trabajos de la UNCTAD (United Nations Commission on Trade and Development) de cara a elaborar un código internacional en materia de defensa de la competencia, dado el enfrentamiento entre países desarrollados y en vías de desarrollo al respecto. Sobre la cuestión ver KISHOIVIAN, B. «The Intra-Enterprise Conspiracy Doctrine in International Business.: a Case for the Extraterritorial Application of Antitrust Law» (Findlaw. Legal Subject Index. Antitrust and Trade Regulation), I y IV. Respecto a los trabajos de la UNCTAD ver «The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business. Practices», UN. Doc. AC/C.2/35/6 Annex at 3 (oct. 23, 1980).

las decisiones de los órganos jurisdiccionales y administrativos que aplican las prohibiciones de acuerdos o prácticas concertadas contrarios a la competencia.

Y siguiendo el presupuesto antes apuntado no solo a las decisiones nacionales y comunitarias sino también a las norteamericanas y alemanas, con especial atención al primero de ellos que incorporó la primera norma de defensa de la competencia conocida, la famosa Sherman Act<sup>65</sup> respecto a la cual se planteó por vez primera la cuestión del privilegio del grupo, y cuyas soluciones influyeron la redacción de las normas europeas de la competencia, y las de los Estados miembros de la Unión, entre ellos España, y las doctrinas aceptadas por la Comisión y el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, y en consecuencia por las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros, y entre ellas nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia.

Si el recurso al Derecho comparado parece hoy imprescindible para explicar, en múltiples ocasiones el verdadero sentido de una institución, a veces introducida en nuestro país siguiendo normas o doctrinas comunitarias o presentes en países que constituyen el motor de la economía mundial, o para escoger, de entre las diferentes opciones planteadas, aquella que nos parece mas acertada para resolver los problemas sugeridos por la realidad económica en nuestro país, en el caso que nos ocupa, el estudio de las normas y doctrinas comparadas es particularmente precioso dada la proximidad y en ocasiones identidad de las regulaciones presentes en los diferentes ordenamientos estatales<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> 15 U.S.C.

<sup>66</sup> Las normas de defensa de la competencia de nuestro entorno presentan grandes similitudes, en particular respecto a las cuestiones que nos ocupan. Las mas conocidas entre nosotros son la alemana Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen de 27 de julio de 1957 (BGBl. I S. 1081) en la redacción dada por la comunicación (Bekanntmachung) de 20 de febrero de 1990 (BGBl. I S. 235), modificada por última vez por la Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte, de 2 de septiembre de 1994 (BGBl. I 2278). Sobre la

Esta práctica identidad unida a la homogeneidad de los problemas planteados por los grupos en materia de competencia, han permitido un tratamiento conjunto del Derecho comparado, cuyas soluciones pueden ser debatidas como alternativas viables a la interpretación dominante de las normas aplicables en nuestro país, y pueden ser atendidas como guía en los casos de ausencia de una interpretación ya consolidada, especialmente relevante respecto al cumplimiento de la segunda finalidad propuesta, esto es la de establecer criterios satisfactorios de aplicación de la doctrina del privilegio del grupo.

El lector observará, de otra parte, que se ha optado por realizar un tratamiento distinto de la jurisprudencia y decisiones de los órganos administrativos de control de mercado citadas. En los casos de ordenamientos no directamente aplicables en España hemos puesto de relieve aquéllos casos cuyas soluciones tienen una influencia evidente en las decisiones posteriormente adoptadas por los órganos comunitarios y tras ellos por los españoles.

El tratamiento de las decisiones de los órganos de tutela de la competencia en aplicación del derecho nacional y comunitario es en cambio más detallado, puesto que hemos optado por revisar las decisiones y sentencias sobre las que se ha construi-

---

mismaver IMMENGA, U. - MESTMÄCKER, E. J. «GWBKommentar», München (Beck), 1992, 2.<sup>a</sup> ed. Francesa, Ordonnance n.º 86-1243 de 1 de diciembre de 1986, modificada por la ley 87-499 de 6 de julio de 1987. Sobre la misma ver MOUSSERON, J. M. - SELINSKY, V. «Le droit français nouveau de la concurrence», París (Litec), 1988. Italiana, Legge de 10 de octubre de 1990, n. 287: norme per la tutela della concorrenza e del mercato. Sobre la misma ver ALESSI, R. «Commento alla Legge 10 ottobre n. 287: norme per la tutela della concorrenza e del mercato» en ALESSI, R. - OLIVIERI, G. «La disciplina della concorrenza e del mercato», Torino (G. Giappichelli), 1991, págs. 3 y ss. Británica, esencialmente constituida por las normas relativas a los monopolios de la Fair Trading Act de 1973, la Restrictive Trade Practices act de 1976, The Competition Act, de 1980 y la Resale Prices Act de 1976. Sobre el sistema británico, ver Whish, R. «Competition Law», London (Butterworths) 1989, 2.<sup>a</sup> ed.

do la doctrina aun asumiendo el hecho de que alguna de ellas pudiera ser ya conocido por el lector.

La razón de nuestra revisión de esta jurisprudencia, aun de los casos más conocidos, es la de poner en cuestión algunas de las aseveraciones que se han venido haciendo respecto a la doctrina contenida en las mismas, y que a nuestro juicio no son del todo correctas.

Por último, desde la perspectiva metodológica, el lector observará que hemos preferido hacer un tratamiento por criterios, a un tratamiento estrictamente cronológico de la cuestión, que en principio pudiera parecer más claro. Ello es debido a que la finalidad esencial del trabajo, más allá de la explicación de la creación de la doctrina y de su estado actual, es la de dar criterios de aplicación de la doctrina de cara al futuro por parte de los órganos administrativos y judiciales. Es por ello que nos ha parecido más conveniente, mantener un tratamiento conjunto de las doctrinas negativas y de los criterios funcionales y estructurales, independientemente de que existan algunos lapsos de tiempo importantes, señalados en todo caso en el texto, respecto al momento en que dichos criterios fueron utilizados en uno u otro ordenamiento.

Independientemente de ello el lector encontrará en cada parte del libro siempre documentada las sentencias y decisiones de las que proceden las ideas y criterios objeto de discusión y en el índice de sentencias y decisiones podrá comprobar la fecha de las mismas. Además de todo ello el texto procura hacer referencia al momento temporal en que se dictan las sentencias y decisiones.

En todo caso y como guía general temporal que el lector puede siempre consultar hay que tener en cuenta que a finales del siglo XIX se introduce la Sherman Act en los Estados Unidos de América, como única norma de defensa de la competencia existente en el mundo y se realiza una aplicación formal de la prohibición contenida en su sección 1.<sup>a</sup> denominada «intraenterprise conspiracy doctrine». En los años 50 de este siglo las decisiones de los diversos circuitos federales norteamericanos aplican los distintos criterios funcionales para combatir la «intraenterprise conspiracy doctrine».

En esas mismas fechas se introducen normas de defensa de la competencia en el Tratado CECA, en el Tratado CEE y en diversas normas de defensa de la competencia nacionales como las francesas, alemanas, que sustituyen a las normas de descartelización, y japonesas. Estas nuevas normas o las interpretaciones de las mismas realizadas por los órganos administrativos de defensa de la competencia encargadas de aplicarlas y por los órganos jurisdiccionales responsables del control de su aplicación, identifican como destinatario de la prohibición a las empresas y no a las personas físicas. A partir de los años 70 se introducen los criterios funcionales en el ámbito comunitario, y un criterio estructural en Alemania, basado en la legitimidad de la dirección unitaria. A partir del año 84 se introduce otro criterio estructural distinto del alemán en el derecho norteamericano, el de la identidad de propiedad, interés y control, siguiendo la doctrina emanada de la sentencia de la Supreme Court norteamericana en el caso Copperweld, a no confundir con la sentencia dictada sobre el mismo caso por el séptimo circuito basada en criterios funcionales. A partir de los años noventa se introducen los criterios funcionales en España.

En cuanto al Plan de nuestra obra, parte del estudio de las doctrinas negativas, en virtud de las cuales en todos los ordenamientos se han aplicado, en algún momento de su historia, las prohibiciones de acuerdos restrictivos de la competencia a las entidades pertenecientes a un grupo en las mismas condiciones que a entidades plenamente independientes (Capítulo 2), para continuar con el estudio de los criterios funcionales, que fueron los primeros utilizados para trascender la interpretación formal de la prohibición de acuerdos restrictivos (Capítulo 3), tras ello se realiza el estudio de los criterios estructurales, que fundados en los principios e ideas que informaban a los anteriores trataron de dar un marco más seguro, claro y liberalizador a las restricciones entre entidades pertenecientes a un grupo (Capítulo 4). El último Capítulo, el 5, está dedicado a la propuesta de los criterios pertinentes para una, a nuestro juicio, correcta aplicación del privilegio del grupo.

## CAPÍTULO II

### LAS DOCTRINAS NEGATIVAS

#### I. ORIGEN DE LAS DOCTRINA NEGATIVAS

##### 1. Consideraciones generales

Un análisis de la doctrina del privilegio del grupo, no puede realizarse, sin el conocimiento de la realidad en que tal doctrina o haz de doctrinas tuvieron su origen.

En un principio los órganos de aplicación de las normas de defensa de la competencia, y en particular los tribunales federales norteamericanos encargados de decidir los litigios suscitados en materia de defensa de la competencia, no dieron relieve jurídico alguno al hecho de que los partícipes en una concertación constituyeran una única unidad económica.

Las normas de defensa de la competencia norteamericanas se dirigían a «personas» o «entidades» y existiendo una pluralidad formal de éstas, los tribunales no entraban a considerar si sustancialmente nos encontrábamos ante un único operador económico. Esta doctrina, conocida generalmente como de la «intraenterprise conspiracy» fue formulada de forma explícita en los Estados Unidos de América y aplicada de forma implícita por múltiples autoridades nacionales de defensa de la competencia europeas y por la propia Comisión y el Tribunal de Justicia, hasta las primeras decisiones y sentencias que dieron relevancia en cada uno de los ordenamientos a la existencia de una única unidad económica entre varios partícipes que gozaban de personalidad diferenciada.

La doctrina de la «intraenterprise conspiracy», tuvo pues su origen en el derecho antitrust norteamericano, cincuenta años anterior al derecho de defensa de la competencia de postguerra

europeo, y para entender su significado y desarrollo es preciso partir de él.

De otra parte, todas las doctrinas que fundamentan en la actualidad la aplicación diferenciada de las prohibiciones de la competencia a los casos en los que existe unidad económica entre los partícipes, respecto a aquellos en los que no existe, tienen su base en la crítica realizada a la doctrina de la «intraenterprise conspiracy» en los Estados Unidos de América. Es por ello extraordinariamente relevante conocer ambos, desarrollo y crítica, para comprender la actual situación, y poder trazar con seguridad las líneas más convenientes de actuación para el futuro.

## 2. *El contexto de las aplicaciones formales de la prohibición de acuerdos restrictivos*

Bajo los términos «aplicaciones formales» incluimos las aplicaciones de la prohibición de acuerdos restrictivos, a los celebrados entre entidades dotadas de personalidad jurídica distinta, sin tomar en consideración los vínculos de carácter estructural o económico entre ellas.

Como decíamos tras una larga fase de aplicaciones formales no teorizadas, deducidas de la simple diversidad o alteridad derivada de la existencia de una pluralidad de personalidades jurídicas distintas reconocidas por el Derecho civil, la primera doctrina jurisprudencial que incluyó una expresión razonada de tales aplicaciones fue conocida como doctrina «intraenterprise conspiracy», y tuvo su origen en una interpretación y aplicación formal por la Supreme Court norteamericana de la sección 1 de la Sherman Act<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Respecto a la elaboración y antecedentes legislativos de este precepto ver KINTNER, E. W. «The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes», New York, London (Chelsea House Publishers), 1978. Respecto a su interpretación, además de las obras ya citadas de

A diferencia de la sección 2<sup>68</sup>, que, como dijimos, puede ser violada por la actuación unilateral de un solo sujeto<sup>69</sup>, las prácticas incriminadas en la 1 deben ser realizadas, de acuerdo al tenor literal de la norma, por dos o más «personas» o «entidades»<sup>70</sup>.

En su origen la jurisprudencia norteamericana realizó una interpretación totalmente formal de los términos «personas» o «entidades» en base a la cual la pluralidad de partes exigida por la sección se cumplía cuando varias personas o entidades participaban en el acuerdo o práctica concertada, independientemente de los vínculos, de participación en el capital o de otro tipo, que mantuvieran entre ellas.

En consecuencia una sociedad y su filial podían ser consideradas responsables de realizar combinaciones (combining) o de conspirar (conspiring) para restringir la competencia.

La primera jurisprudencia norteamericana fue inequívoca al juzgar la posibilidad de concertarse de la sociedades filiales con sus holdings, quizá debido a que tan solo escasamente antes de la aprobación de la Sherman Act se había admitido por vez primera la legalidad de la participación de una sociedad en el capital de otra, con lo que las entidades eran contempladas

KITNER y AREEDA, ver ABA ANTITRUST SECTION, «Antitrust Developments», Chicago (ABA), 1992, 3.ª ed. (vol. I, págs. 1 y ss.).

<sup>68</sup> 15 U.S.C. § 2 (1982).

<sup>69</sup> Las prácticas incriminadas en la sección 2 de la Sherman Act pueden ser realizadas por un único sujeto o por un grupo de ellos por lo que nunca plantearon problemas respecto a su aplicación en materia de grupos. Respecto a las mismas ver KINTNER, «Federal Antitrust Law» Cincinnati (Anderson Publishing Co.) 1980-1992, vol. II, págs. 301 y ss.

<sup>70</sup> Ver por todas la frecuentemente citada Nelson Radio & Supply Co. v. Motorola, Inc. 200 F. 2d 911, 914 (5th Cir 1952), cert. denied, 345 U.S. 925, 73 S. Ct. 783 (1953), según la cual «es básico en materia de conspiración que deben existir dos personas o entidades para que exista una conspiración. Una sociedad incorporada no puede conspirar con si misma mas que puede hacerlo una persona física», o la más reciente Levine v. Central Florida Medical Affiliates, Inc. 72 F. 3d 1538, 1545 (11th Cir. 1996).

todavía, por los órganos jurisdiccionales, como «sociedades isla» y no como unidades de producción, distribución o prestación de servicios con una financiación interna —capital— y externa —deuda— incluidas en un flujo interrelacionado de intereses económicos.

Bajo la Common Law, tal y como la aplicaban los tribunales norteamericanos de principios del siglo XIX, el acto de adquisición del capital de una sociedad por parte de otra era un acto «ultra vires» y por tanto ilícito<sup>71</sup>. Las primera holding de la que se tiene conocimiento se constituyeron con expresa autorización gubernamental en 1832 (Baltimore & Ohio Railroad Corporation) en la época en la que todas las legislaciones estatales —en los U.S.A. el derecho de sociedades es competencia de los estados miembros y no de la Unión— exigían todavía la autorización estatal para la constitución de una sociedad incorporada (corporation)<sup>72</sup>.

La situación se mantuvo sin cambios hasta 1855<sup>73</sup>. A partir de esta fecha un movimiento general en los distintos estados llevó a aceptar en un gran número de legislaciones el privilegio de autoincorporación (self-incorporation). El proceso de admisión de la autoincorporación que se inició de forma aislada en 1811 en el estado de New York, no se completó hasta 1875, fecha

<sup>71</sup> Summer v. Marcy, 23 F. Cas 384,385, C.C.D. Me. (1847); Mechanic's and Workmen's Mutual Savings Bank and Building Association of New Haven v. The Meridian Agency Company, 24 Conn. 159 (1855); Central Railroad Company v. Collins, 40 Ga. 582 (1869); First National Bank v. National Exchange Bank, 92 U.S. 122,128 (1875); Franklin Co. v. Lewiston Inst. for Sav., 68 Me 43,46 (1877); Louisville & NRR v. Kentucky, 161 U.S. 677, 698 (1896); California Bank v. Kennedy, 167 U.S. 362,366, 17 S Ct 831 (1897); Parsons v. Tacoma Smelting & Refrigerator Co., 65 P. 765, Wash. (1901). En la doctrina ver COMPTON, N. «Early History of Stock Ownership by Corporations» 9 George Washington L. Rev. 125,131 (1940); FLETCHER, W. M. «Cyclopedia of the Law of Private Corporations», Chicago, 1995, (§ 2825).

<sup>72</sup> ROBINSON, E. «The Holding Corporation» Yale L. Rev., 1910, vol. 18, págs. 390 y ss. (págs. 400 y ss.); DOUGLAS, W. O. - SCHANKS, C. M. «Insulation Liability through Subsidiary Corporation» 39 Yale L. J. 193,194 (1929).

en la que la mayoría de las legislaciones estatales contenían ya la autorización para las empresas de cualquier género de incorporarse para la realización de cualquier objeto lícito.

Pero no es hasta 1888 que el estado de New Jersey autorizó por vez primera de forma general la adquisición de acciones de una sociedad incorporada por otra. Tras él incluyeron tal previsión en sus legislaciones los estados de New York en 1890, Connecticut y Pennsylvania en 1895, Delaware en 1890. En 1910, tan solo trece estados no habían incluido todavía en sus legislaciones esta posibilidad<sup>74</sup>.

En este contexto, y bajo la vigencia de la Sherman Act de 1890, la posibilidad de concertarse de dos sociedades incorporadas, en relación de holding a filial, debía estar fuera de toda duda.

Hay que esperar a la evolución doctrinal derivada del reconocimiento de los efectos del mantenimiento de un control estable en una sociedad y de la nueva constelación de problemas derivados del mismo<sup>75</sup>, y a la introducción, en la era Roosevelt, de normas legales que dotaran de efectos jurídicos a la unidad de la empresa formada por diversas entidades pertenecientes a un grupo<sup>76</sup>, para que la cuestión de la relevancia jurídica de la unidad económica entre empresas pertenecientes a un mismo grupo, como mecanismo de inaplicación de prohibiciones, se planteara ante un tribunal.

<sup>73</sup> SEAVOY, R. «The Origins of American Business. Corporation 1784-1855», Connecticut/London (Greenwood Press.), 1982.

<sup>74</sup> ROBINSON, E. «The Holding...», ob. cit., pág. 29; SCHIMEY, F. E. «Aktie und Aktionäre im Recht der Vereinigten Staaten mit besonderer Berücksichtigung der Trustbildung», Marburg (Elwert), 1930.

<sup>75</sup> BERLE, A. - MEANS, G. «The Modern Corporation and Private Property» New York (Brace & World), 1932; BERLE, A. «The Theory of Enterprise Entity» 47 Calif. L. Rev. 343 (1947), vol. 47; id. «Control in Corporation Law» 58 Col. L. Rev. 1212 (1958); id. «Power without Property» New York, 1959.

<sup>76</sup> BLUMBERG, P. «The Law of Corporate Groups in the United States», Ponencia del Convegno Internazionale di Studi sui Gruppi di Società, 1995.

El primer caso conocido en el que un tribunal norteamericano afirmó que una sociedad y sus filiales podían concertarse fue el *United States v. General Motors Corp.*<sup>77</sup>, en el que el gobierno federal acusó a GM y tres de sus filiales dedicadas a la financiación y a la venta, de violar la sección 1 de la Sherman Act, al coaccionar a los distribuidores independientes de coches de dicha marca a financiar el stock de coches nuevos y las reposiciones por ventas al por menor a través de General Motors. Este caso no llegó a la Supreme Court pero influyó claramente en las posteriores decisiones de ésta.

## II. LA DOCTRINA DE LA INTRAENTREPRISE CONSPIRACY

### 1. *Formulación de la doctrina*

La doctrina en virtud de la cual una sociedad y sus filiales podían concertarse fue expresada por primera vez por la Supreme Court norteamericana en el caso *United States v. Yellow Cab Co.*<sup>78</sup>. Su denominación de «bathtub o intraenterprise conspiracy doctrine», surge para distinguirla de la rechazada «intra-corporation conspiracy doctrine».

<sup>77</sup> 121 F. 2d 376 (7th Cir.), cert. denied, 314 U.S. 618 (1941).

<sup>78</sup> 332 US 218, 227-28, (1947); entre las muchas sentencias de los circuitos y de los distritos que siguen esta doctrina ver *Cliff Food Stores, Inc. v. Kroger Inc.*, 417 F. 2d 203, 205-206 (5th Cir 1969); y *Carl Zeiss. Stiftung v. V. E. B. Carl Zeiss.*, Jena, 298 F. Supp. 1309 (S.D.N.Y. 1969), en la que el Tribunal estableció que la personalidad separada de las sociedades — dominante y filial— no debe ser desestimada aun cuando la subsidiaria sea un simple «alter ego» de la dominante, porque ello supondría absolver a la sociedad dominante de la responsabilidad por las acciones anticompetitivas de las filial, siguiendo con ello el llamado «entity approach». Esto es dando relevancia a la concesión de personalidad jurídica distinta en el ámbito del Derecho de la competencia.

Si esta última se refería a los posibles acuerdos restrictivos en el seno de una sociedad incorporada, la que aquí nos ocupa se refería a los posibles acuerdos restrictivos en el seno de una empresa constituida por una pluralidad de personas o sociedades incorporadas.

El caso *United States v. Yellow Cab Co.* tuvo como objeto la relación entre la Checker Cab Manufacturing Corporation y múltiples sociedades Yellow Cab que operaban los famosos taxis en diferentes ciudades y el accionista de control de las mismas, Mr. Morris Marking.

Mr. Morris Marking era titular del 100% del capital de Cab Sales and Parts Corporation y poseía una participación de control mayoritario en Checker Cab Manufacturing Corporation. Ésta era titular del 62% del capital de Parmalee Transportation Company, que a su vez controlaba mayoritariamente la Chicago Yellow Cab Company, y el 100% de otras muchas sociedades Yellow Cab. Los asociados de Mr. Marking controlaban Checker Taxi Company. Mr Marking dirigía estas sociedades como un negocio familiar y las hacía adquirir a todas ellas sus vehículos exclusivamente en Checker. Cheker, Marking y las sociedades Yellow Cab fueron acusadas de concertarse.

En este marco la Supreme Court norteamericana afirmó que una restricción ilícita de la competencia «puede ser consecuencia de una concertación entre aquellos que están afiliados o integrados bajo una propiedad común como entre aquellos que son independientes... Las relaciones societarias de los concertados, en otras palabras, no influyen respecto a la aplicabilidad de la Sherman Act... En este caso, la propiedad y control común de las sociedades apeladas es impotente para liberar el acuerdo y la concertación del impacto de la Act»<sup>79</sup>.

<sup>79</sup> *United States v. Yellow Cab Co.* cit. 227. Especialmente crítico con la interpretación realizada unánimemente por los tribunales norteamericanos que aplicaron la sentencia fue AREEDA, P. «Antitrust Law, ob. cit., vol. VII, pág. 226, quien basándose en otro pasaje de la misma distinto

La jurisprudencia que desarrolló la *intraenterprise conspiracy doctrine* establecía que al escoger realizar actividades económicas como entidades jurídicamente independientes, la dominante y sus filiales debían ser tratadas como entidades distintas susceptibles de concertarse a los efectos de la aplicación de la sección primera de la Sherman Act<sup>80</sup>.

La base de la misma estribaba en la idea de que la propiedad común de las sociedades no podía legalizar actividades que en otro caso hubieran sido contrarias a la sección 1 de la Sherman Act. Esta idea fue desarrollada en otra de las sentencias clásicas

---

del citado en el texto en el que el tribunal afirmaba que «ninguna afiliación o integración consecuencia de una conspiración ilegal puede aislar a los conspiradores de las sanciones que el Congreso ha impuesto...». De este pasaje AREEDA derivó que la sentencia juzgaba ilícita la concentración previa y no la concertación posterior. Sin embargo la interpretación judicial de la sentencia, tal y como puede observarse siguiendo las sentencias citadas en las próximas notas, entendió sin duda alguna que la prohibición del Tribunal se refería a la concertación subsiguiente a la concentración, y que esta se basaba en dos argumentos. Uno no formulado todavía en aquél momento según el cual los vínculos sociales entre los participantes en una concertación no eran relevantes respecto a la aplicabilidad de la Sección 1 de la Sherman Act, y otro tradicional y ya conocido en virtud del cual los acuerdos derivados de una concentración ilícita debían así mismo considerarse ilícitos.

<sup>80</sup> Esta línea de pensamiento fue seguida por la propio tribunal supremo en sus sentencias *Schine Chain Theatres Inc. v. United States*, 334 U.S. 110, 116 (1948); *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948), *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons*, 340 U.S. 211 (1951), en la que la el tribunal supremo norteamericano ante un acuerdo entre dos filiales de una misma dominante dirigido a imponer precios de reventa a los mayoristas a los que suministraban afirmó que «meros elementos instrumentales de una única unidad de producción-distribución» pueden conspirar en base a la doctrina establecida en *Yellow Cab*, especialmente cuando los participantes en la conspiración «se presentan a sí mismos como competidores»; *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 US 134 (1968); y por sentencias de los circuitos federales como las dictadas en los casos *Minnesota Bearing Co. v. White Motor Corp.* 470 F. 2d. 1323, 1328-1329 (8th Cir. 1973); *TV Signal Co. v. American Tel & Co.*, 462 F. 2d 1256, 1260 (8th Cir. 1972).

en esta materia la dictada por la Supreme Court en 1951, en el caso *Timken Roller Bearing Co. v. United States*<sup>81</sup>.

## 2. *Las doctrinas negativas en la aplicación del ordenamiento comunitario y nacional*

### 2.1. Contexto de la aplicación

La introducción de las prohibiciones de acuerdos restrictivos de la competencia o en general de las prácticas colusorias en Europa y en particular en España, no fue consecuencia de un proceso de evolución autónoma de nuestros ordenamientos, sino mas bien de las presiones del gobierno norteamericano, que pretendió evitar, en Alemania y Japón una concentración de la industria que potenciara el militarismo el riesgo de rearme y la inestabilidad geopolítica.

Como afirmó el maestro GARRIGUES con su conocida capacidad de evocación, el derecho de defensa de la competencia llegó a Europa en la mochila de los soldados norteamericanos<sup>82</sup>.

Las presiones para introducir un derecho de defensa de la competencia en Europa y particularmente en Alemania, habían sido sin embargo ya anteriores al fin de la segunda guerra mundial. Los industriales norteamericanos consideraban que

---

<sup>81</sup> 341 U.S. 593,598 (1951). En el caso el acuerdo se había estipulado entre la American Timken y la British Timken, de la cual la primera era titular de una tercera parte del capital y no ejercía el control sobre la misma. En este caso la aplicación de la doctrina derivada de *Yellow Cab*, fue criticada por AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit. vol. VII, págs. 227 y ss., como innecesaria en cuanto no existía propiedad común, y bajo la suposición (probably) de que la propia adquisición de la participación esto es el elemento de concentración había sido en si mismo ilegal; *Perma Life Mufflers, inc v. International Parts Corp.* cit. 141-42; *Blackburn v. Crum & Forster*, 611 F. 2d 102,104 (5th Cir.), cert. denied, 447 U.S. 906 (1980).

<sup>82</sup> GARRIGUES, J. «La defensa de la competencia mercantil», Madrid (Sociedad de Estudios y Publicaciones), 1964, (pág. 24).

el hecho de hallarse sometidos a unas normas antitrust, en tanto que los industriales de otros países podían concertarse libremente determinaba una desventaja competitiva para ellos, por lo que impulsaron a través de sus «lobbies» al Gobierno norteamericano a desarrollar una política tendente a la introducción de reglas de defensa de la competencia en otros países, y en particular en Alemania<sup>83</sup>.

El ordenamiento alemán no fue, en sus orígenes, especialmente sensible a los problemas planteados por la defensa de la competencia frente a los acuerdos restrictivos y prácticas concertadas. A principios de siglo Alemania era conocida como el país de los carteles<sup>84</sup>.

La situación comenzó a cambiar con la publicación de la Kartellverordnung de 2 de noviembre de 1923<sup>85</sup>, que contenía exclusivamente una cláusula de abuso de posición de dominio, que solo fue utilizada, con éxito, contra los acuerdos restrictivos de la competencia, en muy pocos casos<sup>86</sup>. La idea que latía bajo esta regulación era que los carteles eran un instrumento útil para eliminar los efectos negativos de la libre competencia, y que solo el abuso de los mismos podía generar efectos perjudi-

<sup>83</sup> Tal y como, hoy en día, continúan presionando respecto a la mundialización de las normas de defensa de la competencia en el seno de la Organización Mundial del Comercio. En este sentido, el pasado 11 de diciembre de 1996, la Conferencia de Singapur, decidió establecer un grupo de trabajo para estudiar los problemas relativos a los vínculos entre los intercambios y la política de la competencia, incluyendo las prácticas anticompetitivas, con el fin de identificar las materias que deben ser examinadas por la OMC ver Competition Policy Newsletter, Vol. 2, n.º 3, 1997, pág. 54.

<sup>84</sup> EMMERICI, V. «Kartellrecht», München (Beck), 1994, 7.ª ed., (pág. 30). El término se refería a los acuerdos entre empresas competidoras, esencialmente dirigidos, entre otros fines, a fijar las condiciones de mercado, repartirse los proveedores, o a realizar repartos territoriales del mercado. A través de estos acuerdos se sustituía el principio de competencia por el de cooperación.

<sup>85</sup> RGBL. I, S. 1067, 1090.

<sup>86</sup> EMMERICI, V. «Kartellrecht», ob. cit., pág. 31.

ciales. Esta idea se extendió a los países fuertemente influidos por la dogmática alemana<sup>87</sup>.

La organización de la economía alemana en carteles obligatorios durante el período nacional socialista, como consecuencia de la Zwangskartellgesetzes de 1933, supuso una exacerbación de una tendencia sostenida en la sociedad alemana<sup>88</sup>.

Tras la segunda guerra mundial, las leyes de descartelización aliadas de 28 de enero de 1947 —americana—, y de 9 de junio de 1947 —británica, y francesa—, introdujeron por primera vez en territorio alemán una prohibición absoluta de los carteles y de los monopolios. En esta misma época se aprueba la «Monopolies and Restrictive Practices Act» británica de 1948 y se introducen las normas de competencia del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), de 18 de marzo de 1951. Tras ellas se aprueba en Francia el Decreto de 9 de agosto de 1953 y la ley noruega del mismo año. Dinamarca aprobó la suya en 1955 y el Reino Unido completó su sistema con la «Restrictive Trade Practices Act» de 1956.

La expansión de las normas de defensa de la competencia tiene un hito histórico en la constitución de la Comunidad Económica Europea, cuyo Tratado constitutivo de 25 de marzo de 1957 introduce en su artículo 85.1 la prohibición de acuerdos y prácticas concertadas contrarias a la competencia.

A partir de ahí diferentes legislaciones nacionales van introduciendo normas que incluyen prohibiciones de acuerdos y prácticas restrictivas.

Así sucede, tras la recuperación del poder legislativo, en el caso alemán, en el que se sustituyeron las normas aliadas de

<sup>87</sup> Un ejemplo paradigmático de penetración de la apreciación positiva de los carteles es la reacción favorable de la dogmática y jurisprudencia japonesas anteriores al final de la primera guerra mundial. Sobre esta cuestión ver IYORI, H. - UESUGI, A. «The Antimonopoly Laws and Policies of Japan», New York (Federal Legal Publications Inc.), 1994 (pág. 4).

<sup>88</sup> EMMERICI, V. «Kartellrecht», ob. cit., pág. 31.

descartelización por la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen de 1957<sup>89</sup>, sucesivamente reformada, que contiene varias normas de carácter complementario que prohíben los acuerdos § 1, prácticas concertadas § 25, o las recomendaciones (ejecutadas) § 38 I, Nr. 11, contrarias a la competencia., o en el caso de Bélgica que aprobó una ley contra los abusos del poder económico en 1960.

Así sucede también en el caso español con el artículo 1 de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963<sup>90</sup>, que fruto de los compromisos internacionales adquiridos por España<sup>91</sup> y sobre todo del afán de homologar nuestro sistema con el de los países miembros de la entonces Comunidad Económica Europea en un momento de transformaciones sociales en nuestro país<sup>92</sup>, vio la luz el 23 de julio de 1963.

Esta ley, que desgraciadamente no tuvo una gran relevancia práctica, salvo en sus momentos finales de aplicación, y fue sustituida por la actual Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989<sup>93</sup>, cuyo artículo 1 contiene igualmente una cláusula prohibitiva.

<sup>89</sup> El texto de referencia de la GWB, es el del texto refundido (Bekanntmachung) de 20 de febrero de 1990 (BGBl. I S. 2847), que ha sufrido ulteriores modificaciones. El texto original de la ley de 27 de julio de 1957 puede verse en el BGBl 1957, I, S. 1081.

<sup>90</sup> Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (BOE núm. 175, de 23 de julio).

<sup>91</sup> En efecto el estado español y los Estados Unidos de América habían firmado el Convenio de 26 de septiembre de 1953, cuyo artículo 2.º establecía la obligación para el primero de desalentar las prácticas y arreglos comerciales que tengan carácter de monopolio o de cartel y de los que resulte una restricción en la producción y un aumento de los precios. Ver GARRIGUES, J. «La defensa...», ob. cit., pág. 37.

<sup>92</sup> En este sentido se manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley, y parece a juicio de la doctrina mas autorizada de la época GARRIGUES, J. «La defensa...», ob. cit., pág. 38, que constituyó la razón decisiva de su aprobación.

<sup>93</sup> BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989.

Pero en el momento de dictar las normas de defensa de la competencia comunitaria y en particular la prohibición contenida en el artículo 85.1 TCEE, la doctrina de la intraenterprise conspiracy ya había sido sometida a crítica en el ordenamiento norteamericano, tal y como veremos en el siguiente capítulo, y es por ello por lo que el precepto europeo recoge como destinatarios de sus normas a las «empresas» y no a las «personas» o «entidades» a diferencia del modelo decimonónico norteamericano, en tanto que nuestra LDC, en su artículo 1, siguiendo nuestra tradición nacional, omite pronunciarse sobre la cuestión describiendo impersonalmente las conductas prohibidas.

Ello es muestra de que pese a que no todos los ordenamientos de los países miembros de la Unión hayan adaptado su normativa de igual modo a la comunitaria —así por ejemplo el parágrafo 1 GWB alemán, no incorpora, en propiedad, una prohibición general que afecte a los acuerdos o prácticas concertadas—<sup>94</sup>, y que ésta presente diferencias con la norteamericana, lo cierto es que tanto las razones de su origen como el constante diálogo entre la doctrina norteamericana y europea —especialmente alemana— en la materia, generan una transposición en nuestros ordenamientos de las ideas surgidas al otro lado del Atlántico.

## 2.2. Criptoaplicación de las doctrinas negativas

La innovación terminológica del tratado permitió a los órganos de aplicación de las normas comunitarias declarar tempra-

<sup>94</sup> Hay que notar que en los últimos tiempos existe una declarada tendencia a armonizar las legislaciones nacionales de defensa de la competencia con la normativa comunitaria. La cuestión es objeto de intenso debate en Alemania que posee junto al Reino Unido uno de los ordenamientos de defensa de la competencia mas disímiles respecto al comunitario y donde el Gobierno ha encargado recientemente a un grupo de trabajo la discusión de una propuesta de anteproyecto de reforma de la GWB que aproxime ambas normativas, ver VON MEIBOM, O. - BYOK, J. «German Antitrust Law to be updated», International Financial Law Review, 1997, noviembre, págs. 35 y s.

namente que desde la perspectiva del derecho de defensa de la competencia podían constituir una única empresa quienes desde la perspectiva del derecho civil serían calificados como una pluralidad de personas físicas y entidades, facilitando, de esta forma, la aceptación de las doctrinas que dan relevancia jurídica a la existencia de una única unidad económica entre varias entidades distintas. Así sucedió con la decisión de la Comisión Christiani and Nielsen de 1969, que es la primera que conocemos en dicho sentido<sup>95</sup>.

Pese a ello podemos hablar de una fase de criptoaplicación de la intraenterprise conspiracy doctrine comunitaria y nacional hasta el momento de las primeras decisiones en que se toma en cuenta la existencia de una única unidad económica para determinar un resultado distinto al que sería previsible usando los mecanismos de calificación jurídica de la realidad civiles. Un ejemplo en tal sentido lo encontramos en la comunicación de la Comisión en el caso «Scott Paper Company» de Filadelfia, en el que se consideran aplicables tanto el párrafo 1 como el 3 del artículo 85 TCEE a un acuerdo mixto de licencia de marca y know how entre la dominante norteamericana y su filial europea «Continental, S.A.» de Bruselas, de la cual la primera era titular del 100% del capital<sup>96</sup>.

En el ámbito español esta criptoaplicación se ha mantenido, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, hasta la resolución dictada en el caso «Mazzoni» en 1990<sup>97</sup> que aplicó el privilegio del grupo, si bien el principio ya había sido enunciado, aunque sin afectar a la solución dada al caso analizado, en la resolución del caso «Alconza», de 1988<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Ver infra capítulo 3.

<sup>96</sup> Comunicación hecha conforme al artículo 19, párrafo tercero del Reglamento n.º 17, relativa a dos notificaciones (IV/25279-25459) (JOCE C 110, de 24 de octubre de 1968, págs. 2-3).

<sup>97</sup> Ver infra Capítulo 3.

<sup>98</sup> Ver infra capítulo 3.

En el ámbito jurisdiccional las doctrinas negativas han tenido reciente plasmación en la sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de octubre de 1993, dictada en el caso «Bilbao Editorial, S.A.»<sup>99</sup>, en un caso de aumento concertado de precios entre varios periódicos, en la que frente a la alegación de las recurrentes «Sociedad Vascongada de Publicaciones S.A.» y la ya citada mercantil que da nombre al caso en el sentido de que el artículo 1 LRPRC —norma de defensa de la competencia vigente cuando ocurrieron los hechos— «se refiere a conductas de empresas independientes entre si, lo que no es el caso de las recurrentes, propiedad del mismo grupo accionista»<sup>100</sup>, el tribunal decidió que «la composición accionarial de una y otra sociedad anónima, y la identidad de los órganos sociales de las mismas no implican que se trate de una sola Empresa, ni impiden (o no deberían impedir) que la gestión empresarial de Bilbao Editorial S.A. y Sociedad Vascongada de Publicaciones S.A. así como sus respectivos productos fruto de su actividad mercantil, sean independientes. Precisamente esa identidad de propiedad y órganos rectores viene a reforzar la presunción de que la subida de precio no ha sido casual sino fruto de un acuerdo y a acentuar la repercusión que en el mercado tiene tal subida de precio, precisamente porque una y otra Sociedad Anónima detentan la propiedad de dos periódicos que acumulan un altísimo porcentaje de la venta total de dicho producto en el mercado relevante»<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Sentencia 404/1993.

<sup>100</sup> Fundamento de Derecho 2, Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) n.º 404/1993, de 8 de octubre, en el caso «Bilbao Editorial S.A.» (Firme).

<sup>101</sup> Fundamento de Derecho 3, Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) n.º 404/1993, de 8 de octubre, en el caso «Bilbao Editorial S.A.» (Firme). Desgraciadamente la cuestión parece haber sido introducida ante la Audiencia nacional sin que previamente fuera planteada ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. En todo caso ni en la sentencia ni en la Resolución de la Sección Primera TDC, de 30 de diciembre de 1988, ni en la del Pleno TDC de 5 de mayo de 1989 figuran datos concretos sobre la composición de la base accionarial y del órgano de administración de

### 3. *La crítica a la intraenterprise conspiracy doctrine*

La crítica mas relevante y estructurada de las doctrinas negativas, fue la realizada, en los años 50, por la doctrina y los tribunales de justicia federales norteamericanos de distrito y de circuito, que se ocupan en primera instancia y apelación de las cuestiones relativas a la Sherman Act, a la «intraenterprise conspiracy doctrine». Fruto de la misma fue el nacimiento de los llamados criterios funcionales de los que nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

La crítica se centró en un principio en los casos de aplicación de la «intraenterprise conspiracy doctrine» a las concertaciones entre una sociedad dominante y su filial controlada al 100%<sup>102</sup>.

---

las dos sociedades recurrentes. Hay que tener en cuenta además, que tal y como veremos mas adelante, aun admitiendo la unidad económica existente entre las recurrentes el resultado hubiera sido el mismo en cuanto que además tomaron parte en la subida de precios otras dos sociedades que, al parecer, no eran controladas por el mismo grupo de accionistas. En concreto «Editorial Iparraguirre, S.A.» y «Orain, S.A.». En todo caso queda claro que para la Audiencia, en dicha sentencia, la identidad de propiedad del capital de dos mercantiles no implica que no puedan ser consideradas partes autónomas de una práctica concertada o conscientemente paralela.

<sup>102</sup> HANDLER, M. «Reforming the Antitrust Laws» 82 Col. L. Rev. 1287, 1290-1997 (1982); HANDLER, M. - SMART, T. A. «The Present Status of the Intracorporate Conspiracy Doctrine», 3 Cardozo L. Rev. 23 (1981). Según este autor la aplicación de la prohibición de la sección 1 de la Sherman Act a las entidades pertenecientes a un mismo grupo no cumple ninguna finalidad antitrust, por lo que propuso la sustitución de la regla —legal o jurisprudencialmente— por otra que limitara la aplicación de la sección 1 de la Sherman Act a los casos en que las entidades fueran verdaderamente independientes. Para ello HANDLER op. cit., págs. 1296-97 proponía un criterio automático basado en la capacidad de la dominante de cambiar la forma jurídica de la dominada, atendiendo a que el derecho antitrust norteamericano considera que no cabe posibilidad de concertación entre una sociedad y sus divisiones o entre estas entre si (Poller v. Columbia Broadcasting Sys. Inc., 284 F. 2d 599,603 (D.C. Cir. 1960 rev'd on other grounds, 368 U.S. 464 (1962)); Joseph E. Seagram & Sons, Inc. v. Hawaiian Oke & Liquorsw, Ltd., 416 F. 2d 71, 82-84 (9th Cir.

Los principales argumentos usados fueron, a nuestro juicio, los dos siguientes: El que negaba la finalidad anticompetitiva de un sistema de filiales que actúen concertadamente con la matriz, que no tendría por tanto por objeto restringir la competencia, y el que negaba la relevancia económica de los efectos restrictivos de los acuerdos o concertaciones entre matriz y filial.

Ambos argumentos deben ser tomados sin embargo en sus justos términos, mas como críticas reveladoras contra la aplicación automática de la prohibición de acuerdos restrictivos en estos casos, que como verdades absolutas, o como fundamentación de una inaplicación automática de la prohibición en los mismos. Entre aplicación automática e inaplicación automática existe un gran número de posibles soluciones. Ninguno de los dos determina, de otra parte, en que casos debe aplicarse el privilegio del grupo.

El argumento que niega la finalidad restrictiva de la competencia de un sistema de filiales que concierte sus actuaciones con la matriz, parte de la base de que la elección de un sistema de filiales frente a uno de sucursales o de divisiones sin personalidad jurídica no deriva de la persecución de finalidades directamente vinculadas con el derecho de la competencia, sino de otros factores.

---

1969), cert. denied, 396 U.S. 1062 (1970). En definitiva si la dominante podía a través de los votos que podía ejercer en la Junta General de la dominada convertir a ésta en una división sin personalidad jurídica propia de aquélla, debería negárseles la capacidad de concertarse; ver otros juicios críticos en RAHL, J. A. «Conspiracy and the Anti-Trust Laws», 44 III. L. Rev. 743 (1950); KEMPF, D. G. Jr. «Bathtub Conspiracies: Has Seagram Distilled a More Potent Brew?», 24 Bus. Law. 173 (1968); WILLIS, E. I. - PITOFKY, R. «Antitrust Consequences of Using Corporate Subsidiaries» 43 N.Y.U.L. Rev. 20 (1968); NOTE, «Intra-Enterprise Conspiracy Under section 1 of the Sherman Act: A Suggested Standard» 75 Mich. L. Rev. 717 (1977); NOTE, «Conspiring Entities Under Section 1 of the Sherman Act, 95 Harv. L. Rev. 661 (1982); WELLING, S. N. «Intracorporate Plurality in Criminal Conspiracy Law», 33 Hastings L. J. 1155 (1982); AREEDA, P. «Intraenterprise Conspiracy in Decline», 97 Harv. L. Rev. 451 (1983); JONES, A. I. «Intraenterprise...» cit.

Las razones de creación de una filial no suelen ser, por ejemplo, la creación de un sistema de precios verticales impuestos a las filiales, puesto que para lograr el mismo efecto —sin que se planteara duda alguna respecto a la legalidad antitrust de la misma— bastaría con que en cada territorio existiera una división sin personalidad jurídica o sucursal, en vez de una filial.

El argumento desarrollado por un sector de la doctrina norteamericana es que puesto que al adoptar la opción desarrollar una actividad económica a través de filiales o de divisiones sin personalidad jurídica, integradas en la sociedad, no se toman en consideración razones de Derecho de la competencia, el Derecho de la competencia no debe tratar de forma diferente una forma u otra de desarrollo de la actividad económica.

Según este argumento las razones para crear un sistema de múltiples filiales suelen ser habitualmente de carácter fiscal —reducción de impuestos federales o estatales—, o para facilitar el cumplimiento de las leyes locales, y lograr una mayor identificación con la clientela.

Además los inversores pueden preferir invertir en actividades concretas de un conglomerado, lo que se facilita a través de la creación de filiales en las que se les da participación en el capital, o de las que se emiten obligaciones que serán suscritas por los inversores, sin necesidad de hacerles partícipes de riesgos derivados de otras actividades realizadas por el grupo.

Existen también razones contables y societarias. Partes distintas de un negocio pueden requerir prácticas contables diferentes, así como políticas de distribución de beneficios distintas<sup>103</sup>.

Si la aplicación formal de la *intraenterprise conspiracy doctrine* tuviera como consecuencia que no se constituyeran sociedades filiales —cosa que realmente no ocurrió ni en los

<sup>103</sup> AREEDA, P. «*Intraenterprise...*», op. cit., págs. 453-454.

momentos de aplicación mas estricta de la misma—, se perderían las ventajas derivadas de la constitución del grupo sin que existiera un riesgo real de violación de la sección 1 de la *Sherman Act*.

Este argumento presentaba como principal defecto que la prohibición de prácticas colusorias no depende de la finalidad anticompetitiva de la práctica colusoria, bastando simplemente que se produzca el efecto restrictivo, aunque el objeto del acuerdo no fuera restringir la competencia, para que se le considere prohibido.

El segundo argumento era el del carácter innecesario de la doctrina, puesto que no era utilizada para controlar conductas anticompetitivas significativas.

Lo cierto es que la mayoría de los casos en que se invocó la doctrina eran casos, de negativa de venta, de precios predatorios o conducta desleal (*unfairness*.) frente a los clientes, proveedores, empleados o rivales, con una estructura similar.

Cuando se trataba de negativa de venta eran casos en que el grupo productor prefería vender sus productos a través de sus filiales o de terceros distribuidores distintos del demandante. En los casos de precios predatorios la cuestión discutida era la aplicación de precios distintos a una filial o al demandante.

Los oponentes a la aplicación de la «*intraenterprise conspiracy doctrine*» afirmaban que la aplicación ordinaria de las normas de defensa de la competencia, sin hacer uso de la doctrina citada, permitían resolver la mayor parte de estos casos y que los restantes no eran tan importantes como para justificar el mantenimiento de la regla<sup>104</sup>. Esto es la escasa importancia, desde la perspectiva del mercado global de los U.S.A., de los casos abordados en virtud de la regla, que no podían ser resueltos por la llamada «aplicación ordinaria» de las normas de defensa de la competencia, justificaba la eliminación de la misma.

<sup>104</sup> AREEDA, P. «*Intraenterprise...*», op. cit., págs. 455-457.

Este argumento pese a su interés, presentaba, sin embargo, algunos puntos débiles. El primero, que la aplicación ordinaria del derecho de la competencia, en el momento en que se elabora la crítica a la «intraenterprise conspiracy doctrine» implicaba precisamente la aplicación de la misma, y en consecuencia de la prohibición a dichos casos. La doctrina era totalmente «ordinaria» en cuanto sometía la valoración de los efectos anticompetitivos del acuerdo o acción concertada a la «rule of reason». Lo extraordinario, desde la percepción jurídica del momento, era la búsqueda de fundamentos para la aplicación del privilegio del grupo.

De otra parte los casos que según la doctrina crítica quedaban sin explicar con la aplicación «ordinaria» de las normas de defensa de la competencia norteamericanas, excluida la intraenterprise conspiracy doctrine», se juzgaban irrelevantes, postulando que dada su escasa importancia económica se suprimiera la doctrina. Pero con ello se impedía de un lado al competidor dañado por el acto restrictivo solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, al faltar el carácter ilícito del acto y de otro se juzgaba inadecuadamente la importancia del acto, que debía ser medida tomando en cuenta el mercado relevante, geográficamente delimitado, y no el mercado global de productos o servicios en los Estados Unidos de América.

Otros argumentos relevantes contra la aplicación de la intraenterprise conspiracy doctrine fueron:

Que la aplicación de la doctrina creaba una gran inseguridad jurídica y fomentaba, o al menos permitía, un incremento de la litigiosidad, como consecuencia de la realización de múltiples denuncias y la interposición de múltiples acciones por restricción de la competencia carentes de fundamento, entorpeciendo la labor de los administradores de las empresas respecto a la elección de la forma jurídica mas eficiente de las mismas<sup>105</sup>.

<sup>105</sup> AREEDA, P. «Intraenterprise...», op. cit., pág. 451; WILLIS, E. I. - PITOFKY, R. «Antitrust...» ob. cit., pág. 28; NOTE, «Intra-Enterprise...» ob. cit., pág. 728.

Si lo segundo podía ser parcialmente cierto, lo primero, esto es el grado de seguridad jurídica y predictibilidad de las decisiones, no mejoró, en cambio, sustancialmente, tras la superación de la «intraenterprise conspiracy doctrine».

También se argumentó las grandes diferencias que existen entre un grupo de sociedades y un conjunto de empresas independientes unidas para obtener una finalidad anticompetitiva<sup>106</sup>. Estas diferencias eran evidentes, la cuestión central era y continúa siendo, la de determinar, en que casos y en que medida dichas diferencias deben reflejarse en un tratamiento diferenciado.

Por último un sector de la doctrina, puso de manifiesto que a través de la aplicación de la «intraenterprise conspiracy doctrine» se juzgaban bajo la sección 1 de la Sherman Act, verdaderos actos unilaterales que solo debían ser objeto de prohibición, en base a la sección 2 de la Sherman Act cuando a través de ellos se produjera una monopolización efectiva o un intento de monopolización de un mercado<sup>107</sup>. Esto es que se sustituía el sistema de control previsto para estos casos por otro. Aunque este argumento, como es obvio, partía del reconocimiento de plena relevancia jurídica a la existencia de una única unidad económica, con lo que resulta difícilmente aceptable como crítica a tal doctrina, puesto que exigía necesariamente aceptar pacíficamente una premisa hasta aquél momento indemostrada.

Todas estas críticas fundaron el abandono de la teoría de la intraenterprise conspiracy doctrine y la aceptación de la idea de que debía darse relevancia jurídica a la existencia de una unidad económica entre dos o mas entidades a los efectos de aplicar la prohibición de acuerdos o prácticas concertadas.

<sup>106</sup> AREEDA, P. «Intraenterprise...», op. cit., pág. 451; WILLIS, E. I. - PITOFKY, R. «Antitrust...» ob. cit., pág. 28.

<sup>107</sup> WILLIS, E. I. - PITOFKY, R. «Antitrust...» ob. cit., pág. 22. NOTE «Intra-Enterprise Antitrust Conspiracy: a Decisionmaking Approach» 71 Calif. L. Rev. 1732, 1746 (1983).

El abandono fue sin embargo, paulatino, y las bases que fundamentaron y fundamentan hoy en día, qué debe entenderse por una unidad económica relevante a estos efectos han sido diversas, sin que pueda considerarse que existe una opinión pacífica y ni siquiera dominante. Nos ocuparemos seguidamente de analizar las diversas posturas al respecto.

### *CAPÍTULO III*

## **CRITERIOS FUNCIONALES PARA LA APLICACIÓN DEL PRIVILEGIO DEL GRUPO**

---

### **I. CONSIDERACIONES GENERALES**

Tal y como indicamos en el capítulo anterior el tratamiento diferencial de acuerdos o prácticas estipulados o realizados entre o por entidades que constituyen una única unidad económica, tuvo su origen en el Derecho antitrust norteamericano, y concretamente, en la crítica de la «intraenterprise conspiracy doctrine».

De ahí la idea se extendió a la aplicación de las normas de defensa de la competencia comunitarias y a la de las normas de tal tipo de los estados miembros de la Unión. En el caso español, el TDC la aplicó en asuntos decididos de acuerdo con las sucesivas leyes de represión de prácticas restrictivas de la competencia y de defensa de la competencia.

Las decisiones de los órganos jurisdiccionales y administrativos de control de mercado acudieron a los mas diversos expedientes para establecer cuando debía aplicárseles a dos entidades el privilegio del grupo y cuando no. Muchas de esas reglas nacieron al otro lado del Atlántico y fueron aplicadas con posterioridad por los órganos comunitarios, o de los distintos estados miembros de la Unión. Otras no llegaron a ser recogidas en las doctrinas elaboradas por los órganos jurisdiccionales o administrativos europeos.

Estas reglas pueden ser agrupadas para su estudio en dos grandes grupos. Las de carácter funcional, que fueron las primeras en surgir, y las de carácter estructural, consecuencia de la necesidad de simplificar la aplicación de los primeros.

Los de carácter funcional se caracterizan por que el juez o el órgano administrativo que aplica el privilegio del grupo extrae la conclusión de la existencia de una única unidad económica relevante jurídicamente de los hechos del caso sin que medie ningún tipo de presunción. Los de carácter estructural lo hacen porque juez u órgano administrativo atienden a la existencia en el caso de un hecho relevante de fácil comprobación de cuya existencia deducen de forma automática la existencia de una unidad económica relevante, actuando como si aplicaran una no positivizada presunción *iuris et de iure*, sin pretender determinar si en el caso concreto o de forma general las entidades que se encuentran en la relación descrita constituyen o no una verdadera unidad económica a la que debe otorgarse efectos jurídicos. Los criterios funcionales, en cambio, exigen que el juzgador llegue, en cada caso concreto, a la convicción de que existe una verdadera unidad económica de tal clase.

Éstos son de mas difícil aplicación, aquéllos pueden generar decisiones que autoricen de modo indiscriminado la efectiva reducción de la competencia en el mercado, en perjuicio de los consumidores, o de los clientes o proveedores de las sociedades del grupo involucradas, que según las reglas estructurales aplicables en cada ordenamiento, constituyan una unidad económica.

Nos ocuparemos en este capítulo del análisis de los criterios funcionales, dejando para el siguiente el estudio de los estructurales. La correcta comprensión de aquéllos exige que realicemos un detallado estudio sobre los mismos que comprenda su nacimiento en el ordenamiento norteamericano y su recepción en el Derecho comunitario y español. Para comodidad del lector haremos una primera presentación de dicho proceso en este epígrafe, reservando el análisis detallado de los mismos para el segundo epígrafe de este capítulo que concluirá con un tercero dedicado a una valoración conjunta de los distintos criterios funcionales.

### 1. *Los criterios funcionales en la jurisprudencia norteamericana*

Como dijimos en el capítulo anterior fue la aplicación formal y en algunos casos extrema de la sección 1 de la Sherman Act a la actuación de entidades pertenecientes a un mismo grupo<sup>108</sup> y que constituían claramente una única unidad económica, la que motivó un creciente número de sentencias de los tribunales de distrito y de los circuitos que encontraban motivos, de uno u otro tipo, para no considerar la «*intraenterprise conspiracy doctrine*» aplicable al concreto caso del que se ocupaban.

La evolución no fue simultánea en todos los circuitos<sup>109</sup>, mientras la mayoría de ellos continuaba aplicando literalmente

<sup>108</sup> Casos extremos son los que incluye POTRAFKE, C. «*Kartellrechtswidrigkeit konzerninterner Vereinbarungen und darauf beruhender Verhaltensweisen*» Baden-Baden (Nomos), 1991, (pág. 38) bajo el epígrafe «*absolute rule*», en los cuales diversos tribunales norteamericanos concluyeron que la mera existencia de la relación dominante-filial determinaba la existencia de una concertación susceptible de ser juzgada bajo la sección 1 de la Sherman Act. Esta interpretación extrema y errónea de la jurisprudencia del tribunal supremo norteamericano, que tan solo reconocía que entre una dominante y su filial al 100% podía existir una concertación susceptible de ser sancionada, puede encontrarse en los casos *Cromar Co. v. Nuclear Materials & Equipment Corp.*, 543 F. 2d 501,512 (3rd Cir. 1976) y en *Columbia Metal Culvert Co. v. Kaiser Aluminium & Chemicals Corp.*, 579 F. 2d 20 (3rd Cir.), cert. denied, 439 U.S. 876 (1978).

<sup>109</sup> Como es sabido la distribución de competencias entre los estados miembros de la Unión y el estado federal tiene como consecuencia en los USA la existencia de un doble orden jurisdiccional, el de los estados y el federal. La Sherman Act es una norma federal cuyas infracciones son juzgadas por los Tribunales federales. Estos son de tres tipos: tribunales de distrito a los que corresponde la primera instancia, tribunales de circuito, a los que corresponde la segunda instancia, y Supreme Court o tribunal supremo, al que corresponde, entre otras funciones, la casación. Para mas detalles sobre la organización judicial norteamericana ver el clásico y excelente libro de FARNSWORTH, E. A. «*An Introduction to the Legal System of the United States*», New York (Oceana), 1996. 3.ª ed., en especial págs. 37 y ss.

al intraenterprise conspiracy doctrine a los casos que se les planteaban, el séptimo, octavo y noveno comenzaron a dictar sentencias relativas a prácticas realizadas por entidades pertenecientes a un mismo grupo, en las que constataban que, en determinados casos, las entidades jurídicamente independientes eran económicamente inseparables, como consecuencia de un análisis material de las relaciones entre ambas entidades<sup>110</sup>.

En base a esta constatación surgió una nueva jurisprudencia menor que propugnaba una interpretación material o sustantiva de la prohibición contenida en la sección 1 de la Sherman Act, basada en la regla de que la capacidad para concertarse de las sociedades vinculadas, no puede ser juzgada exclusivamente por el hecho jurídico-formal de que gocen de personalidad jurídica distinta, sino que debe establecerse tras analizar los hechos y circunstancias relativas a las relaciones entre las sociedades<sup>111</sup>.

## 2. *Recepción en el derecho comunitario*

La introducción en el ordenamiento comunitario de doctrinas que dan relevancia jurídica a la existencia de una única unidad económica entre los partícipes de una conducta presuntamente restrictiva fue favorecida, tal y como dijimos, por la

<sup>110</sup> National Dairy Prods. Corp. v. United States 350 F. 2d 321 (8th Cir. 1965), vacated on others grounds, 384 U.S. 883 (1966). En este caso el Tribunal entendió que la filial y la dominante no estaban relacionadas únicamente porque la segunda poseía el 100% del capital de la primera, sino además porque la filial seguía automáticamente la política y los objetivos indicados por la dominante. La estructura de grupo, fue descrita por la propia National Dairy Products como una mera simplificación para incrementar la eficiencia operacional y ahorrar impuestos. Argumentos similares habían sido ya utilizados en Sunkist Growers, Inc. v. Winckler & Smith Citrus Prods. Co., 370 US 19,29 (1962).

<sup>111</sup> Ogilvie v. Fotomat Corp., 641 F. 2d 581,587-90 (8th Cir. 1981); Williams Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co., 668 F. 2d 1014, 1054-55 (9th Cir. 1981), cert. denied, 459 US 825, (1982).

introducción del término empresa como sujeto al que va dirigida la prohibición comunitaria.

A diferencia del ordenamiento norteamericano, el párrafo 1 del artículo 85 del Tratado de Roma, que regula la acción concertada potencialmente o actualmente anticompetitiva en el mercado común, define los sujetos a los que debe aplicarse como empresas<sup>112</sup> y no como personas.

El término empresa, usado también en otros artículos del tratado como el 86 o el 90<sup>113</sup>, no es objeto de definición en

<sup>112</sup> Respecto al significado del término empresa en el artículo 85 del Tratado, ver TORLEY-DUWEL, I. «Signification du mot 'entreprise' dans le sens de l'article 85 du Traité CEE, à propos d'accords entre société mères et filiales et filiales entre elles» Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1966, págs. 400 y ss.; con un estudio comparado de diversos países, en el que la autora realiza un breve resumen de las sentencias norteamericanas de la época, que comenzaban a realizar un análisis funcional para evitar la aplicación de la «intraenterprise conspiracy» doctrine»; MESTMÄCKER, E. J. «Europäisches Wettbewerbsrecht», München (Beck's) 1974, (págs. 193 y ss.); GALÁN CORONA, E. «La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia» ADI 1975, págs. 4 y ss.; id. «Acuerdos restrictivos de la competencia», Madrid (Montecorvo), 1977 (págs. 137 y ss.); BARACK, B. «The application of the competition rules (Antitrust Law) of the European Economic Community to enterprises and arrangements external to the Common Market» Deventer (Kluwer), 1981, (págs. 75 y ss.); FIKENTSCHER, W. «Wirtschaftsrecht», München (Beck's) 1983, (vol. I, págs. 584 y ss.); BÉRCOVITZ, A. «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en «Tratado de Derecho Comunitario Europeo», Madrid (Civitas), 1986, vol. II, págs. 327 y ss.; FONT GALÁN, J. I. «El concepto de empresa relevante en el derecho de la competencia de la Comunidad Europea. Exposición y Crítica», Noticias CEE, 1987, n.º 29, págs. 39 y ss.; EMBID IRUJO, J. M. «Cuestiones básicas de la ordenación jurídica de los grupos de sociedades. Especial consideración del Derecho de la competencia», Información Comercial Española, 1987, núm. 650, págs. 100 y ss.; GRILL, G. en LENZ, O. (Hrsg.) «EG-Vertrag Kommentar», Köln/Basel/Wien (Bundesanzeiger/Helbing & Lichtenhahn/Ueberreuter), 1994 (págs. 408 y ss.); LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht» Berlín (Lutherland), 1994, 7.ª ed. (pág. 1446, apartado 4, y 1503-1505, apartados 100 y 109.).

<sup>113</sup> Pese a la falta de definición, global o particular para cada precepto, la tendencia de la jurisprudencia comunitaria es a admitir que el término

ninguno de ellos. El Tribunal de Primera Instancia ha afirmado recientemente que «el apartado 1 del artículo 85 del Tratado se dirige a entidades económicas, cada una de las cuales consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de forma duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla dicha norma»<sup>114</sup>.

Otros elementos esenciales en la noción de empresa utilizada por el Tribunal son que la calificación como empresa es totalmente independiente de la forma jurídica o el modo en que se financie la actividad económica de esta unidad<sup>115</sup>, que es absolutamente irrelevante el tamaño o la finalidad lucrativa o no que persiga la unidad, y que no es necesario que tenga personalidad jurídica propia<sup>116</sup>, salvo en lo que se refiere a la empresa como destinatario de una decisión de la Comisión. En este último caso el destinatario deberá tener personalidad jurídica propia<sup>117</sup>.

---

empresa tiene el mismo contenido en los distintos preceptos en que se usa. Así lo ha reconocido respecto al artículo 85 y 86, la STPI de 10 de marzo de 1992, en el caso SIV, Rec. 1992, II-1403, apartado 358.

<sup>114</sup> STPI de 10 de marzo de 1992, en el caso SHELL C. Comisión, Rec. II-757, apartado 311.

<sup>115</sup> STJCE de 23 de abril de 1991, en el caso Höfner & Esler, Rec. 1991, págs. 1979 y ss., apartado 21.

<sup>116</sup> STPI de 10 de marzo de 1992, en el caso SHELL C. Comisión, Rec. II-757, apartado 311.

<sup>117</sup> Decisión de la Comisión de 23 de abril de 1986, en el caso «Poliopropileno» DOCE 1986 L 230, página 1 y ss., apartado 33; Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1988, en el caso «PVC», DOCE 1989 L 74, página 1 y ss.; apartado 15; Decisión de 21 de diciembre de 1988, en el caso «LDPE» DOCE 1989 L 74, págs. 21 y ss., apartado 37. En los casos en que exista una unidad económica entre dos entidades, dominante y dominada, la destinataria de la decisión puede ser tanto una como otra, sin que de las decisiones pueda extraerse una doctrina clara respecto a cuando y por qué razones la Comisión considera destinataria a la dominante o a la dominada. Esta doctrina reconoce la existencia de un mínimo de cuestiones en las que la personalidad jurídica juega un papel relevante.

El concepto de empresa utilizado por el artículo 85 TCEE tiene carácter funcional. Esto es, debe ser interpretado atendiendo a la finalidad de las normas del Tratado que no es otra que la de asegurar un sistema de competencia no falseada en el mercado común<sup>118</sup>.

La cuestión de la aplicación del privilegio del grupo, como dijimos, no puede ser sin embargo resuelta partiendo del concepto de empresa recogido en el Tratado<sup>119</sup>. Las entidades pertenecientes a un grupo no pierden, por su inclusión en él, su condición de empresas, independientemente de que la condición de empresa pueda también ser predicada también del grupo en su conjunto, o del conjunto formado por dos o más entidades pertenecientes a él<sup>120</sup>.

Así por ejemplo son consideradas empresas siempre que participan una o varias entidades de un mismo grupo junto con un tercero en un acuerdo, o incluso la jurisprudencia comunitaria habla constantemente de las empresas pertenecientes a un grupo.

De hecho la mera pertenencia a un grupo, tal y como afirmó la sentencia Bodson<sup>121</sup>, no lleva consigo la inaplicación automática de la prohibición contenida en el artículo 85.1.º TCEE. El concepto comunitario de empresa aplicado a las entidades pertenecientes a un grupo se presenta así como un concepto

---

La necesidad de recurrir a la noción de personalidad jurídica en la aplicación de las normas de defensa de la competencia fue defendida por GALÁN CORONA, E. «La empresa...», ob. cit., págs. 310 y 316-21.

<sup>118</sup> BUNTE, J. en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 1446, apartado 4.

<sup>119</sup> Cfr. BUNTE, J. en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 1503, apartado 108.

<sup>120</sup> BUNTE, J. en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 1450, apartado 9.

<sup>121</sup> Sentencia de 4 de mayo de 1988, en el caso «Corinne Bodson contra S.A. Pompes funèbres des régions libérées» Rec. 1988, págs. 2507 y ss.

relativo y ambivalente en el que difícilmente se pueden fundar soluciones seguras a esta cuestión<sup>122</sup>.

Para encontrar una solución, o para hacer emerger la regla que se esconde en la práctica mercantil, y que la Comisión y el Tribunal tratarían de descubrir, en términos de la moderna teoría de juegos aplicada al Derecho<sup>123</sup>, es necesario atender a la práctica de estos órganos.

El alejamiento del formalismo en la identificación del sujeto al que van dirigidas las normas comunitarias<sup>124</sup>, ha favorecido la evolución, de una jurisprudencia comunitaria que da rele-

<sup>122</sup> A este carácter relativo se refería EMBID IRUJO, J. M. «Cuestiones básicas...», ob. cit., pág. 110.

<sup>123</sup> COOTER, R. D. «The Structural Approach to Decentralizing Law: A Theory of games and Norms» en BUXBAUM, R. M. - HERTIG, G. - HIRSCH, A. - HOPT, K. J. (Hrsg.) «European Economic and Business. Law», Berlín/New York (Walter de Gruyter), 1996, págs. 341 y ss.; una versión más completa de este mismo trabajo puede verse en 31 San Diego L. Rev. 133 (1994).

<sup>124</sup> Como afirma FONT GALÁN, J. I. «El concepto...» ob. cit., pág. 41, la construcción comunitaria de la noción de empresa no obedece a una elaboración doctrinal concreta sino a la necesidad práctica de los órganos comunitarios de hacer efectiva la aplicación del Derecho de la competencia. Como gráficamente expone el profesor de Córdoba «más que establecer o, simplemente, pensar, concebir y trabajar conceptualmente la noción de empresa, las autoridades comunitarias se limitan a aprehender e implementar la realidad económico subjetiva de los protagonistas del mercado o de la vida económico social que, con instrumentos colusorios («acuerdos, decisiones o prácticas concertadas») o con predominio en el mercado, perturban (esto es, impiden, restringen falsean) la libre competencia, o, mejor, el modelo de competencia establecido en el TCEE, o abusan de él». Sin embargo, el intento de construcción de una teoría que explique el fenómeno no es fútil. Hay que tener en cuenta que es misión de la doctrina proveer las bases dogmáticas para resolver los problemas sociales en condiciones de equidad y seguridad jurídica que aseguren la paz, como consecuencia de la utilización por parte de los sujetos que forman parte de una sociedad, de las reglas jurídicas, para dirimir sus litigios. Por lo que pese al carácter pragmático de las decisiones es necesario explorar las razones últimas de las mismas, tomando en consideración la función que debe cumplir la norma aplicada, y los intereses tutelados por la misma, para poder explicar, criticar o sugerir la transformación del sentido de las decisiones adoptadas.

vancia jurídica a la existencia de una unidad económica entre dos o más entidades, como argumento para negar la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 85.1.º TCEE, a las concertaciones entre las mismas.

Doctrina y jurisprudencia comunitarias han aceptado, progresivamente, la idea de que la prohibición contenida en este precepto, no debe aplicarse en los casos en que pueda reconocerse la existencia de una única unidad económica entre las entidades partes de la concertación<sup>125</sup>.

Un segundo punto de acuerdo mayoritario es que la pertenencia de una entidad a un grupo no es por sí misma suficiente para fundar una regla de inaplicación per se, de la prohibición de acciones concertadas restrictivas de la competencia contenida en el apartado 1 del artículo 85 TCEE.

Pero a partir de aquí, comienzan a aparecer las dudas, no resueltas todavía, sobre cuando y como debe reconocerse la relevancia jurídica de tal unidad.

Para aclarar la situación actual es necesario proceder a una revisión de las decisiones que desde los años 70 llevaron a los

<sup>125</sup> No faltan sin embargo pronunciamientos, de excelentes autores, que tratan de buscar otras vías a la del reconocimiento de la unidad económica, como medio de solución de los problemas planteados, a la hora de determinar cuando deben someterse a la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 85 las acciones concertadas realizadas por entidades pertenecientes al mismo grupo. En este sentido puede verse el excelente desarrollo de FONT GALÁN, J. I. «El concepto...» ob. cit., págs. 51 y ss.; a favor de una interpretación iusprivatista y no político económica del término «acuerdo» del artículo 85.1.º TCEE, propugnando la comprobación caso, por caso, de la existencia o no de una pluralidad real de voluntades, como método para decidir la aplicación de la prohibición en el caso. La posición del mencionado autor, de otra parte, no nos parece irreconciliable con el reconocimiento de la relevancia jurídica de la unidad económica como mecanismo de inaplicación de prohibiciones, sino una profunda denuncia de la tendencia a la eliminación de cualquier control del poder económico, el autor escribía antes de la aprobación del Reglamento de Concentraciones. Sobre estas cuestiones volveremos en el último epígrafe de este capítulo.

órganos comunitarios, Comisión y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a reconocer la relevancia jurídica de la existencia de una unidad económica como mecanismo de inaplicación de prohibiciones.

Las decisiones de la Comisión y las sentencias del Tribunal de Justicia no siempre han sido coincidentes, ni necesariamente claras. En ellas puede observarse una progresiva profundización en los problemas planteados por la posibilidad de tratar dos entidades distintas como una única unidad económica a los efectos de inaplicar la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 85, a las acciones concertadas presuntamente restrictivas realizadas por ellas.

De otra parte la doctrina de la inaplicación de prohibiciones, se construyó en paralelo con la doctrina comunitaria de la imputación a la dominante de los actos de la dominada cuando ambas constituían una única unidad económica. Esto supone una importante peculiaridad respecto a otros ordenamientos como el norteamericano, o el alemán que construyeron sus reglas de inaplicación de prohibiciones sin crear al mismo tiempo reglas especiales de imputación en materia de defensa de la competencia, distintas a las contenidas en su derecho privado —civil o societario—<sup>126</sup>.

### 3. *Recepción en el derecho nacional*

En España el período de criptoaplicación de la doctrina de la «intraenterprise conspiracy doctrine» se extendió hasta finales de los ochenta, pese a que el artículo 1 LRPRC, en su párrafo 2 identificaba a los destinatarios de la norma como «empresas», o uniones, agrupaciones o asociaciones de empresas, lo que

<sup>126</sup> Pese a ello las reglas especiales de imputación en materia de defensa de la competencia, como consecuencia de la existencia de una única unidad económica no están del todo ausentes en estos ordenamientos, tal y como veremos en la siguiente sección.

hubiera permitido, con relativa facilidad, la toma en consideración de la relevancia jurídica de la existencia de una unidad económica entre los partícipes.

Es a partir de 1988 cuando se dictan las primeras resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en aplicación de la antigua LRPRC, en las que se enuncia el principio de inaplicación de la prohibición como consecuencia de que todos los partícipes en la misma constituyen una única unidad económica, aunque en un mero obiter dicta, sin llegar a resolver el caso en virtud del mismo<sup>127</sup>.

Esta línea fue confirmada por ulteriores decisiones, de inaplicación de la prohibición de concertaciones restrictivas, dictadas por el TDC en aplicación de la LRPRC y de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC)<sup>128</sup>, cuyo artículo 1 mantuvo eliminó la mención directa a las «empresas» y la sustituyó por una descripción impersonal de las prácticas prohibidas en el mismo.

La introducción de la doctrina en nuestro país se vio favorecida, por la tendencia predominante en España a armonizar nuestras normas de defensa de la competencia y su aplicación, a las normas de defensa de la competencia comunitarias y a la aplicación que de las mismas hacen la Comisión y el Tribunal

<sup>127</sup> Nuestro análisis se limitará, en cuanto al Derecho nacional, a las resoluciones del TDC, ante la inexistencia de sentencias del Tribunal Supremo sobre la cuestión. De hecho, hasta el momento el Tribunal Supremo tan solo se ha ocupado en una ocasión de cuestiones relativas a la aplicación de las normas de defensa de la competencia STS de 9 de febrero de 1994 (RAJ 838/1994) y solo como «cuestión nueva» planteada por la recurrente en casación. En cuanto a las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que es el órgano jurisdiccional encargado de resolver los recursos contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (Disposición Transitoria 5.ª LDC).

<sup>128</sup> Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (B.O.E. núm. 170, de 18 de julio). Una visión del entronque constitucional de nuestra regulación de la competencia, puede verse en FONT GALÁN, J. I. «Constitución económica y derecho de la competencia», Madrid (Tecnos), 1987.

de Justicia. De ello deriva tanto la aceptación por parte de las decisiones del TDC de que la consecuencia de la descripción impersonal de las conductas del artículo 1 LDC es la aplicación al mismo de la construcción comunitaria de la empresa<sup>129</sup>, y consecuentemente de la construcción comunitaria de la relevancia jurídica de la existencia de una única unidad económica, influida, a su vez por las construcciones norteamericanas.

Realizadas estas consideraciones generales pasemos ahora al análisis detallado de las decisiones que dieron lugar y continúan configurando tales criterios.

## II. LOS CRITERIOS FUNCIONALES DE ANÁLISIS

### 1. *El nacimiento y desarrollo de los criterios funcionales en el derecho norteamericano*

Los Tribunales norteamericanos que reaccionaron contra las consecuencias injustas que producía, en ocasiones, la aplicación de la «intraenterprise conspiracy doctrine», justificaron su alejamiento de la misma, en un primer momento, en argumentos relativos a las relaciones existentes entre la filial y la dominante, o al modo de actuar de las mismas. Las relaciones entre la filial y la holding podían ser tomadas en cuenta con carácter general, o de forma específica, atendiendo en exclusiva al caso concreto sobre el que se decidía.

Se trataba de encontrar la razón o argumento en virtud del cual cabía separarse de la doctrina de la «intraenterprise conspiracy» que era la doctrina establecida y adoptar una decisión distinta, en virtud de que el caso sobre el que se decidía

<sup>129</sup> En cuanto al destinatario de la norma es especialmente relevante la doctrina sentada por la Resolución de 20 de marzo de 1998 en el caso «Cruz Roja de Fuengirola», en cuyo Fundamento de Derecho segundo se establece la conformidad de la interpretación española de destinatario de la norma prohibitiva con la comunitaria.

presentaba peculiaridades relevantes respecto a los leading cases que establecieron aquélla.

Si los datos identificados eran suficientes para evitar la aplicación de la «intraenterprise conspiracy doctrine». Se creaba una nueva doctrina de inaplicación, debatida en la doctrina norteamericana y aplicada, con mayor o menor intensidad por los tribunales de dicho país.

En principio, tal y como veremos inmediatamente, la jurisprudencia buscó, sin éxito, un único criterio que le permitiera distinguir en que casos debía considerar a una pluralidad de entidades o personas como una única unidad y en que casos debía considerar que existía la pluralidad.

En un segundo momento, y ante las insuficiencias de la aplicación aislada de estos tests, se optó por un test conjunto, que tomara en consideración la existencia de una pluralidad de hechos que antes habían sido considerados relevantes aisladamente.

#### 1.1. *Inaplicación de la sección 1 de la Sherman Act en presencia de una pluralidad de participantes dotados de personalidad jurídica distinta*

Uno de los casos emblemáticos de inaplicación de la Sección 1 de la Sherman Act como consecuencia de la aplicación del privilegio del grupo, fue el *Knutson v. Daily Review* juzgado por el Tribunal del noveno circuito en 1976<sup>130</sup>.

En este caso la sociedad DRI y su filial al 100% BAPCO editaban cinco periódicos que distribuía a los kioscos o puntos de venta a través de distribuidores independientes. Tras unos problemas con estos distribuidores en 1973, DRI y BAPCO decidieron sustituir el sistema de distribución contratado a terceros por un sistema de distribución directa contratando

<sup>130</sup> 548 F. 2d 795 (9th Cir 1976), cert. denied, 433 U.S. 910 (1977).

empleados propios que distribuyeran directamente los periódicos a los puntos de venta.

Los distribuidores independientes actuaron contra DRI y BAPCO alegando un acuerdo restrictivo de la competencia entre la dominante y su filial.

Al estudiar el caso y las relaciones existentes entre las dos sociedades, el tribunal consideró que aunque éstas tenían personalidad jurídica distinta, formaban una única estructura. Según el Tribunal «la relación entre ellas excede en mucho la propiedad de las acciones de la filial por parte de DRI, y de hecho, éste no es un caso de dominante y filial independiente, sino de una única unidad económica separada únicamente con carácter técnico por la distinta personalidad jurídica»<sup>131</sup>.

El Tribunal afirmó que aunque la doctrina de la «intraenterprise conspiracy» establecía que una sociedad dominante y sus filiales pueden concertarse, el hecho de que gocen de personalidad jurídica distinta es necesario pero no suficiente para establecer la capacidad de concertación. La distinta personalidad jurídica de la dominante y la filial es un prerequisite pero no un factor determinante en el análisis<sup>132</sup>.

En este caso en concreto el hecho de que una misma persona física fuera el accionista de control de la sociedad dominante, así como el presidente de ambas compañías y el editor de los cinco periódicos, el grado de cooperación en la edición y redacción de los periódicos y el hecho de que éstos no se presentaban a sí mismos como competidores, determinaron la apreciación de la existencia de una única unidad económica<sup>133</sup>.

Los tres diarios publicaban las mismas secciones de deportes, financieras y de televisión y sustancialmente las mismas

<sup>131</sup> Knutson v. Daily Review cit. 802.

<sup>132</sup> En el mismo sentido ver Thomsen v. Western Electric Co., 680 F. 2d 1263, 1266 (9th Cir.) cert. denied, 459 US 991 (1982); Mutual Fund Investors, Inc. v. Putnam Management Co., 553 F. 2d 620, 626 (9th Cir. 1977).

<sup>133</sup> Knutson v. Daily Review cit. 802.

«news stories» y anuncios. Los periódicos compartían además los servicios de composición.

Este alto grado de integración en la redacción y edición de los periódicos fue determinante a la hora de formar la opinión del Tribunal.

Otros elementos que fueron considerados relevantes en posteriores decisiones fueron la proposición conjunta a un tercero para contratar<sup>134</sup>, las negociaciones laborales conjuntas<sup>135</sup>, el hecho de compartir locales<sup>136</sup>, la consolidación de las devoluciones de impuestos<sup>137</sup>, la utilización de un logotipo común<sup>138</sup>, el hecho de compartir el departamento de investigación y desarrollo<sup>139</sup>, y el intercambio de personal<sup>140</sup>.

Siguiendo esta orientación diferentes grupos de sentencias de los tres circuitos citados propugnaron que no existía posibi-

<sup>134</sup> Las Vegas Sun, inc. v. Summa Corp. 610 F. 2d 614,618 (9th Cir.), cert. denied, 447 U.S. 906 (1980); Murphy Tugboat Co. v. Shipowners & Merchants Towboat Co., 467 F. Supp. 841,859 (N.D. Cal. 1979) aff'd sub nom. Murphy Tugboat Co. v. Crowley, 658 F. 2d 1256 (9th Cir. 1981) cert. denied, 455 U.S. 1018 (1982).

<sup>135</sup> Thomsen v. Western Electric Co. cit. 1267; Murphy Tugboat Co. v. Shipowners & Merchants Towboat Co. cit. 859.

<sup>136</sup> Murphy Tugboat Co. v. Shipowners & Merchants Towboat Co. cit. 859. Este criterio como el de tener empleados o directivos comunes fueron criticados por la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo en los casos en que se aplicaban a las relaciones entre una dominante y una filial controlada al 100%. En estos casos el tribunal consideró que la falta de estos criterios no son suficientes para describir una entidad económica separada a los efectos de la Sherman Act. «Los criterios simplemente describen la forma en que la dominante ha escogido estructurar una subunidad de sí misma. Estos hechos no pueden dejar a un lado el hecho básico de que los intereses últimos de la filial y de la dominante son idénticos, por lo que la dominante y sus filiales deben ser vistas como una única unidad económica». Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. infra 772, nota 18.

<sup>137</sup> Thomsen v. Western Electric Co. cit. 1266.

<sup>138</sup> Thomsen v. Western Electric Co. cit. 1267.

<sup>139</sup> Thomsen v. Western Electric Co. cit. 1266-67.

<sup>140</sup> Thomsen v. Western Electric Co. cit. 1267.

lidad de conspiración cuando la dominante y la filial actúan en el tráfico como una única empresa «single trader»<sup>141</sup>, cuando ambas eran propiedad y estaban controladas por una única y misma persona que adopta las decisiones de las dos «sole decisionmaker doctrine»<sup>142</sup>, cuando la acción concertada afectaba únicamente a las propias filiales y no a terceros «external effect rule» o «internal decision test»<sup>143</sup>, o cuando la filial y la dominante se presenten o aparezcan frente a terceros como no competidores<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Kiefer-Stewart Co v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc., 340 US 211,215 (1951); Sunkist Growers, Inc. v. Winckler & Smith Citrus Prods. Co., 370 US 19, 29,30 (1962); Rayco Mfg. Co. v. Dunn, 234 F. Supp. 593,598 (N.D. Ill. 1964); Photovest Corp. V. Fotomat Corp., 606 F. 2d 704, 726-27 (7th Cir 1979) cert.denied 445 US 917 (1980); Ogilvie v. Fotomat Corp., cit. 588-89.; Williams Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co., cit. 1054-55; Zidell Explorations, Inc. v. Conval Int'l, Ltd., 719 F. 2d 1465, 1468-69 (9th Cir. 1983).

<sup>142</sup> Harvey v. Fearless. Farris Wholesale, Inc., 589 F. 2d 451 (9th Cir. 1979) en el que el Tribunal estableció que cuando una misma persona adopta las decisiones de las dos sociedades no puede existir de hecho concertación puesto que no puede existir reunión entre dos o mas personas; ver en el mismo sentido Las Vegas Drive-In Theatre, Inc. v. National Gen. Theatres, Inc., 1979-2 Trade Cas. (CCH) 62,895 (1979). Un análisis de las posibilidades de desarrollo de un criterio basado en la centralización o descentralización de decisiones en el seno del grupo puede verse en JONES, A. I. «Intraenterprise Antitrust Conspiracy: A Decisionmaking Approach» 71 Cal. L. Rev. 1732, 1753-60.

<sup>143</sup> Thomsen v. Western Elektric Co., cit. 1266-67; Murphy Tugboat Co. v. Shipowners & Merchants Towboat Co., 467 F. Supp. 841, 859-860 (N.D. Cal. 1979), aff'd, 1981-1 Trade Cas. (CCH) 64,000 (9th Cir. 1981). Criterio que como afirma HANDLER «Reforming...» op. cit., pág. 1294 es de escasa aplicación en cuanto la mayor parte de los acuerdos entre sociedades pertenecientes al mismo grupo tienen algún efecto sobre terceros. De hecho como afirma POTRAFKE, C. «Kartellsrechtswidrigkeit...», ob. cit., pág. 44, el criterio solo fue utilizado en aquellos casos en que estaba mas allá de cualquier duda que se pudiera lesionar a un tercero, y en la práctica no tuvo prácticamente aplicación.

<sup>144</sup> Monopolies 1.16.

Esta última doctrina, conocida como «holding out rule», patrocinada por algunos autores<sup>145</sup> no llegó a ser aplicada realmente por los circuitos, pese a ser objeto de un intenso debate doctrinal. El criterio estaba basado en una afirmación jurisprudencial en el sentido de que la «intraenterprise conspiracy doctrine» era especialmente aplicable cuando la sociedad dominante y las filiales aparecían como competidores<sup>146</sup>.

El origen de esta doctrina se encuentra en la práctica de la Federal Trade Comisión de considerar que existe competencia desleal, cuando las sociedades filiales que externamente parecen actuar como competidores, no compiten realmente entre ellas<sup>147</sup>.

La idea base de la aplicación del criterio del «holding out» en materia de competencia desleal es que a través de la falta de publicidad de las vinculaciones existentes entre las sociedades

<sup>145</sup> WILLIS, E. I. - PITOFKY, R. «Antitrust...» ob. cit., págs. 35 y ss.

<sup>146</sup> En Las Vegas Sun, inc. v. Summa Corp. cit. 617; el Tribunal estableció que para determinar cuando varias sociedades están lo suficientemente separadas para ser capaces de concertarse, un tribunal debe examinar los particulares hechos del caso que se le presenta. Si las entidades intra-empresa «aparecen o de presentan como competidores (hold themselves out as competitors) la regla de que no pueden evitar la responsabilidad derivada de la Sherman Act amparándose en la común propiedad y control de ambas es «especialmente aplicable»; en el mismo sentido ver J. T. Gibbons, Inc v. Crawford Fitting Co. 704 F. 2d 787, 795 (1983), en la que en aplicación de esta doctrina se considera no existente la infracción, puesto que la actora no aportó pruebas de que la demandada y sus filiales estén en competencia o se presenten como competidores. Ver también Call Carl, Inc. v. BP Oil Corp. 403 F. Supp. 568, 572 (D. Md. 1975), aff'd as modified, 554 F. 2d 623 (4th Cir.), cert. denied, 434 US 923 (1977); este criterio plantea el problema de determinar cuando dos sociedades se presentan frente a terceros como competidoras y cuando no, en particular en los casos en los que la dominante y la filial o las filiales distribuyan el mismo producto.

<sup>147</sup> FTC v. Armour & Co, 1 FTC 430 (1919); FTC v. A. A. Berry Seed Co., 2 FTC 427 (1920), citadas por WILLIS, E. I. - PITOFKY, R. «Antitrust...» ob. cit., pág. 37, notas 56 y 57.

pueden obtenerse ventajas, de modo desleal, por las empresas participantes, que no hubieran obtenido si la vinculación hubiese sido conocida<sup>148</sup>. Pero ello no implica, ningún tipo de restricción de la competencia.

A favor de esta doctrina se predicaba su inocuidad, puesto que ningún perjuicio, se decía, podía derivar del conocimiento general de la vinculación entre las sociedades.

La regla del «holding out» tiene de positivo que los casos en que queda claro que la dominada actúa bajo instrucciones de la dominante quedan excluidos de la aplicación de la *intraenterprise conspiracy doctrine*<sup>149</sup>. La crítica a la misma proviene de su dificultad de aplicación, dada la dificultad de establecer que indicios objetivos hay que tener en cuenta para determinar si la holding y la filial se presentan en el mercado como competidoras o no, así como del hecho de que su fundamentación no tiene relación con los fines perseguidos por el Derecho de defensa de la competencia<sup>150</sup>.

El resto de los criterios funcionales fueron criticados igualmente no solo por los escasos defensores de la «*intraenterprise conspiracy doctrine*» sino también por algunos de sus detractores. Comenzando con el criterio del «*sole decision maker*» defendido por un sector de la doctrina<sup>151</sup>. La jurisprudencia de los circuitos utilizó esta vía para excluir de la aplicación de la «*intraenterprise conspiracy doctrine*» aquellos casos en los que una sociedad era titular del 100% del capital de la otra y las decisiones de ambas eran adoptadas por los mismos administradores o equipo directivo.

La crítica a esta construcción, se debió a su insuficiencia, esto es a los pocos casos que quedaban fuera del escrutinio de la «*intraenterprise conspiracy doctrine*» a través de ella.

<sup>148</sup> POTRAFKE, C. «Kartellrechtswidrigkeit...», ob. cit., pág. 49.

<sup>149</sup> POTRAFKE, C. «Kartellrechtswidrigkeit...», ob. cit., pág. 50.

<sup>150</sup> NOTE, «Intra-Enterprise...» ob. cit., pág. 735.

<sup>151</sup> NOTE, «Intra-Enterprise...» ob. cit., pág. 735 y ss.

La doctrina fue también especialmente crítica con el criterio en base al cual había que atender a si, a través de la presunta concertación, se lesionaba el interés de un tercero o no — «*external effect rule*» o «*internal decision test*»—. Solo si se lesionaba el interés de tercero la conspiración caería en el ámbito de aplicación de la sección 1 de la Sherman Act. Junto a su carácter inseguro y manipulable, este test fue criticado esencialmente por dos motivos.

De una parte se alegó que, en la mayoría de los casos, las restricciones de la competencia producen efectos lesivos frente a terceros. De otra que el criterio no se adecuaba en absoluto a los fundamentos de la prohibición contenida en el parágrafo 1 de la Sherman Act que no sanciona, en ningún caso, las acciones individuales que reduzcan la competencia en el mercado y produzcan un daño a tercero<sup>152</sup>.

No es el hecho de producir o no un daño a tercero lo que se juzga bajo la Sherman Act sino la existencia de una acción concertada que tenga o pueda tener como objeto o efecto la restricción de la competencia.

## 1.2. La apreciación de la unidad económica como criterio diferenciador. El «*single entity test*»

El paso siguiente en la aplicación del privilegio del grupo fue dado por la jurisprudencia de los circuitos 7,8,9 y en menor medida 2, al aceptar el «*single entity test*» o «*all facts and circumstances test*» en virtud del cual no puede existir ninguna

<sup>152</sup> HANDLER, M. - SMART, T. A. «The Present Status...» ob. cit., pág. 51; Mc QUADE, L. C. «Conspiracy, Multicorporate Enterprises and sec. 1 of the Sherman Act» 41 Va. L. Rev. 183, 213 (1955); KRAUSE, H. D. «The Multicorporate International Business. Under section 1 of the Sherman Act - Intraenterprise Conspiracy Revisited», 17 Bus. Law. 912, 933 (1962); NOTE, «Intra-Enterprise...» ob. cit., pág. 733; WILLIS, E. I. - PRTOFSKY, R. «Antitrust...» ob. cit., pág. 49; POTRAFKE, C. «Kartellrechtswidrigkeit...», ob. cit., pág. 53.

concertación prohibida en el interior de una única unidad económica<sup>153</sup>.

La idea que subyace en esta doctrina jurisprudencial es que no se produce una violación de la sección 1 de la Sherman Act, cuando de los concretos datos del caso se desprende que existe una única unidad económica entre los presuntos participantes en la acción concertada, sin que pueda apreciarse la existencia de al menos, dos unidades distintas que actúan autónomamente en el mercado.

Para determinar si existía o no dicha unidad económica, la jurisprudencia tomaba en cuenta de forma conjunta múltiples datos, que habían constituido con anterioridad la base del análisis de la existencia de una única unidad económica de forma aislada.

Se trataba de datos como, la consolidación de sus cuentas, las reuniones conjuntas, o en la misma sesión de los órganos de administración de las diversas entidades, la adopción de las decisiones relevantes en todas las entidades participantes por la misma persona física, el grado de integración o centralización del grupo, así como el grado de ejercicio del control por parte de la dominante, o la presentación de las entidades frente a terceros como competidores.

El «single entity test» se incardinaba además perfectamente en la filosofía antitrust norteamericana, en cuanto permitía aplicar las normas de defensa de la competencia haciendo

<sup>153</sup> Minnesota Bearing Co. v. White Motor Corp., 470 F. 2d 1323, 1328-1329 (8th Cir. 1973); Brager & Co., Inc. v. Leumi Sec. Corp., 429 F. Supp 1341, 1345 (S.D.N.Y. 1977), *affd*, 646 F. 2d 559 (2d Cir. 1980), *cert. denied* 101 S. Ct. 2311 (1981); Photovest Corp. v. Fotomat Corp., 606 F. 2d 704, 726-727 (7th Cir. 1979), *cert. denied*, 445 U.S. 917 (1980); Fuchs Sugars & Syrups v. Amstar Corp., 602 F. 2d 1025 (2d Cir.) *cert. denied*, 444 U.S. 917 (1979); Ogilvy v. Fotomat Corp., 641 F. 2d 581, 587-590 (8th Cir. 1981); Las Vegas Sun, Inc. v. Summa Corp. *cit.*; Murray v. Toyota Motors Distributions, Inc., 664 F. 2d 1377 (9th Cir.) (*per curiam*), *cert. denied*, 457 U.S. 1106 (1982).

prevalecer la realidad económica sobre el conceptualismo jurídico, y evitaba la aplicación de la sección 1 de la Sherman Act a lo que en verdad eran actos unilaterales de una única unidad económica<sup>154</sup>.

Una sentencia, especialmente relevante de este grupo fue la dictada por el séptimo circuito en el caso Independence Tube Corp. v. Copperweld Corp.<sup>155</sup>, a no confundir con la posterior sentencia del Tribunal Supremo del mismo nombre que supuso la revocación de la «intraenterprise conspiracy doctrine» y la aplicación de criterios estructurales en los USA.

La sentencia del 7.º circuito, aplicando el análisis funcional llegó a la conclusión, en este caso, de que la dominante y su filial, de la que la dominante era titular del 100% del capital, eran capaces de concertarse. El Tribunal obtuvo pruebas de la intención de la holding —Copperweld— de mantenerse como operador independiente tras adquirir la filial —Regal—, y de la ausencia de cualquier tipo de integración de la filial en las operaciones de la dominante, de que la dirección de Regal —la filial— gozaba de verdadera autonomía tanto respecto a la adopción de las decisiones cotidianas, como respecto a la adopción de decisiones a largo término.

El Tribunal comprobó también que ambas sociedades tenían ingresos separados, distintas políticas de repartos de beneficios, fuerzas de venta diferentes, y distintos clientes y proveedores. Tomados todos estos datos de forma conjunta el Tribunal consideró que Regal era mas una sociedad independiente que una mera división de su sociedad dominante<sup>156</sup>.

Decidida la cuestión en la sentencia de circuito bajo el análisis funcional en la misma forma en que se hubiera decidido bajo la doctrina de la «intraenterprise conspiracy», se abría una

<sup>154</sup> NOTE, «Intra-Enterprise...» *ob. cit.*, pág. 737; NOTE, «Conspiring Entities...» *ob. cit.* 671; NOTE, «The Intra...» *ob. cit.*, pág. 1750.

<sup>155</sup> 691 F. 2d 310 (7th Cir. 1982).

<sup>156</sup> Tube Corp. V. Copperweld Corp. *cit.* 320.

posibilidad para que el Tribunal Supremo aceptara los criterios funcionales, en una sentencia cuya aceptación no implicaría un cambio de sentido de la decisión. Sin embargo, como veremos en el siguiente capítulo, el Tribunal supremo actuó de muy distinta manera.

El análisis funcional presentaba indudables ventajas respecto a la anterior aplicación formal de la sección 1 de la Sherman Act.

La primera que permitía ignorar la regla cuando de hecho existía una única unidad económica o una única empresa en el mercado.

La segunda que evitaba las manipulaciones de las partes al estar basada no en las formas jurídicas adoptadas por éstas sino en las relaciones mantenidas por las mismas en el devenir del ejercicio de su actividad en el mercado.

El análisis funcional presentaba también inconvenientes, entre ellos que no eliminaba de forma radical la inseguridad jurídica de los operadores económicos dada la inexistencia de un test claro sobre cuales son los elementos determinantes para identificar la existencia de una unidad económica relevante desde la perspectiva jurídica a estos efectos<sup>157</sup>.

Especialmente crítica fue la doctrina en cuanto a la toma en consideración del grado de integración de las entidades que participan en la presunta conspiración, alegando la falta de claridad de los criterios en base a los cuales debía ser medida la intensidad de la integración<sup>158</sup>.

El criterio del grado de integración entre las dos entidades fue acusado además de crear una paradoja en virtud de la cual cuando la sociedad dominante concedía un alto grado de autonomía a sus filiales, creando con ello centros de competencia autónomos corría mayor riesgo de que posteriores acuerdos

<sup>157</sup> NOTE, «Conspiring Entities...» ob. cit. 671; NOTE, «The Intra...» ob. cit., pág. 1751.

<sup>158</sup> AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit., págs. 257 y ss.

entre ella y sus filiales cayeran dentro de la prohibición de la sección 1 de la Sherman Act, que en aquellos casos en que, dado el carácter centralizado de la dirección del grupo, las filiales no constituían centros autónomos de competencia<sup>159</sup>.

La paradoja consistía en que con esta política se promovía los grupos centralizados frente a los descentralizados, reduciendo con ello las posibilidades de que los consumidores se beneficiaran de una efectiva competencia.

Además el «single entity test» fue criticado como inexacto, en cuanto al no determinar el valor de la presencia de diferentes datos de los que se tomaban en cuenta, respecto a la ausencia de otros, debía producir errores en el juicio sobre la existencia de una verdadera unidad económica en el caso analizado<sup>160</sup>.

De otra parte algunos de los datos tomados en cuenta, como la existencia de consolidación de cuentas o la existencia de empleados conjuntos se consideraban irrelevantes desde la perspectiva del derecho de la competencia<sup>161</sup>.

Otros problemas se derivaban del propio sistema procesal norteamericano que distingue entre cuestiones de derecho que deben ser resueltas por el juez, y cuestiones de hecho que deben de ser decididas por el jurado. La cuestión que se planteaba es si la valoración de la existencia de una unidad económica relevante desde la perspectiva jurídica y la apreciación de los distintos elementos de hecho que la constituían, eran una cuestión de hecho que debía de ser apreciada por el jurado o una cuestión de derecho que debía ser decidida por el juez.

A nuestro juicio hay que distinguir entre la apreciación de la existencia de los distintos datos relevantes para la aplicación del «single entity test» —integración de la entidad, por poner un

<sup>159</sup> HANDLER, M. - SMART, T. A. «The Present Status...» ob. cit., pág. 60.

<sup>160</sup> HANDLER, M. - SMART, T. A. «The Present Status...» ob. cit., pág. 59; NOTE, «Conspiring Entities...» ob. cit. 671; NOTE, «The Intra...» ob. cit., pág. 1751.

<sup>161</sup> AREEDA, P. «Antitrust Law» ob. cit. vol. VII, págs. 267 y ss.

ejemplo—, que como cuestiones de hecho deben de ser resueltas por el jurado, la apreciación de si las que se encuentren presentes en el caso son suficientes para concluir que existe una verdadera unidad económica entre las entidades participantes, cuestión que, al menos en principio, también parece de hecho, y la calificación de la unidad económica constatada como relevante desde la perspectiva jurídica a los efectos de la aplicación de la Sherman Act, que como cuestión de derecho debería corresponder al Juez.

La última crítica se fundaba en que el «single entity test» era un sistema de decisión que dada su oscuridad podía llevar a tratamientos distintos para hechos iguales<sup>162</sup> Ese riesgo está insito en toda aplicación del derecho. La cuestión estriba en determinar si el «single entity test» incrementa los resultados distintos para los mismos hechos de forma inaceptable. A nuestro juicio solo será así, en la medida en que no exista una jurisprudencia clara al respecto. La crítica, en todo caso, si bien es relevante, no parece decisiva.

## **2. La recepción de los criterios funcionales en el derecho comunitario**

La aplicación de la doctrina del privilegio del grupo en el derecho comunitario tuvo lugar, desde un primer momento, sobre la base de la utilización de los criterios funcionales de origen norteamericano.

Esto continúa siendo así, en la actualidad. Si en otros aspectos de la aplicación del derecho de la competencia como el control de concentraciones, la aplicación de criterios estructurales es cada vez más frecuente y refinada. En el ámbito de la inaplicación de prohibiciones son todavía los criterios funcionales los que determinan cuando dos entidades van a ser conside-

<sup>162</sup> HANDLER, M. - SMART, T. A. «The Present Status...» ob. cit., pág. 61; AREEDA, P. «Intraenterprise...», op. cit., pág. 469.

radas como una sola a los efectos de aplicación del artículo 85.1 TCEE, y cuando, por tanto, lo realizado por las partícipes va a ser considerado lícito o no.

Además hay que tener en cuenta una peculiar característica que presenta la aplicación de la doctrina de la unidad económica en el ordenamiento comunitario, frente a su aplicación en el ordenamiento norteamericano. En el comunitario, a diferencia del norteamericano, existen autorizaciones singulares y por categorías de acuerdos que siendo restrictivos de la competencia se juzgan merecedores de tal autorización.

La aplicación del privilegio del grupo, y de los criterios funcionales, va, en el derecho comunitario, más allá de la simple inaplicación directa de la prohibición como consecuencia de la falta de reconocimiento de la existencia de una pluralidad de voluntades autónomas, y se extiende a la inaplicación indirecta de la prohibición, reconociendo que varias personas y entidades pueden ser consideradas una única unidad económica con efectos jurídicos o empresa, a los efectos de la aplicación de un reglamento de exención por categorías.

A diferencia del caso de la inaplicación directa de la prohibición, por aplicación de la doctrina de la unidad económica que supone la inexistencia del acuerdo restrictivo entre los partícipes, la inaplicación indirecta, por la vía señalada, supone la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia entre la empresa constituida por varias personas o entidades que constituyen una única unidad económica y la contraparte del acuerdo.

Y es éste acuerdo restrictivo el que es precisamente objeto de exención por categorías —limitada a los acuerdos entre dos empresas— en cuanto se considera una única empresa a quienes constituyen una única unidad económica.

Tanto en los casos de inaplicación directa como indirecta de prohibiciones, los criterios utilizados por la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, han sido de carácter funcional.

## 2.1. La progresiva aplicación del privilegio del grupo en el apartado 1 del artículo 85

La introducción de la doctrina de la unidad económica en el derecho de la competencia comunitario constituye un proceso prolongado en el que pueden distinguirse diversas fases, y en las que los criterios funcionales utilizados para aplicar el privilegio del grupo, han ido variando en el transcurso de los años.

Parece por ello conveniente un estudio detallado de tal evolución que nos permita comprender realmente la situación en la que nos encontramos y los pilares en que se fundamenta la aplicación de la doctrina en el derecho comunitario.

### 2.1.1. Las primeras decisiones de la Comisión. El criterio de la «única entidad económica»

Las primeras decisiones comunitarias de aplicación del privilegio del grupo tuvieron su origen en la jurisprudencia menor norteamericana de los circuitos que aplicaba criterios funcionales y trasladaron a Europa, los principios del «single entity test».

Hasta tal punto se percibe esta influencia en las primeras decisiones de la Comisión, que el término usado por ésta para describir la unidad relevante jurídicamente entre varios sujetos con personalidades distintas, es la de «entidad económica».

La consideración de sociedades pertenecientes a un grupo como única «entidad» económica fue expresada por primera vez en el caso «Christiani & Nielsen» de 18 de julio de 1969<sup>163</sup>.

<sup>163</sup> JOCE serie L., n.º 165 de 5 de julio de 1969, pág. 12. Sobre la misma ver HUBER, U. «Konzerninterne Vereinbarungen im EWG-Kartellrecht nach der kommissionsentscheidung im Fall Christiani & Nielsen» Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters» (AWD), 1969, págs. 429 y ss.; FOCSANEANU, L. «La concurrence à l'intérieure des groupes de sociétés.

Se trataba de una solicitud dirigida a la Comisión conforme al artículo 2 del Reglamento número 17 de 6 de febrero de 1962<sup>164</sup>, por la que se pedía la atestación negativa respecto a un acuerdo suscrito el 25 de agosto de 1931 y renovado el 20 de marzo de 1959, por la sociedad danesa «Christiani & Nielsen A/S» dedicada a los trabajos públicos y grandes trabajos de construcción industrial y su filial holandesa «Christiani & Nielsen N. V.» dedicada a la misma actividad, **de la cual la primera poseía la totalidad del capital.**

La sociedad danesa tenía otras filiales en Francia y Alemania de las que poseía también la totalidad del capital, con las que le unían acuerdos semejantes al sometido a la consideración de la Comisión. El acuerdo contenía una doble prohibición por la que la sociedad matriz se comprometía a no actuar directamente en territorio holandés y la filial a no ejercer su actividad fuera de dicho territorio sin el acuerdo de la sociedad madre, estando facultada ésta para nombrar los miembros de la dirección de la filial.

El acuerdo contenía también disposiciones por las que se establecía que cualquier invención obtenida por la dominante o cualquiera de sus filiales o sucursales, serían puestas recíprocamente y gratuitamente a la disposición de todas las empresas del grupo.

La dominante se obligaba, además en particular: a elaborar los proyectos, dibujos y cálculos que su filial no estuviera en condiciones de elaborar; a comunicar a su filial informes sobre los trabajos que realizaba; y a poner a disposición de su filial ingenieros o expertos.

Réflexions sur l'atteststion négative Christiani 7 Nielsen» Révúe du Marché Commun 1970, págs. 32 y ss. Antes de la adopción de la decisión puede destacarse en el debate doctrinal el trabajo de HARMS, W. «Intra-Enterprise Conspiracy Doctrine? Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Auslegung des Art 85 EWG», Europarecht, 1966, págs. 230 y ss.

<sup>164</sup> JOCE n.º 13 de 21.2.1962, pág. 204/62.

Por su parte la filial se obligaba: a informar de manera detallada a la sociedad madre sobre los trabajos en curso de ejecución, sobre sus proyectos, sobre los asuntos relativos al personal; **a ejecutar las directivas de la sociedad madre**; y a entregar a la sociedad madre un canon determinado sobre los trabajos ejecutados y a reembolsarle los gastos realizados en interés de su filial.

El contrato solo podía ser rescindido que con el acuerdo de ambas partes.

Se trataba del típico caso de acuerdos entre dominante y filiales, de las que la dominante posee el 100% del capital social que en aquella época, pese al imperio de la doctrina de la «intraenterprise conspiracy» era juzgado en los USA por los tribunales de distrito y de circuito a través del análisis funcional<sup>165</sup>.

El contenido del contrato ponía de manifiesto que la dominante y la filial se encontraban en una relación en la que existía un alto grado de centralización en la adopción de decisiones sobre la mayor parte de las materias que constituían la actividad económica de la filial. En particular, la obligación, contractualmente asumida de la filial de ejecutar las directivas de la sociedad dominante, demostraba que existía la posibilidad de establecer una completa unidad de decisión con carácter general.

En efecto, esta obligación no estaba materialmente limitada a un determinado sector de la actividad de la filial, y del caso se desprende que la dominante utilizó de forma continuada el poder derivado de tal cláusula. Cuestión que, a nuestro juicio, fue decisiva en la adopción de la decisión por parte de la Comisión<sup>166</sup>.

<sup>165</sup> Así National Dairy Prods. Corp. v. United States 350 F. 2d 321 (8th Cir. 1965), o Sunkist Growers, Inc. v. Winckler & Smiths Citrus Prods. Co., 370 US 19 (1962).

<sup>166</sup> Cfr. POTRAFKE, C. «Kartellrechtswidrigkeit...» ob. cit., pág. 78.

En este contexto la Comisión afirmó que no había lugar a la intervención ex art. 85.1.º TCEE en función de los elementos de los que tenía conocimiento, partiendo de la consideración de que «la aplicabilidad del artículo 85 párrafo 1 del Tratado supone, entre las empresas en cuestión, la existencia de una competencia susceptible de ser restringida; que esta condición no se cumple necesariamente, en las relaciones entre dos empresas, que ejercen sus actividades en el mismo sector, por la sola constatación de la existencia de una personalidad jurídica para cada una de las empresas» y «que a este respecto es determinante saber en función de los elementos de hecho, si una acción autónoma de la filial respecto a la sociedad madre es posible sobre el plano económico».

La decisión no se pronunció expresamente sobre la posibilidad de que dos sociedades distintas fueran consideradas una única empresa, sino, como hicieron los tribunales norteamericanos<sup>167</sup>, en favor de la regla en virtud de la cual, la mera existencia de personalidades jurídicas distintas para varias empresas no presuponía necesariamente la existencia de competencia entre ellas.

La cuestión que había que determinar era si existía o no una competencia previa susceptible de ser restringida, y para ello, rechazada la existencia de competencia por el mero hecho de que estén presentes en el mercado entidades con personalidad jurídica distinta, la decisión propone un test basado en la determinación de la capacidad de la dominante para competir. Si el resultado de este test es negativo, esto es si la dominada no tiene capacidad alguna para competir, no cabrá argumentar que existe una competencia que ha sido restringida por la concreta acción que se juzga.

Este análisis encierra una opción que debe ser puesta de relieve. No se trata de determinar si, antes del acto cuyo carácter anticompetitivo se juzga, la dominante y la dominada

<sup>167</sup> Knutson v. Daily Review 548 F. 2d 795 (9th Cir 1976).

sostenían una efectiva competencia en el mercado, sino de determinar si era concebible una acción autónoma de la dominante respecto a la dominada en el plano económico.

Según esta concepción, podían existir casos en los que ambas sociedades se hicieran efectivamente competencia de precios en el mercado, pero en los que sin embargo no fuera concebible una acción autónoma de la dominada respecto a la dominante.

En estos casos, a juicio de la Comisión, no habría lugar a la aplicación de la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 85 TCEE, puesto que lo relevante no sería, al parecer, el efecto perjudicial que supondría para los consumidores la supresión de la efectiva competencia sostenida por las filiales, sino el hecho de que dicha competencia era consecuencia de una decisión única de la dirección de la holding o dominante y no un acuerdo entre dos entidades autónomas.

Es esencial comprender las consecuencias de esta regla, puesto que influyó de forma decisiva en las siguientes tomas de posición de la Comisión y del Tribunal y en la concepción que hoy en día tienen los órganos comunitarios, y la mayor parte de las autoridades nacionales de defensa de la competencia de los estados miembros de la Unión Europea sobre la cuestión.

La Comisión fundó su convicción en que la posesión de la totalidad del capital de la filial por la sociedad madre, otorgaría siempre a «Christiani & Nielsen Copenhague» aun en ausencia de todo contrato, el poder de determinar el comportamiento de «Christiani & Nielsen La Haya»<sup>168</sup>.

Además siguiendo la jurisprudencia menor norteamericana de la época se señalaba que la finalidad de la constitución de la filial no era, en ningún caso, la de restringir la competencia.

<sup>168</sup> Decisión «Christiani & Nielsen» cit., pág. 14. Con ello la Comisión, adelantándose a AREEDA y Copperweld ponía de relieve la relevancia de la unidad de control, de la posibilidad que el titular de una participación al 100% en otra sociedad tenía de determinar la conducta de ésta aunque sin que surgieran en el razonamiento las cuestiones relativas a la unidad de propiedad y a la unidad de interés.

Se indicaba que la sociedad dominante, procedió a la creación de la filial holandesa «con el fin de ejecutar en las mejores condiciones en el territorio holandés los trabajos en que estaba especializada» de otra parte se afirma que «son consideraciones de gestión las que han llevado a esta empresa, cuya actividad es internacional, a crear filiales en los diferentes países más que a establecer sucursales o agencias», por último se indica «que se trata de un elemento de estrategia de mercado que no puede tener como resultado hacer considerar en el caso que nos ocupa, a una filial a 100% como una entidad económica que puede entrar en competencia con su sociedad madre», argumento este último que indicaba una cierta tendencia hacia los criterios estructurales.

A estos argumentos se unen, aquellos otros que nos permiten descubrir la existencia de un poder de dirección de la dominante legitimado contractualmente. Así se desprende del hecho de que la dominante tenga el derecho a dar directivas a su filial que ésta está obligada a ejecutar, de lo que se deduce que la filial constituye una parte integrante del conjunto económico constituido por el grupo «Christiani & Nielsen».

La unidad de la organización económica de la sociedad madre y de la filial viene subrayada —a juicio de la Comisión— por los intercambios de información, invenciones, patentes y secretos industriales y por la colaboración permanente entre las dos empresas.

La Comisión, tras el análisis del caso concluyó que «el reparto de mercados, previsto por el acuerdo, no es en definitiva mas que un reparto de tareas en el interior de una misma entidad económica»<sup>169</sup>.

De ello se dedujo que el acuerdo en cuestión no podía tener por objeto ni por efecto, impedir o falsear la competencia en el interior del mercado común, por lo que no podía considerarse

<sup>169</sup> Decisión «Christiani & Nielsen» cit., pág. 14.

que el acuerdo pudiera incluirse en el supuesto de hecho previsto en el artículo 85.1.º TCEE.

A esta primera decisión siguió la relativa al caso Kodak de 30 de junio de 1970<sup>170</sup> dictada igual que la anterior ante una solicitud de atestación negativa.

En el caso en cuestión la sociedad norteamericana «Eastman Kodak» era la sociedad dominante de un grupo formado por ella misma y por sus sociedades filiales «Kodak-Pathé» de París, «Kodak A. G.» de Stuttgart, «Kodak S.A. «de Bruselas, «Kodak S. P. A.» de Milán y «Kodak N. V.» de La Haya, dedicadas a la fabricación o importación de productos fotográficos, cinematográficos y químicos de las cuales poseía la totalidad o la casi totalidad de las acciones representativas del capital social.

Las sociedades integradas en el grupo establecieron condiciones generales de venta comunes —incluyendo alguna relativa al precio de venta— aplicables a todos los adquirentes de los productos por ellas comercializados.

El caso es emblemático ya que se refería a una de las restricciones paradigmáticas de la competencia, como es la fijación horizontal de precios.

La Decisión por cuanto nos interesa estableció que las sociedades Kodak del mercado común practicaban condiciones de venta rigurosamente idénticas siguiendo las instrucciones de su sociedad madre a las cuales no tiene mas remedio que conformarse.

La Comisión afirma que en aquellos casos, como el analizado, en que «las sociedades filiales ...dependen de forma exclusiva y completa de su sociedad madre, y ...esta sociedad ejerce efectivamente su poder de control dirigiéndoles instrucciones precisas, les es imposible comportarse de una manera independiente las unas frente a las otras en las materias reguladas por la sociedad madre»<sup>171</sup>.

<sup>170</sup> JOCE, L 47 de 7 julio 1970, pág. 24.

<sup>171</sup> Decisión «Kodak» cit., pág. 25.

Es el criterio del ejercicio del control el que se aprecia en esta decisión, sin que quede claramente definido si se juzga su presencia en un contexto histórico, esto es tomando en cuenta las relaciones, entre dominante y dominada, anteriores al acto cuyo carácter anticompetitivo se juzga, o si se tiene en cuenta en un contexto exclusivamente actual, esto es tomando en consideración exclusivamente si se ha ejercido el control en el caso concreto analizado.

A través de esta decisión, la Comisión admitió, además, —aunque sin enunciarlo como principio— la aplicabilidad en el ámbito comunitario de la regla de minimis<sup>172</sup>, en virtud de la cual la jurisprudencia norteamericana equiparaba a casos de control al 100% los casos de control superior al 95%.

Eastman Kodak no poseía el 100% de todas las sociedades filiales europeas, sino que en algunas existían socios minoritarios europeos que poseían porcentajes muy reducidos del capital de estas.

La Comisión centró su análisis en la «imposibilidad» para las controladas de realizar una acción autónoma respecto a aquellas cuestiones en que existen instrucciones precisas de la dominante, como consecuencia del control totalitario que ésta ejerce sobre aquéllas.

Afirmando en consecuencia que «la identidad de condiciones de venta de las sociedades Kodak del Mercado común no resulta de un acuerdo o de una práctica concertada ni entre la sociedad madre y sus filiales, ni entre las filiales entre sí»<sup>173</sup>.

La Decisión Kodak delimitó, por tanto, un núcleo de supuestos en los que no existirá acuerdo por faltar pluralidad de voluntades. Aquellos de control totalitario o quasi-totalitario en los que la dominante dicte instrucciones a la dominada en el

<sup>172</sup> Esta regla de minimis no debe ser confundida con otras reglas de minimis aplicables en el Derecho de la competencia comunitario como la que fundamenta la comunicación de acuerdos de menor importancia.

<sup>173</sup> Op. loc. ult. cit.

ejercicio de su poder de control, aunque sin clarificar si la relevancia de dichas instrucciones debía analizarse en un contexto histórico, actual o mixto, y si las mismas debían referirse a la política comercial de la dominada, o bastaba con que se comprobara su existencia respecto a cualquier otro ámbito de la actividad empresarial.

En estos casos, se afirmó, no existirá pluralidad real de voluntades, y no se dará por tanto uno de los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 85 TCEE.

### 2.1.2. *La jurisprudencia comunitaria*

A partir del nacimiento de una doctrina comunitaria sobre el privilegio del grupo, y hasta mediados de los ochenta, se produjo un diálogo fructífero, aunque fundamentalmente unidireccional, en el sentido USA-Europa, sobre las mismas bases doctrinales. A partir de dichas fechas y con la introducción de criterios estructurales por la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Copperweld* que analizaremos en el capítulo siguiente, la doctrina y jurisprudencia norteamericana se centró en la explicación de los fundamentos de este caso y la delimitación de otros que presentaban identidad de razón, y a los que por tanto parecía razonable aplicar los criterios estructurales allí establecidos.

La doctrina y jurisprudencia norteamericana se despreocuparon en gran medida del desarrollo de los criterios funcionales utilizables en los casos que no quedaban cubiertos por *Copperweld*.

Ello supuso que las bases del diálogo entre los USA y la Unión Europea cambiaran. La Unión no introdujo ni ha todavía introducido todavía reglas estructurales en este tipo de casos. Además la percepción del problema de los grupos y de la posible autonomía entre matriz y filial, de su regulación y consecuencias, es vista de forma muy diversa en los distintos países de la Unión —Alemania, Reino Unido y Francia— pueden ser ejemplos representativos de tres visiones distintas del mismo.

Ello implica que sea difícil llegar a un consenso generalizado sobre el tratamiento que debe darse a esta cuestión. Desde la primera jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia hasta las últimas sentencias sobre la cuestión dictadas en 1996, existe un iter doctrinal constructivo influido por diversos criterios utilizados en la jurisprudencia norteamericana, y por la percepción del problema de los diferentes comisarios de la DGIV y de las mayorías cambiantes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Pese a la escasez de sentencias comunitarias sobre la cuestión en comparación con la nutrida jurisprudencia norteamericana, pueden señalarse en ella una algunas cuestiones comunes que merecen ser destacadas.

A diferencia de la norteamericana y de la propia práctica de la Comisión que aplicó la regla de *minimis* en el caso *Kodak*, la jurisprudencia comunitaria ha utilizado la doctrina de la unidad económica para justificar la inaplicación de la prohibición establecida en el párrafo 1 del artículo 85 TCEE tan solo en casos en que los partícipes de la conducta enjuiciada eran una dominante y una o más filiales al 100%, con dos excepciones: la del caso *Hydrotherm* que era un caso de aplicación indirecta del privilegio del grupo por afirmación de la existencia de una única unidad económica con relevancia jurídica entre dos sociedades y un persona física partes de un mismo acuerdo a las que se identificaba como una única empresa con el fin de aplicar al caso un Reglamento de exención por categorías, y la del caso *Beguelin Import*, la primera sentencia comunitaria sobre la cuestión, en la que el Tribunal no indicó cual era el porcentaje de participación de la dominante en la filial. Esto es en la práctica totalidad de los casos el privilegio del grupo se ha aplicado en supuestos de propiedad, control e interés común<sup>174</sup>.

<sup>174</sup> Este hecho es, en ocasiones, obviado por algunos comentaristas o intérpretes, dando la falsa impresión de que existe una jurisprudencia consolidada a nivel europeo en esta materia en los casos de control mayoritario. Ejemplo de lo contrario son las Conclusiones del Abogado

No existe, por tanto, jurisprudencia comunitaria referida a inaplicación en los casos de *minimis*, esto es en casos en que el porcentaje de participación de la dominante respecto de la dominada es irrelevantemente inferior al 100% —por ejemplo 98,5%— ni tampoco en los de control mayoritario —por ejemplo 65% sin pactos estatutarios en la sociedad dominada que exijan mayorías superiores para adoptar acuerdos—, o en los que no existe vínculo alguno de capital entre las dos entidades sobre las que se predica la existencia de una única unidad económica —por ejemplo casos de *leveraged buy out*—.

De otra parte, todos los casos en que la doctrina de la unidad económica es utilizada como *ratio decidendi* para la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 85.1 TCEE son casos de presuntas restricciones verticales de la competencia, consecuencia de la utilización, por un grupo, de sistemas de distribución mediante filiales dotadas de personalidad jurídica propia, que en ocasiones son los licenciarios o concesionarios exclusivos para un determinado territorio de los productos fabricados por otra empresa del grupo. Se trata de casos de negativa de venta, discriminación de precios o de alegaciones de la unidad económica como defensa frente al ataque jurídico de un importador paralelo previamente demandado que cuestiona la licitud desde la perspectiva del artículo 85.1 TCEE de los acuerdos que unen a la filial y a la matriz.

Existen además, otras cuestiones en las que todas coinciden. La primera de ellas es el reconocimiento, común al del derecho norteamericano, de que el hecho de que dos sociedades que concurren en un mercado tengan personalidad jurídica distinta no basta para afirmar que compiten entre ellas.

---

General Sr. Carl Otto LENZ en el caso *Viho C.* Comisión, de 25 de abril de 1996, (Rec. 1996, pág. I-5475), punto 61, en el que éste con su habitual rigor intelectual limita sus observaciones expresamente a esta hipótesis, sin que quepa, por tanto, mixtificación alguna de lo dicho.

La segunda que cuando dos entidades constituyan una única unidad económica, no debe aplicarse a sus acciones concertadas la prohibición del apartado 1 del artículo 85 TCEE.

La tercera que para saber si existe o no unidad económica hay que atender a si las entidades tienen la posibilidad de fijar de forma autónoma su línea de actuación en el mercado.

Fuera de estas líneas comunes no puede decirse, que su doctrina haya sido siempre unánime o incontrovertida. En particular la cuestión de como debe ser apreciada tal unidad, o tal posibilidad de fijar de forma autónoma su línea de actuación en el mercado, no ha sido todavía resuelta por la jurisprudencia comunitaria, que no ha aportado, tal y como veremos, criterios claros para determinar, antes de la correspondiente sentencia del TJCE, con un mínimo grado de seguridad, cuando dos entidades constituyen una única unidad económica y cuando no<sup>175</sup>.

La comprensión de la doctrina comunitaria al respecto, dado su carácter mutable, requiere un análisis detallado de su evolución. No basta con realizar aquí un *status questionis* de acuerdo con la última jurisprudencia comunitaria, si bien a ella prestaremos la mayor atención, porque la variabilidad de criterios es tal que solo una exposición completa permitirá adquirir al lector el «feeling» suficiente como para enfrentarse

---

<sup>175</sup> Como en otros términos pone de manifiesto el Abogado General Sr. Carl Otto LENZ en sus conclusiones, de 25 de abril de 1996, en el caso *Viho / Comisión* (Rec. 1996, pág. I-5471) «Un examen global de las sentencias que acabo de mencionar (las dictadas por el TJCE y el TPI respecto a la unidad económica como justificación de la inaplicación directa o indirecta de prohibiciones y como justificación de la imputación de actos de la dominada a la dominante) revela una falta de unidad. El Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera instancia coinciden en considerar que debe interpretarse que el concepto de empresa empleado en el artículo 85 se refiere a unidades económicas. Pero, respecto de si debe deducirse de ello que el artículo 85 es totalmente inaplicable a los acuerdos o a las prácticas concertadas entre empresas que pertenecen al mismo grupo y forman dicha unidad económica, la cuestión sigue claramente abierta».

con garantías de éxito a la comprensión de esta creación discontinua de una doctrina jurídica.

Es por ello por lo que seguiremos en nuestra exposición todos los pasos evolutivos de la doctrina de la unidad económica como mecanismo de inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 85.1 TCEE, señalando las diferentes fases de evolución de la misma.

#### 2.1.2.1. El reconocimiento de la doctrina de la unidad económica por la primera jurisprudencia comunitaria. El criterio de la falta de autonomía económica

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronunció por primera vez sobre la aplicación del principio de unidad económica en el ámbito del Derecho de la competencia en el caso «Béguelin Import»<sup>176</sup>.

En el supuesto en cuestión el 1 de marzo de 1967 la sociedad belga «Béguelin Import Co.» estipuló con la sociedad japonesa «Oshawa» un contrato de distribución exclusiva.

A través del mismo se confería a la sociedad belga la condición de distribuidor exclusivo para Bélgica y Francia de los encendedores marca «WIN» fabricados por la sociedad japonesa.

La sociedad francesa «Béguelin Import Co. France», filial de la sociedad belga del mismo nombre, de la que según indica la sentencia depende enteramente en el plano económico —aunque no se explique en la misma los motivos exactos que llevan a tal conclusión— sucedió a la matriz en la condición de

<sup>176</sup> Sentencia de 25 de noviembre de 1971, en Rec. 1971, pág. 949. Sobre la misma ver JOLIET, R. «Les rapports entre l'action en concurrence déloyale et l'article 85 du traité de Rome», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1972, págs. 427 y ss.; KOVAR, R. «Droit communautaire de la concurrence concession exclusive et droit national de la concurrence déloyale», *Journal de droit international privé*, 1973, págs. 530 y ss.

distribuidor exclusivo de la sociedad japonesa para Francia en virtud de un pacto estipulado con ésta de fecha 25 de marzo de 1967 y al parecer del consentimiento expreso o tácito de la sociedad belga a tal pacto<sup>177</sup>.

La sociedad japonesa había estipulado otro contrato de distribución exclusiva, análogo al anterior, para el territorio de la República Federal Alemana con la sociedad «Gebrüder Marbach».

Una segunda sociedad francesa «G. L. Import Export» de Niza, adquirió 18.000 encendedores «WIN» originariamente dirigidos a la sociedad alemana que se encontraban en la aduana de Hamburgo y que fueron importados a Francia donde se pagaron los correspondientes derechos de aduana, constituyendo un típico caso de importación paralela.

La sociedad «Béguelin Import Co. France» demandó a la importadora y a la sociedad alemana por competencia desleal, solicitando la cesación de la conducta y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Las demandadas alegaron la nulidad del contrato de concesión exclusiva por violación del artículo 85 TCEE.

<sup>177</sup> Utilizamos el término «al parecer», porque como ponen de manifiesto las conclusiones del abogado general en el caso los elementos del dossier no permitían afirmar que la atribución a la filial del derecho de representación exclusiva hasta entonces ejercido por la sociedad madre se haya realizado por un acuerdo entre la sociedad madre y la filial. Según el abogado general M. Alain Dutheillet de Lamothé la atribución «parece haber sido realizada por la intervención de un contrato directo entre Béguelin/France y la firma japonesa. Sin embargo —continúa el abogado general— no creemos que esta circunstancia sea por sí misma determinante, pues si el contrato entre Béguelin/France y la firma japonesa tenía por objeto transferir a Béguelin/France los derechos que pertenecían con anterioridad a Béguelin/Belgique, el acuerdo de esta última empresa era evidentemente necesario y de esta forma Béguelin/Belgique podría ser considerada como parte al menos en forma tácita del contrato entre Béguelin/France y Oshawa» Conclusiones del Abogado General M. Alain Dutheillet de Lamothé, presentadas el 28 de octubre de 1971 Rep. 1971, págs. 964 y ss. (1967).

Presentada la cuestión prejudicial, el TJCE distinguió claramente en su sentencia entre dos cuestiones. La relevancia respecto a las normas de competencia del acuerdo o el consentimiento tácito por el que la sociedad madre belga permitía a su filial francesa adquirir la concesión exclusiva para Francia que aquella ostentaba, y el acuerdo de concesión exclusiva entre la sociedad francesa y la japonesa.

El TJCE afirmó que el primero de estos acuerdos no restringía la competencia en el sentido del artículo 85 TCEE y que por tanto no debía ser tenido en cuenta para apreciar la validez del segundo. En concreto el TJCE afirmó que «las relaciones entre dos sociedades de las cuales una no goza de ninguna autonomía económica frente a la otra no pueden ser tomadas en consideración para apreciar la validez de un acuerdo de concesión exclusiva celebrado entre la filial y un tercero».

Para el TJCE por tanto el acuerdo celebrado por la sociedad matriz y la filial por el que se repartían los mercados francés y belga entre ellas no suponía una vulneración del artículo 85 TCEE en cuanto la filial no goza de autonomía económica.

El TJCE argumentó de forma parcialmente diferente a la de la Comisión reflejada en las Conclusiones del Abogado general<sup>178</sup> que negaba de una parte la existencia de un acuerdo y de otra que existiera competencia previa entre las empresas susceptible de ser restringida.

<sup>178</sup> Aunque el TJCE no dio como respuesta la propuesta por el abogado general si decidió conforme a la misma. La respuesta propuesta por el Abogado general a la primera cuestión era del siguiente tenor: «El hecho para una empresa instalada en un Estado miembro de crear en otro Estado miembro una filial sin ninguna independencia económica para explotar en este segundo Estado miembro la concesión exclusiva de distribución de un producto de la cual la sociedad madre era inicialmente titular para los dos Estados miembros no entra en el campo de aplicación de las disposiciones del artículo 85, párrafo 1 del tratado». Op. ult. cit., pág. 967. En favor de la interpretación del Abogado General se pronunciaba JOLLET, R. «Les rapports...», ob. cit., pág. 429.

En cuanto a la inexistencia de un acuerdo se afirmaba que «el hecho de que una sociedad madre transfiera a una filial enteramente controlada por ella o autorice la transferencia a tal filial de los derechos de los que esta sociedad madre era titular no constituye un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 párrafo 1, del Tratado, si la filial está enteramente controlada».

Tal hecho «constituye en realidad no un acuerdo entre empresas, sino una reorganización interna de la empresa madre».

En cuanto a la segunda cuestión se afirmaba que «para que el artículo 85 párrafo 1 del Tratado sea aplicable, es necesario que el acuerdo entre empresas sea susceptible de afectar a la competencia. Pero es evidente que no puede existir entre una sociedad madre y una filial enteramente controlada una competencia susceptible de ser afectada por un acuerdo entre estas dos entidades jurídicamente distintas, pero que forman una misma unidad económica.»

El abogado general incluyó a renglón seguido un argumento de índole práctico, que a nuestro juicio ha tenido mucho que ver en la orientación de la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia relativo a la conveniencia o no de considerar a tales acuerdos como contrarios al Derecho de la competencia.

En base al mismo «considerar incluida en el campo de aplicación del artículo 85 la decisión por la cual una sociedad instalada en un Estado miembro decide dar a su oficina de venta en otro Estado miembro la forma jurídica de una sociedad sería crear complicaciones inútiles e ir, parece, mucho más allá de lo que han querido los autores del artículo 85»<sup>179</sup>.

La sentencia que tuvo, por otras razones diversas, gran impacto en su momento, es importante no solo por lo que dice, sino también por lo que omite. En efecto la sentencia sienta un principio general que podríamos sintetizar diciendo que los

<sup>179</sup> Op. loc. ult. cit.

acuerdos entre una sociedad y su dominante, cuando la dominada carece de autonomía económica frente a la dominante por depender enteramente en el plano económico de ésta no constituyen una violación del párrafo 1 del artículo 85 TCEE.

El Tribunal no hizo referencia alguna, en cambio, al criterio de la existencia o inexistencia de competencia previa entre filial y dominante, no recogiendo en la sentencia las argumentaciones en este sentido elaboradas por el Abogado General<sup>180</sup>, ni la doctrina de la Comisión puesta de manifiesto en decisiones anteriores. Tampoco acoge el criterio del reparto interno de funciones, que sería desarrollado y posteriormente abandonado por la jurisprudencia posterior.

El Tribunal no explica expresamente cuales son los hechos que motivan su conclusión de que, en el caso que se presenta a su juicio, Beguelin Francia carecía de autonomía económica respecto a Beguelin Bélgica.

No sabemos por tanto si para fundar su convicción partió de un análisis funcional o de la simple constatación de la participación al 100% en el capital de la dominada. No puede, por tanto, afirmarse que Beguelin estableciera una regla de exoneración de carácter estructural. La sentencia dejó imprejuizada la cuestión de los criterios que permitían determinar la falta de autonomía económica de la filial.

#### 2.1.2.2. El criterio del reparto interno de tareas en el seno del grupo

El TJCE volvió a pronunciarse sobre la cuestión que nos ocupa en sus famosas sentencias en las causas reunidas

<sup>180</sup> En contra de lo sostenido por KOVAR, R. «Droit communautaire...», ob. cit., pág. 531 que afirma que el eje de la sentencia en este punto estriba en la ausencia de una competencia susceptible de ser comprometida por el acuerdo. Criterio que estando presente en las conclusiones del Abogado General y en la Decisión Christiani & Nielsen, no fue sin embargo recogido en la argumentación de la sentencia Beguelin.

«Centrafarm», dictadas en los asuntos 15/74<sup>181</sup> y 16/74<sup>182</sup> en los que el Tribunal de casación holandés (Hoge Raad), planteó una cuestión prejudicial, en un caso de importación paralela en Holanda de productos farmacéuticos.

Los productos habían sido puestos en circulación en el Reino Unido por la sociedad británica «Sterling-Winthrop Group-Ltd.» filial al 100% de la americana «Sterling Drug Inc».

La sociedad americana era titular de la patente del fármaco, en tanto que la británica era licenciataria de esta patente para el Reino Unido y titular para el mismo territorio de la marca «Negram» que identificaba el producto.

<sup>181</sup> STJCE de 31 de octubre de 1974, dictada en el caso Centrafarm BV y Adriaan De Peijper contra Sterling Drug Inc. (Rec. 1974, págs. 1147 y ss.).

<sup>182</sup> STJCE de 31 de octubre de 1974, dictada en el caso Centrafarm BV y Adriaan De Peijper contra Sterling Drug Inc. (Rec. 1974, págs. 1183 y ss.). Sobre la misma ver VON GAMM, O. F. Frhr. «Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auf das Warenzeichenrecht», GRUR-Int., 1975, págs. 185 y ss.; KOVAR, R. «L'incidence du droit communautaire sur la propriété industrielle», Journal du droit international, 1975, págs. 208 y ss., en especial 215 y ss.; JOLIET, R. «Patented Articles and free Movement of Goods within the EEC», Current Legal Problems 1975, págs. 15 y ss.; BURST, J. J. - KOVAR, R. «Sur une jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de propriété industrielle», La semaine juridique. Édition entreprise, 1975-II, 11728; JACOBS, F. G. «Industrial Property and the EEC Treaty. A Reply», The International and Comparative Law Quarterly, 1975, págs. 643 y ss.; GOLTZ, H. «Territorialität des Patentschutzes und Gemeinsamer Markt», WuW, 1975, págs. 751 y ss.; ROCOLFI, M. «Brevetti e marchi 'paralleli' nella recente giurisprudenza comunitaria», Rivista di diritto industriale, 1975-II, págs. 354 y ss.; KRSJAK, P. «Problemes de brevets et de marques eu egard aux regles communautaires de la concurrence», Gazette du Palais, III, 1975, págs. 322 y ss.; MONTBLANC, L. «Note» «Revue de jurisprudence commerciale», 1975, págs. 195 y ss.; ЦАВТНРА, B. I. «Parallel Patents in the European Community», New Law Journal, 1975, págs. 157-158, 257-259, 357-358; LADDIE, H. «Centrafarm and the problem of compulsory licences», European Law Review, 1975, págs. 73 y ss.

Los fármacos adquiridos regularmente en el Reino Unido por Centrafarm, fueron importados a Holanda, país en el que la sociedad americana era también titular de la patente, sin que se sirviera de ella.

La titular local de la marca «Negram», y encargada de la distribución del fármaco en territorio holandés, era la sociedad holandesa «Winthrop B. V.» filial al 100% de la americana.

La diversidad de filiales nacionales y los acuerdos de licencia tenían por objeto regular de forma diferente en cada país las condiciones de mercado para las mercancías protegidas por la patente.

Siendo los argumentos del Tribunal comunes, por lo que nos interesa, en ambas sentencias, nos referiremos a la primera de ellas.

Entre las múltiples cuestiones planteadas al Tribunal por el Hoge Raad se encontraba la de si el artículo 85 TCEE era aplicable en esta situación.

De los intervinientes en el procedimiento oral tan solo se pronunciaron sobre la cuestión Sterling Drug, Centrafarm y la Comisión. La primera negando la aplicabilidad del artículo 85 al caso, ya que la licenciataria inglesa (Sterling-Winthrop Group Ltd.) —de la que la holandesa era filial—, era a su vez filial al 100% de la sociedad americana y en lo que se refería a su poder de decisión —especialmente para las operaciones en causa en el caso— la filial inglesa dependía completamente de la sociedad norteamericana<sup>183</sup>.

Por su parte Centrafarm argumentó que aunque existan vínculos entre estas entidades en el seno del grupo, que excluían toda competencia entre ellas, los contratos de licencia deberían ser considerados como acuerdos prohibidos por el artículo 85 TCEE cuando tienen por finalidad principal regular

<sup>183</sup> Sentencia Centrafarm cit., pág. 1155.

de forma diferente en cada país las condiciones de comercialización del producto protegido por la patente<sup>184</sup>.

La Comisión únicamente argumentó, con carácter general que «el artículo 85 no sería aplicable a los acuerdos concluidos entre empresas pertenecientes al mismo grupo y cuyo único fin es el reparto de tareas en el interior de una sola y misma entidad económica.

Pero si los acuerdos que se concluyen en el marco de un grupo tienen una extensión mas amplia —y restringen, por ejemplo, la posibilidad para empresas exteriores a este grupo de penetrar en un mercado determinado—, debería considerarse que tales acuerdos caen bajo las disposiciones del párrafo 1 del artículo 85<sup>185</sup>.

El Abogado General también se pronunció en este sentido afirmando que «sería admisible considerar la aplicabilidad de la prohibición establecida por el artículo 85, cuando los acuerdos entre las empresas del grupo, en lugar de limitarse a regular las relaciones internas, tienden a introducir restricciones para terceros, poniendo obstáculos a sus posibilidades de comercio y de competencia»<sup>186</sup>.

Este fue el criterio aceptado por el Tribunal que en un supuesto como éste, en el que las sociedades pertenecientes al grupo estaban controladas al 100% por la dominante, en el que el abogado que representaba a ésta había reconocido en la causa oral que la dominante y las filiales formaban una única empresa, así como la existencia de instrucciones precisas sobre la cuestión que habían sido ejecutadas por las filiales, consideró inaplicable la prohibición contenida en el párrafo 1 del artículo 85 TCEE.

<sup>184</sup> Sentencia Centrafarm cit., pág. 1156.

<sup>185</sup> Sentencia Centrafarm cit., pág. 1159.

<sup>186</sup> Conclusiones del Abogado General M. Alberto Tabucchi, presentadas el 18 de septiembre de 1974, Rec. 1974, págs. 1169 y ss. (1180).

En efecto el TJCE afirmó por lo que nos interesa que «el artículo 85, no afecta a los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas pertenecientes a un mismo grupo en tanto que sociedad madre y filial, si las empresas forman una unidad económica en el interior de la cual la filial no goza de autonomía real en la determinación de su línea de acción sobre el mercado, y cuando estos acuerdos o prácticas tienen por fin establecer un reparto interno de tareas entre las empresas»<sup>187</sup>.

Las sentencias Centrafarm, añadieron por tanto, un requisito nuevo para aceptar la inaplicabilidad de la prohibición del artículo 85.1 TCEE a los acuerdos entre sociedad dominante y filiales controladas al 100%<sup>188</sup>.

<sup>187</sup> Sentencia Centrafarm cit., págs. 1167, 1168, 1198 y 1199-1200. El hecho de que el tribunal no recogiera exactamente los términos propuestos por el Abogado General hizo que algún sector de la doctrina contemporánea a la sentencia dudara de si había o no recogido la distinción, entre prácticas que producen restricciones internas y externas. Mostrando tal perplejidad ver ROCCOLI, M. «Brevetti e marchi...» ob. cit., págs. 394-395. Reconoce la adopción por el tribunal del criterio, que interpreta como una tendencia del Tribunal a aplicar la intra-enterprise conspiracy doctrine KOVAR, R. «L'incidence...», ob. cit., pág. 217, quien se declara favorable a la formulación del tribunal en cuanto una inmunidad completa de los acuerdos entre entidades pertenecientes al mismo grupo, puede tentar a los grupos industriales a abusar de la misma.

<sup>188</sup> La tendencia de la doctrina del momento fue a leer mas allá de lo dicho por el Tribunal así para VON GAMB, O. F. Frhr. «Die Auswirkungen...», ob. cit., pág. 190, la doctrina del Tribunal implicaba la inaplicabilidad de los artículos 85.1 y 86 TCEE a los acuerdos internos en el seno el grupo relativos al ejercicio del derecho de marca. Respecto a la existencia de un requisito adicional respecto de la existencia de una única unidad económica entre los partícipes son especialmente ilustrativas las palabras del Abogado General Sr. Carl Otto LENZ en sus conclusiones de 25 de abril de 1996 en el caso Viho/ Comisión (Rec. 1996, pág. I-5472). Analizando las sentencias que hacían referencia a la cuestión de la unidad económica y tras rechazar la tesis expresada por WISII, R. «Competition Law, 3.<sup>a</sup> ed. Londres-Edimburgo, 1993, págs. 212 y ss., en virtud de la cual la exigencia de que el acuerdo o práctica concertada implique un reparto interno de funciones en el seno de la unidad económica debe considerarse como una mera precisión o consecuencia derivada del requisito de unidad

No solo era necesario que existiera una única unidad económica, caracterizada en el caso tanto por la existencia de control al 100% como por el ejercicio de este control de forma continua y extensa, en particular respecto al tipo de decisiones que se refieren a la política comercial y en concreto respecto al propio acto, sino que además la acción concertada debía estar caracterizada por limitarse a establecer un reparto interno entre las entidades pertenecientes al grupo<sup>189</sup>.

Fuera de estos casos cabía la aplicación de la prohibición del artículo 85.1 TCEE a acuerdos o prácticas concertadas en los que únicamente participaran entidades que formaran una única unidad económica<sup>190</sup>.

económica, afirmaba en el punto 50 de las Conclusiones que «la formulación de la cita pertinente de las sentencias Centrafarm («y cuando») prueba claramente que dicha exigencia constituye un requisito adicional que, según el Tribunal de Justicia, debe cumplirse para excluir la aplicación del artículo 85".

<sup>189</sup> Esta diferencia con la doctrina Beguelin, no fue tomada en cuenta por la doctrina contemporánea a la sentencia. Así para GOLTZ, H. «Territorialität...» ob. cit., págs. 758-759, Centrafarm es una confirmación de la interpretación del concepto de empresa realizada por Beguelin.

<sup>190</sup> A esta conclusión llega también el Abogado General Sr. Carl Otto LENZ en sus conclusiones de 25 de abril de 1996 en el caso Viho/ Comisión (Rec. 1996, pág. I-5472), en cuyo punto 50 afirma que «Si se considera esta exigencia (la de que los acuerdos o prácticas deben contribuir a regular la distribución interna de las funciones entre las empresas que forman la unidad económica) a la luz de las tesis que expusieron, durante aquel procedimiento, la Comisión y el Abogado general, solo se puede llegar a la conclusión de que el Tribunal de Justicia deseaba limitar el privilegio de grupo. Por lo tanto, numerosos elementos hacen pensar que el Tribunal de Justicia tenía la intención de reservarse la posibilidad de aplicar igualmente, en determinadas circunstancias, el artículo 85 a los acuerdos celebrados entre empresas que pertenecen al mismo grupo y forman una unidad económica».

2.1.2.3. Insuficiencia de la mera pertenencia al grupo como fundamento de la inaplicación de la prohibición. La necesidad de un doble análisis estructural y funcional

El TJCE volvió a ocuparse de la cuestión en su sentencia de 4 de mayo de 1988 dictada en el caso «Bodson»<sup>191</sup>.

El asunto tenía su origen en una disposición —artículo 362.1.º de la Loi des Communes francesas— que concedía a estas entidades locales en exclusiva y con carácter de servicio público los servicios exteriores de pompas fúnebres, autorizándolas al mismo tiempo a gestionar este servicio «por empresa», otorgando una concesión administrativa a una empresa privada que preste el servicio.

De entre las 5.000 entidades locales francesas —que agrupaban el 45% de la población del país— que escogieron el sistema gestión por empresa, 2.800 concedieron el servicio, a empresas pertenecientes al grupo, dirigido por Pompes Funèbres Générales S.A. (PFG) que realiza el 45% de los enterramientos.

M. Bodson, franquiciado de una red de franquicias de pompas fúnebres, comenzó a prestar servicios en una ciudad (Charleville- Mézières) en la que la concesión en exclusiva de tales servicios había sido otorgada a la sociedad de Pompas fúnebres de las regiones liberadas (PFRL), filial de PFG.

El Tribunal de Instancia condenó a M. Bodson, quien recurrió en casación alegando —entre otros— la violación de los artículos 85,86 y 90 TCEE.

Ante ello la Cour de Cassation francesa elevó cuestión prejudicial ante el TCEE en la que, entre otras cuestiones,

<sup>191</sup> Sentencia de 4 de mayo de 1988, en el caso «Corinne Bodson contra S.A. Pompes funèbres des régions libérées» Rec. 1988, págs. 2507 y ss. Sobre la misma ver SHAW, J. «A healthy monopoly for a dying trade», *European Law Review*, 1988, págs. 422 y ss.; BOUTARD LABARDE, M. C. «Note», *La Semaine juridique - édition générale*, 1988, apartado 21145; HERMITTE, M. A. «Note», *Journal de droit international*, 1989, págs. 434 y ss.

planteaba si el artículo 85 TCEE era aplicable a los contratos de concesión concluidos en este ámbito por las entidades locales.

El Tribunal, una vez negada esta posibilidad, se plantea si el artículo 85.1.º es aplicable a las relaciones entre empresas concesionarias pertenecientes a un mismo grupo, afirmando que: «esta disposición no es aplicable a los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas pertenecientes al mismo grupo en tanto que sociedad madre y filial, si las empresas forman una unidad económica en el interior de la cual la filial no goza de una autonomía real en la determinación de su línea de actuación en el mercado, y si estos acuerdos o prácticas tienen por fin establecer un reparto interno de tareas entre las empresas.

Pertenece a la jurisdicción nacional verificar si tal situación se presenta en el caso concreto. El simple hecho de que las empresas concesionarias pertenezcan al mismo grupo de empresas no es determinante a este respecto; es necesario tener en cuenta la naturaleza de las relaciones entre las empresas de este grupo. En el caso la naturaleza de tales relaciones no resulta ni de las cuestiones prejudiciales ni de otros elementos del dossier; en particular, no resulta que las empresas tengan una misma línea de acción en el mercado que sea determinada por la casa madre»<sup>192</sup>.

Bodson concuerda claramente con Centrafarm en identificar la necesidad de que se cumpla el doble requisito de la existencia de la unidad económica y de la limitación al ámbito reorganizativo interno de los efectos de la acción concertada entre las dos filiales.

En este segundo sentido los acuerdos o prácticas en los que participen la dominante y empresas filiales del grupo, que carezcan de autonomía real para la fijación o determinación de su línea de acción en el mercado, deben tener por fin, establecer un reparto interno de tareas entre las empresas.

<sup>192</sup> Sentencia Bodson cit., pág. 2513.

Tanto en Centrafarm como en Bodson el Tribunal centra la relevancia de la falta de autonomía en la determinación de la línea de acción en el mercado, sin que parezca que otras cuestiones como la falta de autonomía en la gestión de sus recursos financieros, o administrativos, tengan relevancia en tanto no se reflejen en aquélla.

Pero a diferencia de Centrafarm, Bodson explicita que la mera pertenencia a un grupo no es suficiente para afirmar la existencia de una unidad económica, ni para inaplicar la prohibición contenida en el artículo 85.1.º TCEE<sup>193</sup>. Y ello sin, ni siquiera distinguir el diferente nivel de participaciones. Esto es sin crear regla alguna per se, que considere que las filiales al 100% de una sociedad dominante no pueden en ningún caso concertarse con su dominante.

El juzgador debe atender, según la doctrina sentada en Bodson a dos cuestiones, para determinar si existe una única unidad económica. De una parte a la naturaleza de las relaciones entre las entidades pertenecientes a un mismo grupo. De otra a si de los hechos presentes en el caso se desprende que las dos entidades tengan una misma línea de acción en el mercado que sea determinada por la casa madre.

Bodson no dice en cambio con que criterios debe realizarse tal análisis. Pero al exigir que la falta de autonomía se desprenda de los hechos, hace una llamada a atender a la realidad de las cosas y no a la mera forma.

Resumiendo, el Tribunal fija claramente que: 1. La doctrina de la unidad económica no debe aplicarse automáticamente a toda relación de grupo. 2. En su caso la apreciación de la existencia de unidad económica afecta a la sociedad madre y sus filiales, sin pronunciarse respecto a los realizados por filiales entre si. 3. Es necesario determinar la naturaleza de las relaciones existentes en el seno del grupo. 4. La falta de

<sup>193</sup> Pone también de relieve este punto entre los comentaristas de la época SHAW, J. «A healthy monopoly...», ob. cit., págs. 423-424.

autonomía debe ser real y no formal. 5. La falta de autonomía debe referirse a la determinación de la línea de acción de la filial en el mercado. 6. Que el acuerdo suponga exclusivamente establecer un reparto interno de tareas entre las empresas.

#### 2.1.2.4. La desaparición del requisito de que la finalidad del acto sea establecer un reparto interno de tareas entre los miembros del grupo

El requisito de que la finalidad del acto sea establecer un reparto interno de tareas entre los miembros del grupo, acogido con especial atención por la doctrina alemana favorecedora de criterios estructurales<sup>194</sup>, ha desaparecido, como requisito autónomo, en la última jurisprudencia del TPI y del TJCE. Su desaparición a partir de la sentencia Viho, fue precedida de varias sentencias, que denominamos pronunciamientos previos, en los que el Tribunal de Justicia no mencionó el requisito.

Se trataba sin embargo de sentencias en las que, como afirma en sus conclusiones al caso Viho el Abogado General Sr. Carl Otto LENZ «el Tribunal de Justicia no se enfrentaba, ni siquiera indirectamente, al problema de la calificación jurídica, a la luz del Derecho de la competencia, de las prácticas colusorias internas de un grupo»<sup>195</sup> y que por tanto no puede considerarse que implicaran la eliminación del requisito adicional aludido.

##### 2.1.2.4.1. Los pronunciamientos previos

La primera de estas sentencias es la dictada por el TJCE en el caso «Flugreisen»<sup>196</sup> de 11 de abril de 1989, que resolvió una

<sup>194</sup> Un ejemplo puede encontrarse en GLEISS - HIRSCH, M. «Kommentar zum EG-Kartellrecht», Heidelberg (Recht und Wirtschaft), 1993, 4.º ed., puesta al día por HIRSCH, M y BURKERT, T., pág. 103, apartado 192.

<sup>195</sup> Punto 54 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Carl Otto LENZ en sus conclusiones de 25 de abril de 1996 en el caso Viho/ Comisión (Rec. 1996, pág. I-5474).

<sup>196</sup> STJCE de 11 de abril de 1989, en el caso «Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren

cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof alemán sobre interpretación, entre otros preceptos, de los artículos 85 y 86 TCEE, en un caso relativo a los acuerdos sobre tarifas aéreas existentes entre diferentes compañías comunitarias.

El Tribunal se refirió a la inaplicabilidad de la prohibición contenida en el párrafo 1 del artículo 85 TCEE cuando las entidades participantes constituyen una única unidad económica, en un mero obiter dicta, sin utilizar el argumento para adoptar la decisión<sup>197</sup>.

Por ello, con buen criterio, ninguno de los comentarios citados a título de referencia en la penúltima nota, como ninguno otro de los consultados que hacen un total de treinta, y que omitimos incluir, dada la inutilidad de la cita a los efectos de este trabajo, se refieren a la cuestión. Esto hace más extraño todavía que la formulación de la regla del privilegio del grupo, en posteriores casos, en los que el TJCE sí decidió en base a esta doctrina, se tomara de la sentencia Flugreisen.

La enunciación de la regla queda, por tanto, en el vacío sin desprenderse de los hechos concretos del caso y sirve al TJCE para resaltar el requisito de independencia económica entre las empresas participantes en un acuerdo para que éste pueda considerarse contrario al art. 85.1.º TCEE.

Wettbewerbs E. V.» Sobre el mismo ver WEIGHTMAN, E. - STRIVENS, R. «The Air Transport Sector and the EEC Competition Rules in the Light of the Ahmed Saeed Case» *European Competition Law Review*, 1989, págs. 557 y ss.; GIARDINA, A. «La disciplina comunitaria del transporte aéreo: Gli sviluppi a seguito della sentenza nel caso Saeed», *Diritto del commercio internazionale*, 1989, págs. 77 y ss.; STANBROOK, C. «Case Law», *Common Market Law Review*, 1989, págs. 535 y ss.

<sup>197</sup> Como pone también de manifiesto el Abogado General Sr. Carl Otto LENZ en sus conclusiones de 25 de abril de 1996 en el caso *Vihol/ Comisión* (Rec. 1996, pág. I-5473), punto 52 «parece que el Tribunal de Justicia, en el apartado de que se trata, sólo tuvo la intención antes de pronunciarse sobre la cuestión que le había sido formulada, de recordar la totalidad de la jurisprudencia sobre la relación entre los artículos 85 y 86, fuese o no pertinente en aquel asunto».

Según la misma «el artículo 85 no se aplica cuando la concertación en causa es el hecho de empresas pertenecientes al mismo grupo en condición de sociedad madre y filial, y que estas empresas forman una unidad económica en el interior de la cual la filial no se beneficia de una autonomía real en la determinación de su línea de acción en el mercado<sup>198</sup>» tomando claramente la fórmula, aunque incompleta, del caso *Bodson* donde, por cierto, tampoco se utilizó para resolver el caso<sup>199</sup>.

Flugreisen en cambio, no hacía mención alguna al segundo requisito establecido por *Centrafarm* y recogido en *Bodson*. Esto es a la finalidad de establecer un reparto interno de tareas entre los miembros del grupo.

En términos similares pero con alguna notable diferencia, y también en un obiter dicta, volvió el Tribunal a pronunciarse, en el caso *SIV*<sup>200</sup>.

En dicha sentencia el Tribunal afirma que «es jurisprudencia constante... que en el contexto del artículo 85 del Tratado, la noción de acuerdo o práctica concertada entre empresas no se refiere a acuerdos o prácticas concertadas entre empresas pertenecientes a un mismo grupo si las empresas forman una unidad económica. De lo que se deduce que cuando el artículo 85

<sup>198</sup> Sentencia «Flugreisen» cit., pág. 848.

<sup>199</sup> Al asombro de este modesto intérprete se ha unido la sorpresa muy cualificada del Abogado General Sr. Carl Otto LENZ quien en la nota a pie de página 39 de sus conclusiones señala que «Sorprende observar que el Tribunal de Primera Instancia sólo menciona, en la parte de la sentencia impugnada que contiene su apreciación jurídica, las sentencias *ICI/Comisión* y *Ahmed Flugreisen* y otros. De la exposición de las alegaciones de las partes en la sentencia se deduce que estas habían invocado ante el Tribunal de Primera Instancia las sentencias *Centrafarm* y *Bodson* (citadas en la nota 1, apartados 32 y 44). Incluso se menciona expresamente el requisito adicional en este contexto en el apartado 32 de la sentencia».

<sup>200</sup> Sentencia de 10 de marzo de 1992, en el caso «*Società Italiana Vetro SpA E. A. contra Comisión* Rec. 1992, págs. II-1403 y ss. Sobre el mismo ver *PARDOLESI, R. Il Foro Italiano*, 1992, IV, col. 433 y ss.

se refiere a acuerdos o prácticas concertadas entre empresas, se refiere a relaciones entre dos o más entidades económicas capaces de entrar en competencia la una con la otra»<sup>201</sup>.

En SIV el Tribunal utiliza por vez primera el criterio de la capacidad de las empresas de entrar en competencia la una con la otra, que había sido utilizado por la Comisión en el caso *Christiani & Nielsen* y que el Tribunal se había abstenido de utilizar hasta entonces. La sentencia, sin embargo se abstiene de indicar en base a que criterios debe determinarse la ausencia de capacidad para competir<sup>202</sup>.

#### 2.1.2.4.2. El caso Viho

Por último el TPI y el TJCE han vuelto a ocuparse recientemente de la cuestión en sus sentencias en el caso *Viho*, en las que la cuestión litigiosa ha sido decidida mediante la aplicación de la doctrina del privilegio del grupo<sup>203</sup>, que resolvieron sobre la solicitud de anulación de la Decisión de la Comisión de 30 de septiembre de 1992 por la que ésta archivó la denuncia de *Viho*<sup>204</sup>.

<sup>201</sup> Sentencia SIV cit., pág. 1547.

<sup>202</sup> El Tribunal rescata igualmente de esta decisión, a nuestro juicio sin gran acierto, el término «entidades económicas» de origen claramente norteamericano.

<sup>203</sup> STPI de 12 de enero de 1995, dictada en el caso *Viho Europe BV* contra Comisión. Brevísimas anotaciones a la misma pueden verse en POHLMANN, P. «Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 1996, pág. 307 y s.»; PARDOLESI, R. «Il Foro Italiano», 1995, IV, col. 84; VOGEL, L. *Revue du Marché Commun*, 1995, págs. 685 y s.; SERRAS, F. *La Semaine juridique - Edition entreprise*, 1995, I, 484 y ss., n.º 6; VILA COSTA, B. *Revista Jurídica de Catalunya*, págs. 287 y s. y STJCE de 24 de octubre de 1996, en *Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, n.º 28/96, págs. 30 y ss. De mayor envergadura el reciente trabajo de FLEISCHER, H. «Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellverbot. Zugleich eine Besprechung der *Viho/Parker* Pen-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs», *Die Aktiengesellschaft*, 1997, págs. 491 y ss.

<sup>204</sup> No publicada. Las partes de la decisión citadas en el presente trabajo proceden de las sentencias del TPI y del TJCE en el caso *Viho/Comisión*.

En su sentencia el Tribunal de Justicia ha abandonado su exigencia del requisito referente al carácter reorganizativo interno de los acuerdos o prácticas concertadas<sup>205</sup>. Estas sentencias constituyen el *leading case* comunitario en la actualidad. Por ello y por el cambio de criterio que entrañan exigen un estudio detallado.

#### 2.1.2.4.2.1. Los hechos del caso

La sociedad holandesa *Viho* comercializaba artículos de oficina para la venta al por mayor, la importación y la exportación de los mismos. Tras haber intentado obtener los productos *Parker* en condiciones equivalentes a las filiales y distribuidores independientes de la sociedad británica *Parker* en los diferentes Estados miembros, *Viho* se dirigió a la Comisión denunciando que la política de distribución puesta en marcha por *Parker* consistente en obligar a sus filiales, de las cuales *Parker* poseía el 100% del capital, a limitar la distribución de los productos *Parker* a los territorios especificados contractualmente, coincidentes con los de los estados en que las filiales estaban constituidas, infringía el artículo 85.1.º TCEE.

*Parker* admitió que, en el interior del grupo *Parker*, las solicitudes de suministro provenientes de clientes procedentes de un Estado miembro son dirigidas a las filiales locales de *Parker* que se encuentran en el mismo Estado que el cliente, ya que estas son las mejor situadas para dar respuesta a tales solicitudes y por ello *Viho* que es una sociedad holandesa, tras haber solicitado ser suministrada por la filial alemana de

<sup>205</sup> Se manifiesta conforme con la idea de que los Tribunales comunitarios no habían abandonado hasta ese momento la exigencia del segundo requisito el Abogado General Sr. Carl Otto LENZ que en el Punto 56 de sus conclusiones de 25 de abril de 1996 en el caso *Viho/Comisión* (Rec. 1996, pág. I-5474), afirma que «sin embargo, numerosos elementos hacen pensar que el Tribunal de Justicia no lo ha abandonado (el criterio adicional señalado en el texto) hasta hoy».

Parker, habría sido dirigida por ésta a la filial holandesa de Parker, encargada de asegurar los suministros solicitados<sup>206</sup>.

#### 2.1.2.4.2.2. La Decisión de la Comisión

La Comisión informó a Viho que pensaba rechazar su queja ya que «las filiales de Parker eran totalmente dependientes de Parker Pen UK y no gozaban de ninguna autonomía real» y de «no ver en que este sistema de distribución iría más allá de un reparto normal de tareas en el interior de un grupo de empresas»<sup>207</sup>.

En sus observaciones dirigidas a la Comisión Viho contestó que la política de dirigir las solicitudes de suministro a las filiales nacionales correspondientes al mismo territorio del que procedía la solicitud practicada por el grupo Parker no podía constituir un acto puramente interno «en la medida en que priva a los terceros de la libertad de aprovisionarse donde lo deseen en el interior del mercado común y en cuanto les impone aprovisionarse exclusivamente de la filial del lugar en que tiene su establecimiento. Si nada se opone a que un grupo pueda libremente organizar su distribución confiando a una filial la comercialización de sus productos en un Estado miembro, no podría obligar a los compradores, so pena de convertirse en

<sup>206</sup> No analizaremos aquí, por tanto, las cuestiones relativas a la similar cláusula contractual que Parker imponía a alguno de sus distribuidores nacionales independientes, sobre la que debe verse la Decisión de la Comisión de 15 de julio de 1992 *Viho/Parker*, DOCE L 233, de 15 de agosto de 1992, págs. 27 y ss., ni en las sentencias *Herlitz AG C. Comisión y Parker Pen Ltd. C. Comisión*, ambas de 14 de julio de 1994, Rep. 1994, II, págs. 531 y ss. y 549 ss., que resolvieron los recursos contra estas, a las que nos referiremos en este capítulo en la medida de las necesidades de la discusión. En el capítulo dedicado a apreciación de la existencia de una unidad económica entre dos sujetos como mecanismo de imputación en el Derecho comunitario, prestaremos atención mas detallada a esta última.

culpable de un comportamiento abusivo, a aprovisionarse exclusivamente en una filial determinada»<sup>208</sup>.

La Comisión rechazó los argumentos de Viho y consideró que el sistema de distribución integrado instaurado por Parker para asegurar la venta de sus productos, a través de filiales al 100%, en Alemania, donde además se distribuían los productos a través de la empresa independiente Herlitz, Francia, Bélgica, Holanda y España, por medio de filiales establecidas en estos países era compatible con el párrafo 1 del artículo 85 TCEE en aplicación del privilegio del grupo.

Al mismo tiempo consideraba ilícito tal sistema instaurado por Parker en Alemania e Italia, por medio de acuerdos con empresarios independientes<sup>209</sup>.

En particular la Comisión afirmó que «las filiales forman con la sociedad madre una unidad económica en la cual las filiales no pueden determinar de manera autónoma su comportamiento en el mercado» y que «la atribución de un territorio de venta determinado a cada una de las filiales Parker no va mas allá de lo que es normalmente considerado como indispensable para asegurar una distribución correcta de las funciones en el interior de un grupo»<sup>210</sup>.

La Comisión añadió además que Parker tenía derecho a no aplicar a Viho precios y condiciones análogos a los que otorga a

<sup>207</sup> STPI Viho cit. punto 10.

<sup>208</sup> STPI Viho cit. punto 11.

<sup>209</sup> Parker distribuía además sus productos mediante acuerdos con empresas independientes en Dinamarca, Irlanda, Grecia y Portugal. Estos distribuidores no se vieron involucrados en los distintos procedimientos en cuanto no recibieron solicitud alguna de compra de la actora holandesa. Parker les comunicó, una vez comenzados los procedimientos contra ella, y como consecuencia de un programa de cumplimiento de las normas de competencia comunitarias, que eran libres de suministrar sus productos a clientes fuera de su territorio. Decisión *Viho/Parker Pen cit.*, pág. 30 n.º 12.

<sup>210</sup> STPI Viho cit. punto 13, que reproduce parcialmente la Decisión de 30 de septiembre de 1992.

sus distribuidores independientes, sin transgredir la prohibición de prácticas colusorias<sup>211</sup>.

#### 2.1.2.4.2.3. Las alegaciones de la recurrente

Contra esta decisión recurrió Viho ante el TPI solicitando, entre otros pedimentos, que fueron declarados irrecibibles por razones de competencia judicial, la anulación de la Decisión, en base a tres argumentos:

El primero de ellos, que es el único que aquí nos interesa, alegaba la violación del párrafo 1 del artículo 85 TCEE, por un doble motivo.

La recurrente partió de la base de que el sistema de distribución Parker, consistente en obligar a sus filiales a dirigir las solicitudes que provengan de clientes situados en un Estado miembro a la filial establecida en el país del cliente, se inscribe en el mismo objetivo que las prohibiciones expresas de exportación hechas a los distribuidores independientes italiano y alemán (ICI y Herlitz) juzgadas ilícitas tanto por la Comisión<sup>212</sup> como por el Tribunal<sup>213</sup>, que no es otro que el mantenimiento de los mercados nacionales y su cierre los unos respecto a los otros con el fin de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común<sup>214</sup>.

La recurrente argumentó que «según la jurisprudencia constante del Tribunal, el artículo 85, párrafo 1, del Tratado no es aplicable, a título excepcional, a los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que pertenecen a un mismo grupo, en tanto que sociedad madre y filiales, cuando se cumplen cumulativamente dos condiciones. Es necesario, en primer lugar que las empresas afectadas formen una entidad económi-

<sup>211</sup> STJCE Viho cit. punto 13.

<sup>212</sup> Decisión Viho I, cit., pág. 32.

<sup>213</sup> Sentencias Herlitz cit., pág. 548 y Parker cit., pág. 583.

<sup>214</sup> STPI Viho cit. punto 31.

ca en el interior de la cual la filial no goce de autonomía real en la determinación de su línea de acción en el mercado, porque la sociedad madre controle permanentemente la elaboración de las decisiones y la administración de su filial. Es necesario, en segundo lugar, que los acuerdos tengan por fin exclusivo establecer un reparto interno de tareas entre las empresas»<sup>215</sup>.

La recurrente que alegó expresamente la doctrina contenida en la sentencia Bodson —en la que no se fundó el fallo sobre la aplicación del principio de unidad económica— añade como debe, a su juicio, determinarse la existencia o no de la unidad económica, lo que en ningún caso hace el Tribunal en la antedicha sentencia.

En efecto, según la recurrente, la falta de autonomía real de la filial debe provenir de que «la sociedad madre controle permanentemente la elaboración de las decisiones y la administración de su filial» esto es de que el grupo esté fuertemente centralizado hasta tal punto que de forma constante participe la sociedad madre en la elaboración de las decisiones. Nada de esto es exigido, tal y como hemos visto, por la jurisprudencia del Tribunal.

Bodson se limita a hacer una llamada a un análisis real y no formal. Resalta que la finalidad de este análisis es determinar si la filial tiene o no verdadera autonomía en la determinación de su conducta en el mercado, pero no dice que para llegar a esta conclusión sea necesario con demostrar que la sociedad madre controla permanentemente la elaboración de las decisiones y la administración de su filial.

Evidentemente cuando así suceda y pueda demostrarse existirá una única unidad económica, a la que será inaplicable la regla contenida en el párrafo 1 del artículo 85. Pero podrán existir otros casos en los que, sin probar este ejercicio del control constante en la elaboración de las decisiones de la dominada,

<sup>215</sup> STPI Viho cit. punto 32.

pueda afirmarse que existe una única unidad económica estos efectos.

De otra parte la recurrente señala el carácter excepcional del privilegio del grupo. Esto nos plantea la cuestión de si en estos casos se está aplicando una regla excepcional o general.

A nuestro juicio la opción interpretativa correcta es la segunda, puesto que el TJCE realiza una interpretación material, atendiendo a la realidad económica, y ello no tiene carácter excepcional en un Derecho como el de la competencia que debe ser interpretado atendiendo fundamentalmente a la realidad económica. No existe aquí, por tanto, ninguna excepción y en consecuencia, ninguna obligación de interpretación restrictiva de los casos en que cabe aplicar el principio de unidad económica. Esta es una de las consecuencias más relevantes de la desvinculación del privilegio del grupo de la doctrina del levantamiento de la personalidad jurídica.

En cuanto a la ausencia de autonomía de las filiales Parker respecto a la sociedad madre, la recurrente alegó que «las filiales Parker, en cuanto constituyen unidades autónomas desde el punto de vista jurídico, gozan de hecho de una cierta autonomía y de una cierta libertad de acción en lo que se refiere a la distribución de los productos Parker sobre sus territorios respectivos», alegando que según la jurisprudencia del Tribunal «las sociedades jurídicamente (debe entenderse económicamente) independientes en el seno de un solo y mismo grupo, constituyen empresas diferentes en el sentido del artículo 85, párrafo 1 del Tratado»<sup>216</sup>.

A juicio de la recurrente la independencia de las filiales Parker se encontraría confirmada por el hecho de que practican precios de venta diferentes, condiciones de garantía diferentes, acciones de promoción de ventas diferentes, que venden productos idénticos bajo formas diferentes, según métodos de distribución diferentes y siguiendo criterios de suministro diferentes.

<sup>216</sup> Sentencia Viho cit. punto 33.

Disparidades que —a juicio de la recurrente— no provendrían de instrucciones centralizadas de la sociedad madre<sup>217</sup>.

Pero los hechos que alega la recurrente son irrelevantes pues el hecho de que la sociedad madre y las filiales formen una única unidad económica también puede mostrarse por la pluralidad de políticas comerciales en cada uno de los Estados miembros.

Y es más esta absoluta diversidad podría indicar precisamente un intento de compartimentar el mercado a través de una empresa única.

En este caso no sería aplicable sin duda el artículo 85 de acuerdo con la actual doctrina —como tampoco lo sería en el caso de que dicha empresa única tuviera una única personalidad jurídica y actuara por medio de sucursales— aunque sí el artículo 86 en su caso.

Lo que es relevante es que las filiales sigan la línea de actuación en el mercado fijada por la sociedad dominante y no que el contenido de las decisiones individuales que la sociedad dominante encomiende a cada una de ellas sea idéntico para todas las filiales.

En lo relativo a que el acuerdo se refiera exclusivamente a un reparto interno de tareas en el seno del grupo, la recurrente sostiene que esta condición «constituye un elemento autónomo necesario para que una restricción escape a la prohibición del artículo 85 párrafo 1». Alega «que esta condición no se desprende automáticamente de la condición relativa al control de la filial por la sociedad madre y de la ausencia de autonomía de la filial, sino que debe cumplirse de forma suplementaria». De lo que se deduce, según la recurrente, que, «incluso en el interior de un grupo en el que la sociedad madre disponga de amplios poderes para impartir instrucciones, un acuerdo restrictivo de la competencia no está autorizado si va más allá de un reparto interno de tareas»<sup>218</sup>.

<sup>217</sup> STPI Viho cit. punto 34.

<sup>218</sup> STPI Viho cit. punto 35.

La recurrente alegó, por último, otro argumento de gran interés. A su juicio «aun en el caso de que el control central de la sociedad madre así como la existencia de instrucciones detalladas de la misma relativas al comportamiento a adoptar por las filiales sobre el mercado sea establecido, un control cuya única finalidad consista en conferir una protección territorial absoluta y a garantizar así el mantenimiento de mercados aislados constituye, en cuanto tal, un abuso de derecho, en tanto que viola los principios fundamentales del mercado común y no debería conferir a la empresa el privilegio de la no aplicación del artículo 85 párrafo 1.»<sup>219</sup>.

#### 2.1.2.4.2.4. Los argumentos de la Comisión y Parker

La Comisión, por su parte, argumentó que no se desprende claramente de la jurisprudencia del Tribunal «si la segunda de las dos condiciones mencionadas en este contexto reviste importancia en si misma y debe existir cumulativamente con la primera o si esta condición no es mas que la consecuencia lógica de la primera y pone de manifiesto que, en su sentencia en el caso Flugreisen el Tribunal no utilizó el criterio del reparto de tareas», argumento relativamente débil si tenemos en cuenta que en Flugreisen el TJCE no decidió por aplicación del principio de unidad económica, sino que lo enunció en un mero obiter dicta como argumento ex abundantia, afirmando además que, en este caso, no hubiera habido lugar a decidir sobre el carácter autónomo de la condición, puesto que ésta se cumple<sup>220</sup>.

En cuanto a la existencia de una única unidad económica. La Comisión realizó un correcto análisis de la existencia o no de la misma en el caso, partiendo de la enunciación del principio. A juicio de la Comisión «es el control efectivo, ejercido por la

<sup>219</sup> Sentencia Viho cit. punto 36.

<sup>220</sup> STPI Viho cit. punto 38.

sociedad madre, el que determina la aplicación o no del artículo 85, párrafo 1 del Tratado»<sup>221</sup>.

La existencia del control es indudable puesto que Parker posee el 100% del capital de sus filiales. Respecto al ejercicio del control, aunque la Comisión parte del principio, ya sostenido con anterioridad de, que las filiales al 100% siguen necesariamente la política trazada por la sociedad madre<sup>222</sup>, aporta, además, datos que permiten comprobar tanto la extensión de la dirección unitaria y grado de centralización del grupo, como el ejercicio del control en el caso concreto.

Respecto a la primera cuestión la Comisión invoca, entre otras una carta en la cual Parker describe a la Comisión la forma en que controla a sus filiales. De esta carta se desprende que «Parker dirige la fabricación de sus productos y fija los precios de compra de sus filiales y que las actividades de venta y de marketing de sus filiales son controladas por un equipo regional (area team) de la sociedad madre, que aprueba y vigila el plan anual de venta, fija los objetivos de venta, los márgenes brutos, los gastos de venta y el cash flow, prescribe la gama de productos a vender y controla las acciones publicitarias así como los descuentos sobre el precio, siendo además responsable de la atribución de los puestos de dirección en el seno de sus filiales y ejerciendo un control financiero riguroso. Parker asume además —a diferencia de lo que ocurre en sus relaciones con distribuidores independientes— los gastos de distribución y soporta los riesgos de fluctuación monetaria entre los Estados miembros»<sup>223</sup>.

El ejercicio del control en el caso concreto se desprende de la afirmación de la Comisión de que solo las filiales han emitido objeciones al aprovisionamiento de Viho y no los distribuidores

<sup>221</sup> STPI Viho cit. punto 39.

<sup>222</sup> STPI Viho cit. punto 39.

<sup>223</sup> STPI Viho cit. puntos 41 y 42.

independientes en los cuales se podía aprovisionar Viho sin problemas a escala comunitaria<sup>224</sup>.

La Comisión enuncia además un nuevo principio inmatizado que no fue posteriormente adoptado por el Tribunal, según el cual «la protección territorial de las filiales en el seno de un grupo —sin especificar que tipo de grupo o en que condiciones, sino con carácter general— debería ser apreciada de forma diferente a la que proviene de un acuerdo entre empresas independientes con el objetivo de repartirse entre ellas los mercados nacionales»<sup>225</sup>.

Por su parte Parker afirma respecto a este punto que «son exclusivamente consideraciones internas, tendentes a evitar la competencia entre las filiales, las que están en el origen de su sistema de distribución. La organización de las ventas en función de las fronteras nacionales procedería de una evaluación económica, tendente a prevenir la duplicación de los esfuerzos y a tener mas en cuenta las especificidades nacionales, en particular respecto a la lengua y la cultura»<sup>226</sup>.

#### 2.1.2.4.2.5. La sentencia del Tribunal de Primera Instancia

El Tribunal de Primera Instancia tenía que decidir en definitiva sobre tres cuestiones, si existía una única unidad económica en el caso, si el hecho de que la concertación entre la dominante y la filial se refiriera al reparto interno de funciones en el seno del grupo constituía un requisito adicional, y si, en definitiva, la utilización por parte de una única unidad económica de la estructura policorporativa de un grupo con el fin de compartimentar los mercados debía caer bajo la prohibición del apartado 1 del artículo 85.

<sup>224</sup> STPI Viho cit. punto 43.

<sup>225</sup> STPI Viho cit. punto 44.

<sup>226</sup> STPI Viho cit. punto 46.

El TPI resuelve el asunto sin utilizar el argumento del reparto interno de tareas en el seno del grupo. El TPI no afirmó ni negó expresamente en su sentencia que éste fuera un requisito que debía necesariamente cumplirse independientemente de la existencia de una unidad económica, pero lo cierto es que inaplicó el párrafo 1 del artículo 85 TCEE sin hacer referencia al mismo, lo que parecía indicar que aceptaba la tesis de la Comisión, al menos en cuanto al carácter no esencial del requisito<sup>227</sup>. Con ello el Tribunal se distanció, a nuestro juicio correctamente, de su doctrina anterior.

En cuanto al abuso de derecho, el TPI rechazó tal alegación, aunque reconoció que en estos casos puede existir un hueco en la normativa comunitaria de forma similar a como lo hizo la mayoría en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Copperweld, que analizaremos en el siguiente capítulo<sup>228</sup>, pero negándose a sí mismo capacidad para evitarlo.

En sus propias palabras: «no corresponde al Tribunal, bajo el pretexto de que ciertos comportamientos, tales como los denunciados por la recurrente, pueden escapar a las reglas de la competencia, desviar el artículo 85 de su función con el fin de

<sup>227</sup> STPI Viho cit. punto 54. Consideran que el Tribunal efectivamente renunció a este segundo requisito POHLMANN, P. ob. cit., pág. 307; PARDOLES, R. ob. ult. cit. col. 84; VOGEL, L. ob. ult. cit. 685. En este sentido también, se manifiesta el Abogado General Sr. Carl Otto LENZ en el punto 57 de sus conclusiones en el caso Viho/Comisión ante el Tribunal de Justicia al señalar que «la sentencia del tribunal de Primera Instancia que me corresponde apreciar en el presente asunto se plantea únicamente la existencia de una unidad económica para tratar la cuestión de la inaplicabilidad del artículo 85 a las relaciones internas de grupo. A la vista de la jurisprudencia que acabo de describir (la anterior en la materia del TJCE), esta actitud sólo puede interpretarse como una manifestación de la voluntad del Tribunal de Primera Instancia de rechazar el requisito adicional con arreglo al cual el acuerdo de que se trate la práctica concertada (sic) debe contribuir al reparto de funciones en el seno del grupo» (los paréntesis son nuestros).

<sup>228</sup> Ver Capítulo 4.

cubrir una eventual laguna del control previsto por el Tratado»<sup>229</sup>.

La cuestión no parece tan clara al interprete. A través de la introducción del término empresa en el texto del Tratado, del reconocimiento de que la mera presencia en un mismo mercado de productores dotados de personalidad jurídica distinta no implica necesariamente que se encuentren en competencia entre ellos, y del reconocimiento de la inaplicación de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 TCEE, se ha tratado de evitar que las ataduras formales llevaran a una situación en la que se inaplicara el Derecho de la competencia.

Pero cuando la interpretación material es la que puede ser fuente de fraude o abuso, no parecería totalmente inadecuado que se hiciera uso de las categorías jurídicas para resolver la cuestión. Si la aplicación de la «intraenterprise conspiracy doctrine» era absurda cuando varias entidades constituían una única unidad económica, también lo es que el ordenamiento comunitario quede inerte, salvo en los casos en que el grupo se encuentre en posición de dominio, ante comportamientos tendentes a compartimentar el mercado y a impedir la realidad del mercado único, con el único argumento de que en base a una interpretación sustantiva se trata de una acción individual y no de una acción concertada por faltar una pluralidad de unidades económicas autónomas que participen en el acto.

La nueva regla sería que el principio de unidad económica actúa salvo cuando como consecuencia exclusiva de su aplicación se produzca o pueda producirse una compartimentación de mercados.

En cuanto a la existencia de una única unidad económica, el Tribunal decide teniendo presente su propia jurisprudencia, dando relevancia al control totalitario y al extremo grado de centralización del grupo tomando como base las manifestacio-

<sup>229</sup> STPI Viho cit. punto 54.

nes de Parker que hemos citado en cuanto no fueron controvertidas por Viho, concluyendo que la Comisión ha calificado correctamente el grupo Parker como «unidad económica en la cual las filiales no pueden determinar de manera autónoma su comportamiento en el mercado»<sup>230</sup>.

El Tribunal alega también la existencia de ejercicio del control de forma continuada y general en las relaciones entre dominante y filial.

En efecto, a juicio del Tribunal «En ausencia del concurso de voluntades económicamente independientes, las relaciones en el seno de una unidad económica no pueden ser constitutivas de un acuerdo o de una práctica concertada entre empresas, restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 85, párrafo 1 del Tratado.

Cuando, como en el caso, la filial, aun teniendo una personalidad jurídica distinta, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica las instrucciones que le son impartidas directamente o indirectamente, por la sociedad madre que la controla al 100%, las prohibiciones establecidas por el artículo 85 párrafo 1, son inaplicables en las relaciones entre la filial y la sociedad madre con la cual forma una unidad económica. El comportamiento de las filiales es por tanto atribuible a la sociedad madre y el sistema de distribución integrada que asegura la venta de los productos Parker en España, en Francia, en Alemania, en Bélgica y en Holanda por medio de filiales al 100% establecidas en estos países, responde a las condiciones fijadas por el Tribunal de Justicia para la no aplicación del artículo 85»<sup>231</sup>.

La nueva jurisprudencia no enuncia por tanto ninguna nueva regla de carácter estructural. La decisión se adopta por el Tribunal teniendo presente, no solo la titularidad al 100% del capital de la dominada, sino otros datos y fundamentalmente el

<sup>230</sup> STPI Viho cit. punto 49.

<sup>231</sup> STPI Viho cit. puntos 51 y 53.

grado de centralización de las decisiones relativas a la línea a seguir en el mercado por la filial existente en el grupo que hacía competente a la dominante para adoptar todas las decisiones relevantes en orden a la fijación de la misma.

Además y aunque el Tribunal no exija, expresamente, en la sentencia, que se compruebe el ejercicio del control respecto a la concreta decisión cuya licitud se juzga —la de reenviar a los distribuidores nacionales los pedidos provenientes de sus propios países recibidos por otros distribuidores—, en toda la sentencia, en las propias palabras de Parker y en la decisión del Tribunal queda patente que Parker fue la que impartió las instrucciones para seguir esta política que por otra parte solo fue seguida de forma automática por sus filiales y no por los distribuidores nacionales independientes.

Como consecuencia de su admisión de la existencia de una única unidad económica entre la dominante y sus filiales al 100% en este caso, el Tribunal negó igualmente que aquella y éstas hubieran podido concertarse para discriminar a Viho<sup>232</sup>.

#### 2.1.2.4.2.6. El recurso de casación

Viho recurrió en casación ante el TJ la sentencia del TPI, solicitando la anulación de la misma y de la decisión de la Comisión, invocando los mismos motivos que alegó ante el TPI.

##### 2.1.2.4.2.6.1. Las conclusiones del abogado general

El Abogado General Carl Otto LENZ redactó sus conclusiones instando al Tribunal de Justicia a que precisara su jurisprudencia sobre la inaplicabilidad de la prohibición contenida en el artículo 85.1 TCEE en los casos en que los partícipes constituyan una única unidad económica<sup>233</sup>, indicando el alcance y

<sup>232</sup> STPI Viho cit. punto 63.

<sup>233</sup> En el punto 1 de sus conclusiones (Rec. 1996, pág. I-5459) se afirmaba que «Este asunto permitirá al Tribunal de Justicia precisar su jurisprudencia

requisitos del llamado privilegio de grupo<sup>234</sup>. En otros términos instó al Tribunal a resolver acerca de si desde la perspectiva de un análisis teleológico, el artículo 85, debía ser aplicado a acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que pertenecían al mismo grupo y formaban un unidad económica<sup>235</sup>.

Para resolver esta cuestión el Abogado General, tuvo en cuenta expresamente que el grupo tomado en consideración en el caso estaba compuesto por sociedades dominadas al 100% por la sociedad dominante, por lo que sus argumentos debían entenderse referidos exclusivamente a tal situación<sup>236</sup>.

Las alternativas analizadas por el Abogado General eran el mantenimiento del requisito autónomo, establecido en la jurisprudencia comunitaria anterior, que exigía el carácter reorganizativo interno de los acuerdos o prácticas concertadas para aplicar el llamado privilegio de grupo, o la eliminación del requisito adicional reduciendo los requisitos para su aplicación a la constatación de la existencia de una unidad económica entre filial controlada al 100% y matriz en la que la filial carece de autonomía para fijar su línea de actuación en el mercado.

---

cia acerca de la cuestión de la aplicabilidad de las normas sobre la competencia —en particular, el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE— a los acuerdos o prácticas concertadas de empresas en el seno de un grupo».

<sup>234</sup> El Abogado General usa el término «privilegio de grupo» (Rec. 1996, pág. I-5465) de impronta germánica e íntimamente vinculado con algunas de las doctrinas estructurales que analizaremos en el próximo capítulo.

<sup>235</sup> En concreto, la pregunta, recogida en el punto 60 de las conclusiones, a la que el Abogado General trató de dar solución fue la siguiente. «¿Está destinado o no el artículo 85, a la vista de su espíritu y objeto, a aplicarse a los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas que pertenecen al mismo grupo y forman una unidad económica?».

<sup>236</sup> En palabras del propio Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones: «antes de abordar esta cuestión, es importante subrayar que, en el caso de autos, se trata de la relación entre una sociedad y sus filiales, que la primera controla al 100%. Así pues, el presente asunto sólo se refiere, en mi opinión, a la cuestión de la aplicabilidad del artículo 85 a un grupo de este tipo. Por lo tanto, limitaré *exclusivamente* mis observaciones a dicha situación», (la cursiva es original).

El Abogado General se pronuncia por la segunda opción rechazando la primera.

El Abogado General reconoce que esta vía no esta exenta de peligros. En particular el de permitir que a través de filiales controladas al 100% por la matriz se compartimenten los distintos mercados nacionales<sup>237</sup>, incitando a las empresas a abastecer los distintos mercados nacionales en lugar de desarrollar conceptos de venta para la totalidad del mercado común<sup>238</sup>, y el de que se someta a las pequeñas y medianas empresas a requisitos más estrictos en materia de competencia que a los grandes grupos, ya que aquéllas no disponen de medios para crear sus propias sociedades de distribución en todos los

<sup>237</sup> Como afirma el Abogado general en el punto 62 de sus conclusiones que transcribimos aquí por su interés: «El hecho de que pueda favorecer la protección de la competencia es un argumento que puede ser invocado en favor de la aplicabilidad, en determinadas circunstancias, del artículo 85 a acuerdos y prácticas concertadas entre empresas que pertenecen al mismo grupo y forman una unidad económica. Como observa acertadamente la recurrente en casación, los acuerdos celebrados entre tales empresas pueden producir los mismos efectos que los celebrados entre empresas independientes. Podría deducirse de ello la necesidad de aplicar igualmente el artículo 85 a dichos acuerdos y prácticas concertadas, puesto que la letra g) del artículo 3 del tratado exige efectivamente —como señala acertadamente la recurrente en casación— un régimen que garantice que no se falsea la competencia en el mercado interior. Una interpretación teleológica, centrada en el efecto útil de las disposiciones en materia de competencia, que base sus consideraciones en los efectos nefastos para la competencia debería, como consecuencia de dicho análisis apreciar igualmente a la luz del artículo 85, los acuerdos celebrados en el seno de un grupo, siempre que tengan consecuencias dañosas.

En la medida en que condujera, en este sentido, a dividir el mercado común a lo largo de las fronteras nacionales, el comportamiento de un grupo así afectaría igualmente al mercado interior único, cuyo establecimiento está previsto en el artículo 2 y en la letra c) del artículo 3 del Tratado. La inaplicación del artículo 85 a las prácticas internas a un grupo podría producir efectos contrarios a los objetivos de dicho mercado interior».

<sup>238</sup> Punto 63 de las conclusiones.

Estados miembros, de modo que tendrían que celebrar acuerdos con distribuidores independientes, que estarían sujetos a la prohibición del artículo 85.1 TCEE<sup>239</sup>.

Pese a tales riesgos el Abogado General prefiere la segunda opción, tanto por los inconvenientes de la primera como por las ventajas de la segunda. Entre los primeros se encuentra las dificultades de calificación derivadas de la aplicación de la primera<sup>240</sup>, entre los segundos la facilidad de manejo de la segunda<sup>241</sup>, y su supuesta coincidencia con las líneas predominantes en el Derecho norteamericano<sup>242</sup>.

Uno de los argumentos mas utilizados en el Derecho norteamericano para defender la aplicación del principio de unidad económica a estos casos, el que considera inaplicable la doctrina de la «intraenterprise conspiracy» en cuanto la matriz del grupo podría realizar una actividad equivalente, con los mismos efectos, y sin arriesgarse a infringir la prohibición de los acuerdos restrictivos, utilizando sucursales o divisiones si per-

<sup>239</sup> Punto 63 de las conclusiones.

<sup>240</sup> Así, en el Punto 71 de sus conclusiones el Abogado General señala que tal tesis «sería una fuente de dificultades de calificación inextricables. En efecto, sería necesario decidir en cada caso cuando un acuerdo o una práctica concertada contribuye al reparto de las funciones en el seno del grupo y cuando no es así. El Tribunal de Justicia no ha precisado este concepto en las dos sentencias en las que lo ha empleado. Si, como admiten los partidarios de la posibilidad de aplicar el artículo 85 a los acuerdos celebrados en el seno de un grupo, el criterio decisivo para la delimitación, que a este respecto es indispensable, debe consistir en los efectos que ejerce el comportamiento considerado sobre la situación, desde el punto de vista de la competencia, en la que se encuentran los terceros, esta opinión genera mas problemas de los que resuelve. Si se admite la inexistencia de competencia entre las empresas que forman una unidad económica, un acuerdo celebrado entre dichas empresas tendría en cualquier caso que restringir la competencia ejercida por terceros para que existiese una eventual posibilidad de estar comprendido en el artículo 85».

<sup>241</sup> Punto 72 de las conclusiones.

<sup>242</sup> Punto 73 de las conclusiones.

sonalidad jurídica, en vez de filiales dotadas de la misma, tan solo es utilizada por el Abogado General para rechazar el temor de la recurrente de que las empresas tiendan a evitar la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 85.1 TCEE sustituyendo canales de distribución mediante contratos con distribuidores independientes por sistemas de distribución a través de filiales controladas al 100%<sup>243</sup>.

Pese a que las conclusiones están claramente influidas por la sentencia de la Supreme Court norteamericana en el caso *Copperweld*<sup>244</sup>, el Abogado General no contempla, en ningún momento, la incorporación a la jurisprudencia comunitaria de una regla estructural como la contenida en la antedicha sentencia, en virtud de la cual baste comprobar que la filial es controlada por la matriz al 100% para inaplicar la prohibición contenida en el artículo 85.1 TCEE respecto a los acuerdos o prácticas concertadas en los que tan solo participen las mismas.

Tan es así que en su argumentación alternativa, para el caso en que el Tribunal de Justicia mantuviera la exigencia del requisito adicional, rechaza expresamente el argumento de la Comisión según la cual «los acuerdos entre una sociedad y sus filiales al 100% se refieren ‘generalmente’ al reparto interno de las tareas.» En estos casos a juicio del Abogado General, sería necesario «comprobar concretamente que efectos han tenido sobre los terceros los acuerdos internos del grupo»<sup>245</sup>.

En su argumento en favor de la exigencia de la existencia de una única unidad económica en la que las filiales controladas al 100% carecen de autonomía de decisión como único requisito para la inaplicabilidad de la prohibición contenida en el artículo

<sup>243</sup> Punto 69 último párrafo de las conclusiones.

<sup>244</sup> Muestra de ello es el punto 73 de las conclusiones en la que afirma que la tesis del Tribunal de Primera Instancia «coincide con la opinión predominante en Derecho americano en materia de prácticas colusorias», con cita expresa de *Copperweld*.

<sup>245</sup> Punto 77 de las conclusiones.

85.1 TCEE a los acuerdos o prácticas concertadas en las que solo participen matriz y filial, el Abogado General utiliza claramente criterios funcionales.

Como afirma en el punto 67 de sus conclusiones para justificar la aplicación del principio de unidad económica por parte del Tribunal de Primera Instancia: «Desde mi punto de vista, el motivo esencial de esta concepción reside en la imposibilidad de cualquier competencia entre la sociedad matriz y sus filiales en un caso como el de autos. No cabe considerar que las filiales adoptan medidas económicas autónomas en materia de competencia cuando la sociedad matriz controla y determina enteramente su comportamiento —como ocurre en el presente caso—».

A partir de aquí el Abogado General realiza una exposición de la doctrina de la unidad económica como mecanismo de inaplicación de prohibiciones, en virtud del cual el llamado privilegio del grupo «sólo se aplica a las relaciones entre empresas —matriz y filial controlada al 100%, ya que los argumentos del Abogado General vienen limitados exclusivamente a este supuesto<sup>246</sup>— que pertenecen a un mismo grupo y que forman efectivamente una unidad económica en cuyo marco las filiales no disponen de una autonomía real para determinar su comportamiento»<sup>247</sup>, reclamando una utilización estricta del criterio en virtud de la cual éste no será de aplicación cuando en el acuerdo o práctica concertada participen terceros que no formen parte de la unidad económica, cuando una de las empresa partícipes deje de constituir una unidad económica con las demás —como ocurre en el caso de venta de una filial a un tercero— o cuando como consecuencia del acuerdo o instrucciones de la matriz a la filial ésta realice acuerdos o prácticas concertadas con terceros que no formen parte de la unidad económica en cuyo caso éste último acuerdo infringirá la prohibición del artículo 85.1 TCEE<sup>248</sup>, y recordando que la declaración de inaplicabilidad del

<sup>246</sup> Punto 61 de las conclusiones.

<sup>247</sup> Punto 69 de las conclusiones.

<sup>248</sup> Punto 69 de las conclusiones.

artículo 85.1 TCEE no impide aplicar la prohibición de abuso de posición de dominio del artículo 86 TCEE<sup>249</sup> a la conducta conjunta de la matriz y la filial cuando ambas ocupen conjuntamente una posición de dominio y alguna de ellas abuse de la misma.

Consecuentemente con la relevancia jurídica otorgada a la unidad económica formada por la matriz y filial cuando ésta no dispone de autonomía real para determinar su comportamiento, se considera la conducta de las mismas como unilateral y no como concertada y por lo tanto como no contemplada por el artículo 85 TCEE<sup>250</sup> que exige una pluralidad de actores pero que no prohíbe cualquier acto contrario a la competencia sino que circunscribe su campo de aplicación, por lo que nos interesa, a los acuerdos o prácticas concertadas contrarios a la competencia<sup>251</sup>.

En consecuencia el Abogado general rechaza los motivos de impugnación alegados, atendiendo, por cuanto aquí mas nos interesa, a que la recurrente en casación no discute la existencia en el caso de una unidad económica en cuyo marco las filiales no disponían de una verdadera autonomía para determinar su comportamiento en el mercado<sup>252</sup>.

Queda abierta la cuestión, no resuelta en las conclusiones del Abogado general, de que criterios son los que indican que no existe autonomía real de la filial, para determinar su comportamiento, de que tipo de comportamiento de la filial es relevante, y de que medios de prueba son admisibles al respecto.

#### 2.1.2.4.2.6.2. La sentencia del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia desestimó el recurso de casación y confirmó que el Tribunal de Primera Instancia «sólo se basó en

<sup>249</sup> Punto 70 de las conclusiones.

<sup>250</sup> Puntos 66 segundo párrafo y 68 de las conclusiones.

<sup>251</sup> Punto 66 primer párrafo de las conclusiones.

<sup>252</sup> Punto 74 de las conclusiones.

la existencia de una unidad económica para excluir la aplicación del apartado 1 del artículo 85 al grupo Parker»<sup>253</sup>. De esta forma liquidó el requisito adicional del carácter reorganizativo interno del acuerdo o práctica concertada.

El Tribunal de Justicia no solo afirmó que el Tribunal de Primera Instancia había decidido tomando en cuenta exclusivamente la existencia de una unidad económica, sino que afirmó la existencia de la misma en el caso.

Para ello no solo tomó en cuenta el grado de participación de Parker en sus filiales —100% del capital— sino criterios de análisis funcional que habían quedado acreditados, y en particular los ya citados de que «las actividades de venta y de marketing de las filiales son dirigidas por un equipo regional designado por la sociedad matriz<sup>254</sup> y que controla, en particular los objetivos de venta, los márgenes brutos, los costes de venta, el 'cash flow' y las existencias. Este equipo regional determina así mismo la gama de productos en venta, controla la actividad publicitaria e imparte directrices respecto a los precios y descuentos»<sup>255</sup>.

Es de este conjunto global de datos y no de la mera participación totalitaria en el capital social de las filiales de la que deduce el Tribunal de Justicia que «Parker y sus filiales constituyen una unidad económica en cuyo interior las filiales no disfrutaban de verdadera autonomía para determinar su línea de actuación en el mercado, sino que aplican las instrucciones que les imparte la matriz»<sup>256</sup>.

<sup>253</sup> STJCE en el caso Viho cit. punto 18.

<sup>254</sup> Que según la información proporcionada por Parker Pen Ltd y no combatida por Viho estaba formado por tres directores, a saber, un director de zona, un director financiero y un director de marketing, de los cuales el primero era miembro del Consejo de Administración de la sociedad matriz. STJCE en el caso Viho cit., punto 2, Rec. I-5484, tras el número 4.

<sup>255</sup> STJCE en el caso Viho cit. punto 15.

<sup>256</sup> STJCE en el caso Viho cit. punto 16.

En consecuencia tanto la posible compartimentación del mercado como la posible discriminación colectiva realizada por Parker y sus filiales, no infringen el artículo 85.1 TCEE al faltar el requisito de la existencia de una pluralidad de actores, independientemente de que puedan afectar a la situación competitiva de terceros<sup>257</sup>.

Tan solo queda la duda respecto a la idoneidad del mecanismo de prueba empleado en el caso para afirmar la existencia de unidad económica. A nuestro juicio, en este tipo de casos la apreciación de la existencia de la unidad económica no debe basarse únicamente en los datos aportados por la matriz o sus filiales, interesadas obviamente en mostrar que existe una falta de autonomía decisional de la filial, sino que debe exigir una intervención activa de la contraparte—que al parecer se mostró pasiva al respecto durante el procedimiento— y, a nuestro juicio, de la propia Comisión, para garantizar que las afirmaciones y documentos aportados por la matriz y la filial se corresponden con la real situación existente entre matriz y filial.

#### 2.1.2.4.3. La progenie de Viho

Dentro de la progenie de Viho, podemos destacar la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, en el caso «mallas electrosoldadas»<sup>258</sup>, en un caso en que dos sociedades Arbed S.A. afdeling Nederland, titular del 25,001% del capital de BStG y esta última alegaban que los acuerdos existentes entre ellas por los cuales la primera se comprometía, durante la vigencia de los contratos, a no efectuar, directa o indirectamente suministros a Alemania, en tanto que la segunda se hacía cargo de la venta exclusiva en Alemania, a un precio que debía determinarse con arreglo a criterios concretos, de

<sup>257</sup> STJCE en el caso Viho cit. puntos 17 y 20.

<sup>258</sup> Sentencia de 6 de abril de 1995, en el caso «Tréfileurope Sales SARL C. Comisión», Rec. 1995, II-797 y ss.

cierto volumen anual de mallas electrosoldadas procedentes de la fábrica de Roermond que controlaba la primera, constituían acuerdos puramente internos del grupo a los que no era aplicable la prohibición del artículo 85.1 TCEE.

El Tribunal, sin citar expresamente el «leading case», aunque con cita expresa de los casos ICI y Flugreisen, aplica la doctrina Viho, evitando referirse al requisito de que la finalidad del acto sea establecer un reparto interno de tareas entre los miembros del grupo, que si había sido enunciado por la Comisión en su decisión sobre el caso<sup>259</sup>, con cita expresa de Centrafarm.

La sentencia tiene mayor valor, en cuanto niega que una participación minoritaria, en particular del 25,001% sea suficiente para que pueda predicarse la existencia de una única unidad económica con efectos jurídicos respecto a la sociedad participante y a la participada<sup>260</sup>. La afirmación del Tribunal, debe sin embargo ser matizada, puesto que aunque se inscribe en la línea de aplicación exclusiva del privilegio del grupo a los casos de participación totalitaria en el capital de la filial, hay que tener en cuenta que como puso de manifiesto la Decisión de la Comisión en el caso<sup>261</sup>, existían otros accionistas en la sociedad con mayor participación. En concreto se trataba de Thyssen, con un 34% y Klöckner con un 33,5%.

Aunque esto sea así, no es menos cierto que todos los socios de la filial BStG eran parte de un contrato de codominación de la filial por las sociedades matrices (Mehrmütterorganshaft mit Beherrschungsvertrag) que incluía igualmente un acuerdo de transferencia de los resultados de la filial común a los socios, en virtud del cual Arbed era responsable de la gestión de la

<sup>259</sup> Decisión 89/515/CEE de la Comisión, de 2 de agosto de 1989, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.553 - Mallas Electrosoldadas) DOCE L 260, págs. 1 y ss., y punto 125 de la sentencia.

<sup>260</sup> Punto 129 de la sentencia.

<sup>261</sup> Punto 178 de la decisión «mallas electrosoldadas».

empresa. Las decisiones derivadas del contrato, calificado como sociedad mercantil con el mismo objeto que la filial por la sentencia del TPI, se tomaban tomando en cuenta las mayorías y quórums establecidos por la ley de sociedades de responsabilidad limitada para los acuerdos sociales, y atendiendo a la participación que cada una de las sociedades partícipes tenía en la sociedad.

En estas condiciones el Tribunal de Primera Instancia niega que pueda considerarse existente una única unidad económica entre Arbed y BStG, atendiendo de una parte a la magnitud de la participación de Arbed, y al criterio de análisis funcional de que la filial se había presentado a sí misma como «una empresa autónoma e independiente»<sup>262</sup>, lo que supone una recepción del criterio del «holding out».

## 2.2. El estado actual de la discusión en el Derecho comunitario

Para hacer un análisis de la situación actual de la discusión de la concesión de efectos jurídicos a la existencia de una única unidad económica, como mecanismo de inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 85.1 TCEE, hay que partir, de un lado, de lo que realmente ha dicho la Comisión y el Tribunal y de otro de los criterios propuestos por la doctrina, con la finalidad de facilitar la aplicación de la regla<sup>263</sup>.

En primer lugar hay que tener en cuenta que en todos los casos de aplicación directa del privilegio del grupo, con la duda del asunto Beguelin, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia han afirmado la existencia de una única unidad económica entre dos entidades a los efectos de

<sup>262</sup> Punto 131 de la sentencia.

<sup>263</sup> Un estado de la evaluación por la doctrina de la jurisprudencia previa a Viho, puede verse en BUNTE, J., en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 1503, apartado 108, o en GLEISS-HIRSCH, M. «Kommentar...», ob. cit., págs. 102 y ss., apartado 190 y ss.

inaplicación de la prohibición de acciones concertadas, en casos, en los que los participantes en la presunta concertación eran una entidad dominante y una o varias dominadas, de las que la primera era titular del 100% del capital.

La constatación tiene mas relevancia si tenemos en cuenta que ambos órganos comunitarios llevan decidiendo sobre estas cuestiones 25 años, y lo comparamos con la distinta situación existente en Norteamérica, en aplicación de criterios estructurales derivados de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Copperweld, a la que analizaremos en el próximo capítulo.

El hecho de que el número de tribunales comunitarios sea reducido, frente a los múltiples tribunales de distrito y circuitos Norteamérica justifica la diferencia cuantitativa entre el gran número de sentencias norteamericanas y el escaso número de pronunciamientos comunitarios, pero no el hecho de que no se haya resuelto todavía en favor o en contra de la inaplicación de prohibiciones en supuestos de control mayoritario, o que no se haya planteado, propiamente, con la excepción peculiar del caso «mallas electrosoldadas» la cuestión en casos de control minoritario.

Quienes pueden llevar una cuestión ante el Tribunal de Justicia son la Comisión, y las partes a través del correspondiente litigio ante la autoridad nacional que concluya en una cuestión prejudicial. Que la Comisión esté relativamente desinteresada, al menos en estos momentos, en la clarificación por parte del Tribunal de la legalidad de la práctica que ha venido desarrollando de no perseguir directamente los acuerdos en el seno del grupo, parece razonable. Pero que las partes no actúen, no resulta fácilmente explicable, sobre todo si tenemos en cuenta que llegan al Tribunal de Justicia casos, como Viho, en los cuales se solicita por la demandante la declaración de una restricción entre una sociedad y su filial controlada al 100%.

El hecho es que, pese a que las enunciaciones realizadas por la Comisión y, en ocasiones, por algún sector de la doctrina, parezcan referirse a cualquier dominante y filial perteneciente a un grupo, lo cierto es que la doctrina sentada en dichas

decisiones y sentencias se ha elaborado teniendo en cuenta casos en los que los participantes en la presunta concertación eran sociedades sometidas a control al 100%, tal y como puso claramente de manifiesto el Abogado general Otto LENZ en sus conclusiones en el caso Viho.

Hay que señalar además la imprecisión de estas enunciaciones, en cuanto ni el Tratado ni en el derecho derivado de la competencia relativo a la aplicación del artículo 85, contienen una noción de grupo, aunque sí, de forma indirecta, podamos encontrar una referencia en materia de concentraciones, y en particular en el artículo 5 del Reglamento 4064/89<sup>264</sup>, relativo al cómputo del volumen de negocios.

Pero dada la distinta finalidad y estructura de ambas normas y en general del sistema de control de concentraciones y del de prohibición de concertaciones, es conveniente no realizar trasplantes automáticos de conceptos de una a otra, sin comprobar previamente que la transposición se ajusta al cumplimiento de los fines del precepto que así se integra.

Al éxito de esta tendencia a poner en boca del Tribunal de Justicia lo que este no ha dicho coadyudan cinco factores. El primero de ellos, que un sector de la doctrina que ha analizado la cuestión respecto al Derecho de la competencia comunitario, suele realizar un tratamiento conjunto de la utilización de la unidad económica como mecanismo de inaplicación de prohibiciones y como mecanismo de imputación de responsabilidad. Como argumentamos en el capítulo 1, ello no tiene porqué ser necesariamente así. En el ordenamiento norteamericano no lo es. Y de hecho ni siquiera en el ámbito comunitario los requisitos para la utilización de la comprobación de la existencia de una única unidad económica como mecanismo de imputación de responsabilidad y de inaplicación de prohibiciones, son los mismos.

<sup>264</sup> Reglamento (CEE) N.º 4064/89 del consejo de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE L 395, de 30 de diciembre de 1989, págs. 1 y ss.).

El segundo, la tendencia de un sector de la doctrina, a trasladar al ámbito del Derecho de la competencia los esquemas del derecho de sociedades en materia de grupos, sin atender a las distintas finalidades perseguidas por el ordenamiento de la competencia y por el ordenamiento societario. Traslado que realizado de forma irreflexiva nos parece desacertado, sobre todo si tenemos en cuenta el, desgraciadamente, escaso desarrollo del derecho comunitario de grupos, en particular la paralización del proyecto de IX.ª Directiva<sup>265</sup>.

En consecuencia, muchas veces estos traslados no son más que formas de interpretar las normas comunitarias en base a conceptos acuñados en cada ordenamiento estatal particular, lo que no es precisamente garantía de un desarrollo homogéneo y sin fisuras, o de una interpretación uniforme en todos los tribunales de los estados miembros del Derecho comunitario.

El tercero es que esta tendencia se ha hecho patente en un sector de la moderna doctrina norteamericana, de gran influencia en su propio país y en la propia Europa, con lo que la enunciación amplia se inscribe en una corriente de moda. Y la moda, pese a lo que pueda parecer, tiene que ver mucho con el éxito de las construcciones jurídicas.

El cuarto que esta opinión es bien recibida en los círculos económicos, ya sea por su supuesta y no comprobada mayor eficiencia, ya sea porque favorece los intereses de los grandes

<sup>265</sup> Sobre la misma ver EMBID IRUJO, J. M. «Los grupos de sociedades en la comunidad europea. (El proyecto de IX.ª Directiva)», Cuadernos de Derecho y Comercio, 1989, núm. 5, págs. 359 y ss.; id. «Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (séptima y novena directivas), en «Tratado de Derecho Comunitario», Madrid (Civitas), 1989. Pese a la paralización del proyecto, su actual redacción no deja de ser objeto de estudio con la finalidad de llegar a ver cuales de las cuestiones que incluye serían aceptables de forma general por los diferentes estados miembros. En esta línea puede verse el trabajo de MAIERHOFER, K. «Der faktische Konzern nach geplanten europäischen Recht», München, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Band 515 (VVF), 1996.

grupos que ostentan el poder económico en Europa y que están en ocasiones íntimamente vinculados al poder político por el hecho de pertenecer al sector público.

Y el quinto que esta posición supone un descargo de trabajo para las sufridas administraciones de control de la competencia, que con escasos medios, en muchas ocasiones, realizan una labor encomiable.

Pese a que muchas de estas razones sean relevantes y deban ser tenidas en cuenta, como lo serán, a la hora de recomendar una solución al problema de la aplicación del privilegio del grupo, no alteran la realidad.

Y la realidad es que el TJCE, ha creado su doctrina en casos en los que existía una completa unidad de propiedad, interés y control.

Pese a ello el TJCE o el TPI, no han creado una regla per se como la contenida en *Copperweld*. Los tribunales comunitarios se han comportado de dos formas distintas al aplicar la regla.

Una analizando de forma detallada las relaciones entre las participantes tanto anteriores al acuerdo adoptado como relativas al propio acuerdo. Así se ha comportado el Tribunal, en los casos en los que como consecuencia de su aplicación del privilegio del grupo se adoptó la decisión —*Centrafarm*, *Viho*— e incluso en algunos en los que no decidió la cuestión directamente en base a este argumento —*Bodson*, donde no realizó el análisis que correspondía en el caso al Tribunal nacional, pero indicó a éste la necesidad de realizarlo—.

En otros casos, cuando de la aplicación del principio de unidad económica no ha dependido el fallo, el Tribunal se limitó a enunciar la doctrina sin hacer un análisis detallado de las relaciones presentes en el caso, —*SIV*, *Flugreisen*—. Pero la razón no era otra que su ausencia de relevancia decisiva para el fallo, no un cambio de doctrina respecto a la cuestión, tal y como ha puesto de manifiesto la sentencia *Viho*.

Tan solo en su primera sentencia —*Begulin*— en la que decidió la inaplicación de la prohibición en base al reconoci-

miento de la existencia de una única unidad económica, no dejó claro el Tribunal, si había tenido en cuenta la naturaleza de las relaciones entre dominante y filial. Cuestión que rectificó en las siguientes *Centrafarm*, *Bodson* y *Viho*.

Sólo en las últimas sentencias del TPI y del TJCE existe un análisis detallado de las circunstancias que se toman en consideración para afirmar la existencia de una unidad económica y de las razones por las cuales se admiten como prueba, que en el caso concreto se pueden identificar en la falta de alegación en contra de *Viho* que dejó acreditados los hechos alegados por *Parker*.

Desde la primera perspectiva resalta que el tipo de decisiones entre las que cabe catalogar la que da lugar a la denuncia de *Viho* se encuadre entre las que tienen encomendadas un órgano extrasocietario pero intragrupo que suplanta la voluntad social, que luego emanará formalmente de los órganos sociales correspondientes o a través de la actuación directa de los directivos de la filial.

Ello implica una suplantación de la voluntad social por la del grupo, mas incluso que por la de la matriz, expresada por este tipo de órganos intragrupo sin personalidad jurídica propia, controlados por la dirección del grupo, que puede o no residir en la sociedad matriz. En el caso en cuestión se remarca por *Parker* que uno de los miembros del comité era miembro del consejo de administración de la matriz y de las diferentes sentencias y decisiones parece desprenderse, aunque no se establezca expresamente que es en ella donde reside el verdadero poder de decisión.

El Tribunal no exige en cambio la prueba de que la concreta decisión adoptada por las filiales de negar el suministro a *Viho* o de proponerle precios distintos a los que practicaban respecto a los distribuidores independientes exclusivos de *Parker*, haya sido adoptada por el órgano intragrupo en cuestión, lo que parece descartar una exigencia de prueba de la influencia de la dominante en la decisión presuntamente restrictiva en cada caso concreto, ya que fácil hubiera sido pedírsele a la colabora-

dora Parker, y parece apuntar a la suficiencia de la prueba de que el tipo de decisiones en las que se enmarca la sometida a escrutinio está sometido a la constante influencia de la dominante o de la dirección del grupo. Si bien de las declaraciones de Parker parece desprenderse que en el concreto caso las filiales seguían las instrucciones de la dominante.

Esto nos demuestra lo lejos que se encuentra el Tribunal de cualquier regla per se de carácter estructural, en los casos de concertaciones entre entidades con control, propiedad e interés común<sup>266</sup>, y lo inopinado de considerar que su jurisprudencia ampara una regla de inaplicación de tal carácter en los casos de control mayoritario o minoritario.

En los casos resueltos, y una vez descartado como criterio autónomo el de que los acuerdos o prácticas tengan por finalidad establecer un reparto interno de tareas entre las entidades pertenecientes a un grupo, los tribunales comunitarios han afirmado que la prohibición contenida en el artículo 85 del Tratado debe ser inaplicada cuando la dominante y la dominada constituyan una unidad económica. El simple hecho de que las entidades pertenezcan al mismo grupo no es determinante a este respecto. De otra parte no se ha juzgado todavía ningún caso en el que las empresas respecto a las que se alegue la existencia de unidad económica no formen parte de un grupo, a diferencia de lo ocurrido en el Derecho norteamericano en desarrollo de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Copperweld*, que estudiaremos en el próximo capítulo.

Los tribunales han identificado que existe tal unidad económica relevante cuando la dominada no goza de autonomía real en la determinación de su línea de acción en el mercado. Para descubrir si existe tal autonomía o no, hay que recurrir a un análisis de la naturaleza de las relaciones de las entidades

<sup>266</sup> Pese a que de forma un tanto ligera se afirmase lo contrario, todavía recientemente, por algunos comentaristas, ver GLEISS - HIRSCH, M. «Kommentar...», ob. cit., pág. 103, apartado 194.

pertenecientes al grupo atendiendo a los elementos que constan en el dossier, que nos ayude a determinar si las entidades participantes tienen una línea de acción en el mercado determinada por la casa madre.

Y por último sabemos que si la dominada aplica las instrucciones que le son impartidas directamente o indirectamente, por la sociedad madre que la controla al 100%, las prohibiciones establecidas por el artículo 85 párrafo 1, son inaplicables en las relaciones entre la filial y la sociedad madre con la cual forma una unidad económica, ya que el comportamiento de las filiales es atribuible a la sociedad madre.

Fuera de esto la doctrina del Tribunal, como ya hemos indicado, no incluye criterio aplicativo alguno respecto a sí y como deberá comprobarse la existencia de una unidad económica, con efectos de inaplicación de la prohibición, fuera de los casos en que exista unidad de propiedad, interés y control y se pruebe que la dominada actúa siguiendo instrucciones de la dominante.

La doctrina comunitaria, tras la sentencia *Viho*, ha incluido en sus razonamientos jurídicos la mención expresa al instituto de la imputación. Si antes de *Viho* solo se alegaba la existencia de una única unidad económica, *Viho* afirma que como consecuencia de la misma serán imputables los actos de las filiales a la dominante haciendo desaparecer de esta forma la pluralidad de participantes esencial para la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 85.1.º TCEE.

Veamos ahora cuales son los criterios que la doctrina ha propuesto hasta el momento para facilitar la aplicación de las reglas enunciadas.

Los autores que se han ocupado de la cuestión respecto al derecho comunitario, han propuesto el reconocimiento de la existencia de una única unidad económica y la consecuente inaplicación de la prohibición del artículo 85.1.º TCEE, en base a diversos criterios.

De entre ellos, excluirémos aquí, aquellos que chocan frontalmente con la actual línea de la jurisprudencia comunitaria.

ria, como por ejemplo los que proponen que se inaplique la prohibición por la mera pertenencia de los participantes a un grupo, aunque siempre de forma limitada a los acuerdos que tengan efectos meramente internos<sup>267</sup>, criterio que como vimos colisiona con la doctrina de la sentencia Bodson y Viho, aunque sin perjuicio de volver a analizarlos en la discusión general, sobre como debe de ser regulada la cuestión.

Tampoco incluiremos aquellos que habiendo sido ya utilizados por la jurisprudencia comunitaria, han sido posteriormente abandonados, como es el caso de la comprobación de la inexistencia de competencia entre las dos sociedades<sup>268</sup>, o el de que el acuerdo tenga como finalidad una mera reorganización interna en el seno del grupo sin consecuencias externas, sin perjuicio de su posterior tratamiento en la discusión general.

Por último no recogeremos los criterios que fundaron la formulación comunitaria, pero que no proponen ulteriores criterios de interpretación, como las que propugnan la inaplicación de la prohibición cuando las entidades pertenecientes al grupo carezcan de autonomía en la fijación de su línea de actuación en el mercado<sup>269</sup>, o en los casos en que la dirección del grupo no ofrece a las sociedades integradas en el grupo la posibilidad de adoptar decisiones de mercado autónomas<sup>270</sup>.

<sup>267</sup> Así TREEK, J. «Konzerninterne Vereinbarungen im EWG-Kartellrecht», Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1969, págs. 367 y ss. (pág. 368) defiende que la competencia existente entre empresas del grupo no está tutelada por el artículo 85.1 TCEE; LEO, H. C. «Konzerninterne Marktregelungen im Lichte des EWG-Kartellrechts» en «Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts» Kartellrundschauf Heft 8, 1966, págs. 39 y ss.

<sup>268</sup> DERINGER, A. «Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Kommentar (Art. 85-94 EWGV), Düsseldorf 1962, y todavía recientemente GLEISS - HIRSCH, M. «Kommentar...», ob. cit., pág. 103, apartado 191.

<sup>269</sup> FIKENTSCHER, W. «Wirtschaftsrecht», ob. cit. vol. I, pág. 588; MEIER, Ch. J. «Der Selektive-Vertrieb im EWG-Kartellrecht», Diessenhofen, 1979, (vol. II, pág. 103).

<sup>270</sup> FIKENTSCHER, W. «Wirtschaftsrecht», ob. cit. vol. I, pág. 618.

Realizada esta expurgación nos quedan los siguientes criterios, basados en comprobar: 1) que exista dirección unitaria, y que las sociedades dependientes carezcan de cualquier libertad de decisión económica<sup>271</sup>; 2) que la sociedad dominante pueda en todo caso impartir la oportuna instrucción<sup>272</sup>; 3) que en el caso concreto se haya impartido una instrucción y no exista verdadero acuerdo<sup>273</sup>; 4) que la sociedad dominante tenga la titularidad del 100% del capital de la dominada, y que ésta no esté bajo el control de otra sociedad; en el caso de participación inferior al 100% y siempre que la sociedad no esté sometida a control de tercero, cuando el titular de las restantes partes de capital no sea un competidor actual o potencial<sup>274</sup>, criterio este de carácter estructural; 5) que las entidades participantes no puedan decidir por si mismas sobre el mantenimiento del acuerdo o práctica concertada<sup>275</sup>.

El lector que nos haya seguido hasta aquí desde el capítulo 2, observará el notable influjo de las construcciones norteamericanas en algunas de ellas. El lector que nos siga hasta el capítulo 4, relativo a los criterios estructurales, percibirá claramente la influencia germana de otras.

Estos criterios pueden ser clasificados en dos grupos:

En el primero incluimos los que atienden a la estructura del control. Esto es a la posibilidad que tiene la dominante de influir

<sup>271</sup> GÖTZ, H. - RIEGER, H. «Das Verhältnis von Kartell- und Konzernrecht», JuS 1968, págs. 393 y ss.; KLEEMAN, G. «Die Wettbewerbsregeln der EWG», Baden-Baden (Nomos), 1962, (pág. 29).

<sup>272</sup> BARACK, B. «The application...» ob. cit., pág. 90; FUNCK, G. «Konzerneinheit und Kartellrecht», Diss. Heidelberg, 1964 (págs. 146 y 148).

<sup>273</sup> FONT GALÁN, J. I. «El concepto...», ob. cit., pág. 54.

<sup>274</sup> SMIT, H. - HERZOG, P. «The Law of the European Economic Community», New York, 1984 (vol. II, págs. 3 y 96).

<sup>275</sup> HARMS, W. «Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts der Konzerne und Gemeinschaftsunternehmen in der EWG» en «Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft». Festschrift für Gunther Hartmann, Köln, Berlín, München, 1976, págs. 165 y ss. (pág. 181).

de forma decisiva en las decisiones de la dominada. Estos criterios, en los que se puede observar la marcada influencia del pensamiento norteamericano, pueden dividirse en dos grupos aquellos que utilizan una fórmula de índole estrictamente cualitativo, como es el caso del criterio en virtud del cual deba de comprobarse que la sociedad dominante pueda en todo caso impartir la oportuna instrucción, basado en las observaciones de HANDLER, o el de que las entidades participantes no puedan decidir por sí mismas sobre el mantenimiento del acuerdo o práctica concertada, o las fórmulas que combinan también criterios de carácter objetivo como la de que la sociedad dominante tenga la titularidad del 100% del capital de la dominada, y que ésta no esté bajo el control de otra sociedad, y en el caso de participación inferior al 100% que el titular de las restantes partes de capital no sea un competidor actual o potencial.

Los criterios que toman como base la realidad, pueden atender a las relaciones globales de las entidades pertenecientes al grupo o participantes en la concertación. Así sucede cuando se postula que hay que comprobar si existe dirección unitaria, y que las sociedades dependientes carecen de cualquier libertad de decisión económica. O pueden atender a la comprobación de lo sucedido en el caso concreto, esto es, a la existencia de una pluralidad real de voluntades en el caso concreto. Así sucede cuando se propugna la comprobación de que en el caso concreto se haya impartido una instrucción. Ambos criterios no son intercambiables. La prueba de la existencia de una única dirección unitaria, no implica automáticamente la de que los actos de la dominante y la filial en el caso concreto hayan sido realizados como consecuencia de una instrucción de la sociedad dominante en el ejercicio del control sobre la dominada<sup>276</sup>, y a la inversa la prueba del ejercicio del

<sup>276</sup> VON GAMM, O. F. «Kartellrecht-Kommentare einschließlich art. 85 EWGV», Köln. Berlín, Bonn, München, (1979, § 1R n.º 12); BUNTE, J., en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 1504, apartado 108.

control en el caso concreto no prueba la existencia de dirección unitaria.

Algunos autores han propuesto utilizar la existencia de un acuerdo, en particular si es formal, como indicativo de la existencia de autonomía entre las entidades pertenecientes al grupo que participan en la acción concertada, en los casos límite en los que no pueda ser determinada la existencia o no de una unidad económica<sup>277</sup>. Ello permitiría e impulsaría en todo caso a las entidades pertenecientes al grupo a la aportación de pruebas para demostrar la existencia de una única unidad económica.

Así mismo se ha propugnado tomar en consideración aquellas actividades de la filial que excedan del ámbito comercial establecido por la dominante para su actividad. La idea es que si la filial por decisión propia, realiza actividades mercantiles distintas de las que la dirección del grupo le ha asignado, demuestra que no forma una unidad económica con la dominante<sup>278</sup>.

En definitiva, la doctrina que se ha ocupado de la cuestión desde la perspectiva comunitaria no alcanza consenso alguno respecto a los criterios que deben emplearse para determinar la existencia de una única unidad económica, ni avanza más allá de los argumentos elaborados respecto a la aplicación de la sección 1 de la Sherman Act o del parágrafo 1 GWB.

Y ello en un ordenamiento como el comunitario, en el que se tutela no solo la competencia en el mercado sino especialmente la libertad del comercio entre los estados miembros y en el que la compartimentación nacional del mercado es considerada como una restricción no susceptible de autorización singular.

<sup>277</sup> BUNTE, J., en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 1504, apartado 108.

<sup>278</sup> BUNTE, J., en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 1504, apartado 108.

Establecer de forma clara los criterios con los que se determina la existencia de una única unidad económica entre dos entidades, permitiría incrementar la seguridad jurídica de los modernos operadores económicos que actúan a través de grupos descentralizados, que podrían, de esta forma, conocer con claridad cuando sus prácticas de compartimentación nacional de mercados —como las desarrolladas en Viho— son lícitas, por proceder de una única unidad económica, o ilícitas como consecuencia de que las entidades pertenecientes al grupo no puedan ser consideradas como tal.

### 2.3. La inaplicación indirecta de la prohibición

Hasta aquí hemos visto como el privilegio del grupo era usado para evitar la aplicación directa de una norma prohibitiva.

En este apartado, y a modo de breve pero necesario excurso, nos referiremos a una peculiaridad del derecho comunitario, que comparte con aquéllos sistemas, como el español, que han establecido, a su imagen, un sistema de prohibiciones de las acciones concertadas que prevé la existencia de reglamentos de exención por categorías. Peculiaridad que puede adquirir todavía mayor relevancia si el sistema de exención por categorías termina por extenderse a otros sistemas nacionales y llevados por un quizá no demasiado razonado afán de uniformidad, los legisladores nacionales o los titulares del poder reglamentario, según los casos, introducen normas calcadas sobre las comunitarias que prevean que determinados acuerdos no son susceptibles de exención por categorías sino cuando sean parte de los mismos exclusivamente dos empresas.

Esta limitación tiene su origen en el artículo 1 del Reglamento 19/65 del Consejo, de 2 de marzo de 1965<sup>279</sup>, que establece que

<sup>279</sup> (JOCE 36, pág. 533). En efecto, el artículo 1 del Reglamento 19/65 que constituye la base legal de estos reglamentos de exención por categorías

los acuerdos de exención por categorías a los que se refiere solo serán aplicables a los acuerdos entre dos empresas<sup>280</sup>. Consecuentemente todos los reglamentos de exención por categorías comunitarios, derivados del mismo, contienen tal previsión. Es cuanto menos dudoso que tal limitación, deba trasladarse a las normativas nacionales de defensa de la competencia por mor de una pretendida y no necesariamente justificable uniformidad.

Ante tal limite se planteó la cuestión de si una pluralidad de sujetos que constituían una única unidad económica debían considerarse como una única empresa a los efectos de aplicación del reglamento o no. La función, igual que en el caso anterior era la inaplicación de una prohibición. El mecanismo técnico era la imputación de una pluralidad de conductas, en este caso contractuales, a una única unidad económica.

Pero a diferencia de los casos de aplicación directa del privilegio del grupo en este caso existía claramente un acuerdo restrictivo que infringía el artículo 85.1 del Tratado y la cuestión a dilucidar era si dicho acuerdo había sido estipulado por dos empresas o por mas de dos.

---

establece que «sin perjuicio de la aplicación del reglamento n.º 17 del Consejo, la Comisión puede declarar por vía de reglamento y conforme al artículo 85, párrafo 3, del tratado que el artículo 85 párrafo 1, no es aplicable a categorías de acuerdos en los cuales participen únicamente dos empresas...».

<sup>280</sup> En el Derecho de la competencia español, la letra a) del apartado 1 del artículo 5 LDC y el número 1 del artículo 1 del Real Decreto 157/92 de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989 de 17 de julio en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, repite, quizá de forma innecesaria, la exigencia de que solo participen dos empresas para que puedan aprobarse por el Gobierno reglamentos de exención por categorías respecto acuerdos que impongan restricciones a la distribución y/o suministro de determinados productos para su venta o reventa, o en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial o intelectual, o de conocimientos secretos industriales o comerciales. Esto es a los reglamentos de exención por categorías a los que se refieren las letras a, b, c, d, e, y f del Real Decreto.

En definitiva si y en que condiciones todas las personas y entidades partícipes en el acuerdo podían ser consideradas como dos únicas empresas, logrando de forma indirecta la inaplicación de la prohibición a un acuerdo o práctica concertada que, en este caso se reconocía como restrictivo.

A diferencia de los casos de inaplicación directa de la prohibición, en éste se utiliza la imputación como medio para aplicar directamente una norma, la del reglamento de exención, en vez de inaplicarla directamente. A través de este procedimiento se extiende el ámbito de aplicación del reglamento de exención por categorías.

Este tipo de casos presentan además una peculiaridad. Al encontrarse todos los sujetos de los que se predica que constituyen una única empresa en la misma parte contractual, esto es actuando como cedentes o concedentes de los elementos que adquiriría el único cesionario o concesionario, todos ellos tenían una completa unidad de interés respecto al concreto acuerdo.

El TJCE resolvió una cuestión de este tipo en el caso Hydrotherm<sup>281</sup> que decidió a resultas de una cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof alemán, sobre la aplicación del reglamento de exención por categorías 67/67 relativo a los acuerdos de exclusiva de compra y venta, y que supone la primera, y hasta el momento única, aplicación del criterio de la unidad económica, en el ámbito de las exenciones por categorías del apartado 3 del artículo 85 TCEE.

La doctrina, entonces sentada es de plena aplicación a los actuales reglamentos 1983/83 y 1984/83 que sustituyeron al anterior, y también al resto de reglamentos que prevén que solo serán de aplicación a los acuerdos en los que participen dos empresas.

<sup>281</sup> STJCE de 12 de julio de 1984, dictada en el caso «Hydrotherm Gerätebau GmbH contra Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. sas (Rec. 1984, págs. 2999 y ss.)». Esta sentencia coincidió temporalmente con Copperweld que había sido adoptada el 19 de junio de 1984, por el Tribunal Supremo norteamericano.

En el caso en cuestión, M. Andreoli era gerente, comanditario mayoritario y colectivo de las sociedades en comandita con sede en Italia Compact y Officine Sant'Andrea. M. Andreoli era además titular de la patente de los radiadores en aleación de aluminio que fabricaba la empresa Compact, y, en Italia, de la marca «Ghibli» que los identificaba en el mercado. M. Andreoli y las dos sociedades citadas concluyeron un contrato de concesión exclusiva con la sociedad alemana Hydrotherm.

El Bundesgerichtshof, planteó al TJCE, como consecuencia de un litigio entre concesionario y concedentes diversas cuestiones, entre las que se encontraban la 1a) y 1b), que solicitaban la interpretación del artículo 1 párrafo 1 del Reglamento, en cuanto declaraba inaplicable el párrafo primero del artículo 85 TCEE a aquellos acuerdos «en los que participen únicamente dos empresas».

La primera era consecuencia de que el contrato de concesión exclusiva, sometido a juicio del Tribunal alemán, estaba estipulado de una parte por Hydrotherm y de otra por tres personas y entidades distintas —M. Andreoli, persona física, la sociedad Compact, y la sociedad Officine Sant'Andrea— y pretendía averiguar si el reglamento debía ser aplicado cuando en el acuerdo participan, como una de las partes contratantes, varias empresas jurídicamente autónomas.

La segunda respondía al hecho de que M. Andreoli controlaba las dos sociedades cocontratantes e interrogaba al Tribunal sobre si había que dar importancia al hecho de que las diversas empresas que participan en el acuerdo, como una de las partes contratantes, tienen, entre ellas, vínculos personales y constituyen respecto al acuerdo una unidad económica.

Estas dos cuestiones fueron tratadas globalmente en el procedimiento, alegando Compact que la jurisprudencia del Tribunal ha elaborado un principio según el cual la unidad de comportamiento en el mercado de la sociedad madre y de sus filiales prima sobre la separación formal entre estas sociedades, derivada de su personalidad jurídica distinta. Este principio sería igualmente aplicable en los casos en que una de las partes

del contrato está compuesta por tres empresas vinculadas personalmente entre ellas, de las cuales una, persona física, asegura la dirección de las otras dos, y en el caso en que la misma persona física es a la vez socio comanditario mayoritario y socio colectivo de dos sociedades en comandita. Las tres empresas constituirían una unidad económica y se deberían considerar como una única empresa. Un contrato concluido por una empresa de este tipo con un distribuidor exclusivo debería ser calificado de acuerdo entre dos empresas en el sentido del artículo 1 del reglamento 67/67<sup>282</sup>.

Por su parte la Comisión admitió la posibilidad al afirmar que «la aplicación de las reglas de competencia debería estar dictada por consideraciones económicas. También, en numerosas decisiones, al Comisión habría considerado dos o más empresas jurídicamente autónomas como una unidad económica y las habría asimilado, en tanto que parte del contrato, a una empresa única. Tal asimilación sería aceptable en el caso de tres empresas, vinculadas personalmente entre ellas, de las cuales dos dependen totalmente de la tercera y entre las cuales cualquier competencia está excluida»<sup>283</sup>.

Hydrotherm por su parte propugnó una interpretación formal del requisito de dos empresas, alegando además que una persona física no puede ser considerada empresa<sup>284</sup>.

Por su parte el Abogado General compartió la necesidad de hacer una interpretación esencialmente económica de los preceptos que regulan la competencia en la CEE, postulando una interpretación del reglamento 67/67 conforme a la jurisprudencia comunitaria, que reconocía relevancia, a la existencia de una unidad económica, entre las distintas empresas que formaban un grupo.

En palabras del Abogado General «parece lógico aplicar el reglamento en cuestión a acuerdos en los cuales participan de

<sup>282</sup> Sentencia Hydrotherm cit., pág. 3004.

<sup>283</sup> Sentencia Hydrotherm cit., pág. 3009.

<sup>284</sup> Sentencia Hydrotherm cit., pág. 3011.

un lado varias personas jurídicamente independientes, desde el momento en que estas se comportan como una unidad respecto al acuerdo en causa, porque están estrechamente vinculadas entre ellas, porque no existe competencia entre ellas, sino que se constata un simple reparto interno de tareas —una de las empresas se encarga de la producción, otra de la venta— cuando, por ejemplo (como parece suceder en el caso) las sociedades en comandita partes del acuerdo dependen enteramente tanto desde el punto de vista del capital como desde el punto de vista de la dirección, de una persona física parte del acuerdo»<sup>285</sup>.

El Abogado General critica además el argumento de que M. Andreoli no es una empresa, afirmando que «la noción de empresa debe manifiestamente ser interpretada desde el punto de vista de la función, y que se aplica en consecuencia igualmente a personas físicas en tanto que estas ejerzan una actividad propia de una empresa»<sup>286</sup>.

El Tribunal decidió que «la noción de empresa, situada en un contexto de derecho de la competencia, debe comprenderse que designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo en causa, aun, si desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica está constituida por varias personas, físicas o jurídicas. De esta forma, se satisface la exigencia del artículo 1, párrafo 1, del reglamento 67/67 cuando una de las partes del acuerdo está constituida por sociedades que tienen un interés idéntico y que están controladas por una misma persona física también parte del acuerdo. En estas condiciones, en efecto, no existe ninguna posibilidad de competencia entre las personas que participan simultáneamente, como una sola parte en el acuerdo en cuestión»<sup>287</sup>, por lo que declaró aplicable el reglamento al contrato.

<sup>285</sup> Conclusiones del Abogado General M. Carl Otto LENZ, presentadas el 20 de junio de 1984. Rec. 1984, págs. 3021 y ss. (3025).

<sup>286</sup> Conclusiones cit., pág. 3025.

<sup>287</sup> Sentencia Hydrotherm cit., pág. 3016.

La sentencia presenta además dos aspectos interesantes. Primero, porque la construcción se aplica fuera de la hasta entonces relación típica sociedad dominante - sociedad dominada. Aquí quien posee el control y lo ejerce —hasta el punto de ser el gestor de las sociedades que controla— es una persona física. Segundo, por tratarse la empresa controlada de una sociedad personalista, con lo que se extiende por primera vez en el ámbito comunitario la constatación de la existencia de una relación de control fuera del ámbito de las sociedades capitalistas.

En el caso estaba claro la existencia de control, la dirección unitaria, y el ejercicio del control en el caso concreto —como se manifestaba en la propia firma por M. Andreoli y por las dos sociedades del acuerdo—.

El Tribunal fundó su decisión en el control, la comunidad de interés de las antedichas persona y entidades y en la imposibilidad de que exista competencia entre estas empresas, realizando la determinación de la existencia de una única unidad económica entre los sujetos participantes atendiendo al concreto acuerdo.

Con ello el Tribunal parece indicar que, no basta para constatar la existencia de una única unidad económica, que exista una dirección unitaria única en el grupo o un determinado grado de centralización en las decisiones, sino que es preciso apreciar la existencia de la unidad económica en el caso concreto.

Los razonamientos a través de los cuales llega el Tribunal a encontrar su decisión son sin embargo discutibles. Como decíamos el Tribunal juzga en un caso de control no totalitario en el que participan sociedades personalistas y una persona física. En el caso concreto la persona física era socio colectivo y por tanto competente de forma exclusiva para la administración de las dos sociedades que participaban en el acuerdo y responsable ilimitadamente de las deudas sociales, prestando nombre y crédito a ambas sociedades personalistas.

Además era el comanditario mayoritario de la sociedad con lo que tenía el interés mayor de la misma. Era el gerente, con lo que gestionaba realmente las dos sociedades y por último era el

titular de la patente cuya licencia tenía esencialmente por objeto el negocio y para cuya explotación habían sido constituidas las sociedades.

No cabe ninguna duda que nos encontramos ante un caso de grupo altamente centralizado a cuya cabeza se encuentra una persona física, en el que existe dirección unitaria y se ejerce el control en el caso concreto, pero no nos encontramos, necesariamente, ante un caso como afirma la sentencia en que el interés de la persona física y de las dos sociedades sea el mismo — puesto que en ambas existen comanditarios minoritarios, cuya participación no revela desgraciadamente la sentencia, por lo que el interés de las sociedades podría ser distinto del de su socio colectivo— sino de aplicación de la regla de *minimis*, a sociedades personalistas, que supone tratar por igual en este caso, como si el interés fuera único, esta situación, respecto a la de titularidad del 100% del capital, o de presunción de la identidad de intereses entre el socio colectivo y las dos sociedades comanditarias por acciones.

La relevancia de los criterios seguidos en la sentencia debe ser entendida en sus justos términos atendiendo a que en el caso resuelto se trataba, en esencia, los tres sujetos intervinientes constituían una única parte de un negocio jurídico.

Y si esta era la finalidad parece adecuado el criterio adoptado por el Tribunal de juzgar la existencia de una sola parte atendiendo precisamente al contrato que se estipulaba. También es perfectamente razonable la constatación del Tribunal de que ninguna competencia existía entre los tres sujetos en cuestión y de que los tres tenían una completa unidad de interés respecto al acuerdo, aunque no con carácter general.

Pero hay que tener en cuenta que el Tribunal estaba más preocupado de definir la noción de empresa respecto al acuerdo en causa que por definir que debe entenderse por unidad económica a los efectos de inaplicar la regla prohibitiva de la acción concertada del artículo 85.1 TCEE, y en segundo lugar, pero extremadamente importante, que se trataba de aplicar un reglamento de exención por categorías.

Esto es, se trataba de ver si el acuerdo en cuestión podía equipararse a aquéllos que ya se habían declarado exentos con carácter general. Y que la diferencia entre el acuerdo que se juzgaba y los acuerdos que sin duda alguna caían dentro del ámbito de aplicación del reglamento, no era la presencia o no de una cláusula posiblemente más restrictiva, no era el riesgo que para el mercado pudiera suponer ese particular acuerdo, sino tan solo el elemento formal de la pluralidad de personalidades.

Es por ello por lo que, a nuestro juicio, el Tribunal admitió la existencia de una unidad económica con efectos de inaplicación indirecta de la prohibición del artículo 85.1 TCEE en un caso en el que los partícipes que constituyen una única unidad económica estaban sometidos a un control no totalitario, lo que hasta el momento no ha hecho, con las dudas que antes expusimos, en los casos de inaplicación directa de la prohibición del artículo 85.1 TCEE.

Debiendo interpretar el Tribunal la noción de empresa, sabiendo que la diferencia de personalidades jurídicas no implica la existencia de una pluralidad de empresas, y teniendo la comprobación en el caso de que los tres sujetos actuaban como una única empresa es lógico que el Tribunal los tratara como tal.

Pero de ello no parece desprenderse que los criterios sentados en *Hydrotherm* deban de ser los únicos con los que se constate la existencia de una única unidad económica, ni deban ser extendidos a los casos de inaplicación directa de la prohibición.

### 3. *La recepción de los criterios funcionales en el derecho español*

Bajo la influencia de la doctrina elaborada por los órganos comunitarios, y quizá más directa de la Comisión que del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia introdujo la doctrina del privilegio del grupo utilizando criterios funcionales para determinar los casos en que debía ser aplicado.

En una primera fase el TDC se limitó a enunciar la doctrina en meros obiter dicta sin resolver los casos en su virtud.

Dos resoluciones de esa primera época dan idea del estado exacto de la cuestión y del primer análisis del TDC respecto a la misma

La primera, que fue además la primera, fue la dictada por el TDC en el caso «Alconza S.A.»<sup>288</sup> en el que no se consideró acreditada la existencia de prácticas restrictivas de la competencia en el sector de la producción de bienes de equipo eléctrico<sup>289</sup>.

Aunque el TDC no decidió la cuestión sobre la base de la doctrina de la unidad económica, puesto que el único acuerdo acreditado —mantenimiento de todos los centros productivos— no fue considerado restrictivo a los efectos del artículo 1 LRPRC, enunció sin embargo el criterio en base al cual debía considerarse que un acuerdo adoptado entre empresas pertenecientes al mismo grupo debía o no ser considerado como contrario a dicho precepto.

En base al mismo «no les alcanza la prohibición si se les considera empresas pertenecientes a un mismo grupo en el que

<sup>288</sup> Resolución de la Sección Segunda del TDC de 20 de diciembre de 1988 en «Tribunal de Defensa de la Competencia. Resoluciones 1986-1990» Madrid (Ministerio de Economía y Hacienda), Tomo I, 345. Sobre la misma ver RUIZ PERIS, J. I. «Aplicaciones del principio de unidad económica de los grupos de sociedades en el Derecho protector de la competencia español» RGD 1991, págs. 6433 y ss.

<sup>289</sup> En este caso la denunciante consideraba existente un acuerdo de reparto de mercados entre tres sociedades del sector «Constructora Nacional de Maquinaria Eléctrica, S.A.» «Catalana de Maquinaria Eléctrica Española S.A.» y «General Eléctrica Española S.A.», integradas en un mismo grupo como consecuencia de la participación —superior al menos al 25% del capital con derecho a voto de lo que se deduce de la resolución, que no indica exactamente el porcentaje de capital con derecho a voto efectivamente poseído— que en el capital de cada una de ellas poseía «Arboby Limitada», empresa extranjera dedicada al reflotamiento de empresas en crisis que es definida en la resolución como el socio mayoritario de las mismas.

la decisión debe ser atribuida a la fuente común de control sin que se den los supuestos de una conducta concertada. Les alcanza por el contrario si se estima que a pesar de la participación común, persiste una autonomía real de las empresas en sus decisiones».<sup>290</sup>

El principio de unidad económica así enunciado dejaba claro que no era aplicable a todos los grupos de empresas. Correctamente se afirmó que no basta la mera pertenencia a un grupo de sociedades para que sea aplicable la exoneración de la prohibición por aplicación del principio de unidad económica.

La resolución cita algunas pistas para la aplicación del principio. Se afirma que la prohibición alcanzará a las empresas si «persiste una autonomía real de las empresas en sus decisiones», aunque no se indica si es necesario que subsista tal autonomía con carácter genérico o referida específicamente al supuesto que se denuncie. Esto es si se está hablando de grado de centralización del grupo o de participación de la dominante en la adopción de la decisión que se juzga.

La segunda, en la que tampoco resolvió el TDC la cuestión en base al principio de unidad económica, pese a utilizarlo en la argumentación, fue la dictada en el caso «Brokilar S.A.»<sup>291</sup>.

En este caso la citada mercantil junto con «Unión Natural Inmobiliaria, S.A.» y D. José María Rojo, que no era socio ni miembro del Consejo de Administración de éstas, fueron denunciados por bloquear sistemáticamente las líneas telefónicas de un competidor.

El TDC declaró la existencia de una práctica restrictiva ex art. 1.1.º en relación con el 3 d de la Ley 110/1963 de la que considera autores a las tres empresas citadas, y en cuanto nos

<sup>290</sup> Resolución «Alconza S.A.» cit., pág. 685.

<sup>291</sup> Resolución de la Sección Primera del TDC de 21 de septiembre de 1991 —realmente 1989— en «Tribunal de Defensa de la Competencia. Resoluciones 1986-1990» Madrid (Ministerio de Economía y Hacienda), Tomo I, 358.

interesa estableció que las relaciones económicas entre las dos mercantiles eran tan intensas que «de no mediar la implicación de un tercero, el Tribunal habría tenido que desechar la figura de la concertación, por ser inviable la concertación con uno mismo».

En concreto se trataba de dos sociedades materialmente gemelas en que existía también una práctica identidad entre los miembros del Consejo de Administración de cada una de ellas. Sociedades en que «a salvo de pequeñas variaciones... cuentan con prácticamente los mismos socios y Consejo de Administración por lo que podría decirse que materialmente son una misma persona»<sup>292</sup>.

La resolución plantea varios motivos de interés. En primer lugar porque sin llegarla a utilizar invoca la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica alegando implícitamente una cierta identidad de esferas, aunque sin argumentos suficientes, so pena que estemos dispuestos a admitir la posibilidad de levantar el velo de la personalidad jurídica en todos los supuestos de sociedades formal o materialmente gemelas con dirección coincidente.

En segundo término porque afirma la imposibilidad de considerar realizada la concertación en el supuesto establecido por no existir pluralidad de voluntades «por ser inviable la concertación con uno mismo», identificando de este modo uno de los elementos decisivos a la hora de considerar a un determinado grupo como unidad económica, como es la subsistencia de una alteridad sustancial.

Y en tercer lugar porque enuncia la aplicación del principio de unidad económica a empresas que no tienen entre si una relación de control, si bien ambas están controladas por un accionariado común.

<sup>292</sup> Resolución «Brokilar S.A.» cit., pág. 901.

### 3.1. Acerca de las características de la aplicación del principio de unidad económica por el Tribunal de Defensa de la Competencia

La doctrina elaborada por el TDC en sus posteriores resoluciones en las que si ha decidido reiteradamente en su virtud, no es, en absoluto, uniforme y clara. Los criterios alegados son muy variados y su relevancia plantea en ocasiones serias dudas.

Pese a ello hay un elemento común que la diferencia de la comunitaria en la que declara inspirarse. A diferencia de los casos juzgados por el Tribunal de Primera Instancia y por el Tribunal de Justicia que, con las excepciones antedichas, solo afectan a unidades económicas constituidas por matrices y filiales controladas al 100%, el Tribunal de Defensa de la Competencia español ha aplicado el criterio a supuestos de unidades económicas en las que las filiales estaban controladas de forma mayoritaria, e incluso a casos de acuerdos entre filiales sometidas a control conjunto y una de sus matrices.

Esta extensión del llamado privilegio del grupo, podría sorprender en un país como el nuestro, relativamente reacio a la regulación, al menos en el ámbito mercantil, ya que no en el fiscal, el laboral u otros muchos, de los grupos.

En todo caso la doctrina que parece desprenderse de las decisiones del TDC implica como decíamos una aplicación del llamado privilegio del grupo mucho mas allá de la realizada por el Tribunal de Justicia, y ciertamente mas próxima a la práctica estadounidense.

Con ello se demuestra, una vez mas, lo vano que es plantear una política de defensa de la competencia nacional meramente seguidista o mimética de la comunitaria, dadas las lógicas diferencias de interpretación de unas mismas normas o de normas idénticas, cuando son aplicadas por órganos distintos en contextos jurídicos —ordenamiento nacional español, frente a ordenamiento comunitario mas la suma de los ordenamientos nacionales de los estados miembros— y económicos —economía española frente a economía de los estados miembros de la

Unión, modalizada por los principios comunitarios y sus libertades y por una concepción global de la economía europea— diversos.

La falta de una constante en la línea argumental del TDC fuera del reconocimiento de la relevancia jurídica de una unidad económica entre los partícipes, dificulta la agrupación de las resoluciones para realizar un tratamiento sistemático de las mismas, por lo que expondremos la evolución de la misma atendiendo a los distintos casos que se han planteado respecto a la cuestión.

### 3.2. La primera aplicación del principio de unidad económica. Unidad económica, reparto interno de funciones e inexistencia de competencia previa

El TDC aplicó por primera vez el principio de unidad económica para decidir una asunto en la resolución «Mazzoni»<sup>293</sup>, en un caso de control totalitario en el que se inclinó por la doctrina comunitaria entonces vigente que otorgaba relevancia a la existencia de una unidad económica en el seno de la cual las filiales no puedan determinar de manera autónoma su línea de actuación en el mercado, aplicando cumulativamente el criterio del reparto interno de funciones dentro del grupo. El TDC hizo además mención a otros criterios como la inexistencia de competencia previa entre la filial y la matriz, recogido en la primera jurisprudencia comunitaria.

El caso tiene su origen en un expediente instruido de oficio contra «Mazzoni Española, S.A.» y «Mazzoni, S. P. A.» como consecuencia de la inclusión de cláusulas restrictivas de la competencia en un contrato de comunicación de «know-how»,

<sup>293</sup> Resolución de la Sección Segunda del TDC de 19 de noviembre de 1990 en «Tribunal de Defensa de la Competencia. Resoluciones 1986-1990» Madrid (Ministerio de Economía y Hacienda), Tomo II, 412. Sobre la misma ver RUIZ PERIS, J. I. «Aplicaciones...» op. cit., págs. 6440 y ss.

licencia de marca y prestación de asistencia técnica sometido a verificación administrativa<sup>294</sup>, suscrito por ambas empresas.

La empresa española de la que la italiana poseía la totalidad de las acciones se encontraba integrada en un grupo de sociedades de las que la italiana era la «sociedad matriz». El Servicio de Defensa de la Competencia se pronunció por la no aplicación del artículo 1 LRPRC al acuerdo en base a dos consideraciones entre las cuales se encontraba que se trataba de «acuerdos entre empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades».

El TDC haciendo una doble aplicación del artículo 85.1.º TCEE y del artículo 1 LRPRC afirmó siguiendo la línea ya establecida anteriormente<sup>295</sup> y con expresa mención a la jurisprudencia comunitaria y a las resoluciones españolas que «para que pueda invocarse la existencia de prácticas colusorias anticompetitivas entre empresas, es preciso que entre ellas haya alguna competencia susceptible de ser restringida lo que generalmente no se produce entre empresas pertenecientes al mismo grupo si no existe autonomía de la filial respecto a la matriz en el terreno económico. Por otra parte, al faltar en la sociedad filial la necesaria capacidad para determinar su actividad comercial, aunque ésta mantenga su propia personalidad jurídica y subsista una cierta independencia formal, sin embargo, no cabe hablar, en propiedad, de diversidad de partes que lleguen a un acuerdo».

<sup>294</sup> Respecto al trámite de verificación administrativa vigente en aquél momento ver MASSAGUER, J. «El contrato de licencia de know-how», Barcelona (Bosch) 1989 (págs. 99 y ss.), RUIZ PERIS, J. I. «El contrato de franquicia y la normativa española en materia de transferencia de tecnología», RGD, 1991, págs. 1445 y ss. (1453 y ss.).

<sup>295</sup> Resolución de la Sección Segunda del TDC de 20 de diciembre de 1988 en «Tribunal de Defensa de la Competencia. Resoluciones 1986-1990» Madrid (Ministerio de Economía y Hacienda), Tomo I, 345. Sobre la misma ver RUIZ PERIS, J. I. «Aplicaciones del principio de unidad económica de los grupos de sociedades en el Derecho protector de la competencia español» RGD 1991, págs. 6433 y ss., a la que nos referimos al hablar del reconocimiento del principio de unidad económica en nuestro país al principio de este capítulo.

El TDC «teniendo en cuenta que de los datos que figuran en el expediente no puede deducirse que la filial española goce de autonomía real a la hora de determinar su estrategia comercial en el mercado, sino que por el contrario no hace sino seguir las instrucciones que se le imparten desde la empresa matriz» concluye «que las prácticas objeto del expediente se refieren a un reparto interno de funciones en el seno del grupo y no pueden, por tanto, ser consideradas como restrictivas de la competencia a los efectos de la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado de Roma o de la Ley 110/1963».

Con su resolución el TDC rechaza la posición simplificadora del SDC que parecía excluir la existencia de restricción en cualquier acuerdo realizado entre empresas del grupo para continuar exigiendo un cierto plus o requisito añadido para que pueda así declararse, que se cifra en que «no exista autonomía de la filial respecto a la matriz» y que «falte en la sociedad filial la necesaria capacidad para determinar su actividad comercial».

La resolución concluye que nos encontramos ante un mero reparto de funciones en el seno de una empresa porque «de los datos que figuran en el expediente no puede deducirse que la filial española goce de autonomía real a la hora de determinar su estrategia comercial en el mercado, sino que por el contrario no hace sino seguir las instrucciones que se le imparten desde la empresa matriz».

Pero al no aparecer reflejados dichos datos en la resolución nos impide descubrir con total certidumbre cuales son los elementos de hecho que determinaron la convicción del TDC respecto a la existencia de unidad económica y concretamente si venían referidos a la influencia de la dominante en la política comercial de la dominada con carácter general o específicamente a este caso concreto.

### 3.3. El criterio del control indudable

El TDC utilizó nuevamente el principio de unidad económica como *ratio decidendi* en el asunto «Asociación Española de

Radiodifusión Privada (AERP)»<sup>296</sup>, referida igualmente a un caso de control totalitario. En el que concluyó que no se daban las condiciones necesarias para que RTV, TVE y/o RNE hubieran incurrido en las prohibiciones del artículo 85 del Tratado CEE ni en las del artículo 1 de la Ley 110/1963.

La AERP denunció a dos empresas por haber emitido la primera una campaña de publicidad gratuita en favor de la segunda. La denunciante alegaba, por lo que nos interesa, la existencia de un acuerdo restrictivo de reparto de mercados entre «Televisión Española S.A.» (TVE) y «Radio Nacional de España S.A.» (RNE) en violación de los artículos 1 en relación con el 3 c) LRPRC y 85 TCEE.

De la información facilitada por TVE y RNE y de las facturas aportadas por las partes, el TDC dedujo que TVE no realizaba ninguna contratación de publicidad, función que era ejercida por la Gerencia de Publicidad del Ente Público Radio Televisión Española (RTVE).

El SDC negó la existencia de un acuerdo restrictivo en aplicación del principio de unidad económica afirmando que «en cuanto a la posibilidad de infracción del artículo 1 por la existencia de un presunto acuerdo entre RNE y TVE, no se da la pluralidad de sujetos que puedan ponerse de acuerdo, puesto que existe una verdadera unidad jurídica y económica entre el Ente Público RTVE, TVE y RNE».

Lo cierto es que pese a lo dicho por el SDC tal unidad jurídica no existía puesto que pese a ser RTVE accionista único de TVE y RNE estas eran sociedades mercantiles con propia personalidad jurídica. En cuanto a la existencia de una única unidad económica de la resolución no se desprenden cuales eran los elementos de hecho que llevaban al SDC a conformar tal juicio.

La Sección Primera del TDC a la que le correspondió el asunto por turno ofició a la Secretaría de Estado de Hacienda para que

<sup>296</sup> Resolución de la Sección Primera del TDC de 8 de febrero de 1991.

certificara, por cuanto nos interesa, «la capacidad de decisión de TVE y RNE en cuanto a la emisión de publicidad de una por otra», sin que conste en los antecedentes de hecho de la resolución cual fue la contestación de dicha Secretaría a esta cuestión.

El oficio es sin embargo relevante por cuanto demuestra que el TDC estaba interesado en conocer si las dos filiales del ente público podían adoptar decisiones respecto a su línea comercial a seguir en el mercado en la concreta materia sobre la que versaba el caso y no con carácter general, lo que suma un nuevo dato a la impresión de que el TDC considera que la evaluación de la existencia de una unidad económica susceptible de ser tenida en cuenta desde la perspectiva jurídica debe hacerse respecto al tipo de decisión, acuerdo o práctica sometido a revisión y no in genere.

El TDC aplicando conjuntamente la normativa comunitaria y nacional de Defensa de la competencia decidió sobre la posibilidad de existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 1 LRPRC y 85 TCEE entre el ente público RTVE y las sociedades estatales TVE y RNE de él dependientes, estableciendo por vez primera una doctrina general en la materia, que pretendía ir mas allá de la mera enunciación del principio.

A juicio del TDC «para que se produzcan las situaciones prohibidas por el artículo 85 del Tratado CEE y por el artículo 1 de la Ley 110/1963, es necesario que exista una dualidad o pluralidad de participantes.

No existirá tal dualidad si el control económico de una parte por otra es indudable, sin que importe que exista o no independencia jurídica ni si las filiales tienen, o no, obligaciones fiscales en relación con las operaciones realizadas dentro del 'grupo'. En el Derecho de la Competencia tanto comunitario como nacional, se desconectan el concepto económico de 'empresa', que es el importante a efectos de la definición de los sujetos que pueden infringir la normativa de la competencia, de los diversos sujetos de derecho que pueden constituir una sola empresa.»

La doctrina sentada por el TDC en esta resolución es sumamente extensa y en mi opinión discutible. El TDC afirma que no

existe pluralidad de partes en un acuerdo cuando existe un «control indudable» de una sociedad respecto a otra, sin tener en cuenta para nada la pluralidad de intereses derivada, al menos de la pluralidad de titularidades de participaciones sociales, en las filiales que no están controladas por un único socio o por una base social gemela.

Es cierto que el TDC dicta esta doctrina en un caso en que las filiales están participadas al 100%, pero no es menos cierto que la falta de precisiones de la resolución puede llevar a postular directamente a algunos autores que el mero «control indudable» —por ejemplo través de la titularidad de un 15% del capital en una sociedad cuyo restante capital está totalmente atomizado— supone la inexistencia de pluralidad de voluntades y la inaplicación de la prohibición de competencia establecida en el artículo 1 LDC, opción esta, cuanto menos discutible.

El TDC afirma en la resolución tres cuestiones relevantes respecto a la noción de empresa. Primero que existen empresas policorporativas, puesto que admite la existencia de «diversos sujetos de derecho que puedan constituir una única empresa» con lo que se acepta que los grupos de empresas puedan ser considerados en ocasiones a la hora de aplicar el Derecho de la competencia como una única empresa. Segundo que la condición de empresa es la que determina la de potencial infractor de la normativa de defensa de la competencia. Y tercero que a la hora de definir que hay que entender por empresa desde la perspectiva del Derecho de la competencia el único concepto válido es el concepto económico.

El TDC resolvió el caso atendiendo a quien tenía el poder de decisión en materia de publicidad, a través de la interpretación del artículo 8.1.ºj) de la Ley 4/1980 que no hace referencia alguna a la emisión de publicidad por TVE o por RNE, sino por RTVE.

A juicio del TDC «el espíritu de la norma parece ser que la publicidad es una actividad del Ente Público, aunque se emita por TVE y, de acuerdo con lo previsto en su artículo 11 d), corresponde al Director General del mismo actuar como órgano de contratación tanto de RTVE como de sus Sociedades».

El TDC centra su atención también en que «ni TVE ni RNE obtienen ingresos comerciales, sino que ambas se financian mediante una subvención a la explotación que reciben de RTVE», afirmando que «en el caso estudiado, por parte de TVE y de RNE no se da la autonomía de decisión, la libertad de contratación ni la independencia económica que permitan suponer la existencia de la autonomía de voluntad indispensable para que pudiera producirse un acuerdo, entre dos o tres partes, que resulte restrictivo de la competencia».

El TDC argumenta, por tanto, la inexistencia de partes diferenciadas o de voluntades distintas en el acuerdo en consideraciones que se refieren no sólo a la particular conducta sobre cuyo carácter restrictivo se decide sino al comportamiento económico general de las empresas controladas. Se afirma que no existe autonomía de decisión. Tal autonomía no existe ni respecto a la concreta conducta que se pretende restrictiva —emisión de publicidad gratuita de RNE— ni respecto a la actividad económica general de contratación en materia de publicidad —contratación de publicidad de cualquier anunciante—.

Los criterios son certeros y la resolución fundada, pero nos deja en la duda de si para el TDC será necesario demostrar que la falta de independencia económica se produzca con carácter general o deberá darse en el caso concreto para que exista falta de pluralidad.

#### **3.4. Inexistencia de competencia previa y falta de pluralidad material de voluntades. Apreciación distinta de la existencia de la unidad económica a los efectos de la aplicación del artículo 1 y 7 LDC**

El Pleno se ocupó también de la cuestión de la unidad económica en su Resolución en el asunto «FRINT»<sup>297</sup> iniciado

<sup>297</sup> Resolución del Pleno del TDC de 8 de julio de 1992. Recurrída por motivos diversos a los que aquí nos interesan ante la Audiencia Nacional que

por denuncia de la «Asociación Nacional de Industriales Envasadores y Refinadores de Aceites Comestibles» contra un grupo de sociedades compuesto por seis empresas extranjeras «FRINT LTD.», «FRINT LUSO», «SOCIETA ANONIMA ITALIANA RAFFINAZIONE OLII» (SAIRO), «FRAHUIL», «HUILERIES REUNIES» y «E. G. CORNELIUS AND CO. LTD.» y una española «FRINT ESPAÑA S.A.» a las que se acusaba de acuerdo restrictivo en violación del artículo 1 LDC y de realizar un acto de competencia desleal que falsea de manera sensible la libre competencia afectando al interés público ex art. 7 LDC.

En su resolución el TDC afirmó que la actuación de las siete empresas citadas había sido la de una unidad económica aunque se conservara y mantuviera la diferencia de personas jurídicas con apariencia empresarial independiente, por lo que no procedía encuadrar su conducta en el artículo uno de la Ley 16/1989, aunque constituía un acto de competencia desleal, que violaba el artículo 7 LDC.

La conducta supuestamente restrictiva consistía en una maniobra de acaparamiento de aceite de oliva, mediante la realización de ofertas por encima de los precios corrientes conocidos, en dos subastas públicas realizadas para la adquisición de aceite de oliva, que se encontraba en poder del órgano nacional regulador: Servicio Nacional de Productos Agrícolas (SENPA).

Subastas que se realizaron a instancias de la Comisión de las Comunidades Europeas que por sus Reglamentos 2.376/89 y 2.727/89 decidió la puesta en venta mediante licitación en ambas subastas de un total de 5.000 toneladas de aceite de oliva virgen y 19.000 toneladas de aceite de oliva virgen lampante que se encontraban en poder del SENPA.

---

desestimó los diferentes recursos en sus sentencias n.º 303/95, de 19 de mayo, en el caso KOIPE, recurrida en casación, n.º 44/96, de 26 de enero, en el caso «Aceites del Sur», firme, n.º 179/96, de 27 de marzo en el caso «Aceites Toledo», recurrida en casación, n.º 180/96, de 27 de marzo en el caso «Aceites Elosua», firme.

Entre las condiciones de las subastas se encontraba la limitación de las ofertas por cada licitador a unos máximos de 500 toneladas para el aceite de oliva virgen y 1.500 toneladas para el virgen lampante, que se justificaba en el preámbulo de los Reglamentos por las reducidas disponibilidades de aceite de oliva, la necesidad de garantizar al mayor número de operadores un abastecimiento mínimo para sus necesidades inmediatas, y la conveniencia de evitar acaparamientos por un número reducido de operadores.

El grupo de empresas en cuestión, se trataba de un grupo familiar internacional a la cabeza del cual se encontraba el Sr. Raymond Azria y sus familiares que poseían el 100% del capital de «FRAHUIL» y de «HUILERIES REUNIES», controlaban «FRINT LTD.», «E. G. CORNELIUS AND CO. LTD.» «SOCIETA ANONIMA ITALIANA RAFFINAZIONE OLII» (SAIRO), y a través de la sociedad de cartera «SEMEX N. V.» el 78% del capital de «FRINT LUSO». Y el 98,95% del capital de «FRINT ESPAÑA S.A.»

Con excepción de un subote de la primera subasta de 301 toneladas 390 kilos, todos los lotes fueron adjudicados a una u otra de las sociedades que componen el grupo Azria, produciéndose, como consecuencia de las compras efectuadas, una notable elevación del precio medio del aceite tanto virgen de oliva como virgen lampante. Todas las cantidades de aceite de oliva obtenidas por las empresas extranjeras integrantes del grupo fueron cedidas a «FRINT ESPAÑA S.A.», que en el período comprendido entre 12 de septiembre y 31 de diciembre de 1989 vendió en el mercado español 28.792.133 kilos y en el mercado internacional 21.516.506 kilos de aceite de oliva.

Junto a ello se acusaba al grupo de infringir el artículo 1.1. c LDC que establece la prohibición del reparto de las fuentes de aprovisionamiento<sup>298</sup>.

---

<sup>298</sup> A las mismas licitaciones acudieron otros grupos de sociedades y sociedades independientes encuadrados en ANIERAC que pujaron por dife-

La representación común de las sociedades integrantes del grupo Azria alegó la existencia de una unidad económica o empresarial entre las empresas integrantes del grupo considerando que no existía infracción alguna a la competencia en aplicación de la doctrina comunitaria y nacional del principio de unidad económica.

### 3.4.1. *El artículo 1 y la necesidad ontológica de pluralidad de partícipes. Aplicación del principio de unidad económica*

El TDC, por cuanto nos interesa, afirmó que la actividad de las empresas integrantes del grupo Azria al concurrir con ofertas previamente acordadas entre ellas tanto respecto a los precios como a la elección de lotes de aceite de oliva parece a primera vista encuadrable entre los acuerdos colusorios que se prohíben en el art. 1 LDC, pero «si se tiene en cuenta que la actuación acordada de estas siete empresas no se debe a que se pusieran de acuerdo tan sólo para estas operaciones las voluntades independientes de sus órganos directivos, sino que su obrar concertado se debió a que la actuación de todas ellas remonta a una misma voluntad que las dirige simultánea y concertadamente, no es posible encuadrar esa conducta en el artículo 1 de la Ley 16/1989».<sup>299</sup>

---

rentes lotes, dándose la circunstancia de que empresas pertenecientes a distintos grupos o independientes incluidas en ANIERAC, pujaron cada una de ellas por un sublote distinto de determinados lotes por un precio idéntico. A resultas de sus investigaciones el SDC incluyó, de oficio, en el expediente, a estas empresas integrantes de la asociación denunciante.

<sup>299</sup> Continuaba el Tdc afirmando que «Se sigue con ello la doctrina ya mantenida por este Tribunal en Resoluciones anteriores y, señaladamente, en la de 19 de noviembre de 1990 en la que se recogen los precedentes de otras de este mismo Tribunal, además de los de la jurisprudencia comunitaria, de que es preciso que entre empresas que obran concertadamente existiera previamente una competencia susceptible de ser restringida, lo que generalmente no ocurre entre empresas del mismo

Los argumentos transcritos de la Resolución tienen gran relevancia tanto desde la perspectiva general de definición del principio de unidad económica como desde la de su aplicación por el TDC al caso concreto.

Dos son, por tanto los criterios que, a juicio del TDC, hay que tener en cuenta para determinar la existencia o no de la restricción, la existencia de competencia entre las empresas integrantes del grupo con anterioridad a la conducta supuestamente restrictiva que analizamos, y la existencia o no de una pluralidad material de voluntades.

La resolución deja claro también que existirá acuerdo restrictivo cuando empresas pertenecientes a distintos grupos acuerden entre ellas la conducta restrictiva, afirmando correctamente que «en la medida en que empresas pertenecientes a grupos distintos, o que sean independientes, se hayan concertado para actuar en el mercado, podrá afirmarse que están incurso en el artículo uno de la Ley 16/1989 y que han realizado actos prohibidos».<sup>300</sup>

En cambio la cuestión de los elementos de hecho cuya comprobación lleva al TDC a considerar que el obrar concertado de las empresas integrantes del grupo Azria se debió a que la actuación de todas ellas remonta a una misma voluntad que las dirige simultánea y concertadamente por lo que la actuación de estas sociedades ha sido la de una unidad económica, no aparece tan claramente resuelta en la resolución.

Es cierto que el TDC indica en los antecedentes de hecho que las empresas forman parte de un grupo de sociedades en el que la misma familia tiene participaciones totalitarias o cuasitotalitarias en el capital de cada una de las sociedades. Es

---

grupo si no existe una autonomía de decisión de cada una de ellas, de tal modo que, aunque cada empresa mantenga una personalidad jurídica propia, esta apariencia formal no permite hablar de partes diversas que se acuerdan entre sí».

<sup>300</sup> Resolución «FRINT», pág. 47.

cierto también que las empresas actúan concertadamente ofreciendo precios iguales y no concurriendo respecto a los respectivos lotes pero ello solo demuestra la existencia de conducta concertada y no necesariamente que ésta proceda de una misma voluntad.

Más interesante resulta la afirmación del TDC de que todas las empresas extranjeras cedieron las cantidades por ellas adquiridas a la sociedad española —explicada por la representación del grupo en función de que esta actuaba como representante de aquellas al menos en cuanto al pago del IVA del que hubieren estado exentas las empresas extranjeras— y la de que posteriormente sea ésta quien realiza la enajenación de las partidas en España o en el extranjero sin atender en la enajenación a las proporciones que se adquirieron.

Ello parece indicar la existencia de una política empresarial común en el seno del grupo que puede implicar la inexistencia de competencia entre las empresas que lo componen.

En todo caso falta en la resolución un claro hilo argumental entre los hechos y sus consecuencias jurídicas, una identificación clara e indudable de cuales de entre los hechos citados en la resolución son los que llevan al TDC a la conclusión de que no existe competencia a restringir ni pluralidad de voluntades en el concreto supuesto.

La resolución tiene además un gran interés añadido en cuanto equipara aunque sin precisar los motivos las situaciones de las filiales al 100%, al 98,95% y al 78%. Con ello el TDC, extiende la aplicación del privilegio del grupo más allá de lo que lo hace la jurisprudencia comunitaria, y parece indicar nuevamente que es la existencia de control lo que justifica el tratamiento diferenciado de las empresas pertenecientes a un grupo respecto a las jurídicamente independientes<sup>301</sup>.

<sup>301</sup> A diferencia del grupo AZRIA, los otros grupos presentes en el caso y encuadrados en ANIERAC, en concreto los grupos ELOSUA y KOYPE, independientes entre ellos, se habían concertado entre ellos y con otras

### 3.4.2. *El artículo 7 y la posibilidad de infracción individual*

La utilización de la distinta personalidad jurídica de las distintas entidades pertenecientes al grupo para burlar las condiciones de la subasta, constituyó en cambio a juicio del TDC una práctica de competencia desleal a las que cabía incluir dentro del ámbito de aplicación del entonces vigente artículo 87 de la Ley de marcas, en cuanto constituían un acto contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles y 7.2 Código civil, en cuanto suponían u supuesto abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo<sup>302</sup>.

El TDC constató igualmente que la conducta desleal apreciada en el grupo falseaba de modo significativo la competencia y afectaba al interés público y que por tanto se cumplían los requisitos para la aplicación del artículo 7 LDC.

Por ello el TDC consideró cumplidos los requisitos de una violación del artículo 7 LDC, resolviendo que: «se declara la existencia de una conducta prohibida consistente en el falseamiento de la libre competencia por medio de actos de competencia desleal y afectación del interés público, todo ello mediante la participación como independientes de las empresas de un mismo grupo económico...»<sup>303</sup>, esto es en cuanto se presentaban como independientes cuando realmente constituían una única unidad económica relevante desde la perspectiva del derecho de defensa de la competencia.

---

empresas independientes citadas en la resolución, por lo que el TDC consideró correctamente que habían infringido el artículo 1.1.c LDC. El TDC los sancionó por ello mediante la imposición de una multa sancionadora conjunta a cada uno de los grupos, puesto que en estos casos existía lógicamente un acuerdo restrictivo entre empresas independientes.

<sup>302</sup> El TDC rechazó además la pretensión del representante del grupo quién afirmaba que el TDC no podía pronunciarse sobre la existencia de una violación del artículo 7 LDC en tanto un Tribunal civil no hubiera declarado previamente la comisión por miembros del grupo de un acto de competencia desleal.

<sup>303</sup> Resolución FRINT cit., pág. 52.

En consecuencia el TDC impuso al grupo AZRIA conjuntamente una multa sancionadora pagaderas por la única entidad española que formaba parte del grupo. La razón de la conveniencia de la especificación es obvia al ser ésta la única entidad domiciliada en España y la cesionaria de todos los lotes obtenidos en la subasta.

En todo caso debe reconocerse en ella un mecanismo de determinación de la entidad del grupo primeramente obligada al pago y no de delimitación del mecanismo de distribución de los costes derivados de la sanción en el seno del grupo, cuestión ésta que excede a la competencia del TDC, tal y como éste mismo puso de manifiesto en su reciente resolución de 12 de mayo, de 1995 en el caso FRINT<sup>304</sup>, dictada ante una petición de desglose de la multa entre las distintas entidades pertenecientes al grupo, realizada por FRINT ESPAÑA, S.A.

### 3.5. La extensión del principio de unidad económica a los acuerdos entre una filial sometida a control conjunto y su matriz

Hasta 1993, el TDC había limitado su política extensiva de aplicación del privilegio del grupo a casos de control exclusivo. Sin embargo a partir de esta fecha y concretamente de su resolución de 17 de mayo de 1993 dictada en el caso Potasas se extendió su aplicación a casos de control conjunto. Esto es a los posibles acuerdos entre una filial sometida a control conjunto y una de las sociedades matrices.

Se trataba de la revocación de la autorización —concedida por Resolución de 16 de octubre de 1990<sup>305</sup>— de un cartel formado por las tres únicas entidades españolas productoras de

<sup>304</sup> BOMEH, 1995, págs. 4365 y ss.

<sup>305</sup> Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. Resoluciones 1986-1990, Tomo II, págs. 1656 y ss., Madrid (Ministerio de Economía y Hacienda), 1992.

potasas —Suria K. S.A., Potasas del Llobregat S.A. y Potasas de Subiza S.A.— y la única comercializadora —Comercial de Potasas S.A.— que antiguamente independientes habían pasado a formar parte de un mismo grupo constante el período de autorización.

Las cuatro empresas se consideran integradas por el TDC en el grupo INI en cuanto éste es titular del 100% del capital de dos de las productoras y de la comercial y comparte al 50% el capital de la otra productora con la Diputación General de Navarra.

El Servicio de Defensa de la Competencia apreció que «por tratarse de empresas integradas en un grupo que unifica la dirección de la política económica de sus miembros, los acuerdos no se consideran restrictivos de la competencia en el sentido del art. 1 de la Ley 16/1989». El TDC por su parte afirmó «que el hecho de haberse integrado (las cuatro empresas) en un mismo grupo hace innecesaria la autorización para actuar de consuno» afirmación que viene inmediatamente matizada con la reiteración de su propia doctrina en el sentido de que «la existencia de un acuerdo colusorio en el sentido del art. 1 de la Ley 16/1989 precisa de la concurrencia de dos voluntades con autonomía desde el punto de vista económico» y que «la unificación del poder de decisión juega también respecto del art. 6, es decir, que la valoración de la situación en el mercado, como dominante o no dominante, de las empresas con dirección común, debe hacerse teniendo en cuenta este hecho».

Tanto el SDC como el TDC aplican el principio de unidad económica. La cuestión estriba en los requisitos de aplicación. La escueta resolución no nos da más información, pero del contenido del cartel autorizado en la resolución de 1990 podemos claramente deducir que se trata de un grupo en el que las decisiones sobre la política a seguir en el mercado están totalmente centralizadas y en el que las decisiones comerciales obedecen a las instrucciones impartidas por la dirección del grupo.

En estas condiciones de ejercicio del control en el caso concreto, sin duda las empresas configurarán una unidad

económica a la que no será aplicable la prohibición establecida en el artículo 1 LDC. Pero no se trata que el mero hecho de la pertenencia a un grupo —en este caso el del INI— suponga que las entidades pertenecientes al mismo no puedan concertarse por carecer automáticamente estos acuerdos del requisito de duplicidad real de voluntades.

De otra parte el TDC adelanta un criterio plenamente razonable, que posteriormente fue incluido, como hemos visto en las conclusiones del Abogado General respecto al recurso de casación presentado por Viho ante el Tribunal de Justicia comunitario, al afirmar que «si alguna vez estas sociedades, que conservan su independencia jurídica, recuperaran su independencia económica, se regirían plenamente por las normas de la Ley 16/1989».

En cuanto al tratamiento que realiza de las entidades sometidas a control conjunto a las de control exclusivo, puede que en el caso se dieran circunstancias especiales que explicaran esta equiparación no razonada, pero en todo caso no aparecen plasmadas en la resolución. El hecho de que tanto el INI como la Diputación General de Navarra sean accionistas públicos no justifica que no se tenga presente que ambos pueden tener perfectamente intereses contrapuestos y que ninguno de los dos goza de una mayoría de control en la sociedad.

El TDC va con ello muchísimo más allá que la jurisprudencia comunitaria al afirmar que las filiales sometidas a control conjunto pueden constituir una unidad económica relevante jurídicamente con una de sus matrices, de forma que les sea aplicable el privilegio del grupo<sup>306</sup>.

<sup>306</sup> La segunda cuestión es la extensión del principio de unidad económica al artículo 6 LDC como mecanismo de cómputo. La utilización del principio de unidad económica como mecanismo de cómputo está presente en nuestro ordenamiento contable —área de consolidación— societario —cómputo de las acciones propias o de la sociedad dominante— y también de defensa de la competencia —concentraciones, ayudas públi-

### 3.6. Un quiebro hacia la aplicación del privilegio del grupo por la simple pertenencia a éste

Un arriesgado giro en la doctrina del TDC fue el protagonizado por la resolución de 23 de marzo de 1994, dictada en el caso «terminales de contenedores»<sup>307</sup>. Ésta revocó un acuerdo del SDC de archivo de las actuaciones derivadas de la denuncia formulada por «Herrera Estibadora, S.A.» contra otras seis entidades —Compañía Auxiliar del Puerto, S.A. (CAPSA),

---

cas o dumping—. El TDC hace aquí otra aplicación del principio de unidad económica como mecanismo de cómputo en el ámbito de la determinación de la existencia de una posición de dominio en el mercado como presupuesto del abuso de la misma al que se refiere el artículo 6 LDC.

Para determinar la posición dominante de una empresa habrá que tomar en cuenta así mismo las cuotas de mercado correspondientes a aquellas que formen una unidad económica.

La utilización del principio de unidad económica como mecanismo de cómputo presenta menos riesgos que su utilización en otros casos. Por ello los requisitos exigidos para apreciar la existencia de unidad económica son menores, admitiendo en ocasiones el ordenamiento computar las cuotas de mercado, los activos o pasivos o las acciones de los miembros del grupo por el mero hecho de serlo sin exigir ulteriores requisitos.

La cuestión de si esta debe ser la línea de la aplicación de la regla de cómputo establecida respecto al artículo 6 LDC o si por el contrario solo debe admitirse su utilización cuando se de los requisitos exigidos para su utilización como mecanismo de inaplicación de prohibiciones o como mecanismo de imputación, está todavía imprejujada.

Tal y como dijimos al principio de este libro, las diferentes consecuencias derivadas de la apreciación de la existencia de una única unidad económica entre algunos o todos los miembros de un grupo justifican la exigencia de mayores o menores requisitos.

Teleológicamente interpretados las doctrinas o preceptos que establecen la aplicación del principio de unidad económica como regla de cómputo exigen que sea tenida en cuenta toda acción, activo o pasivo o cuota de mercado sometida a la dirección unitaria —esto es constitutiva del grupo— sin ulteriores requisitos que si parecen exigibles cuando se trata de extraer consecuencias tan graves como son la imputación o exoneración de responsabilidad.

<sup>307</sup> BOMEH 1994, págs. 2717 y ss.

Sociedad Canaria de Estiba, S.A. (SOCAESA), Compañía Mercantil Hispano Noruega, S.A., Ahlers y Rahn Consignataria, S.A., Hamilton y Compañía, y Volsen y Compañía—, por infracción del artículo 1 LDC.

Las dos primeras de estas seis entidades eran respectivamente las concesionarias de las dos únicas terminales de contenedores de uso público existentes en el puerto de Tenerife y tenían un accionariado parcialmente común, en cuanto las otras cuatro entidades citadas eran titulares conjuntamente— sin que resolución nos informe del porcentaje de capital que correspondía a cada una de ellas— del 52% de las acciones de CAPSA y del 100% de las acciones de SOCAESA.

En cumplimiento de la resolución se acordó la admisión a trámite e incoación del expediente, concluido, tras la adquisición por CAPSA del 100% del capital de SOCAESA mediante la Resolución del TDC de 23 de julio de 1998, en el caso «Contenedores Tenerife», en la que atendiendo a cuestiones de competencia, ajenas al objeto de este estudio, se confirma el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 24 de marzo de 1998, por el que sobreseyó nuevamente el expediente.

En la primera de estas resoluciones el TDC afirmó que para resolver sobre la revocación de la decisión de archivo adoptada por el SDC, había que tomar en cuenta si las seis entidades citadas forman un grupo. «Si forman un grupo, todos los acuerdos, tanto de constitución como de funcionamiento del grupo, quedarían fuera de las prohibiciones del artículo 1 para entrar en la órbita de las concentraciones. En un segundo momento, habría que decidir si la concentración era o no controlable por el Ministerio de Economía —umbrales del artículo 14—; y fuera o no controlable, si el grupo se encuentra en una posición de dominio que lo haga caer en las prohibiciones del artículo 6», lo que implicaba una confusión total del ámbito de aplicación de la normativa de concentraciones y del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

«Con los datos que tuvo a la vista el Servicio —continúa diciendo la resolución— no parece que exista un grupo si se

entiende por tal la existencia de un único poder de decisión personalizado. Los cuatro accionistas comunes dominan las dos sociedades —CAPSA y SOCAESA— pero mantienen su propia independencia y en cualquier momento cada uno puede oponerse a las decisiones de los demás. Habría que investigar sus relaciones y ver si existe algún otro vínculo entre ellos que permita suponer la existencia de un centro decisor único y estable en el tiempo... si no existe grupo, los acuerdos entre los cuatro accionistas comunes y entre CAPSA y SOCAESA habrán de examinarse a la luz del artículo 1».

Independientemente de la opinión que nos merezca la declaración de inaplicabilidad de las normas del artículo 1 LDC a la constitución de filiales comunes —cuestión que no pretendemos abordar aquí pero que nos parece cuanto menos muy dudosa por no decir directamente infundada en los casos en que tal constitución no implique la desaparición del sector o de sectores vinculados de las empresas matrices o en que la filial resultante no pueda ser reconocida como una empresa con plenas funciones— es preciso señalar una serie de puntos de vista recogidos en la resolución que conviene tener presentes.

El TDC identifica aquí —a diferencia de la doctrina del TJCE, de la Comisión y de la jurisprudencia norteamericana y de su propia doctrina anterior— la mera pertenencia al grupo como el hecho relevante que determina la aplicación o inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 1 LDC. Grupo que identifica como la existencia de «un único poder personalizado».

La existencia de un único poder puede referirse a la generalidad de las actividades propias de cada una de las entidades pertenecientes al grupo o tan solo a algunas de ellas, en este último caso la extensión puede ser tal que permita afirmar la existencia de verdadera dirección unitaria o únicamente de ejercicio aislado del control. En este último caso no puede afirmarse —strictu sensu— la existencia de un grupo de sociedades.

La existencia de un único poder puede referirse exclusivamente a un hecho concreto, el analizado en el caso y puede ser

muestra de un ejercicio del poder control realizado en el ámbito de la dirección unitaria o fuera de él.

El carácter personalizado del único poder puede significar que sea ostentado por un único sujeto —lo cual en grupos polifuncionales o simplemente de estructura no piramidal no es muy frecuente— o que sea ostentado por personas —lo cual parece un llamamiento a la relevancia del poder ostentado por personas y no por empresas en el ámbito del ordenamiento de defensa de la competencia—.

La noción de grupo que se nos ofrece no nos permite resolver con claridad la cuestión que nos ocupa y desde luego, al menos terminológicamente contradijo, la doctrina comunitaria y comparada y aún la del propio TDC que había manifestado la insuficiencia de la mera pertenencia a un grupo como causa de inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 1 LDC. Se trata sin embargo de una resolución aislada, prontamente corregida, que no debe ser tomada en cuenta, a nuestro juicio, para definir la posición del TDC respecto al privilegio del grupo.

### 3.7. La vuelta al criterio de unidad económica y la desaparición del requisito del reparto interno de funciones

Quizá las dudas interpretativas planteadas por la anterior resolución, estuvieron en la base del Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 28 de enero de 1997, por el que se archivaban las diligencias seguidas contra la compañía Iberia Líneas Aéreas de España S.A. por prácticas contrarias a los artículos 1, 6 y 7 LDC<sup>308</sup>.

El presunto acuerdo restrictivo habría consistido, a juicio de los denunciados, en un acuerdo de precios y reparto de mercados entre IBERIA y AVIACO, ambas sociedades filiales prime-

<sup>308</sup> El texto en extracto del acuerdo puede verse en el antecedente de hecho 2 de la resolución del Pleno del TDC de 22 de mayo de 1997, en el caso SEPLA/IBERIA (Boletín Económico de ICE, 1997, n.º 2551, págs. 55 y ss.

ro de TENEO S.A. y luego de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) que controla directa o indirectamente el 99,2% del capital de la primera y el 99,4% del capital en la segunda, siendo además la primera titular del 32,9% del capital de la segunda.

El acuerdo de archivo afirmaba que «estamos en presencia de un Grupo de Empresas, tanto en su sentido jurídico como económico, por la pertenencia de la casi totalidad de su capital (de IBERIA y AVIACO) a la misma sociedad, TENEO, S.A., en el pasado, y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales en la actualidad... Por lo que no cabe apreciar acuerdos restrictivos de la competencia entre ambas empresas —IBERIA y AVIACO— ni abuso de posición dominante de la primera.

Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia no cabe esperar que las distintas sociedades componentes de un grupo de empresas tengan una libertad real para determinar su actuación en el mercado de forma independiente de la matriz. El propio contenido de la denuncia demuestra que AVIACO nunca ha podido establecer su estrategia comercial, sino que ésta ha venido siempre supeditada a las instrucciones recibidas de IBERIA.

AVIACO e IBERIA no pueden ser consideradas empresas independientes desde el momento que, como se ha podido constatar, pertenecen al mismo propietario en más de un 99% de su capital. A este hecho obedece, sin duda, que tratándose de empresas de un mismo sector, el nombramiento de Presidente de las Compañías recaiga en la misma persona, circunstancia ésta que trasluce el deseo de que el funcionamiento de ambas empresas responda a criterios de racional (sic) para el propietario y, en consecuencia, de acción coordinada»<sup>309</sup>.

Como podemos observar fácilmente el acuerdo se desliza por la pendiente tendente a considerar que no existe posibilidad de acuerdo restrictivo de la competencia entre empresas pertenecientes al mismo grupo, sin apreciación respecto a la subsisten-

<sup>309</sup> Loc. ult. cit.

cia o no de una real autonomía de las empresas pertenecientes al grupo en su línea de actuación en el mercado.

Frente a ello la resolución del TDC, que desestima el recurso planteado por algunos de los denunciantes contra el acuerdo de archivo, tiene entre otras la gran virtud de volver a dejar las cosas en sus sitio al afirmar que «el elemento fundamental para determinar si, entre dos empresas de un mismo grupo en el que una es matriz y otra filial, se está en presencia de acuerdos o prácticas concertadas de las prohibidas en el artículo 1 LDC es la existencia de autonomía real de comportamiento de la filial respecto a la matriz»<sup>310</sup>.

En efecto es la subsistencia de autonomía real y no la mera pertenencia al grupo, el elemento a tener en cuenta para aplicar el privilegio del grupo.

La resolución aprecia la inexistencia de tal autonomía real en base a la alta participación en el capital de ambas sociedades de una misma sociedad matriz, y en el hecho de que el presidente de las dos sociedades pertenecientes al mismo sector sea una sola persona.

Hay, por tanto, aplicación del privilegio del grupo a un caso de acuerdo entre filiales de una misma sociedad, con participaciones cuasitotalitarias en aplicación de la regla de minimis, pero no simple aplicación de una regla negativa de toda competencia susceptible de ser restringida en violación del artículo 1 LDC por la mera pertenencia a un mismo grupo.

### III. VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS FUNCIONALES

Tal y como hemos visto, a lo largo de este capítulo tanto los tribunales norteamericanos como los órganos administrativos y jurisdiccionales de la Unión y españoles, han aplicado un gran número de criterios funcionales, que no pueden ser reconducidos

<sup>310</sup> Fundamento de Derecho 3 de la resolución SEPLA/IBERIA cit.

a la unidad, para tratar de distinguir en que casos debía aplicarse el privilegio del grupo, y en que casos no.

Éstos son de naturaleza variable y difícilmente clasificables. De hecho no existe todavía una clasificación pacífica de los mismos. De otra parte su utilidad e incluso en ocasiones su pertinencia ha sido discutida tanto por los partidarios de la «intraenterprise conspiracy doctrine» como por los que defienden la aplicación de criterios estructurales para la resolución de estos casos.

Por todos, hasta por sus propios defensores, se les ha achacado su oscuridad y la falta de seguridad jurídica que entrañaban al no haber podido establecerse reglas claras respecto a su aplicación. Por todos se reconoce sin embargo su mayor proximidad a la realidad, de forma que permiten al órgano administrativo o al jurisdiccional acertar en su decisión en un mayor número de casos, esto es decidir más correctamente sobre en que casos debe aplicarse el privilegio del grupo y en que casos no.

Obviamente este tipo de criterios son mucho más complejos y caros en su aplicación, que los criterios estructurales, pero, en general garantizan un resultado más equitativo en la medida en que pueda a ser recabada la información necesaria para fundamentar la decisión.

En consecuencia de todo lo anterior el intento de clasificación de los criterios materiales que aquí emprendemos refleja una visión personal de los mismos y no un estado de conocimiento consolidado o como nos gusta decir a los que nos dedicamos al Derecho, no es pacífico en la doctrina.

#### 1. *Criterios referidos a los efectos que el acuerdo o práctica concertada produce en el mercado. Existencia de competencia entre las entidades pertenecientes al grupo susceptible de ser restringida*

En primer lugar podríamos identificar una serie de criterios que se fijan en la realidad del mercado antes y después del acuerdo o práctica entre las entidades miembros del grupo.

A través de ellos se pone de manifiesto que entre los miembros del grupo puede existir competencia efectiva en el mercado. Es más en las últimas décadas los sistemas de gestión descentralizada de los grupos en los que cada una de las entidades integrantes es concebida como un centro de provecho autónomo, han ido cobrando mayor significado y reduciendo el papel de los grupos fuertemente centralizados. Y a través de estos sistemas de gestión se potencia la competencia entre las distintas entidades integrantes de un grupo, llevando a la realidad los resultados de las más modernas teorías sobre la organización de empresas favorables a un incremento de la flexibilidad en la gestión de los grupos.

La flexibilidad en la gestión y la consiguiente competencia entre las entidades pertenecientes a un grupo reducen los costes de transacción y fortalecen la motivación de los directivos de las entidades pertenecientes al mismo.

Luego los acuerdos entre entidades pertenecientes a un grupo pueden restringir la competencia que existe en el mercado en perjuicio de ésta y de los consumidores, si entre las entidades que forman parte del acuerdo existía una competencia susceptible de ser restringida. De tal forma solo podían considerarse inocuos desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia aquellos acuerdos entre entidades pertenecientes a un mismo grupo que no compitieran previamente entre sí.

Esta es la argumentación que subyace en el requisito, utilizado por los tribunales norteamericanos, por la Comisión y por el TDC, de que exista una competencia entre las entidades miembros del grupo susceptible de ser restringida para que pueda considerarse que el acuerdo o práctica concertada infringe la sección 1 de la Sherman Act, el artículo 85.1 TCEE o el artículo 1 LDC.

Este criterio ha sido criticado en cuanto potenciaría la organización de los grupos en grupos altamente centralizados y no en grupos descentralizados, con lo que en definitiva su aplicación supondría una reducción efectiva de la competencia

en el mercado, consiguiendo los efectos contrarios a los pretendidos.

Esta crítica no es, sin embargo del todo convincente por dos motivos principales. El primero porque la experiencia demuestra que la aplicación del derecho de la competencia a los acuerdos entre entidades pertenecientes a un grupo nunca han generado una transformación importante en la organización de estos, ni mucho menos modificaciones estructurales en los mismos.

Decisiones que se adoptan como indican precisamente los autores que critican el criterio, mucho más por razones relativas a la financiación de las actividades, la delimitación de riesgos empresariales, la participación de otros socios en determinadas actividades, las oportunidades de negocio, los regímenes de carácter fiscal y otras muchas razones de carácter estrictamente comercial o financiero antes que por el hecho de que la regulación de la competencia afecte o no a los acuerdos entre entidades pertenecientes a un mismo grupo.

El segundo porque el número de casos sobre los que se discute la posible aplicación del privilegio del grupo y su fundamentación es bastante reducido y delimitado, por lo que la decisión al respecto no parece que deba alterar los planes de organización de las grandes empresas multinacionales.

Por ello hay que negar que la aplicación del criterio de la existencia de competencia previa susceptible de ser restringida genere efectos contraproducentes respecto a los pretendidos.

Una segunda crítica a este criterio, que ha tenido un gran éxito doctrinal, administrativo y judicial, ha sido la de que la existencia o no de competencia entre las entidades miembros del grupo obedecía a una decisión de la dirección de éste que podía ser legítimamente revocada, desde la perspectiva del derecho de sociedades, en cualquier momento por la dirección del grupo, haciendo uso del poder de dirección que algunos ordenamientos, como el alemán o el portugués, reconocen a ésta respecto a las entidades pertenecientes al grupo.

Esta crítica debe ser rechazada. El hecho de que la existencia o no de competencia proceda de una decisión de la dirección del grupo es absolutamente irrelevante desde la perspectiva de un derecho de defensa de la competencia que pretende preservar la competencia efectiva en el mercado. De otra parte el hecho de que desde la perspectiva del derecho societario sea perfectamente legítima, en aquellos ordenamientos que reconocen la legitimidad del poder de dirección, la decisión de la dirección del grupo de eliminar la competencia entre las distintas entidades que competían con anterioridad, no implica que el Derecho de la competencia deba calificar como legítima dicha operación.

Ambas ramas del derecho persiguen finalidades distintas y como es obvio ello puede llevar a declaraciones de ilegalidad desde la perspectiva de los fines perseguidos por una de ellas de actos que, vistos desde la perspectiva de los fines perseguidos por la otra, serían considerados perfectamente lícitos.

Es además curioso señalar que la crítica ha sido utilizada también en otros ordenamientos, en los que no es clara la legitimación del poder de dirección, como es el caso del comunitario o del español, lo que lleva a plantearnos el sentido que hay que darle a tal crítica en éstos.

En tercer lugar se ha considerado irrelevante la competencia existente entre las entidades pertenecientes al grupo, en cuanto dichas entidades actúan siempre en interés del grupo, y caso de que no sea así la dirección de éste puede en breve plazo, a través de los mecanismos correspondientes, sustituir a la dirección de la entidad miembro que haya dejado de hacerlo.

Pero el que las entidades pertenecientes a un grupo actúen siempre o para ser más exactos, puedan ser forzadas a actuar en interés de la dirección del grupo, no es relevante desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

De hecho los motivos o razones por los que un competidor o varios restringen la competencia son siempre indiferentes respecto a la ilicitud de la práctica a los ojos de las normas prohibitivas de la competencia. Lo que importa es que el acuerdo tenga por objeto o efecto restringir la competencia

(arts. 1 LDC y 85.1 TCEE), que se abuse de una posición de dominio (art. 6 LDC y 86 TCEE), que se falsee la competencia de forma sensible y con afectación al interés público mediante un acto de competencia desleal (art. 7 LDC), independientemente de los motivos o razones que llevaron a obrar de tal modo al presunto infractor. El que las entidades pertenecientes al grupo actúen o no en interés de la dominante no parece que debiera ser tomado en cuenta a la hora de determinar en que casos los acuerdos entre entidades pertenecientes a un grupo deben ser consideradas contrarias a las normas de defensa de la competencia y en que casos no.

Además es necesario observar que este criterio no es útil desde la perspectiva de la competencia potencial, por ejemplo el acuerdo entre dos entidades pertenecientes a un mismo grupo que actúan como centros de provecho autónomo compitiendo entre ellas en el mismo mercado, supuesto muy común, por ejemplo en el campo de las editoriales, para dividirse el mercado de un nuevo tipo de productos, por ejemplo CDS literarios que va a ser desarrollado y explotado en el futuro por cada una de ellas de forma autónoma.

En estos casos el criterio de existencia de una situación de competencia previa, aplicado al mercado analizado, el de los CDS literarios, no nos permite extraer conclusión útil alguna.

De otra parte hay múltiples casos en que las partes de un acuerdo restrictivo no se encuentran en competencia, por ejemplo acuerdos entre fabricantes y distribuidores. En estos casos tampoco será de utilidad acudir al criterio de existencia de una competencia previa susceptible de ser restringida.

Por ello podemos decir que la utilidad del criterio quedaría limitada a los casos de presencia de la dominante y la filial o de empresas pertenecientes al mismo grupo, que formen una misma unidad económica, en el mismo mercado. Y aun en ellos se plantea el verdadero sentido del criterio.

A nuestro juicio en los casos en que no exista competencia previa susceptible de ser restringida no actuará el privilegio del grupo, en el sentido de que el acuerdo no restringirá la compe-

tencia. Obviamente con la excepción ya indicada de aquellos que afecten a la competencia potencial.

Por eso en estos casos no habrá lugar a la aplicación de la prohibición del artículo 1 LDC u 85.1 TCEE por falta de uno de los elementos que la integran, que el acuerdo tenga por objeto o efecto restringir la competencia. Solo cuando, en estos casos, exista una competencia susceptible de ser restringida, cabrá la aplicación, caso de que esté justificada, del privilegio del grupo.

El criterio de la falta de existencia de una competencia susceptible de ser restringida pasa así de ser un criterio de justificación de la aplicación del privilegio del grupo a un criterio de delimitación del ámbito de aplicación de dicho privilegio.

## ***2. Criterios no referidos a los efectos que el acuerdo o práctica concertada produce en el mercado***

En esta categoría pueden incluirse dos clases de criterios que no se refieren a los posibles efectos que el acuerdo o práctica concertada puede producir en el mercado. Los que se refieren al supuesto de hecho de la prohibición, tratando de delimitar en que casos se darán en la realidad de los hechos todos los elementos del tipo, y los que tratan de utilizar como piedra de toque los criterios importados de otras ramas del ordenamiento, y en particular del Derecho de sociedades.

### **2.1. Criterios relativos al tipo**

Dentro de esta categoría podemos incluir tanto los que se centran en el requisito del tipo que exige que formen parte del acuerdo una pluralidad de destinatarios de la norma, de aquellos que atienden al hecho de que exista o no acuerdo.

En realidad se trata de dos versiones distintas del mismo problema, puesto que quienes fijan su atención en si existe o no un acuerdo, niegan, en su caso, la existencia de éste atendiendo

a la inexistencia de una pluralidad de voluntades autónomas, como consecuencia del ejercicio del poder de decisión de la dominante respecto al correspondiente acuerdo o práctica, o negando la posibilidad de que las entidades pertenecientes al grupo tengan una voluntad autónoma, una vez cumplidos determinados requisitos de carácter general.

Estos criterios parten de la inadecuación de la estructura jurídico —formal—, como criterio de distinción, en cuanto el derecho de defensa de la competencia debe atender a la realidad económica y no al mero formalismo jurídico. En consecuencia el hecho de que participen en el acuerdo o práctica concertada una pluralidad de sujetos dotados de personalidad jurídica distinta es totalmente irrelevante respecto al cumplimiento del requisito de que exista una pluralidad de destinatarios de la norma que participen en el acuerdo.

Para determinar si participa un único destinatario de las normas o varios de ellos es necesario partir de la identificación de éstos. En el Derecho de defensa de la competencia comunitario y también en el español, los destinatarios de las normas son las empresas concebidas como unidades económicas susceptibles de fijar de forma autónoma su línea de actuación en el mercado. Luego para saber si se cumplen los elementos del tipo de la prohibición de los artículos 1 LDC y 85.1 TCEE relativos al acuerdo y a la participación de una pluralidad de destinatarios de la norma será necesario saber si los partícipes constituyen una única unidad económica o varias.

Obviamente la decisión al respecto deberá adoptarse atendiendo a datos de carácter económico y no a datos de carácter formal.

Lo que sucede es que de una parte no está totalmente claro, ni es mucho menos pacífico que criterios deben tomarse en cuenta, ni de entre los que se toman en cuenta habitualmente, está claro su valor y, en su caso, su jerarquización.

Podemos distinguir entre varios tipos de criterios según tiendan a confirmar o negar que existe una única unidad económica respecto al concreto caso sobre el que nos plantea-

mos la cuestión, o traten de averiguar si existe una única unidad económica entre los partícipes de forma general.

Queda por determinar cual es la línea de actuación correcta, si fijar la atención en la actuación general de las entidades pertenecientes al grupo o respecto al caso concreto.

Los criterios que adoptan la primera perspectiva tratan de buscar elementos en el actuar económico de las entidades que participan en el acuerdo que muestren de forma inequívoca que dichas entidades actúan en el mismo como una única unidad económica, esto es que no gozan de autonomía real, que no fijan de forma autónoma su línea de actuación en el mercado, sin tratar de probar que el concreto acuerdo sobre el que se decide en el caso fue consecuencia de una decisión adoptada por la dirección del grupo.

Para ello utilizan múltiples indicios que no se refieren a intereses tutelados por el derecho de la competencia, sino con carácter general a la organización y funcionamiento de la empresa. Criterios que van desde la consolidación de las devoluciones de impuestos entre las entidades pertenecientes al grupo<sup>311</sup>, a la utilización de locales comunes<sup>312</sup>, la proposición conjunta a un tercero para contratar<sup>313</sup>, las negociaciones labo-

<sup>311</sup> Thomsen v. Western Elektric Co. cit. 1266.

<sup>312</sup> Murphy Tugboat Co. v. Shipowners & Merchants Towboat Co. cit. 859. Este criterio como el de tener empleados o directivos comunes fueron criticados por la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo en los casos en que se aplicaban a las relaciones entre una dominante y una filial controlada al 100%. En estos casos el tribunal consideró que la falta de estos criterios no son suficientes para describir una entidad económica separada a los efectos de la Sherman Act. «Los criterios simplemente describen la forma en que la dominante ha escogido estructurar una subunidad de si misma. Estos hechos no pueden dejar a un lado el hecho básico de que los intereses últimos de la filial y de la dominante son idénticos, por lo que la dominante y sus filiales deben ser vistas como una única unidad económica». Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. infra 772, nota 18.

<sup>313</sup> Las Vegas Sun, inc. v. Summa Corp. 610 F. 2d 614,618 (9th Cir.), cert. denied, 447 U.S. 906 (1980); Murphy Tugboat Co. v. Shipowners &

rales conjuntas<sup>314</sup>, la utilización de un logotipo común<sup>315</sup>, o de distribuidores comunes, el hecho de compartir el departamento de investigación y desarrollo<sup>316</sup>, y el intercambio de personal<sup>317</sup>. así como otros criterios que en Derecho civil podrían fundar la apreciación de la existencia de un caso de levantamiento de la personalidad jurídica.

Junto a éstos nos encontramos con otros criterios que tratan de poner de relieve una historia continuada de fijación por parte de la dirección del grupo de la política económica de las entidades pertenecientes al mismo, tomando en cuenta el grado de centralización de las decisiones, la amplitud de la dirección unitaria practicada por la dirección del grupo y la reiteración del ejercicio del control por parte de ésta.

Especial relevancia tienen en este grupo, los que tienden a poner de manifiesto que las decisiones relativas la línea de actuación en el mercado de la entidad perteneciente al grupo, en general, o el tipo de decisiones a los que se refiere el acuerdo o práctica concertada están encomendadas en el grupo a un órgano distinto de los propios órganos estatutarios de dicha entidad.

Junto a ellos mas que frente a los mismo se encuentran los criterios que pretenden averiguar si el concreto acuerdo o práctica concertada obedece a una decisión autónoma de la entidades pertenecientes al grupo participantes, o por el contrario es consecuencia de una decisión adoptada por la dirección del grupo.

Merchants Towboat Co., 467 F. Supp. 841,859 (N.D. Cal. 1979) aff'd sub nom. Murphy Tugboat Co. v. Crowley, 658 F. 2d 1256 (9th Cir. 1981) cert. denied, 455 U.S. 1018 (1982).

<sup>314</sup> Thomsen v. Western Elektric Co. cit. 1267; Murphy Tugboat Co. v. Shipowners & Merchants Towboat Co. cit. 859.

<sup>315</sup> Thomsen v. Western Elektric Co. cit. 1267.

<sup>316</sup> Thomsen v. Western Elektric Co. cit. 1266-67.

<sup>317</sup> Thomsen v. Western Elektric Co. cit. 1267.

Para ello se centró la atención en la existencia o no de una instrucción concreta de la dirección del grupo a las entidades pertenecientes al mismo. Pero tal criterio fue criticado en cuanto la inexistencia de una instrucción no demostraba que no existiera una decisión de la dirección del grupo impuesta a las entidades pertenecientes al mismo, ésta podía realizarse a través de recomendaciones, o como consecuencia de la participación en la decisión de representantes de las entidades pertenecientes al grupo.

El hecho de que pudiera hacerse mediante recomendaciones, no es a nuestro juicio, extremadamente relevante. La cuestión decisiva sería la de determinar si las entidades tenían autonomía para seguir las recomendaciones de la dirección del grupo o no. En el primer caso el seguimiento implicaría la existencia del acuerdo, en el segundo no. De otra parte el hecho de que participen en la decisión miembros de las distintas entidades tampoco es relevante. Si estos miembros son susceptibles de ser reconocidos como representantes de entidades dotadas de autonomía en la fijación de su línea de actuación en el mercado que se reúnen con la finalidad de fijar las condiciones de competencia, el acuerdo sería considerado restrictivo, si en cambio son un comité delegado de la dirección del grupo encargado de fijar de forma unitaria la línea de actuación en el mercado de las distintas entidades miembros del grupo a cuyos órganos de administración o dirección pertenecen, cabría plantearse si subsiste, en este caso, el requisito de pluralidad de partícipes.

Como vemos este camino no resuelve todos los casos que se nos plantean. Es cierto que cuando pueda probarse, a través de cualquiera de los medios de prueba que el Derecho reconoce, que en el caso concreto hubo una instrucción de la dirección del grupo, o que la participación en el acuerdo fue consecuencia de una recomendación de la dirección del grupo que la dirección de la entidad participante no podía rechazar, o que el acuerdo fue adoptado por representantes de los órganos de administración o dirección de las entidades participantes que actuaban como comité delegado de la dirección del grupo respecto a la cuestión,

habrá que considerar que existe una unidad económica entre las empresas participantes y que, por tanto, no existe el requisito de pluralidad de participantes exigido por los artículos 1 LDC, 85.1 TCEE y la sección 1 de la Sherman Act, para que pueda considerarse prohibida la restricción de la competencia, sin perjuicio de la posibilidad de que la acción pueda violar el artículo 6 LDC, 86 TCEE, o la sección 2 de la Sherman Act.

Pero no es menos cierto que en estos casos, la veracidad de la prueba planteará múltiples problemas, si tenemos en cuenta la tentación que para las entidades pertenecientes al grupo, principales interesadas en que el acuerdo sea visto como el acto de una única unidad económica, supondrá la posibilidad de falsearla y hacer aparecer una «instrucción» falsa como medio de apartar de sí el riesgo de una posible sanción y la responsabilidad civil derivada de la conducta ilícita.

De otra parte en los casos en que no haya existido instrucción susceptible de ser probada será extremadamente difícil determinar si la recomendación podía ser rechazada o si el acuerdo fue adoptado por los partícipes como comité delegado de la dirección del grupo, sin utilizar criterios que se refieran a la historia de las relaciones entre las distintas entidades pertenecientes al grupo, esto es a los criterios anteriores.

## 2.2. Criterios derivados del derecho de sociedades

Junto a los anteriores nos encontramos con otros criterios que no parten de la existencia de una restricción efectiva de la competencia en el mercado, ni de que en el caso no se presenten todos los elementos de hecho exigidos por el tipo, sino que toman en consideración intereses no protegidos por las normas de defensa de la competencia, sino por otros sectores del ordenamiento. Se trata de construcciones de defensa de la competencia realizadas desde el Derecho de sociedades o desde el Derecho mercantil general, en las que se toman en cuenta los intereses protegidos por este tipo de normas para extraer una conclusión en materia de defensa de la competencia.

### 2.2.1. *Efectos internos o externos del acuerdo, distribución de funciones en el seno del grupo*

La primera es la que distingue entre acuerdos con efectos exclusivamente internos y acuerdos con efectos externos respecto a terceros no pertenecientes al grupo. Construcción que fue acogida tanto en los Estados Unidos de América<sup>318</sup>, como en derecho comunitario, sentencia Centrafarm, o nacional, resolución Mazzoni, que tuvo y aun tiene gran predicamento en Alemania, y que ha sido tajantemente rechazada recientemente por la STJ en el caso Viho, y por la resolución del TDC en el caso SEPLA/IBERIA.

En primer lugar hay que decir, que pese a la aparente convicción durante veinte años en Europa y en un plazo mucho mas breve en los Estados Unidos respecto a la utilidad del criterio, es difícil concebir un acuerdo restrictivo de la competencia entre entidades pertenecientes a un mismo grupo que no produzca efectos frente a terceros, puesto que si produce efectos en el mercado, naturalmente producirá efectos frente a terceros.

El favor que gozó en Alemania esta construcción estaba justificado por su aparente facilidad de aplicación y su coherencia conceptual con la doctrina de los grupos de sociedades, pero tal coherencia implicaba una petición de principio, aceptada por la dogmática alemana, pero que no está universalmente acogida y es la de que la resolución de los problemas del Derecho de

<sup>318</sup> Thomsen v. Western Electric Co., cit. 1266-67; Murphy Tugboat Co. v. Shipowners & Merchants Towboat Co., 467 F. Supp. 841, 859-860 (N.D. Cal. 1979), *affd*, 1981-1 Trade Cas. (CCH) 64,000 (9th Cir. 1981). Criterio que como afirma HANDLER «Reforming...» *op. cit.*, pág. 1294 es de escasa aplicación en cuanto la mayor parte de los acuerdos entre sociedades pertenecientes al mismo grupo tienen algún efecto sobre terceros. De hecho como afirma POTRAFKE, C. «Kartellsrechtswidrigkeit...», *ob. cit.*, pág. 44, el criterio solo fue utilizado en aquellos casos en que estaba mas allá de cualquier duda que se pudiera lesionar a un tercero, y en la práctica no tuvo prácticamente aplicación.

la competencia puede hacerse atendiendo a la regulación del Derecho de sociedades, cuestión esta, que a nuestro muy modesto juicio, dista mucho de poder considerarse una conclusión satisfactoria, dadas las distintas finalidades perseguidas por uno y otro ordenamiento.

Así mientras las normas de competencia pretenden preservar una competencia eficaz en el mercado en beneficio del consumidor, las del derecho societario de grupos, tienen por finalidad legitimar el poder de dirección y tutelar a los socios externos y a los acuerdos de las sociedades pertenecientes al grupo, con lo que un acto perfectamente lícito desde la perspectiva de una de las dos normativas no debe conllevar necesariamente la licitud del mismo desde la perspectiva de la otra.

Eliminado este criterio del análisis de las autoridades de Defensa de la competencia norteamericanas, comunitarias y españolas, y explicadas las razones de nuestro desacuerdo respecto a su utilización, no parece necesario dedicar un mayor espacio de esta monografía a su análisis y estudio.

### 2.2.2. *Subsistencia de una pluralidad de intereses diversos en la base personal de las entidades pertenecientes al grupo que participan en el acuerdo*

El segundo criterio importado del Derecho de sociedades es el que toma en cuenta la subsistencia de intereses distintos en la base personal de las diversas entidades miembros del grupo que participan en el acuerdo o práctica concertada, que tiene en su base el criterio norteamericano del «sole decision maker»<sup>319</sup>.

<sup>319</sup> Harvey v. Fearless. Farris Wholesale, Inc., 589 F. 2d 451 (9th Cir. 1979) en el que el Tribunal estableció que cuando una misma persona adopta las decisiones de las dos sociedades no puede existir de hecho concertación puesto que no puede existir reunión entre dos o mas personas; ver en el mismo sentido Las Vegas Drive-In Theatre, Inc. v. National Gen. Theatres, Inc., 1979-2 Trade Cas. (CCH) 62,895 (1979). Un análisis de las

Este no es un criterio decisivo pero informa las decisiones de los órganos de defensa de la competencia y de los órganos jurisdiccionales que revisan sus decisiones. Éstos y aquéllos aplican con mayor facilidad el privilegio del grupo en aquellos casos en que existe una completa o casi completa identidad de intereses en la base personal de las entidades partícipes, ya sea porque una sociedad es titular del 100% del capital de otra, o por cualquiera de los casos de identidad de propiedad control e interés que describiremos en el capítulo siguiente, o de aplicación de la regla de *minimis*.

Pese a que el deseo de proteger a los titulares de intereses minoritarios no uniformes con los de las restantes entidades partícipes sea loable y se incardine además con la línea de pensamiento que niega que se cumpla con el requisito tipológico de la participación de una pluralidad de destinatarios de la norma en los casos en que exista una identidad total de intereses dada la ausencia de minoritarios, lo cierto es que fuera de esta incardinación, la cuestión no debería ser relevante desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

El criterio implica que la decisión dependa de la constatación de la existencia de una unidad económica entre las entidades pertenecientes al mismo grupo cuando exista una unidad de propiedad interés y control.

En este criterio funcional tienen su fundamento los criterios estructurales desarrollados por la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano dictada en el caso *Copperweld*, cuestión de la que nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

---

posibilidades de desarrollo de un criterio basado en la centralización o descentralización de decisiones en el seno del grupo puede verse en JONES, A. I. «*Intraenterprise Antitrust Conspiracy: A Decisionmaking Approach*» 71 Cal. L. Rev. 1732, 1753-60.

### 2.3. Criterios derivados del Derecho mercantil general. La protección de la apariencia. Presentación en el tráfico como competidores

El segundo grupo de criterios que toman en consideración intereses no protegidos por las normas de defensa de la competencia, sino por otros sectores del ordenamiento, en este caso por el Derecho mercantil general y aun del Derecho privado en general, se refieren a la protección de la apariencia, derivada de la protección de la buena fe. En base a los mismos no se deberá aplicar el privilegio del grupo cuando las entidades sometidas a una misma dirección se presenten o aparezcan frente a terceros como no competidores<sup>320</sup>.

Este criterio está íntimamente vinculado con otro propio de la aplicación de las normas de defensa de la competencia en los actos de competencia desleal que falseen sensiblemente la competencia en virtud del cual, la presentación como competidores de quienes no lo son constituye un acto de competencia desleal encuadrable en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, que si tiene efectos sensibles sobre la competencia y afecta al interés público<sup>321</sup> podrá ser declarado ilícito y sancionado por el TDC de acuerdo con el artículo 7 LDC que es aplicable, no lo olvidemos, tanto a las conductas desleales concertadas como a las conductas desleales realizadas por una única empresa.

Uno y otro criterio tienen sin embargo estructuras y finalidades distintas. La aparición en el mercado como competidores de quienes no lo son puede dar lugar a la obtención por los mismos —como vimos en el caso *FRINT*— de un beneficio ilegítimo en cuanto prohibido por el ordenamiento y puede tener como consecuencia indirecta una reducción efectiva de la

---

<sup>320</sup> *Monopolies* 1.16.

<sup>321</sup> Los requisitos de aplicación del artículo 7 LDC han sido desarrollados en múltiples resoluciones del TDC, y pueden verse de forma abreviada en la mas arriba citada resolución SEPLA/IBERIA.

competencia. Pero en estos casos los efectos jurídicos de la unidad económica se producen respecto a la norma de competencia del sleal y no respecto de la norma de defensa de la competencia. Respecto a ésta tan solo será relevante que se produzca un falseamiento de la competencia que afecte sensiblemente el interés público, de acuerdo con el artículo 7 LDC siendo indiferente que tal efecto se haya producido como consecuencia de una acción unilateral o del actuar de una pluralidad de sujetos de forma concertada.

En cambio en el caso de aplicación del privilegio del grupo por presentación como no competidores de los miembros del grupo que constituyen una única unidad económica, la apreciación de la existencia de la unidad económica y la dación a la misma de efectos jurídicos tiene efectos directos sobre la aplicación de las normas de defensa de la competencia en cuanto que es precisamente el reconocimiento de la falta de pluralidad la que determina la inaplicación de la norma.

Y tal reconocimiento no se funda como en el supuesto anterior en la protección de terceros, engañados por la aparente pluralidad de los que no son realmente mas que uno. Es mas aquí el problema central es que se presenten como uno quienes realmente sostienen competencia entre sí.

En efecto si la declaración de los miembros del grupo de no compiten entre si va sea seguida por una práctica en tal sentido de los operadores, la cuestión puede ser reconducida a la problemática y soluciones expuestas en los casos de ausencia de competencia con carácter previo entre las sociedades pertenecientes al grupo. El problema se plantea por el contrario cuando pese a presentarse como no competidoras las entidades pertenecientes al grupo compitan efectivamente entre ellas.

Competencia que, posteriormente será restringida como consecuencia de un acuerdo.

En estos casos parece inaceptable e injustificable que la mera declaración de las entidades pertenecientes al grupo de no ser competidoras entre ellas sirva para aplicar el privilegio del grupo a la posterior restricción de la competencia.

Con ello no se favorece ningún interés legítimo y sin embargo quedará en manos de los operadores un argumento fácilmente manipulable y utilizable en casos en los cuales la aplicación del privilegio del grupo sería, por cualquier otra vía, difícilmente justificable.

### 3. *Conclusión*

De estos tres tipos de criterios el vinculado en mayor medida a los fines tutelados por el Derecho de la competencia son el primero y el segundo, en tanto que los agrupados en el tercer grupo mantienen una conexión menor o escasa, según los casos, con los mismos.

Por ello es en los dos primeros en los que debemos centrar nuestra atención. A nuestro juicio la inexistencia de una competencia previa o potencial inmediata susceptible de ser restringida debe actuar como límite o requisito respecto a la cuestión que nos ocupa. Para que podamos aplicar el privilegio del grupo será necesario precisamente que exista una competencia previa o potencial inmediata susceptible de ser restringida, fuera de los casos en que las partes del acuerdo se encuentran en mercados distintos, solo en estos casos actuará el privilegio del grupo, en los demás, en los que las partes del acuerdo se encuentran en el mismo mercado, no existirá simplemente restricción de la competencia alguna.

Una vez determinada la existencia de dicha competencia habrá que ver si puede ser probada la instrucción de la dominante a la dominada, la imposibilidad de la dominada de rechazar la recomendación emanada de la dirección del grupo, o el carácter de comité de grupo de los representantes de las entidades partícipes que decidieron la cuestión. Si se prueba cualquiera de estos extremos habrá lugar a la aplicación del privilegio del grupo. Si no cabrá aún su aplicación como consecuencia de un análisis histórico de las relaciones entre las entidades que demuestre todas ellas actúan habitualmente siguiendo las instrucciones de la dirección del grupo.

A través de este análisis deberá quedar probado que la dirección del grupo imparte habitualmente instrucciones respecto al tipo de acuerdos que estamos analizando o subsidiariamente respecto a la totalidad de la política comercial de las entidades participantes, no bastando que se pruebe que la dirección del grupo imparte instrucciones simplemente en otros aspectos de la política comercial distintos de aquéllos a los cuales se refiere el acuerdo analizado, si no se prueba que las instrucciones se refieren a la generalidad de la política comercial de dichas entidades.

Evidentemente esta doctrina es compleja en su aplicación y exige medios suficientes para ser desarrollada. Estos dos extremos provocaron tanto en los estados Unidos como en Europa una tendencia sostenida a aplicar el privilegio del grupo atendiendo a criterios estructurales de mas fácil comprobación que permitieran al órgano de defensa de la competencia y a los tribunales encargados de la revisión de sus decisiones resolver estas cuestiones de modo mas simple y económico, mediante la simple comprobación de otros hechos de mas fácil observación, titularidad del capital de las entidades participantes, legitimación legal del poder de dirección entre ellas, o incluso existencia de mero control.

De estas cuestiones nos ocuparemos en el próximo capítulo.

#### CAPÍTULO IV

### **CRITERIOS ESTRUCTURALES PARA LA APLICACIÓN DEL PRIVILEGIO DEL GRUPO**

---

#### **I. CONSIDERACIONES GENERALES**

Los diversos criterios estructurales que han desarrollado las autoridades administrativas encargadas de defensa de la competencia y los tribunales competentes en la materia, o que han sido propuestos por representantes de la doctrina de diversos países, tienen en común varias características.

La primera de ellas es que se trata de criterios de fácil aplicación que permiten al juzgador o al órgano administrativo de defensa de la competencia inaplicar la prohibición de acuerdos o prácticas concertadas restrictivos sin necesidad de averiguar si realmente existe una unidad económica en el concreto caso entre las entidades o empresas partícipes del mismo.

Ello es debido a que todos estos criterios están basados en la idea de que determinadas relaciones estructurales, entre las entidades pertenecientes a un grupo, partícipes de un acuerdo o práctica concertada, implican, necesariamente, la existencia de una unidad económica, en el seno de la cual las filiales no pueden determinar, de forma autónoma, su línea de actuación en el mercado.

La consecuencia es obvia, cuando se den los elementos de hecho identificadores de alguna de estas relaciones estructurales el órgano de defensa de la competencia o tribunal competente deducirá que existe una unidad económica en el sentido antedicho y procederá a la inaplicación de la prohibición.

Sin embargo ninguno de los criterios estructurales utilizados hasta el momento asegura que, todos los casos en que se aplique el privilegio del grupo, fundamentando la decisión en

ellos, sean casos en que las entidades participantes carezcan de autonomía real respecto a la dirección del grupo en la determinación de su línea de actuación en el mercado.

Estos criterios son relativamente recientes, tienen múltiples variantes y distan mucho de ser indiscutidos. Proceden esencialmente de Norteamérica y Alemania y han tenido un origen y desarrollo distinto vinculado a la tradición jurídica de cada uno de estos países.

La cuestión básica en ambos casos es delimitar el criterio relevante. Los norteamericanos en la discutida sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Copperweld*, afirmaron que cuando una sociedad es titular de forma directa del 100% del capital de otra éstas no pueden concertarse en cuanto existe una unidad de propiedad, interés y control. En base a esta constatación y siguiendo el método casuístico propio del derecho anglosajón, los tribunales inferiores fueron aislando casos en los cuales se reprodujeran los requisitos establecidos por *Copperweld*, indicando que en estos casos tampoco era posible la existencia de una concertación.

E incluso un sector de las sentencias de los tribunales inferiores siguiendo las radicales tesis de AREEDA aceptó que lo único relevante era la existencia de un único control.

Esta jurisprudencia de enorme impacto en los USA pero también en Europa, no olvidemos que el Abogado General en sus conclusiones respecto al recurso de casación ante el Tribunal de Justicia en el caso *Viho*, cita expresamente la sentencia *Copperweld*<sup>322</sup>, debe ser analizada en lo que representa. Una muy interesante aproximación, pero no una verdad absoluta, en tanto no explica múltiple supuestos, como aquellos casos de filial al 100% en que el poder de dirección no es ostentado por la matriz sino por el Banco titular único o muy mayoritario de la

<sup>322</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Carl Otto LENZ en sus conclusiones de 25 de abril de 1996 en el caso *Viho/ Comisión* (Rec. 1996, pág. I-5474).

deuda emitida por la sociedad o de los créditos que constituyen la mayor parte de su pasivo, cuando la sociedad se encuentra en dificultades financieras continuadas.

En Alemania en cambio, la búsqueda de criterios estructurales tiene su punto de partida en el reconocimiento de la dirección unitaria en los «konzern» alemanes<sup>323</sup>. A partir de ahí se estructura una línea doctrinal favorable al privilegio del grupo en el ámbito antitrust que ha dejado la jurisprudencia y las decisiones de la Bundeskartellamt casi exentas de casos relevantes para la cuestión que nos ocupa, aunque sin embargo, existe un número de excelentes monografías que han enriquecido la discusión teórica respecto a estas cuestiones.

Analizaremos seguidamente los criterios estructurales existentes hasta el momento dividiéndolos en dos grandes bloques. Los que proceden de *Copperweld*, que parten de la identidad de propiedad, interés y control, entre los participantes en el acuerdo y los que proceden de la apreciación de la dirección unitaria existente en el seno de un «konzern». Dedicaremos además un tercer apartado a una valoración conjunta de las doctrinas que propugnan la aplicación del privilegio del grupo fundándose en la existencia de una relación de control.

## II. UNIDAD DE PROPIEDAD, INTERÉS Y CONTROL

El primero de los criterios estructurales es el que se funda en la subsistencia de una unidad de propiedad, interés y control entre los partícipes, que fue identificada por vez primera en las relaciones entre matrices y filiales participadas al 100%. La consecuencia de los criterios estructurales fue el nacimiento de una regla de inmunidad «per se» en estos casos, no sometida a la «rule of reason».

<sup>323</sup> Téngase en cuenta que no todo lo que en nuestro país calificamos como grupo puede ser calificado como «konzern».

La aplicación de la nueva regla se produjo en un contexto previo de aplicación de análisis funcional para fundar las excepciones a la regla de la «intraenterprise conspiracy doctrine», y en el que la discusión de la doctrina norteamericana estaba centrada en como identificar los criterios funcionales correctos y como aplicarlos de forma adecuada.

### 1. *Copperweld y la regla de inmunidad per se*

El sentido de la discusión cambió sustancialmente a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Copperweld*, que, desde 1984, se convirtió en el nuevo «leading case» en la materia. En una sentencia muy discutida, adoptada por una mayoría de cinco votos a favor, tres en contra, y una ausencia<sup>324</sup>, en la cual los magistrados disidentes formularon un voto particular contrario a la posición mayoritaria<sup>325</sup>,

<sup>324</sup> La ausencia del juez White, junto con la presión ejercida por el Gobierno norteamericano actuando como «amicus curiae» en favor de una solución, que clarificase los pronunciamientos heterogéneos de los circuitos respecto a esta cuestión, han sido consideradas, por la más reciente doctrina, como decisivas respecto a la adopción de la regla per se. CALKINS, S. «Copperweld in the Courts: The Road to Caribe» 63 *Antitrust L. J.* 345 (1995), (pág. 348, y notas 17, 18 y 23).

<sup>325</sup> La posición de la minoría, en un voto particular de similar extensión a la propia sentencia, era favorable a sustituir la intra-enterprise conspiracy doctrine por la aplicación de la «rule of reason» en los casos de acuerdos entre sociedad dominante y filial controlada al 100%. En este sentido se afirmaba que la «rule of reason» había dado siempre históricamente a los tribunales de examinar la sustancia y no la forma de los acuerdos para determinar cuando una acción colectiva restringía la competencia en el sentido de la sección 1 de la Sherman Act. (*Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* cit. 778). La minoría puso de manifiesto la cuestión, tomada en consideración también por la mayoría, de la creación de un agujero en la legislación antitrust en virtud de la interpretación mayoritaria. En efecto a través de la misma quedaban y quedan inmunes desde la perspectiva de la competencia actos como la acción concertada de practicar precios predatorios respecto a terceros, por parte de dos

se estableció la doctrina en virtud de la cual: 1. Se identificaba como destinatarios de la prohibición contenida en la sección 1 de la Sherman Act no a las personas o sociedades como indica su texto sino a las unidades económicas inaplicando la prohibición cuando existiendo una pluralidad de partícipes formalmente identificables en el acuerdo no existiera una pluralidad de unidades económicas diversas; y 2. Se establecía una regla de inaplicación «per se» respecto a los actos de conspiración entre las dominantes y las filiales de las que la dominante sea titular del 100% del capital.

Si el reconocimiento de la relevancia jurídica de una unidad económica, que se inscribía en el camino seguido por la jurisprudencia menor, analizada en el capítulo 2, fue casi unánimemente aplaudido, la creación de una regla de inaplicación «per se» de la prohibición, fue vivamente discutida, tanto en el seno del propio Tribunal, como por la doctrina.

Dada la enorme trascendencia de este pronunciamiento, a escala mundial, pasaremos a analizarlo detalladamente. Veamos los hechos del caso.

#### 1.1. Los hechos del caso

El caso juzgado en la sentencia *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*<sup>326</sup>, implicaba como partes que se concertaban a una sociedad y su filial participada al 100%.

El caso tuvo su origen en una transmisión de empresa, en particular de una división de Lear Siegler Inc. —empresario vendedor— dedicada a la producción de tubos de acero para estructuras.

sociedades, cuando una de ellas sea filial al 100% de la otra. Una amplia crítica a la posición de la minoría en *Copperweld* puede verse en AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit. vol. VII, págs. 230 y ss.

<sup>326</sup> 467 US 752, (1984).

La división fue adquirida por Copperweld Corp. —a través de una compraventa de empresa— quien la aportó al capital —aportación de empresa a capital— de una nueva filial controlada al 100% y constituida en Pennsylvania denominada Regal Tube Co (a partir de ahora Regal).

El contrato de compraventa de empresa incluía un pacto de no competencia de 5 años de duración que vinculaba a la sociedad vendedora y sus filiales en el territorio de los U.S.A.

Lear Siegler Inc. había adquirido, a su vez, la división transmitida, por adquisición de la totalidad del capital —venta de capa— de la sociedad Regal Tube Co. de Chicago, procediendo posteriormente a su absorción.

Mr. David Grohne era vicepresidente y director general de Regal Tube Co. de Chicago, y tras la adquisición de ésta por Lear Siegler Inc., fue nombrado presidente de la división creada tras la absorción. Inmediatamente antes de la transmisión a Copperweld Corp. de la división Mr. Grohne aceptó un puesto como directivo de Lear Siegler Inc.

Tras la adquisición por Copperweld Corp. de la división, Mr Grohne dejó Lear Siegler Inc. y fundó Independence Tube Corp. para competir con Copperweld Corp. en el mercado.

Al conocer la creación de Independence Tube Corp., los ejecutivos de Copperweld y Regal redactaron una carta, siguiendo el consejo de sus asesores legales, dirigida a todo aquél que pretendiera hacer negocios con Independence en la que manifestaban que la entrada de Mr. Grohne en el mercado en competencia con Regal les afectaría gravemente y advirtiendo que adoptarían todas las medidas necesarias para proteger el know-how y los secretos comerciales adquiridos de Lear Siegler.

Copperweld dirigió esta carta a todas las empresas que contemplaron la posibilidad de hacer negocios con Independence, contactando los bancos que financiaban las operaciones de ésta sociedad, así como a los futuros suministradores y posibles clientes de la nueva sociedad y entre ellos a Yoder, empresa a la que Independence había solicitado la adquisición de un horno para fabricar los tubos metálicos.

Yoder aceptó la solicitud de Independence antes de recibir la carta de Copperweld y Regal. Dos días después de recibir la misiva Yoder revocó su aceptación. Independence consiguió obtener un horno nueve meses después de la fecha prevista, con los consiguientes perjuicios, a través de otro proveedor que también recibió la carta de Copperweld.

Independence demandó ante el Tribunal de Distrito a Copperweld, Regal y Yoder, por violación de la sección 1 de la Sherman Act. El Tribunal declaró que Yoder no había participado en la concertación pero que Copperweld y Regal sí. El Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito afirmó que la exoneración de Yoder dejaba a la sociedad dominante y a su filial controlada al 100% como únicas partes de la concertación.

El Tribunal como vimos, en el capítulo 2, aplicó el análisis funcional de las relaciones entre Copperweld y Regal y afirmó la existencia de una concertación ilícita, al reconocer que existía suficiente grado de autonomía entre la filial y la matriz en el caso. Recurrido el fallo, el Tribunal Supremo reexaminó la doctrina de la «intraenterprise conspiracy» y la revocó respecto a los casos de acuerdos entre sociedades de las que una es titular del 100% del capital de la otra.

## 1.2. La doctrina de la sentencia

La cuestión esencial que debía decidir el Tribunal Supremo, en el caso, era la de si los actos coordinados de la dominante y su filial participada al 100% podían constituir un acuerdo o práctica concertada en el sentido de la sección 1 de la Sherman Act.

El Tribunal decidió exclusivamente sobre esta cuestión evitando cuidadosamente cualquier pronunciamiento sobre la aplicabilidad de la sección 1 de la Sherman Act a los acuerdos o prácticas concertadas entre una sociedad dominante y sus filiales cuando el capital de éstas no es poseído por aquéllas al 100%.<sup>327</sup>

<sup>327</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. 767.

Los reparos del Tribunal estaban justificados. La cuestión de la aplicabilidad de la sección 1 de la Sherman Act a las concertaciones entre entidades pertenecientes a un mismo grupo había sido muy discutida por la doctrina, pero siempre de forma limitada a las relaciones entre sociedad dominante y filial controlada al 100%, o como mucho a aquellos casos en los que el porcentaje de capital que no estaba en manos de la dominante era puramente simbólico.

De otra parte la cuestión de la sujeción o no, a las reglas de la sección 1 de la Sherman Act, de las concertaciones entre entidades sometidas al mismo control mayoritario común o entre estas y su dominante era todavía más discutible, dada la presencia de los intereses de los accionistas minoritarios. Es por ello que el Tribunal advirtió, que su pronunciamiento no implicaba una futura decisión en el mismo sentido respecto a estos casos.

Tampoco decidió el Tribunal sobre los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas filiales —independientemente del porcentaje de control que ostente la entidad dominante del grupo— en los que no participe la sociedad dominante.

### 1.3. Revisión de la jurisprudencia anterior

Para fundar su fallo el Tribunal revisó la jurisprudencia en que estableció la doctrina de la «intraenterprise conspiracy», según la cual la responsabilidad derivada del párrafo 1 de la Sherman Act no está excluida por el mero hecho de que la dominante y la filial tengan el mismo propietario.

Esta revisión no fue compartida por la minoría que expresamente criticó en su voto particular la posición de la mayoría del Tribunal respecto a la interpretación de estas sentencias<sup>328</sup>, alegando además otras no contempladas en el fallo adoptado

<sup>328</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. 779 y ss.

por el Tribunal, que consideraba igualmente como precedentes<sup>329</sup>.

En su revisión de las sentencias anteriores en que se había aplicado la «intraenterprise conspiracy doctrine» el Tribunal consideró que en estos casos se hubiera podido llegar al mismo resultado por la mera aplicación de las reglas generales del Derecho de la competencia, sin necesidad de utilizar tal doctrina<sup>330</sup>.

En el caso *Yellow Cab*, el Tribunal considera que el hecho de que Mr. Martin controlara las sociedades *Yellow Cab* era indiferente puesto que lo verdaderamente relevante era las sucesivas adquisiciones de compañías independientes que suponían en sí mismo una restricción a la competencia<sup>331</sup>, con lo que cualquier actuación anticompetitiva posterior derivada de la adquisición ilícita restringía la competencia.

Pero como afirma el voto discrepante de la minoría<sup>332</sup>, esta cuestión en la sentencia, aparece como un mero «obiter dicta», en tanto el razonamiento principal de la misma parte de la idea central de que «las restricciones pueden ser consecuencia tanto de la conspiración entre aquéllas (entidades) que están afiliadas o integradas bajo una propiedad común como de la conspiración entre aquellas que son independientes»<sup>333</sup>.

<sup>329</sup> *United States v. Crescent Amusement Co.*, 323 U.S. 173, 65 S. Ct. 254 (1944); *Schine Chain Theatres, Inc. v. United States*, 334 U.S. 110, 68 S. Ct. 947 (1948); *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, 109, 68 S. Ct. 941, 946; *United States v. Citizens & Southern National Bank*, 422 U.S. 86, 95 S. Ct. 2099.

<sup>330</sup> Además de en los lugares citados más abajo, la sentencia vuelve a utilizar el argumento completo en *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 777.

<sup>331</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 761, siguiendo la doctrina expuesta en *Northern Securities Co v. United States* 193 U.S. 197, 354 (1904) y ratificada en *Standard Oil Co. V. United States*, 221 U.S. 1, 31 (1911) y en *United States V. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 31 (1911).

<sup>332</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 779.

<sup>333</sup> *United States v. Yellow Cab*. cit. 227.

En el Kiefer-Stewart, que la propia mayoría consideró que no podía justificarse sobre otra base que la de la aplicación de la intra-enterprise conspiracy doctrine, se sugirió que podría también ser explicado, en base al estado de la jurisprudencia norteamericana en el momento en que la sentencia Copperweld fue dictada aunque no en base al estado de la jurisprudencia norteamericana en el momento en que se adoptó la sentencia Kiefer-Stewart, en cuanto las dos sociedades filiales al 100% que se negaron a suministrar al distribuidor, que no aceptó el esquema de precios establecido por ellas, se habían concertado con los restantes distribuidores que si aceptaron estos precios impuestos. Cuestión ésta que no fue alegada en el caso<sup>334</sup>.

Como afirma la minoría en palabras tan gráficas que no puedo resistirme a incluirlas en el texto: «Esta sentencia es tan clara que incluso el Tribunal que no está falto de inventiva en su lectura de los casos anteriores, no puede explicarla de otra forma»<sup>335</sup>.

En Timken Roller, la mayoría tomando en cuenta que había evidencia de que las adquisiciones de capital de las filiales se habían realizado con el ánimo de restringir la competencia y en segundo lugar que no se demostró que la sociedad norteamericana controlara realmente dos de las presuntas filiales en las que no poseía participación mayoritaria<sup>336</sup>.

Y en Perma Life, porque al mismo resultado se llegaba, tal y como manifestó la sentencia del circuito, afirmando que existía concertación entre los demandados y los otros vendedores franquiciados distintos de los demandantes<sup>337</sup>.

En estos dos últimos casos, la minoría puso de manifiesto que la mayoría solo ponía de relieve que los casos podían haber sido resueltos en base a otros argumentos, pero no podía negar que

<sup>334</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. 764; AREEDA, P. «Intraenterprise...», op. cit., pág. 464.

<sup>335</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. 782.

<sup>336</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. 765.

<sup>337</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. 765-766.

su nueva regla per se era inconsistente con lo que el Tribunal decidió en dichos casos<sup>338</sup>.

La apreciación de los casos realizada por el Tribunal no fue compartida por los magistrados discrepantes para los cuales de una parte existirían casos cuya solución no podía ser explicada exclusivamente con la aplicación de las reglas generales de la competencia y de otra el Tribunal se habría pronunciado claramente con anterioridad sobre la capacidad de concertarse de una filial controlada al 100% y su sociedad dominante, tal y como habían reconocido durante cuarenta años unánimemente —habría que decir hasta la revisión de AREEDA de estos casos— la doctrina y la jurisprudencia menor<sup>339</sup>.

#### 1.4. Cuestiones analizadas en la sentencia

Tanto los demandantes como el gobierno de los U.S.A., de la época de Reagan, como «amicus curiae» solicitaron que se repudiara la doctrina de la «intraenterprise conspiracy» en el caso. La principal crítica expuesta por ambos fue que «esta doctrina da significación indebida al hecho de que una filial tiene personalidad jurídica distinta y por ello trata como actividad concertada de dos entidades lo que realmente es una conducta derivada de las decisiones de una única empresa»<sup>340</sup>.

##### 1.4.1. La distinción entre la sección 1 y 2 de la Sherman Act, la concentración súbita de poder económico y el problema de la laguna legislativa

El Tribunal en su decisión partió de la distinción esencial entre las secciones 1 y 2 de la Sherman Act. La primera de ellas prohíbe conductas que exigen la participación de una plurali-

<sup>338</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. 782.

<sup>339</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. 779-784.

<sup>340</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. 766-767.

dad de partes. La segunda incrimina tanto éstas como las realizadas unilateralmente por un sujeto aislado. La conducta individual de un sujeto en el tráfico es ilegal únicamente cuando existe una amenaza actual de monopolización, no basta con que la sociedad parezca restringir la competencia irrazonablemente<sup>341</sup>.

El Tribunal reconoce que ello deja un hueco en la prohibición de las conductas individuales irrazonablemente restrictivas, el mismo que sería reconocido posteriormente por el Tribunal de Primera Instancia comunitario en el caso *Viho*<sup>342</sup>, tal y como vimos en el capítulo 2. Una restricción irrazonable de la competencia puede, en efecto, ser realizada no solo por dos firmas independientes que actúen concertadamente, sino por una única firma con la misma extensión, si ella sola posee poder de mercado combinado de las otras dos<sup>343</sup>.

En esta apreciación coincidieron la mayoría y la minoría del Tribunal<sup>344</sup>. En opinión de la minoría la función de la «intraenterprise conspiracy doctrine» debidamente aplicada por los tribunales a través de la *rule of reason* era precisamente cubrir esta laguna. De esta forma podrían ser perseguidos los acuerdos anticompetitivos entre filiales que restrinjan la competencia previamente existente entre ellas cuando sean irrazonables y afecten significativamente al mercado, sin necesidad de que exista una situación de monopolio o un peligro de monopolización.

De otra parte la aplicación de la «*rule of reason*» en los casos de acuerdos de sociedad dominante y filial controlada al 100% sería útil para los casos en que tras la oferta a un tercero de sumarse a una conspiración de la que forman parte las filiales y la dominante, y la negativa de éste a hacerlo, la dominante y

<sup>341</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 768.

<sup>342</sup> STPI *Viho* cit. punto 54.

<sup>343</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 775.

<sup>344</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 789-790.

sus filiales controladas al 100% inicien prácticas de boicot contra el tercero que se negó a sumarse a la conspiración.

Por último la minoría propugna la aplicación de la «*intraenterprise conspiracy doctrine*», matizada por la aplicación de la «*rule of reason*», en aquellos casos en los que una pluralidad de filiales controladas por una misma organización criminal se benefician de las amenazas y extorsiones contra las restantes empresas competidoras<sup>345</sup>.

La minoría sostuvo, también, que la apariencia de existencia de una pluralidad de actores hace más efectivas, algunas prácticas anticompetitivas, como las predatorias, que en aquellos casos en que el que las sufre sabe que solo una única entidad está involucrada. Así sucede también en los casos de negativa de venta, que es percibido de forma mucho más potente por el que lo sufre y desconoce que todas las entidades que se lo aplican son dominante y filiales al 100%, que por aquél que lo sufre de una única entidad. Así mismo la estructuración en base a filiales puede permitir que la dominante que se concierta para practicar precios predatorios con la dominada siga la práctica hasta dejar quebrar a la dominada lo que no podría hacer si se tratara de una división de la misma<sup>346</sup>.

En consecuencia la elección entre la estructuración de una empresa en filiales controladas al 100% o en divisiones no tiene porqué ser necesariamente neutral desde el punto de vista de la restricción de la competencia<sup>347</sup>.

<sup>345</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 791.

<sup>346</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 794-795.

<sup>347</sup> Estas diferencias entre la estructuración en divisiones o en filiales son las que AREEDA, P. «*Antitrust Law*» ob. cit. vol. VII, pág. 238, considera insignificantes, frente a, la por otra parte no demostrada empíricamente, ventaja que supone acomodar libremente la estructura de la empresa a las necesidades impuestas por las leyes locales o por los inversores que prefieren especializar su inversión, o favorecer que como afirma AREEDA, P. ob. loc. ult. cit. «solo puede» favorecer la entrada en el mercado y beneficiar la competencia. Respecto a la crítica de los supuestos ver

Según el Tribunal las razones por las que el Congreso americano trató de forma más rígida la actividad concertada de varios sujetos en el mercado que la actividad aislada de uno de ellos son varias. La principal es que la actividad concertada priva al mercado de centros independientes de decisión que son necesarios para que exista competencia. En caso de concertación, dos o más entidades que previamente perseguían sus propios intereses de forma separada se conciertan para actuar como

---

AREEDA, P. ob. ult. cit., págs. 238-240. En su crítica AREEDA trata de demostrar más allá de toda duda, que la organización en una pluralidad de entidades jurídicas, es neutral e incluso favorable desde la perspectiva de la competencia. Pero aunque compartamos su opinión con ello no se demuestra el fundamento y necesidad de una regla per se. En el razonamiento de AREEDA como en el de Copperweld que lo sigue, dicha necesidad descansa en una comparación con el tratamiento que se da, desde la perspectiva de la competencia a las empresas estructuradas en divisiones, y la necesidad de tratar por igual ambos supuestos, puesto que de lo contrario se estaría cometiendo una injusticia. Pero todos estos argumentos nada tienen que ver con el hecho de si existía una competencia previa en el mercado y tras la concertación ha dejado de existir. Que AREEDA tras Copperweld —AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit., pág. 245— opine que el Tribunal Supremo ha fallado correctamente no es de extrañar, puesto que el Tribunal sigue los planteamientos de AREEDA —AREEDA, P. «Intraenterprise...» ob. cit. in integrum—. Se comparta o no la totalidad de lo dicho por el maestro norteamericano no hay que obviar la influencia de este gran jurista en los órganos jurisdiccionales del país más importante del planeta. Su pensamiento, a través de Copperweld se ha extendido más allá de los límites de las fronteras nacionales. La sencillez de aplicación de la regla que propugna, su carácter liberador de responsabilidad para los grupos, verdaderos titulares del poder económico en el moderno mercado, y la creciente influencia neoliberal consecuencia de la era Reagan y de la caída de los antiguos países comunistas han favorecido la expansión de este orden de ideas. Independientemente de la crítica que modestamente tratamos de realizar de su defensa de la regla «per se», debemos rendir un homenaje a este gran maestro. El hecho de que la mayoría siguió el planteamiento adoptado por el Gobierno como «amicus curiae», redactado esencialmente por miembros de la Antitrust Division, que fundaron su opinión en los trabajos de AREEDA, ha sido recientemente confirmado por CALKINS, S. «Copperweld...» ob. cit., págs. 348-349.

una única entidad en beneficio común. Esto no solo reduce el número de direcciones a las cuales se dirige el poder económico sino que incrementa súbitamente la cantidad de poder económico que se mueve en una dirección. Esta concentración coyuntural de recursos puede ser más eficiente y beneficiar a los consumidores, pero su potencial anticompetitivo es suficiente para recomendar un escrutinio de la misma aun en ausencia de un incipiente monopolio<sup>348</sup>.

Además puede añadirse, según el Tribunal, que el sometimiento de cada acto individual de una firma al juicio de razonabilidad amenazaría con disuadir a éstas del entusiasmo competitivo que las leyes antitrust buscan promover<sup>349</sup>. A lo anterior se une el argumento derivado de los antecedentes legislativos que no deja duda, a juicio del Tribunal, y teniendo en cuenta los debates, de la voluntad de dar un tratamiento diferenciado a las concertaciones entre dos o más firmas y a las acciones unilaterales de una de ellas. A todo ello se añade que el Tribunal Supremo reconoció desde *United States v. Colgate & Co.*<sup>350</sup> que la sección 1 se aplicaba únicamente a las concertaciones<sup>351</sup>.

#### 1.4.2. *Capacidad de concertación entre una dominante y su filial controlada al 100%*

Justificada la necesidad de un tratamiento más estricto de las concertaciones que de las actividades unilaterales, quedaba por determinar cuando existe concertación y cuando existe actividad unilateral.

Este es el núcleo de la sentencia Copperweld. El Tribunal constató que, aun en los momentos del más estricto análisis

<sup>348</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* cit. 768-769.

<sup>349</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* cit. 775.

<sup>350</sup> 250 U.S. 300.

<sup>351</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* cit. 775-776.

formal, no todo acuerdo entre dos personas, o entre una persona y una entidad, había sido considerado concertación a los efectos de aplicación de la sección 1 de la Sherman Act, sino que, en determinados casos, la jurisprudencia fue unánime al afirmar que se trataba de actividad unilateral. El Tribunal fija su atención en dos tipos de casos.

En primer lugar el de los acuerdos entre un directivo o empleado de una sociedad que actúa en nombre de la sociedad y la propia sociedad en cuyo nombre actúa<sup>352</sup>. La jurisprudencia ha considerado siempre que se trataba de acuerdos internos de ejecución de una única política de la sociedad que no implicaba ninguno de los riesgos para la competencia que la sección 1 de la Sherman Act pretende evitar.

Los directivos de una compañía que actúan en nombre de ésta, no son operadores económicos distintos de la misma que persigan intereses económicos diversos de los de ella, por lo que los acuerdos entre la compañía y los directivos, o entre los propios directivos, en desarrollo de la política de la compañía no pueden concentrar<sup>353</sup>, aun de modo coyuntural, súbitamente el

<sup>352</sup> *Tose v. First Pennsylvania Bank, N. A.*, 648 F. 2d 879,893-894, cert. denied, 454 U.S. 893 (1981); *Schwimmer v. Sony Corp. of America*, 677 F. 2d 946, 953, cert. denied, 459 U.S. 1007 (1982). Respecto a este tema hay que tener en cuenta una mas reciente línea jurisprudencial de los circuitos que establece como excepción a la regla anterior el caso en que los directivos y empleados de la sociedad actúen por su propio interés sin tener en cuenta los intereses de la sociedad, en cuyo caso se les considera capaces de concertarse. Ver *Weiss. v. York Hospital*, 745 F. 2d 768 (3d Cir. 1984); siguiendo una línea jurisprudencial anterior a *Copperweld*. Ver *Johnston v. Baker*, 445 F. 2d 424, 426-27 (3d Cir. 1971); *H&B Equipment Co. v. International Harvester Co.*, 577 F. 2d 239,244 (5th Cir. 1978); *Greenville Publishing Co. v. Daily Reflector, Inc.*, 496 F. 2d 391,399 (4th Cir. 1974).

<sup>353</sup> Obsérvese que cuando hablamos de concentrar poder económico en este contexto, nos referimos a una concentración ocasional consecuencia de una concertación que no supone modificación estructural alguna ni concentración en sentido técnico.

poder económico que previamente perseguía diversos objetivos<sup>354</sup>.

En segundo lugar, el Tribunal, fija su atención en los acuerdos entre una sociedad y una de sus divisiones carentes de personalidad jurídica. En este punto el Tribunal manifiesta que «aunque no se ha dirigido la cuestión previamente a este Tribunal hay pocas dudas de que las operaciones de una empresa societaria organizada en divisiones debe ser juzgada como conducta de un único autor»<sup>355</sup>.

La existencia de una división refleja únicamente la decisión de la sociedad de adoptar un sistema de división del trabajo que le permita perseguir sus propios intereses de la manera mas eficiente. Una división sin personalidad jurídica persigue los intereses comunes del conjunto en vez de intereses distintos de los de la sociedad. Tampoco en este caso la coordinación entre una sociedad y su división representa una súbita concentración de dos fuentes separadas de poder económico, aunque sea de modo coyuntural, que previamente perseguían intereses distintos, por lo que no cae dentro del ámbito de aplicación de la sección 1 de la Sherman Act<sup>356</sup>.

De acuerdo con el razonamiento seguido por el Tribunal, una regla que condenara tal conducta de coordinación simplemente por el hecho de que la sociedad haya delegado ciertas responsabilidades en unidades autónomas sin personalidad jurídica propia podría disuadir a las sociedades de crear divisiones, con los presuntos beneficios que su creación conlleva. Tal regla no serviría para ningún propósito antitrust útil pero podría privar a los consumidores de los beneficios derivados de una gestión mas eficiente que una dirección descentralizada puede traer consigo<sup>357</sup>.

<sup>354</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 769.

<sup>355</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 770.

<sup>356</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 770.

<sup>357</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 770.

Según el Tribunal «por similares razones, la actividad coordinada entre una dominante y su filial controlada al 100% debe ser vista como (actividad) de una única empresa a los efectos de la sección 1 de la Sherman Act. Una dominante y su filial controlada al 100% tienen una completa unidad de interés. Sus objetivos son comunes, no distintos; sus acciones están guiadas o determinadas no por dos distintas conciencias, sino por una. No hay más que un ristra de múltiples caballos tirando de un vehículo bajo el control de un único conductor. Con o sin un acuerdo formal la filial actúa en beneficio de la dominante, si esta es su único socio. Si la dominante y la filial controlada al 100% 'acuerdan' un curso de acción, no existe una súbita concentración de recursos económicos que previamente servían a intereses distintos, y no hay justificación para un escrutinio bajo la sección 1".

Desde otro punto de vista la sentencia critica la idea misma de acuerdo en el sentido de la Sherman Act entre una dominante y su filial controlada al 100%. Para ello adopta como noción de acuerdo relevante desde la perspectiva de la sección 1 de la Sherman Act la expuesta en *American Tobacco Co. v. United States*<sup>358</sup>, en base a la cual podemos encontrar un acuerdo en el sentido de la sección 1 de la Sherman Act cuando «los que se conciertan tienen una unidad de propósito o un designio común y concorde, o una unión de mentes en un acuerdo ilícito»<sup>359</sup>.

El Tribunal argumenta que «en realidad una dominante y su filial controlada al 100% siempre<sup>360</sup> tienen una «unidad de propósito o un designio común». A juicio del Tribunal ambas comparten una unidad de propósito tanto si la dominante vigila a la filial como si no «puesto que la dominante puede ejercer el control total que posee en cualquier momento si la filial deja de actuar en el mejor interés de la dominante»<sup>361</sup>.

<sup>358</sup> 328 U.S. 781 (1946).

<sup>359</sup> *American Tobacco Co. v. United States* cit. 810. Citada por el Tribunal en la sentencia.

<sup>360</sup> Cursiva en la sentencia original.

<sup>361</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 771-772.

La sentencia desarrolla también la crítica ya realizada a la «intraenterprise conspiracy doctrine» respecto al carácter neutral desde la perspectiva del Derecho de la competencia de la estructuración de una empresa en divisiones sin personalidad jurídica o en filiales controladas al 100%, teniendo en cuenta que en la elección de una forma u otra de estructurar la empresa no se tienen en cuenta por los directivos factores antitrust, sino de carácter fiscal o de organización empresarial, frente al tratamiento diverso que tal doctrina proporciona a ambos supuestos.

Según el Tribunal «si la responsabilidad antitrust debe depender de como esté vestida la subunidad de la sociedad, las sociedades dominantes serán inducidas a convertir a sus filiales en divisiones sin personalidad jurídica»<sup>362</sup>.

Este argumento que ha sido utilizado como piedra de toque por los partidarios de la regla per se y por la propia Supreme Court, y que se trasluce, aun, con consecuencias mucho más limitadas, en las conclusiones del Abogado General en el recurso de casación presentado ante el Tribunal de Justicia comunitario en el caso Viho, no es en absoluto definitivo.

En primer lugar, porque tal y como puso de manifiesto la minoría en *Copperweld*, no está totalmente claro el carácter neutral, desde la perspectiva de los intereses tutelados por las normas de defensa de la competencia, de la estructuración de una actividad mediante divisiones de una misma sociedad o filiales de las que la sociedad dominante es titular del 100% del capital, dado que la apariencia de pluralidad de actores hace más efectiva algunas conductas anticompetitivas, como es el caso de las prácticas predatorias.

Además, si la cuestión es que no haya un tratamiento desigual entre las filiales al 100% y las divisiones, tal resultado se puede conseguir tanto declarando la regla per se, como al contrario sometiendo a un escrutinio funcional a las divisiones.

<sup>362</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 772-774.

Hay que tener en cuenta también que la Supreme Court pese a que en esta sentencia afirma albergar pocas dudas sobre el resultado de la cuestión, no ha resuelto todavía ningún caso en el que se le haya planteado la cuestión de la capacidad de concertarse de las divisiones sin personalidad jurídica de una sociedad.

Por último la experiencia histórica demuestra que la vigencia de la «intraenterprise conspiracy doctrine» durante 40 años en USA, no hizo desaparecer las empresas estructuradas en filiales al 100%.

De otra parte el hecho de que la dominante pueda obligar a la dominada a actuar en su beneficio en cualquier momento, no impide que cuando no lo haga existan dos voluntades separadas de entidades que pueden encontrarse en relación de competencia como consecuencia de los métodos de gestión descentralizada del grupo.

### 1.5. Los argumentos que se desprenden de la decisión

La sentencia dictada por la Supreme Court en el caso Copperweld, establece una regla de inmunidad per se, sustrayendo al análisis a la luz de la rule of reason las actuaciones conjuntas de una filial controlada al 100% y su dominante. El nacimiento de esta regla, tal y como hemos venido insistiendo, no fue pacífico ni incontrovertido. Además de la opinión disidente de tres de los siete magistrados que juzgaron el caso, muchos de los comentaristas del mismo expresaron su convicción de que hubiera sido preferible crear un test más refinado de carácter funcional<sup>363</sup>, que este otro test formal o estructural.

En efecto pese a los argumentos económicos que tiene en su base, el test se resuelve a través de una comprobación estricta-

<sup>363</sup> Ver PRELL, O. T. «Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.: an End to the «intraenterprise conspiracy» doctrine?» 71 Cornell L. Rev. 1151 (1985-1986).

mente formal o estructural en el que para nada se analiza el comportamiento de la dominante y la filial en el mercado. Basta la mera comprobación de que la dominante posee el 100% del capital de la sociedad dominada.

En este sentido el Tribunal fue acusado, a nuestro juicio con razón, de cometer el mismo error que criticaba en la doctrina de la «intraenterprise conspiracy», elevar la forma por encima de la sustancia<sup>364</sup>.

La regla se refiere como expresamente dice la sentencia estrictamente a este caso y no prejuzga la opinión del Tribunal respecto de supuestos de control mayoritario o minoritario.

La idea en que se funda el Tribunal es doble. Desde la perspectiva del mercado el Tribunal no encuentra en estos casos, de acuerdos entre la dominante y su filial controlada al 100%, la súbita concentración de poder económico, que reduce el número de direcciones en el que éste se dirige, incrementando además la intensidad de una determinada —aquella en que se mueven los operadores que se conciertan—.

Pero si atendemos a la realidad del mercado, el porcentaje de capital del que sea titular la dominante es absolutamente indiferente respecto a la posición en el mercado que adopten las entidades filiales. Para determinar si en la realidad un acuerdo entre sociedad dominante y filial al 100% restringe efectivamente la competencia habría que tener en cuenta si realmente las entidades venían haciéndose competencia entre sí.

Caso de que así fuera, el hecho de que la dirección del grupo pueda cambiar de opinión en cualquier momento e imponer, por vía de hecho, en el ordenamiento norteamericano, su decisión al órgano de administración de la filial no implica que no exista reducción coyuntural del número de competidores o para ser exactos de una delimitación temporal pactada de condiciones comerciales, desde la perspectiva del consumidor y de los restantes competidores, esto es desde la perspectiva del mercado.

<sup>364</sup> Ver por todos PRELL, O. T. «Copperweld Corp...» op. cit., pág. 1170.

Es cierto que desde la perspectiva del grupo se habrá tratado de un simple cambio en la estrategia política del mismo, o que la opción por un sistema de filiales y no de divisiones es una opción de la dirección del grupo, pero está por ver que la eliminación de la competencia existente entre las entidades pertenecientes al grupo sea siempre legítima, si lesiona los intereses dignos de tutela de los consumidores y de los restantes competidores.

Desde el punto de vista del acuerdo el Tribunal considera que no puede existir tal en el seno de una única unidad económica y considera que una dominante y su filial al 100% constituyen una única unidad económica en base a la constatación de la existencia de tres identidades: la identidad de propiedad y control entre la sociedad dominante y la dominada y la comunidad de interés entre ambas derivada de ello. Obsérvese que el tercero no es nada más que una consecuencia del primero, si existe unidad de interés es porque existe unidad de propiedad.

El primer y el segundo argumento pueden analizarse conjuntamente. El Tribunal da relevancia a la existencia conjunta de unidad de propiedad y de unidad de control. Si es cierto que la unidad de propiedad implica generalmente la unidad de control salvo supuestos excepcionales como el del «leveraged buy out» de una filial al 100%, no lo es menos que la unidad de control no implica necesariamente la unidad de propiedad. En otras palabras, cabe unidad de control —p. ej. por poseer el 70% de los derechos de voto de una sociedad que no tenga pactos estatutarios que establezcan mayorías espaciales para la adopción de acuerdos— sin existencia de unidad de propiedad.

Cuando existe unidad de control sin unidad de propiedad, no existe tampoco unidad de interés. En efecto los intereses de la dominante y la dominada pueden considerarse comunes en los casos de control totalitario —si solo se tiene en cuenta el interés de los socios existentes en el momento en que se realiza el acuerdo, sin pensar en el interés de los acreedores sociales, trabajadores, o poblaciones en que cada una de las sociedades tenga sus establecimientos—, porque la dominada no tiene accionistas minoritarios.

Cuando existen accionistas minoritarios, la diversidad de propiedades tiene como consecuencia la pluralidad de intereses. Los intereses que deberán ser tenidos en cuenta por los administradores no son solo los intereses de la mayoría sino los intereses conjuntos de todos los socios —en esta visión del interés social mayoritaria en el ordenamiento norteamericano como interés de los socios existentes en un momento dado— incluidos los minoritarios. Ya no existirá por tanto la unidad de intereses requerida para la aplicación de la nueva regla de inmunidad *per se*.

## 2. Evolución *post Copperweld*<sup>365</sup>

### 2.1. Aplicación de la inmunidad *per se* en el ámbito de las relaciones entre sociedades con propietarios comunes

Pese a lo discutida que fue su adopción y los evidentes problemas que plantea de separación entre la realidad y las resoluciones de los tribunales, la regla de *Copperweld* tiene una gran ventaja práctica su sencillez y facilidad de aplicación. La nueva regla *per se* evita cualquier necesidad de análisis económico en el caso concreto.

Por ello su extensión fue rápida respecto a todos aquellos casos en los que los tribunales de distrito de circuito pudieron encontrar una identidad de razón con *Copperweld*, esto es, respecto a los acuerdos que implicaban a varias sociedades que tenían propietarios comunes, en las que los intereses de los

<sup>365</sup> Una revisión de la jurisprudencia *post-Copperweld* puede verse en el reciente trabajo de CALKINS, S. «*Copperweld...*», *ob. cit.* nota 2. La revisión de la jurisprudencia norteamericana realizada en los siguientes apartados del libro fue realizada por el autor con anterioridad a la publicación del trabajo del profesor norteamericano. Tras la aparición del mismo los resultados del profesor CALKINS han sido incorporados a la discusión.

titulares actuales del capital —identificados por esta jurisprudencia como los intereses relevantes— eran idénticos.

Muchos de los casos en los que se solicitaba la aplicación de Copperweld, fueron precisamente aquellos respecto a los cuales se creaba el «hueco», como consecuencia de la aplicación por Copperweld de una regla «per se»<sup>366</sup>.

Un primer grupo de casos estaba compuesto por aquellos en que la identidad era consecuencia de múltiples participaciones al 100%. El segundo estaba compuesto por el caso de las sociedades gemelas en las que un único socio o varios que se repetían en todas ellas eran titulares —en la misma proporción— de la totalidad del capital social.

### 2.1.1. Casos en que la identidad era consecuencia de múltiples participaciones al 100%

Dentro del primer grupo cabe distinguir los acuerdos del tipo Copperweld, esto es que involucran a la sociedad dominante y a una sociedad participada por ésta al 100%, los acuerdos que involucran a una dominante y a varias dominadas directamente participadas al 100% por la dominante, los que involucran a una sociedad dominante, a su filial participada al 100% y a una filial de ésta igualmente participada al 100%, y los que involucran exclusivamente a filiales participadas al 100% por una misma dominante.

#### 2.1.1.1. Acuerdos que involucran a la sociedad dominante y a una sociedad participada por ésta al 100%

En estos casos el seguimiento por parte de los tribunales de distrito y de los circuitos, de la doctrina Copperweld era obligado ya que el supuesto de hecho coincidía con el de la sentencia de la Supreme Court.

<sup>366</sup> CALKINS, S. «Copperweld...», ob. cit., pág. 351.

Esto es, en ellos las partes de la presunta conspiración eran una dominante y una única filial controlada por aquélla al 100%.

Las sentencias de los circuitos y de los tribunales de distritos han seguido efectivamente de forma fiel la doctrina Copperweld en estos casos<sup>367</sup>, extendiendo la misma lógica a otros en que los

<sup>367</sup> Siegel Transfer Inc., v. Carrier Express., Inc. 54 F. 3d 1125, 1131 (3rd Cir. 1995); Laitram Machinery Inc. v. Carnitehais 884 F. Supp. 1074 E. D. La. 1995; Re Max Intern. v. Realty One Inc. 900 F. Supp. 132 (ND Ohio 1995) que recuerda la doctrina aunque decide en base a otras razones; Boulware v. Nevada, Dep't of Human Resources, 960 F. 2d 793,797 (9th Cir. 1992) en la que se estableció que no existía concertación entre un hospital y su filial participada al 100%; Videochip v. Satellite Earth Stations SESE Inc., 1992-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 69,909, at 68,334 (W. D. La. 1992); en la que se estableció que la negativa de venta a un distribuidor por parte de un fabricante de decodificadores, realizada unilateralmente o a través de sus filiales participadas al 100% no constituye concertación; Nurse Midwifery Assocs. v. Hibbett, 918 F. 2d 605 (6th Cir. 1990), modified, 927 F. 2d 904 (6th Cir.), cert. denied, U.S., 112 S. Ct. 406 (1991) que cita la doctrina a los meros efectos de plantear si similitud con la que establece la imposibilidad de conspirar entre una sociedad y sus directivos o empleados, o entre un principal y su agente en un caso en el que se estudiaba si un hospital y su staf médico eran capaces de concertarse a los efectos de la sección 1 de la Sherman Act; Auto-Tron v. Allen Group, Inc., No. 90-2900 (1990 U.S. Dist. LEXIS 13350) (D. N. J. 1990); M & M Medical Supplies & Serv., Inc. v. Pleasant Valley Hosp., Inc., 738 F. Supp. 1017 (S.D.W.Va. 1990) aff'd in part, vacated in part, 946 F. 2d 886 (4th Cir. 1991), cert. denied, U.S., 113 S. Ct. 2962 (1993), que aplicó la regla de inmunidad per se a un Hospital con forma social y a su filial participada al 100% de forma sumaria; Deep South PepsiCo, Inc., 1989-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 68,560 at 60,997 (S.D.N.Y. 1989), aplicando la regla a Pepsico y su filial Metro participada al 100% por la primera y entre la dominante y los directivos o empleados de la filial, en cuanto como confirmó Copperweld los empleados y directivos de una sociedad no son actores económicos separados que persigan intereses económicos separados, con lo que los acuerdos con ellos no pueden súbitamente concentrar poder económico que previamente perseguía finalidades diferentes; Commonwealth of Pa. ex rel. Zimmerman v. Pepsico Inc., 836 F. 2d 173,181 (3d Cir. 1988) aplicando la regla a Pepsico y una de sus filiales dedicada al envasado y venta al por mayor de bebidas refrescan-

presuntos actores eran una cooperativa de segundo grado y su única cooperativa asociada<sup>368</sup>, así como a aquellos en que la dominante era una holding pública<sup>369</sup>.

Tan solo en una ocasión un tribunal de distrito no aplicó la regla Copperweld a un caso en el que el supuesto de hecho coincidía plenamente con el juzgado en Copperweld. En *Rio Vista Oil v. Southland Corp.*<sup>370</sup>, el Tribunal de distrito D. Utah decidió que cabía una concertación ilícita bajo la sección 1 de la Sherman Act entre una sociedad dominante —Southland, que operaba la cadena de tiendas 7-Eleven— y una dominada —Citgo, filial al 100% de la anterior dedicada al refinado de petróleo— cuando la concertación era consecuencia de una concentración ilícita<sup>371</sup> —la adquisición de Citgo por Southland— desde la perspectiva antitrust.

---

tes; *Ripplemeyer v. National Grape Coop. Ass'n*, 807 F. Supp. 1439, 1459 (W. D. Ark. 1992), aplicando la regla a dos cooperativas una de las cuales era el único asociado de la otra; *Garshman v. Universal Resources Holding, Inc.*, 824 F. 2d 223, 230 (3d Cir. 1987), aplicando Copperweld a una sociedad titular de un gasoducto y su dominante al 100% una holding pública; *Lake Communications, Inc. v. ICC Corp.*, 738 F. 2d 1473, 1480 (9th Cir. 1984) citando Copperweld sin relevancia en la decisión; *Tunis Brothers Co. v. Ford Motor Co.* 763 F. 2d 1482, n.º 20 (3rd Cir. 1985) vacated on other grounds, 475 U.S. 1105 (1986) reconociendo su aplicación; *Bryant Heating and Air Conditioning Corp. v. Carrier Corp.*, 597 F. Supp. 1045, 1048 (S.D. Fla. 1984) aplicando Copperweld a un caso iniciado antes del fallo de la Supreme Court; *Sadler v. Rexair, Inc.* 612, F. Supp. 491, 494 (D.C. Mont. 1985); *Walpa Cobtr. Corp. v. Mobile Paint Mfg. Co.*, 701 F. Supp. 23, 26 (D. P. R. 1988); *Southern Pines Chrysler Plymouth v. Chrysler Corp.*, 826 F. 2d 1360, 1364 (4th Cir. 1987); *Mc Gee v. First Federal Sav. & Loan Ass'n* 761 F. 2d 647, 648 (1985).

<sup>368</sup> *Ripplemeyer v. National Grape Coop. Ass'n*, 807 F. Supp. 1439, 1459 (W. D. Ark. 1992).

<sup>369</sup> *Garshman v. Universal Resources Holding, Inc.*, 824 F. 2d 223, 230 (3d Cir. 1987).

<sup>370</sup> 667 F. Supp. 757 (D. Utah. 1987).

<sup>371</sup> En materia de concentraciones en norteamérica son especialmente interesantes las «Horizontal Mergers Guidelines» de 1992, revisadas por última vez el 8 de abril de 1997, publicadas conjuntamente por el U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission.

Interpretando de forma particular las frases de Copperweld que revisaban la doctrina sentada en el caso *Yellow Cab*, el Tribunal de distrito entendió que «si una combinación —en este caso la adquisición de Citgo por Southland— se realiza entre dos entidades separadas con la finalidad de restringir la competencia, las subsiguientes acciones coordinadas pueden ser parte de la combinación ilícita original.

Unidades económicas separadas que se unen para lograr finalidades anticompetitivas permanecen separadas a los efectos de la sección 1 de la Sherman Act». De la ilicitud de la concentración provocada por la toma de control derivaba la ilicitud de los acuerdos entre la matriz y la filial participada al 100%.

Esto es puesto que era ilícita la adquisición del 100% del capital de una sociedad por otra había que concluir que no podía aplicarse Copperweld a los actos posteriores de la misma, puesto que debían ser analizados como si no se tratase de una matriz y una filial controlada al 100%.

#### 2.1.1.2. Acuerdos que involucran a una dominante y a varias dominadas directamente participadas al 100% por la dominante

La extensión a los acuerdos entre una dominante y varias sociedades participadas al 100% por aquella no se hizo esperar, la misma lógica aplicable en Copperweld era aplicable en estos casos. Así en *Newport Components v. NEC Home Electrs.*<sup>372</sup>, el Tribunal, aplicando Copperweld, consideró que no existía posibilidad de concertación entre NEC Home Electronics Inc. y NEC Home Electronics, Ltd. y NEC Corporation en cuanto las dos primeras eran filiales participadas al 100% de la tercera,

---

<sup>372</sup> 671 F. Supp. 1525, 1544 (C.D. Cal. 1987); *Deauville Corp. v. Federated Dept. Stores, Inc.* 756 F. 2d 1183, 1192 (1985); *Odishelidze v. Aetna Life & Casualty Co.*, 853 F. 2d 21, 2 (1st Cir. 1988).

afirmando, sin ulteriores comprobaciones respecto a las relaciones entre las tres sociedades, que las tres debían ser consideradas como una única entidad con una completa identidad de interés a los efectos de la sección 1 de la Sherman Act.

El Tribunal rechazó de esta forma las alegaciones de los demandantes que consideraban que Copperweld debía limitarse a sus propios hechos.

Para ello el Tribunal tuvo en cuenta la similitud de los hechos de Copperweld y del caso que se le planteaba en cuanto uno de los acusados de concertarse era la dominante y en cuanto los demandantes únicamente alegaron que las dos filiales se concertaron respecto a actividades que involucraban también a la dominante<sup>373</sup>.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de distrito de D. Colorado en su sentencia dictada en el caso *H.R.M., Inc v. Telecommunications, Inc., TCI*<sup>374</sup>, en el que el Tribunal afirmó,

<sup>373</sup> *Newport Components v. NEC Home Electrs.* cit. 1544, n. 25; De esta forma denegó la solicitud de la demandante de la aplicación de la doctrina *Ray Dobing* en la que el Tribunal no aplicó *Copperweld*, como veremos mas abajo a un caso en el que la dominante quedó excluida de la conspiración, evaluándose la posible conspiración entre varias entidades dominadas al 100% por la misma dominante, en la que esta última no había intervenido. Ver también *Square D Co. v. Schneider S.A.*, 760 F. Supp. 362, 368 (S.D.N.Y. 1991), donde además se alegó concertación entre la sociedad dominante y las filiales controladas mayoritariamente sin que el Tribunal se pronunciara expresamente sobre la cuestión aunque negó la existencia de concertación porque las pruebas aportadas por el demandante para alegar la existencia de un pluralidad de sujetos a los efectos de la sección 1 de la Sherman Act, eran las mismas que había alegado para probar la existencia de una única unidad económica que actuaba bajo el control directo de *Schneider* para fundar la presunta violación de la sección 7 de la Clayton Act 15 U.S. C. A. § 18 que prohíbe las adquisiciones realizadas, de forma directa o indirecta, por una persona o entidad, de la totalidad o de parte del capital o de los activos de otra persona cuando tal adquisición pueda causar, en algún sector de la actividad económica o en alguna parte relevante de los USA, una lesión sustancial de la competencia o tienda a crear un monopolio.

<sup>374</sup> 653 F. Supp. 645, 647 (D. Colo. 1987).

aplicando automáticamente la doctrina *Copperweld*, que la dominante —TCI— y sus filiales al 100% *North Central* y *Horizon* eran incapaces de concertarse.

#### 2.1.1.3. Acuerdos que involucran a una sociedad dominante, a su filial participada al 100% y a una filial de ésta igualmente participada al 100%

La cuestión de la capacidad de conspirar entre sociedades con una propiedad común a través de una cadena de participaciones indirectas fue juzgada por el noveno circuito en el caso *Vollrath Co. v. Sammi Corp.*<sup>375</sup> en el que el Tribunal afirmó, citando expresamente a *Copperweld*, que no cabía concertación entre una matriz coreana —*Sammi Corporation (Sammi)*— su filial americana participada al 100% —*Sammisa America Corporation (Sammi America)*— y una filial de ésta participada al 100% —*Ken Carter Industries*—.

En el caso, un importador americano dirigió la acción contra el exportador coreano y las dos sociedades norteamericanas alegando violación de la Sherman Act por práctica de precios predatorios. El Tribunal en apelación confirmó la apreciación del Tribunal de distrito en el sentido de que no cabía concertación alguna entre *Sammi*, *Sammi America*, y *Ken Carter*: «bajo *Copperweld*, las sociedades bajo la misma propiedad y control no pueden realizar entre ellas violaciones de la Sherman Act por concertación»<sup>376</sup>.

#### 2.1.1.4. Acuerdos que involucran exclusivamente a sociedades que tienen idénticos propietarios

La aplicación del principio de unidad económica tal y como fue formulado en *Copperweld Corp. v. Independence Tube*

<sup>375</sup> 9 F. 3d 1455 (9th Cir. 1993), cert. denied, U.S., 114 S. Ct 2163 (1994).

<sup>376</sup> *Vollrath Co. v. Sammi Corp.* cit. 1463.

Corp, se extendió rápidamente tanto al ámbito de las filiales al 100% de una misma dominante común, como al de las sociedades gemelas.

#### 2.1.1.4.1. Acuerdos que involucran exclusivamente a filiales participadas al 100% por una misma dominante

La lógica de Copperweld se extendió a las concertaciones en las que participaban exclusivamente sociedades hermanas que eran filiales al 100% de la misma persona o entidad. Los tribunales con alguna excepción aislada aplicaron automáticamente la regla de inmunidad *per se* derivada de Copperweld a estos supuestos.

La extensión de la regla «*per se*» a estos casos fue defendida por la misma doctrina que había patrocinado la sentencia Copperweld<sup>377</sup>. De los argumentos aportados, que se refieren mas a cuestiones generales que a la efectiva fundamentación de la extensión de la regla Copperweld a estos casos, puede destacarse, aquél en base al cual la extensión de la regla «*per se*» estaría justificada, en tanto la independencia de las sociedades hermanas es vicaria de la decisión de la dominante de concedérsela. Decisión que no puede ser entendida en el sentido de crear riesgos de infracción legal —por concertaciones contrarias a la competencia— en aquellos casos en que si la instrucción de independencia no existiera —esto es si se tratara de un grupo altamente centralizado— no habría ningún tipo de restricción.

Este argumento presupone una serie de *prius* no probados, como la relevancia respecto a las normas imperativas de control del mercado del sentido de la voluntad de la dirección del grupo a la hora de diseñar el comportamiento en el mercado —independiente o centralizado— de las entidades que lo componen —negada por otra parte por el autor que así argumenta respecto a la relevancia de la decisión de estructurar la empresa

<sup>377</sup> AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit. vol. VII, págs. 246 y ss.

en un conjunto de filiales o en una serie de divisiones— y además no resuelve la cuestión, puesto que nada nos dice de porqué no tendrá relevancia anticompetitiva el posterior acuerdo de las filiales que restringe la competencia efectivamente existente entre ellas en el mercado.

Tan solo inmediatamente después de Copperweld se defendió la inaplicabilidad a los casos de concertación entre dos filiales controladas al 100% por la misma dominante.

En el caso *In re Ray Dobbins Lincoln-Mercury v. Ford Motor Co.*<sup>378</sup> en el que los demandados alegaron la aplicación de Copperweld tanto a la concertación entre la dominante —Ford Motor Company— y sus dos filiales participadas al 100% —Ford Motor Credit Company y Ford Leasing Development Company— como a la concertación entre las sociedades hermanas.

El Tribunal de distrito de W. D. Virginia aceptó la solicitud respecto a la primera cuestión pero no respecto a la segunda, afirmando que Copperweld no era aplicable a las concertaciones entre dos filiales al 100% de una misma dominante<sup>379</sup>.

En *Hood v. Tenneco Texas Life Ins. Co.*<sup>380</sup>, el Tribunal consideró que Copperweld era aplicable a los casos de concertaciones entre dos filiales participadas al 100% por la misma dominante en los que ésta no participe, alegando el común propósito compartido de todas ellas<sup>381</sup>.

El Special master del caso *Sonitrol*, también decidió, sin que fuera recurrida su decisión en este punto, que las sociedades que son filiales al 100% son legalmente incapaces de concertarse una con otra<sup>382</sup>.

<sup>378</sup> Calificado por AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit. Supplement 1991, pág. 1005, como erróneo.

<sup>379</sup> *Ray Dobbins Lincoln-Mercury v. Ford Motor Co.* cit. 205.

<sup>380</sup> 739 F. 2d 1012 (5th Cir. 1984).

<sup>381</sup> *Hood v. Tenneco Texas Life Ins. Co.* cit. 1015.

<sup>382</sup> *Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co.* cit. 62,566.

En *H.R.M. Inc.* el Tribunal de distrito estableció que por las mismas razones que una dominante y una filial al 100% de la misma no podían concertarse, tampoco podían hacerlo dos filiales al 100% de una misma sociedad dominante. En palabras del Tribunal: «A pesar de que la decisión del Tribunal (Supremo) no impide expresamente las alegaciones de concertación entre dos sociedades hermanas —en el caso *North Central y Horizon*, filiales al 100% de *CTI*—... racionalmente debe aplicarse a estos supuestos»<sup>383</sup>.

Por último, recientemente el cuarto circuito, se ha unido a esta línea de interpretación propugnada por el quinto y el sexto en su sentencia dictada en el caso *Advanced Health-Care Serv. Inc. v. Radford Community Hosp.*<sup>384</sup> en la que tomando como base *Copperweld* y el hecho de que dos divisiones sin personalidad jurídica son incapaces de concertarse entre sí, considera existente un único interés compartido entre ambas sociedades en estos casos<sup>385</sup>.

En todo caso parece evidente que en estos casos se dan las mismas circunstancias de identidad de propiedad, de control y de interés conjunto que fundaron la decisión de la Supreme Court en *Copperweld*.

#### 2.1.1.4.2. Sociedades gemelas

La extensión de *Copperweld* a las sociedades gemelas que tienen idénticos socios aunque estos no sean una única persona o entidad no se hizo esperar. En *Century Oil Too., Inc. v. Production Specialities, Inc.*<sup>386</sup> el Tribunal del quinto circuito

<sup>383</sup> *H. R. M., Inc v. Telecommunications, Inc.*, TCI cit. 647-648. En el mismo sentido ver *Carl Hize & Sons v. Browning-Ferries Industries*, 590 F. Supp. 1201, 1202, n.º 2 (1984); *Directory Sales Management Corp. v. Ohio Bell. Tel. Co.*, 833 F. 2d 606, 611 (6th Cir. 1987).

<sup>384</sup> 910 F. 2d 139, 146 (4th Cir. 1990).

<sup>385</sup> *Advanced Health-Care Serv. Inc. v. Radford Community Hosp.* cit. 145-147.

<sup>386</sup> 737 F. 2d 1316 (5th Cir. 1984).

decidió sobre la capacidad de concentrarse de dos sociedades — *Production Specialities, Inc.* y *Gas Lift Supply, Inc.*— cuyas acciones estaban totalmente poseídas y en idéntica proporción 30%, 30% y 40% por las mismas tres personas.

Los tres socios eran además administradores y directivos de cada una de las dos sociedades. Uno de ellos recibía su remuneración de *Production Specialities* y los otros dos de *Gas Lift*, aunque el cálculo de la remuneración que le correspondía a cada uno de ellos estaba basado en su porcentaje de acciones en cada una de las dos sociedades.

El Tribunal concluyó que ambas sociedades estaban bajo la misma titularidad y control de estas tres personas físicas. La existencia de las dos sociedades obedecía a que en el pasado una de ellas había sido participada al 100% por uno de los actuales socios, y la otra por los otros dos, procediendo, cuando decidieron unir sus fuerzas, a un intercambio de participaciones, para evitar una fusión, por razones fiscales.

A la vista de la doctrina *Copperweld* el Tribunal decidió que no existía «diferencias relevantes entre una sociedad participada al 100% por otra, dos sociedades participadas al 100% por otra, o dos sociedades participadas al 100% por tres personas que conjuntamente dirigen los negocios de las dos sociedades. Un contrato entre ellas no las convierte en unidades económicas distintas. En realidad, siempre han tenido una unidad de propósito o un designio común»<sup>387</sup>.

El fallo tiene mayor relevancia si se tiene en cuenta que revisó en apelación la decisión que había adoptado el Tribunal de distrito que en base a un análisis funcional de las relaciones entre las dos sociedades había establecido que ambas eran lo suficientemente independientes para conspirar entre sí.

La aplicación de *Copperweld* a las sociedades gemelas no es aquí, sin embargo, meramente formal. La regla de *Copperweld*

<sup>387</sup> *Century Oil Too., Inc. v. Production Specialities, Inc.* cit. 1317.

se utiliza tras un análisis funcional en que se tienen en cuenta las relaciones históricas entre las dos sociedades, el hecho de que los beneficios se obtengan por los socios en proporción a sus participaciones —idénticas en ambas sociedades—, y la gestión conjunta por los socios de ambas como un único negocio —puesto que la fusión se descartó exclusivamente por motivos fiscales—.

Century Oil, no establece por tanto una extensión automática, sumaria o formal de la regla de Copperweld, sino una aplicación de la misma cuando existe identidad de razón en un caso de sociedades gemelas.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de distrito de S.D. New York en su sentencia dictada en el caso *Gucci v. Gucci Shops Inc.*<sup>388</sup>, que aplicó Copperweld a *Gucci Shops, Inc* y a *Guccio Gucci S. P. A.* que tenían idénticos socios —aunque la sentencia no indica si eran titulares de idénticos porcentajes de capital en cada una de ellas— sobre la base de la propiedad y control común, en cuanto Maurizio Gucci controlaba efectivamente los negocios de ambas compañías. La sentencia con múltiples citas de AREEDA, basa su decisión en la equiparación de las relaciones entre dos sociedades hermanas con idénticos accionistas y dos divisiones sin personalidad jurídica de una misma filial<sup>389</sup>.

<sup>388</sup> 651 F. Supp. 194,198 (S.D.N.Y. 1986).

<sup>389</sup> El Tribunal estableció también que al igual que los directivos y empleados de una misma sociedad no pueden concertarse entre sí —*Schwimmer v. Sony Corp. of America*, 677 F. 2d 946,953 (2d Cir. 1982); *University Life Insurance Co. v. Unimarc Ltd.*, 699 F. 2d 846, 852 (7th Cir. 1983); *Tose v. First Pa. Bank, N. A.*, 648 F. 2d 879, 893-94 (3d Cir.), cert. denied, 454 U.S. 893 (1981); *Nelson Radio & Supply Co. v. Motorola Inc.*, 200 F. 2d 911 (5th Cir. 1952), cert. denied, 345 U.S. 925, (1953)— los directivos de sociedades con idénticos propietarios no pueden conspirar, dada la comunidad de interés de las sociedades, que estas conforman una única unidad económica y que los directivos o empleados no constituyen operadores económicos separados respecto de las sociedades que dirigen o los emplean que persigan fines distintos, con lo que sus acuerdos no pueden súbitamente concentrar poder económico que con anterioridad perseguía objetivos distintos.

Más recientemente el sexto circuito en su sentencia en el caso *Guzowski v. Hartman*<sup>390</sup>, estableció que dos hipódromos propiedad de dos sociedades independientes con idénticos socios no pueden concertarse. A juicio del Tribunal «las sociedades eran una única unidad económica que servía un único interés y no podían conspirar una con otra...». La común identidad económica de las dos sociedades estaba reforzada, a juicio del Tribunal, por el tamaño reducido de las sociedades y el escaso número de socios de las mismas.

## 2.2. Reglas aplicables en el ámbito de las relaciones entre sociedades que no tienen propietarios comunes

Tal y como hemos visto en Copperweld la Supreme Court se pronunció exclusivamente sobre los casos en que la dominada es titular de la totalidad del capital de la filial dejando expresamente sin resolver la cuestión de las reglas que se deben aplicar en otros casos. El debate se centra en saber si la inmunidad per se es aplicable a alguno de los casos en que no existe identidad en la propiedad y cuales son los criterios que deben establecer en los demás casos si existe o no violación de la sección 1 de la Sherman Act.

La respuesta de los tribunales de distrito y de circuito norteamericanos no ha sido unánime, y el grado de consenso de las soluciones depende de los distintos casos. Un análisis detallado se hace imprescindible para conocer el significado real de la expansión de la doctrina Copperweld.

### 2.2.1. *Per se* rule o análisis funcional en base al principio de unidad económica

La mayor o menor facilidad con la que los tribunales aplican Copperweld en los casos de participación inferior al 100% o de

<sup>390</sup> 969 F. 2d 211, 213-214 (6th Cir. 1992) cert. denied, U.S., 113 S. Ct. 978 (1993).

falta de identidad total entre los socios y participaciones de dos sociedades, está en íntima relación con el porcentaje de participación que ostenta la dominada en la dominante.

Podemos distinguir en este sentido entre los casos en que la participación ajena a la dominante es mínima o meramente simbólica, regidos por la regla de *minimis*, los casos de control mayoritario y los de control minoritario. De otra parte se ha planteado la cuestión respecto a los acuerdos entre filiales sin participación de la dominante, cuando las filiales no están participadas al 100%, y en los casos de sociedades gemelas incompletas.

La aplicación de regla de inmunidad establecida en *Copperweld* se extendió, en primer lugar, a los supuestos que caen dentro del ámbito de aplicación de la regla de *minimis* basada en la opinión doctrinal expresada por *HANDLER*, mucho antes del caso *Copperweld*, en virtud de la cual había que considerar que no podía existir concertación, cuando la dominante tuviera la capacidad de convertir la filial en una división a través de una absorción<sup>391</sup>.

### 2.2.2. *Supuestos incluidos bajo la regla de minimis*

La regla de *minimis* en su versión *handleriana* ha sido aplicada en varios casos. *Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co.*<sup>392</sup>, *Satellite Fin. Planning Corp. v. First Nat'l Bank of Wilmington*<sup>393</sup>, *Aspen Tittle & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*<sup>394</sup>, *Leaco Enterprises, Inc. v. General Electric Co.*<sup>395</sup>, y *Siegel Transfer Inc., v. Carrier Express., Inc.*<sup>396</sup>

<sup>391</sup> *HANDLER, M. - SMART, T. A.* «The Present...», ob. cit., pág. 25, y nota 12.

<sup>392</sup> 1986-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 67,080 at 62,568 (D.D.C. 1986).

<sup>393</sup> 633 F. Supp. 386,395 (D. Del. 1986).

<sup>394</sup> 677 F. Supp. 1477,1486 (D. Or. 1987).

<sup>395</sup> 737 F. Supp. 605 (D. Or. 1990).

<sup>396</sup> 54 F. 3d 1125,1133 (3rd Cir. 1995).

La posible aplicación de la regla de la inmunidad *per se* bajo la regla de *minimis* se planteó por primera vez al analizar la capacidad de concertarse de *American Telephone and Telegraph Company (AT & T)* y sus filiales participadas entre el 90% y el 100%. En *Sonitrol* el Tribunal no entendió directamente sobre esta cuestión que había sido decidida previamente por un *Special Master* sin que su recomendación (*SMR*) fuera posteriormente apelada en este punto.

En el momento de adoptarse la decisión *AT&T* era titular del 100% del capital de todas sus filiales, con la excepción de dos sobre las que poseía un interés por debajo del 50%. Sin embargo durante el periodo anterior relevante analizado en la *SMR*, *AT&T* era titular del 99% de las acciones de *Illinois Bell Telephone Co.* y aproximadamente del 90% del capital de *New England Telephone & Telegraph Co.*, *The Mountain State Telephone & Telegraph Co.* y *Pacific Telephone & Telegraph Co.*

El *Special Master* recomendó, que las «filiales en las que *AT&T* es titular de mas del porcentaje de capital que le permite, de acuerdo con la Ley de incorporación de la filial, forzar una absorción de las filiales por encima de las objeciones de los accionistas minoritarios, y solo durante ese tiempo, esas sociedades deben ser tratadas como si estuvieran participadas al 100% a los efectos de *Copperweld*»<sup>397</sup>.

El *Special Master* recogió por lo esencial la doctrina expuesta por *HANDLER* con anterioridad al caso *Copperweld* en el sentido de que las filiales controladas mediante una participación mayoritaria deben ser tratadas como filiales participadas al 100% cuando, bajo la ley de incorporación de las filiales la dominante posee un porcentaje de capital de la filial que le da derecho a fusionarla.

En *Satellite Fin.* el Tribunal de distrito de D. Delaware, en un caso de fijación horizontal de precios, estableció que *Copperweld*

<sup>397</sup> *Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co.* cit. 62,566, n. 2.

era aplicable en un caso en que la dominante —Control Data Corporation— poseía el 100% de la dominada —Commercial Credit Company— quién a su vez era titular de aproximadamente el 99% de las acciones del First National Bank of Wilmington.

En palabras del Tribunal: «Commercial Credit no es titular en sentido técnico del 100% de las acciones del banco, pero la diferencia mínima entre su porcentaje de titularidad y el 100% no impide la aplicación de Copperweld. En la medida en que Commercial Credit, y por tanto Control Data, son propietarios del banco se engendra la inherencia de una 'unidad de propósito' y de un 'diseño común' que hace imposible para estos concertarse en el contexto de la Sherman Act.»<sup>398</sup>

El Tribunal decidió por tanto, como cuestión de derecho, que los tres demandados no se habían concertado entre ellos en violación de la sección 1 de la Sherman Act.

En Aspen el Tribunal siguió expresamente la doctrina establecida por el Special Master en Sonitrol estableciendo que «solo las sociedades que tienen una titularidad común del 100% o una cantidad mínima por debajo del 100% están cubiertas por la regla de Copperweld.»

En concreto negó la existencia de conspiración entre una dominante (Trendwest, Inc.) y su filial (Trendwest Capital Corp.) de la que la primera poseía el 97,5% del capital<sup>399</sup>, en tanto que consideró existente la concertación por los mismo hechos entre Trendwest Inc. y Mountain Title Co. en cuanto la primera tan solo poseía el 75% del capital de la segunda<sup>400</sup>.

En el caso Leaco, en el que la dominante General Electric Co. (GE) era titular del 91,9% del capital de la dominada Canadian General Electric (CGE), el Tribunal estableció que existía la unidad de propósito entre las dos sociedades «cuestión de derecho». CGE está constituida bajo las leyes de Canadá.

<sup>398</sup> Satellite Fin. Planning Corp. v. First Nat'l Bank of Wilmington cit. 395.

<sup>399</sup> Aspen Title & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc. cit. 1482, 1486.

<sup>400</sup> Aspen Title & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc. 1486.

Estas leyes establecen que una sociedad que es titular del 67% del capital de una filial puede forzar la absorción de la filial<sup>401</sup>. Consecuentemente GE puede forzar a CGE a fusionarse con ella. El Tribunal considera que «la regla de Copperweld debe ser aplicada para decidir que GE y CGE comparten una unidad de propósito como «cuestión de derecho»<sup>402</sup>.

Este caso presenta, sin embargo, algunas peculiaridades. El Tribunal de distrito D. Oregon, antes de decidirse por la aplicación de la regla de minimis lo abordó en base a un análisis funcional, aplicando los factores que debían tenerse en cuenta para determinar cuando una sociedad dominante y dominada —fuera de los casos de titularidad común del capital y de aplicación de la regla de minimis— comparte con otra una unidad de propósito.

Ajuicio del Tribunal deben considerarse varios factores: 1) la relación legal entre las dos sociedades; 2) la conformación del órgano de administración de la filial; 3) los objetos sociales de ambas sociedades; y 4) el grado de intensidad de la autonomía ejercida por la filial.

En el caso concreto el Tribunal consideró que General Electric Co. (GE) y Canadian General Electric (CGE) de la que la primera era titular de un 91,9% del capital tenían pocos lazos directos. Que GE tan solo tenía la minoría de los miembros en el órgano de administración de GE, que CGE operaba con suficiente autonomía como para estipular contratos de hasta 10 millones de dólares sin autorización previa de GE, que GE había participado en la contratación —aprobándola— de tan solo 12 de los 14.000 empleados de CGE. Obsérvese que el Tribunal que encuentra todos estos argumentos para rebatir la

<sup>401</sup> Compulsory Acquisitions Title Business. Corporations Act, 1982 (Ontario) Part XV, §§ 199 (1), 177 (5), 2 (1).

<sup>402</sup> Leaco Enterprises, Inc. v. General Electric Co. cit. 608-609. El que sea considerado como cuestión de derecho es extremadamente importante desde la perspectiva del sistema procesal norteamericano en cuanto priva al tribunal de la posibilidad de decidir sobre la cuestión.

apreciación del Juez que entendió preliminarmente llega posteriormente a la misma conclusión por aplicación del precedente relativo a la regla de *minimis*.

La observación que puede hacerse inmediatamente es que o la regla de *minimis* inmuniza indebidamente a las sociedades que en un análisis funcional deberían considerarse como concertadas o que los factores expuestos por el Tribunal no son completos.

### 2.2.3. *Aplicación de la regla de minimis a casos de sociedades gemelas*

Indicios de aplicación de la regla de *minimis* a las sociedades gemelas podemos encontrarlos ya en *Aspen*, en donde el Tribunal estableció que no existía conspiración entre *Trendwest Inc.* y *Jeld-Weln, Inc.* en cuanto que ambas habían tenido un accionariado idéntico y en la actualidad era sustancialmente idéntico<sup>403</sup>.

El carácter sustancial de dicha identidad se deducía por el Tribunal de lo expuesto en los hechos que establecen que ambas sociedades permanecen «predominantemente» bajo propiedad y control común y que sus órganos de administración incluyen a dos administradores comunes.

La alegación de la dirección común a través de los administradores no puede ocultar la tendencia a aplicar la regla de *minimis* a los casos en que las variaciones de la titularidad del capital de una y otra sociedad sean mínimos —p. ej. dos sociedades con los cuatro mismos accionistas en las que las porciones de capital de las que sea titular cada accionista en una y otra varíen en un 1 o un 2%, o dos sociedades que tengan los mismos socios menos uno que sea socio de solo una de las dos y sea titular en ésta de un 1% del capital—.

<sup>403</sup> *Aspen Tittle & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.* cit. 1486.

### 2.2.4. *Acuerdos entre dominante y filial sometida a control mayoritario*

La aplicación de la doctrina *Copperweld*, fue mas allá de los casos cubiertos por la regla de *minimis* aplicándose, en ocasiones, a casos de control mayoritario, esto es en el que la dominante controlaba directa o indirectamente una participación en el capital de la filial superior al 50% del capital. En estos casos la jurisprudencia menor norteamericana muestra una clara diversidad en cuanto a la aceptación de la aplicación de la regla *Copperweld*, atendiendo al nivel de participación directa o indirecta de la dominante en la dominada.

En los casos en los que la sociedad dominante es titular de una participación igual o superior al 80% del capital de la dominada, la tendencia es clara en favor de aplicar *Copperweld*.

La cuestión de si la regla «per se» contenida en *Copperweld* puede aplicarse a las concertaciones entre sociedad dominante y dominada, cuando la primera tenga la mayoría de los derechos de voto en la Junta general de la segunda, sin alcanzar el 80% del capital, no es pacífica en la doctrina, y sólo ha sido decidida en una ocasión, favorablemente a la extensión, en la muy discutida sentencia *Novatel*.

#### 2.2.4.1. *Extensión de Copperweld a las presuntas concertaciones con filiales en las que la dominante es titular de una participación igual o superior al 80%, sin que quepa aplicar la regla de minimis*

En *TV Communications Network, Inc. v. ESPN, Inc.*<sup>404</sup>, sin alegar argumento alguno excepto la sentencia *Copperweld* y algunas de las sentencias de circuitos y distrito que la aplican

<sup>404</sup> 767 F. Supp. 1062 (D. Colo. 1991) *aff'd* sub nom. *TV Communications Network, Inc. v. Turner Network Television, Inc.*, 964 F. 2d 1022 (10th Cir.), cert. denied, U.S., 113 S. Ct. 601 (1992).

—entodocaso a filiales participadas al 100%—, y sin mencionar siquiera la regla de *minimis* ni la jurisprudencia que la apoya, el Tribunal de distrito de D. Colorado aplicó la inmunidad por ser derivada de *Copperweld* a los acuerdos entre una sociedad y su filial participada al 80%.

El Tribunal ni siquiera realizó análisis alguno de los hechos —para determinar su similitud con *Copperweld*— ni de las relaciones entre las sociedades. La sentencia —favorable al demandante— solo fue recurrida por uno de los demandados no era ESPN ni CTI su matriz. Obviamente a ninguno de estos dos les interesaba recurrir la sentencia en este punto, por lo que el Tribunal de apelación no se pronunció sobre esta cuestión.

El más reciente y radical pronunciamiento en esta línea ha sido realizado por el Tribunal de distrito N.D. California en su sentencia en el caso *Bell Atlantic v. Hitachi Data Systems*<sup>405</sup>. En este caso el Tribunal aplicó *Copperweld* y estableció que una sociedad dominante que indirectamente —a través de una filial participada al 100%— controlaba mayoritariamente —con un 80% de participación— una sociedad dominada no podía conspirar con ella.

El Tribunal no realizó análisis funcional alguno pese a la solicitud de la demandante que alegó expresamente que *Copperweld* solo se extiende a sociedades cuya titularidad es común al 100%, o de *minimis* por debajo del 100%<sup>406</sup> apoyándose en el caso *Aspen*, doctrina de la que el Tribunal sentenciador discrepó.

El Tribunal partió en su decisión de *Copperweld* y de las sentencias que ampliaban su ámbito de aplicación invocando la regla de *minimis* o centrando su argumento en el control de la dominante sobre la dominada<sup>407</sup>.

<sup>405</sup> 849 F. Supp. 702, 706 (N.D. Cal. 1994).

<sup>406</sup> *Bell Atlantic v. Hitachi Data Systems* cit. 706.

<sup>407</sup> Con mención expresa de *Novatel*, aunque no de *TV Communications Network*.

En palabras del Tribunal: '*Copperweld* se refiere directamente a las relaciones entre una sociedad dominante y una filial participada al 100%. Los Tribunales han considerado que la lógica de *Copperweld* también se aplica en situaciones (relaciones) entre una dominante, una sociedad dominada y su filial participada por debajo del 100%. El Tribunal en *Copperweld* razonó que las sociedades dominantes y las filiales participadas al 100% 'comparten un propósito común tanto si la dominante vigila la actividad de la filial como si no; la dominante puede asegurarse el control total en todo momento si la subsidiaria deja de actuar en el mejor interés de la dominante'<sup>408</sup>.

En otras palabras, la entidad que ostenta el control legal efectivamente dicta las políticas y dirección de su filial. En el momento en que la filial deje de actuar en el mejor interés de la dominante, la dominante puede ejercer total control sobre su subsidiaria. A este respecto la dominante y la filial actúan con una unidad de interés<sup>409</sup>.

Según el Tribunal «en base al razonamiento de *Copperweld* y su progenie, no es necesario realizar un análisis de los hechos para determinar cuando una dominante y su filial sobre la cual la dominante tiene el control legal pueden concertarse en violación de la sección 1 de la *Sherman Act*. *Copperweld* consideró que la dominante y su filial participada al 100% debían considerarse la «misma entidad» a los efectos antitrust porque la dominante tiene el poder de ejercer el control total sobre su filial. Por las mismas razones, una dominante y sus filiales sobre las cuales la dominante ostenta el control legal no pueden concertarse para restringir la competencia. Ambas comparten una unidad de interés y una común conciencia social porque trabajan con el mismo objetivo. Es indiscutido que *Hitachi* es propietaria del 80% de *Hitachi Data Holding*

<sup>408</sup> *Copperweld* cit. 771-772. En el mismo sentido ver *Square D Co. v. Schneider S.A.*, 760 F. Supp. 362, 368 (S.D.N.Y. 1991).

<sup>409</sup> *Bell Atlantic v. Hitachi Data Systems* cit. 706.

Company, la cual es titular del 100% de Hitachi Data. De acuerdo con ello el Tribunal decide que como cuestión de derecho, Hitachi no puede concertarse con Hitachi Data para restringir la competencia en violación del § 1 de la Sherman Act»<sup>410</sup>.

Esta línea de jurisprudencia menor rompe completamente con el fundamento tradicional de Copperweld, basado en la identidad de propiedad, control e interés, concebida esta última como consecuencia ineluctable de la primera en un ordenamiento en que la identificación del interés social se realiza siguiendo doctrinas contractualistas.

Lo único relevante aquí es la identidad de control «legal» y como de ella ya no se puede derivar la identidad de interés, dada la existencia de accionistas minoritarios en la dominada, se centra la atención en la existencia de un propósito común, para fundar la idea de que la existencia de un propósito común que caracteriza el acuerdo restrictivo entre empresas, no es relevante en estos casos, en virtud de que la dominante y la filial tendrían siempre y en todo momento un propósito común.

#### 2.2.4.2. Extensión de Copperweld a las presuntas concertaciones con filiales en las que la dominante es titular de una participación superior al 50% e inferior al 80%

Bajo la barrera de la participación del 80% la aplicación de Copperweld ha sido excepcional. El único caso en toda la jurisprudencia menor norteamericana en que hasta el momento se ha producido tal extensión es el caso Novatel.

En Novatel el Tribunal de distrito de N.D. Georgia estableció que un fabricante canadiense de teléfonos celulares y su distribuidor tejano, del que el primero es titular del 51% del capital, son incapaces de concertarse a los efectos de la sección 1 de la

<sup>410</sup> Bell Atlantic v. Hitachi Data Systems cit. 706.

Sherman Act, para expulsar del mercado a otro distribuidor competidor.

A juicio del Tribunal al igual que en el caso de la filial participada al 100% en el caso Copperweld, la participación inferior al 100% de la que es titular el fabricante le asegura el control total sobre el distribuidor y le asegura la capacidad de intervenir en el caso en que el distribuidor deje de actuar en el mejor interés del fabricante<sup>411</sup>.

A juicio del Tribunal aunque el hecho de que el distribuidor estipule acuerdos con el fabricante muestra que era considerado un contratante independiente, ello no altera el hecho de que el fabricante tenga una participación de control suficiente como para exigir al distribuidor actuar en el mejor interés del fabricante.

La extensión de Copperweld a estos casos ha sido discutida en la doctrina norteamericana<sup>412</sup>.

La lógica de esta decisión es que la dominante comparte un interés común con la dominada, por cuanto aquélla puede asegurarse de que ésta actuará en el mejor interés de la dominante a través del ejercicio de su poder de control. En otras palabras y a diferencia de lo que afirmaba Copperweld que identificaba el interés común de ambas sociedades con el interés común de todos los socios actuales, este grupo de sentencias identifican el interés común de la dominante y la dominada con el interés de la mayoría de control actual de la dominada, esto es con el interés de la dominante.

Esto es, en nuestra opinión, una mera simplificación propia del uso inmatizado de tópicos jurídicos y no cubierta en ningún caso por la doctrina Copperweld.

<sup>411</sup> Novatel Communications v. Cellular Telephone Supply. cit. 62,173.

<sup>412</sup> Tendencialmente a favor ver AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit. vol. VII, págs. 249 y ss. En contra ver CALKINS, S. «Copperweld...», ob. cit., pág. 353.

Es cierto que la mayoría o la minoría mayoritaria en los casos de control interno de hecho puede, por regla general, nombrar y revocar libremente a los administradores de las sociedades. Pero no lo es menos que estos están sometidos en su actuación a una serie de deberes que en los USA se resumen en el «duty of care» y el «duty of loyalty»<sup>413</sup>, por lo que una actuación en favor de los intereses de la dominante que lesione los intereses sociales —concebidos como interés conjunto de todos los socios actuales— en una sociedad en la que existen socios minoritarios, tendría como consecuencia las consiguientes acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad dominada y aun contra la propia dominante como inductor de la acción de los administradores o como socio mayoritario sobre el que pesan, también, estos deberes.

So pena de admitir que todos los administradores o directores están dispuestos a soportar estas acciones de responsabilidad de forma continuada, hay que entender que el poder de la dominante de imponer a los miembros del órgano de administración de la dominada que actúen en interés de aquélla es sensiblemente inferior en los casos en que existen socios minoritarios que cuando no existen, y menor todavía conforme la participación de los minoritarios sea mas amplia. Esto es que presentará igualmente diferencias si los socios minoritarios representan un porcentaje que les permita ejercer acciones de minoría o por el contrario no reúnen el suficiente porcentaje de capital.

El argumento de que la minoría deba asumir que la sociedad en la que participa no se comportará de modo agonístico en el mercado con respecto a sus sociedad dominante u otras del grupo, aportado por quienes defienden que la existencia de una minoría de capital no supone necesariamente la existencia de capacidad de restringir la competencia<sup>414</sup>, no nos parece convincente o relevante desde la perspectiva antitrust.

<sup>413</sup> Y así lo reconocen hasta los mas fervientes defensores de Copperweld como AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit. vol. VII, pág. 252.

<sup>414</sup> AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit., pág. 253.

Tampoco el argumento que vincula las concertaciones a las concentraciones nos parece convincente. Según el mismo una concentración lícita entre varias entidades presupone la licitud de las acciones coordinadas posteriores de las entidades que se concentraron. Esto es la licitud de origen de la operación de creación del grupo o de la incorporación de una entidad al mismo sana, cual las aguas del Jordán, cualquier ilicitud posterior de los actos concertados entre dominante y filiales sometidas a control mayoritario, aunque implique que tras la adquisición se vaya a establecer precios únicos por parte de las dos entidades anteriormente competidoras en el mercado.

La licitud de la concentración se refiere a la concentración en si y a las restricciones directamente relacionadas o necesarias para la realización de la concentración, presuponiendo una actuación subsiguiente de las entidades que se concentran de acuerdo a las reglas de la competencia. Las reglas de control de las concentraciones no son una especie de mecanismo que permita tras la correspondiente autorización, o no oposición, realizar a los participantes todo tipo de actos contrarios a la competencia que antes tenían prohibidos, como los de intentar monopolizar el mercado o concertarse para restringir la competencia, en este último caso, cuando no constituyen una única unidad económica.

Así lo ha venido reconociendo la jurisprudencia norteamericana al declarar la complementariedad del análisis antitrust realizado de acuerdo con las secciones 1-7 y 12-27<sup>415</sup>.

Tampoco parece convincente afirmar que la diferencia de intereses entre la mayoría y minoría no se hará evidente en la mayoría de los casos en que la decisión pudiera tener efectos restrictivos de la competencia<sup>416</sup>, aunque es obvio que se pueden describir muchos ejemplos en que esto puede ser así, también los es que se pueden describir muchos ejemplos en que ocurre lo contrario.

<sup>415</sup> United States. v. Philadelphia Nat. Bank. 374 U.S. 321, 83. Ct. 1715.

<sup>416</sup> AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit., pág. 254.

Así la sociedad A holding de B que controla con una participación del 51%, puede acordar con ésta que el precio de los productos que ella misma y B suministran, a terceros, se establezca a un nivel que impida a la dominada obtener los rendimientos derivados de su mayor eficiencia, e impida a ésta acrecentar su mercado.

A nuestro juicio, por tanto, esta línea jurisprudencial es errónea por un triple motivo. Primero, porque extiende sin fundamento la doctrina Copperweld a casos que no presentan identidad de razón sin una sólida base argumental. Segundo porque identifica erróneamente interés social con interés de la mayoría actual. Tercero porque ignora las consecuencias derivadas de los deberes de fidelidad y cuidado que pesan sobre los administradores y socios mayoritarios de una entidad.

#### *2.2.5. Noextensión de Copperweld a las presuntas concertaciones con filiales en las que la dominante es titular de una participación inferior al 50%*

Cuando la participación de la dominante es inferior al 50%, la jurisprudencia menor norteamericana es unánime al negar la extensión de Copperweld. Entre las sentencias de este grupo debe citarse la dictada en el caso Sonitrol en el que el Tribunal del distrito de Columbia decidió sobre la existencia de concertación entre AT&T y dos de sus filiales Cincinnati Bell Inc. (CBI) en la que AT&T era titular de un 32,6% del capital y Southern New England Telephone (SNET) en la que AT&T era titular de un 23,9%.

En ambos casos la participación le confería el control de la sociedad dada la atomización del restante capital. La recomendación del Special Master establecía que era legalmente posible que AT&T y sus filiales participadas al 100% se concertasen con CBI y SNET. La decisión estaba basada en tres factores, el interés minoritario —aunque de control— de AT&T en las dos compañías, el razonamiento de Copperweld, y la presentación de AT&T, CBI y SNET como operadores independientes unidos

por relaciones contractuales realizadas por AT&T ante sus socios y las agencias gubernamentales.

La representación de estas sociedades arguyó que «una filial que es efectivamente controlada y dirigida como parte de una única empresa no es capaz de concertarse con su dominante bajo la Sherman Act esté o no participada al 100%»<sup>417</sup>.

El tribunal, confirmó que la cuestión no había sido resuelta en Copperweld y que la resolución del problema estribaba en determinar cuando debía entenderse que existía «unidad de interés» entre dos sociedades, afirmando que es la ausencia de este «importante» factor en las relaciones respectivas entre AT&T, CBI y SNET la que está en la base de la decisión del Special Master.

En ella se afirma que «como cuestión de hecho (CBI y SNET) se adhieren a todas las decisiones relevantes de AT&T y están estrechamente interrelacionadas con AT&T y sus otras filiales a través de varios acuerdos, contratos, directivas de actuación» y que «la participación de AT&T en cada sociedad, comparada con las participaciones de los otros accionistas, es suficiente, como cuestión práctica, como para que sea extremadamente difícil para los accionistas disidentes unirse para elegir un órgano de administración que actúe independientemente de los deseos de AT&T»<sup>418</sup>.

A pesar de estos factores, que mostraban la existencia del control' el Special Master concluyó que a diferencia de la situación existente en Copperweld, AT&T, CBI y SNET no tenían siempre una «unidad de propósito o un designio común» ni compartían siempre un «propósito común».

El Special Master centró su decisión en la situación legal del órgano de administración de CBI y de SNET, en vez de en las relaciones entre esos órganos y AT&T en el pasado. Decidió, que dado el deber de estos órganos de actuar en el mejor interés de

<sup>417</sup> Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co. cit. 62,566.

<sup>418</sup> Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co. cit. 62,567.

la sociedad y de todos los socios debe presumirse que «día a día y año tras año dichos órganos decidían que era en beneficio de cada una de las sociedades y de todos los socios y no únicamente en el de su principal, aunque no mayoritario, accionista, continuar con sus acuerdos con AT&T, estipular nuevos contratos y acuerdos de tanto en tanto, seguir las directivas de actuación de AT&T, e intercambiar personal con la misma. Puesto que no solo tenían los administradores la capacidad de romper parcial o totalmente sus relaciones con AT&T, sino que tenían el deber legal de considerar por encima de todo los principios e intereses de la sociedad y de todos los socios de la sociedad»<sup>419</sup>.

Este argumento fue expresamente aceptado por el Tribunal quien añadió su propia argumentación basada por el contrario en el análisis de las relaciones existentes en las sociedades siguiendo la doctrina establecida por *Las Vegas Sun Inc.*<sup>420</sup> en virtud de la cual «para determinar si dos entidades sociales están suficientemente separadas para ser capaces de concertarse, un tribunal debe examinar los particulares hechos del caso que se encuentra ante él».

Un examen de los hechos del caso llevó al Tribunal a afirmar que «aunque AT&T tiene indudablemente el control de hecho sobre CBI y SNET, el control legal de estas sociedades continúa firmemente en las manos de sus órganos de dirección. Mientras dichos órganos tengan la capacidad legal de determinar el curso de las actividades empresariales de su sociedad independientemente de AT&T, son capaces de conspirar con AT&T en violación de la sección 1 de la Sherman Act»<sup>421</sup>.

Pese a reconocer los hechos alegados por los recurrentes que documentaban las estrechas relaciones sostenidas en el pasado entre AT&T y sus filiales, el Tribunal dio relevancia al hecho de que las tres se habían presentado ante sus propios socios y las

<sup>419</sup> *Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co.* cit. 62,568.

<sup>420</sup> cit. 617.

<sup>421</sup> *Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co.* cit. 62,568.

agencias gubernamentales como operadores independientes vinculados contractualmente, decidiendo que las tres entidades eran capaces de concertarse a los efectos de la sección 1 de la Sherman Act.

#### 2.2.6. *Acuerdos entre miembros del grupo sometidos a control mayoritario común*

La cuestión de la aplicación de Copperweld a los casos de concertaciones entre sociedades dominadas bajo control mayoritario en las que la dominante común no participe, sigue parcialmente las pautas de las concertaciones entre sociedades dominantes y dominadas.

En particular es aquí igualmente pertinente tras la nueva sentencia *Total Benefit*, realizar la distinción entre sociedades hermanas en las que la titularidad común alcanza un porcentaje superior al 80% y otros casos en los que la titularidad común es superior al 50% e inferior al 80%.

##### 2.2.6.1. *Extensión de Copperweld a las presuntas concertaciones entre filiales en las que la dominante es titular de una participación igual o superior al 80%, a las que no es aplicable la regla de minimis*

A favor de la aplicación de Copperweld a estos casos se ha pronunciado recientemente el Tribunal de distrito de N.D. California en su sentencia en el caso *Bell*<sup>422</sup>. En el supuesto la cuestión era determinar si Copperweld era aplicable a los acuerdos entre dos sociedades filiales de una misma dominante, una de ellas participada al 100% y la otra al 80%.

El Tribunal citando algunas de las sentencias que habían aplicado Copperweld a las relaciones entre filiales participadas

<sup>422</sup> *Bell Atlantic v. Hitachi Data Systems* cit. 706-707.

al 100% de una misma dominante estableció que «Hitachi Data e Hitachi America, filiales hermanas —una de ellas al 80%— no pueden concertarse para restringir la competencia. Ambas persiguen los mismos intereses y objetivos: la distribución de los productos Hitachi. Dos filiales hermanas sobre las cuales la dominante ostenta el control legal son legalmente incapaces de concertarse en violación de la § 1 por las mismas razones que Copperweld consideró que una dominante y su dominada participada al 100% no podían concertarse»<sup>423</sup>.

Un pronunciamiento discrepante con esta doctrina puede encontrarse en la sentencia del Tribunal de distrito de E.D. Louisiana en el caso *Total Benefit Servs., Inc. v. Group Ins. Admin., Inc.*, resolviendo una moción de juicio sumario que fue acordada solo en parte<sup>424</sup>, en un caso de presunta concertación entre dos sociedades de las cuales una persona física es titular del 100% del capital de una y del 85% del capital de otra que en cuanto «el caso en estudio no envuelve una sociedad dominante y su filial participada al 100%. El demandante está en lo cierto observando que Copperweld por si sola no es base suficiente para garantizar un juicio sumario en favor de los demandados»<sup>425</sup>.

El Tribunal revisando la progenie de Copperweld consideró, citando expresamente *Leaco* y *Novatel*, que las dos sociedades implicadas *Group Insurance Administration, Inc.* y *Group Insurance Administration of Louisiana, Inc.* no podían concertarse tomando como hechos relevantes, no solo la titularidad del capital de ambas sino el hecho de que el accionista común fuera presidente y director de las dos sociedades, y que las cuentas bancarias de ambas compañías fueron utilizadas para recibir los pagos realizados a una entidad que tan solo *GIA, La.*, administraba.

<sup>423</sup> *Bell Atlantic v. Hitachi Data Systems* 707.

<sup>424</sup> 1993-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 70, 148, at 69,613 (E. D. La. 1993).

<sup>425</sup> *Total Benefit Servs., Inc. v. Group Ins. Admin., Inc.* cit. 69,612.

Del análisis conjunto de todos estos hechos el Tribunal dedujo que ambas sociedades compartían una unidad de propósito y que cabía un juicio sumario sobre la inexistencia de concertación en este caso<sup>426</sup>.

La decisión no fue adoptada en base a una aplicación formal de Copperweld sino en base a un análisis funcional de las relaciones entre las dos sociedades destinado a comprobar si entre ellas existía la unidad de propósito necesaria exigida por Copperweld para considerar que no cabía concertación en aquellos casos no expresamente cubiertos por la regla de inmunidad per se.

Esta doctrina fue nuevamente revisada por el mismo tribunal, con distintos miembros, en la decisión sobre las cuestiones pendientes, aunque sin efectos en el caso, ya que las mociones del demandante habían sido denegadas por otras razones. En su nueva sentencia el tribunal afirmó la aplicabilidad de Copperweld a estos casos<sup>427</sup>.

#### 2.2.6.2. No extensión de Copperweld a las presuntas concertaciones entre filiales en las que la dominante es titular de una participación superior al 50% e inferior al 80%

La posibilidad de aplicar la regla de inmunidad per se a los casos de acuerdos entre dominadas de una misma dominante que están controladas por encima del 50% pero por debajo del 80% ha sido discutida en la doctrina norteamericana que mayoritariamente se ha pronunciado en contra<sup>428</sup>.

<sup>426</sup> *Total Benefit Servs., Inc. v. Group Ins. Admin., Inc.* cit. 69,613.

<sup>427</sup> *Total Benefits Services v. Group Insurance Administration Inc.* 875 F. Supp. 1228 (E. D. La 1995).

<sup>428</sup> PRELI, O. T. «Copperweld Corp...» op. cit., pág. 1169, quien considera que el Tribunal «fue demasiado lejos en la dirección contraria» a la de la intra-enterprise conspiracy doctrine, pronunciándose por la aplicación de la doctrina de la inmunidad per se solo en aquellos casos STEWART, J. «The Intra-enterprise Conspiracy Doctrine after Copperweld Corp. v.

En este sentido se pronunció el Tribunal del séptimo circuito en su sentencia en el caso *Fishman v. Estate of Wirtz*<sup>429</sup>, en la que se planteó la aplicación de *Copperweld* a las relaciones entre dos sociedades *Chicago Stadium Corporation (CSC)*, dedicada a la explotación del *Chicago Stadium*, participada y bajo el control de *Mr Wirtz* y su hijo *William* y *Chicago Professional Sports Corporation (CPSC)*, sociedad en formación en la que los *Wirtz* tenían también una alta participación, que había adquirido el equipo profesional de *Basket «Chicago Bulls»*.

El Tribunal estableció que no debe aplicarse *Copperweld* a sociedades que tienen inversores comunes y que están bajo un control común, por este simple hecho. El Tribunal afirma —sin que desgraciadamente la sentencia nos proporcione datos sobre el porcentaje de participación de los *Wirtz* en ambas sociedades— que *CSC* y *CPSC* «nose encuentran bajo un control común en el mismo sentido que una sociedad y su filial participada al 100% o en el de dos sociedades de cuyo capital es titular en idénticas proporciones el mismo grupo de inversores... Un gran número de personas físicas han invertido en *CPSC* —tampoco se aporta el porcentaje de inversión—; no existen indicios de que *Arthur Wirtz* controle o pueda controlar *CPSC* independientemente de sus co-inversores. Por lo tanto a pesar de que existen superposiciones en la titularidad de *CPSC* y *CSC*, ambas sociedades carecen de la ‘completa unidad de interés’ necesaria para considerar que constituyen una ‘única empresa’ a los propósitos de la sección 1»<sup>430</sup>.

*Independence Tube Corp.*» 86 Col. L. Rev. 198, 206-208 (1986) pronunciándose por un análisis funcional de la existencia de unidad económica en todos los casos en que no exista control totalitario. *Neutral Brown, D. J.* «The Demise of The “intraenterprise conspiracy” doctrine”: *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* 10 J. Corp. L. 785.

<sup>429</sup> 807 F. 2d 520,542 n.º 19 (7th Cir. 1986).

<sup>430</sup> *Fishman v. Estate of Wirtz*, cit. 542, n. 19.

El Tribunal consideró que esta conclusión venía respaldada por la disparidad de intereses entre los propietarios de estadios y los de clubes deportivos, dando relevancia a que en el caso la sociedad *CPSC* estaba virtualmente en formación por lo que los diversos inversores debían ser vistos como operadores independientes de la sociedad en si misma considerada, concluyendo que *Copperweld* «no debe ser extendida para cobijar a operadores económicos independientes que tienen intereses económicos diversos y actúan conjuntamente»<sup>431</sup>.

Siguiendo esta misma línea el Tribunal de distrito de E.D. New York, en su sentencia dictada en el caso *American Vision Centers, Inc. v. Cohen*<sup>432</sup>, estableció que eran capaces de concertarse a los efectos de la sección 1 de la *Sherman Act*, dos sociedades de las cuales los mismos sujetos son titulares del 100% del capital de una y del 54% del capital de otra, siendo además directivos de las dos y habiendo utilizado su calidad de directivos para favorecer a la sociedad de la que poseían el 100% del capital frente a aquella en la que poseían el 54%.

El Tribunal partió de la constatación de que en el caso la situación era distinta que en *Copperweld*. «Los *Cohens* —que eran los titulares de las participaciones reseñadas— eran propietarios del 54% del capital de *American Vision*. Ello les daba el control. Pero los intereses económicos últimos de la sociedad son decididos por sus socios, y los otros que eran titulares del 46% restante representaban un interés económico diferente al de los *Cohens*. Estos accionistas no poseían interés alguno en *Cohen Fashion* —la sociedad de la que los *Cohens* en conjunto eran titulares del 100% de las acciones, que era competidora de *American Vision*— ni les concernía su éxito. En consecuencia este Tribunal establece que a los efectos de las leyes antitrust los *Cohens* no estaban en libertad de tratar a las dos compañías como una» favoreciendo a *Cohens Fashion*<sup>433</sup>.

<sup>431</sup> *Fishman v. Estate of Wirtz*, cit. 542, n. 19.

<sup>432</sup> 711 F. Supp. 721,723 (E. D. N.Y. 1989).

<sup>433</sup> *American Vision Centers, Inc. v. Cohen* cit. 723.

2.2.7. *Extensión de Copperweld a casos en los que no existe participación de la dominante en el capital de la dominada*

La línea jurisprudencial partidaria de establecer la imposibilidad de violar la sección 1 de la Sherman Act por actos cometidos por quien se encuentra bajo el control de otro y comparte el mismo interés, sin que para ello sea necesario, no solo la unidad de titularidad, sino ni siquiera que exista un porcentaje de titularidad común tiene su representación más radical en los casos *Aerotech, Inc. v. TCW Capital*<sup>434</sup>, y *Williams v. I. B. Fischer Nevada*<sup>435</sup>.

En el primero de ellos se aplicó *Copperweld* a un caso de presunta concertación entre una sociedad y otra que había adquirido la deuda de la primera y el control de la misma a través de una operación de «leveraged buy out». En la segunda, se admitió que dos sociedades, una de las cuales se encontraba sometida al control externo contractual de la otra a través de un contrato de franquicia, no podían concertarse a los efectos de la sección 1 de la Sherman Act.

En ninguno de los dos casos existía participación accionarial alguna entre las entidades que fueron consideradas como una única unidad económica.

Ambas sentencias defienden esencialmente la tesis de que para compartir intereses o para que exista control no es necesario que exista relación de participación entre dos sociedades. Otros factores pueden abocar al mismo resultado. Cuando tal resultado se produce existe una única unidad económica o

<sup>434</sup> 1994-1 Trade Case ¶ 70,616.

<sup>435</sup> 794 F. Supp. 1026, 1030-32 (D. Nev. 1992)—franquiciador y franquiciado incapaces de concertarse, en cuanto el franquiciador tiene completo control sobre las decisiones operativas del franquiciado y ambos tienen fines económicos comunes, aun cuando franquiciador no tiene titularidad alguna del (capital del) franquiciado—aff'd. 999 F. 2d 445 (9th Cir. 1993).

empresa incapaz de cumplir el requisito de pluralidad de sujetos establecido en la Sherman Act. La comprobación de la existencia o no de unidad económica se realiza en el caso atendiendo a las relaciones existentes entre ambas sociedades.

2.2.7.1. La aplicación del criterio de unidad de interés a los casos del leveraged buy out

A través de una operación de «leveraged buy out» una entidad adquiere una parte sustancial de la deuda de otra, convirtiéndose así en proveedor de capital externo, garantizándose su crédito con los activos de la entidad financiada. La entidad adquirente de los créditos obtiene al mismo tiempo, por medio de un contrato, el control de la entidad financiada.

Así sucedió en *Aerotech, Inc. v. TWC Capital*, en el que las entidades financieras —Trust Company of the West y TCW Capital, identificadas colectivamente en el caso como TCW— que habían adquirido la porción relevante de la deuda de una fabricante de motores de cohetes —Estes Industries—, y el total control de las operaciones de Estes y su dominante al 100% Centuri que es titular, además, de los signos distintivos usados por Estes, fueron acusadas por un fabricante de propelentes para cohetes —Aerotech, Inc.— de concertarse para restringir la competencia con la finalidad de aumentar el valor de Estes.

El Tribunal de distrito S.D.N.Y. consideró que no cabía conspiración posible entre TCW y Estes aplicando *Copperweld*. El tribunal rechazó la argumentación de los demandantes que alegaron que *Copperweld* no era aplicable al caso, en tanto TCW controlaba Estes desde su posición de acreedor y no desde su posición de socio.

Para el Tribunal «esta es una distinción sin sentido en el análisis antitrust. El factor decisivo en *Copperweld* fue que las dos entidades tenían una completa unidad de interés»<sup>436</sup>, consi-

<sup>436</sup> *Aerotech, Inc. v. TWC Capital*, cit. 72,352.

derando que ambas entidades debían ser consideradas como una «única empresa» a los efectos de la Sherman Act.

El tribunal no solo tuvo en cuenta el acuerdo de transferencia del control en sí, sino el hecho de que de que TCW había hecho uso del poder de control. En particular que desde el acuerdo TWC «ha controlado todas sus (de Estes y Centuri) operaciones y actividades»<sup>437</sup>, instaurando no solo un verdadero ejercicio continuado del control, sino en términos alemanes una dirección unitaria totalmente centralizada.

La aplicación de Copperweld no fue por tanto exclusivamente formal, sino tomando en cuenta los datos de carácter funcional que se desprendían del caso. Esto es no se adoptó la decisión exclusivamente porque existía el control, es decir el poder de influir de forma determinante en las decisiones de la controlada, sino porque además se había ejercido este de forma continuada en todos los aspectos de la vida societaria de la controlada.

#### 2.2.7.2. La aplicación del criterio de unidad de interés a los casos de contratos de franquicia

En el ámbito del contrato de franquicia, la cuestión se planteó por la acción emprendida por el gerente de un restaurante franquiciado de la franquicia Jack-in-the-Box al concluir su contrato contra su antiguo empleador franquiciado —I. B. Fischer Properties, Inc. (Fischer) y su franquiciador-Foodmaker, Inc. (Foodmaker)—, como consecuencia de una estipulación contenida en el contrato de franquicia aplicado en la cadena por la que las partes acordaban no ofrecer empleo a un gerente de cualquier otro restaurante franquiciado durante los seis meses posteriores a la extinción de la relación laboral anterior —cláusula de «no-switching»—.

<sup>437</sup> Aerotech, Inc. v. TWC Capital, cit. 72,351-72,352.

El Tribunal de distrito consideró que franquiciador y franquiciado eran incapaces de concertarse. Para llegar a esta conclusión el Tribunal tomó como precedente la sentencia dictada por el noveno circuito en el caso —anterior a Copperweld— *Thomsen v. Western Electric Co. Inc.*, en la que se consideró que esta cláusula no creaba restricción alguna a la competencia siempre que afectara únicamente a las sociedades integrantes del Bell System —antes de su disolución— sin incluir a ninguna sociedad ajena al sistema.

En esta sentencia el Tribunal señaló que los acuerdos que no involucran a nadie fuera de la familia societaria y cuyas restricciones mediante acciones concertadas no restringen la competencia y no están diseñadas para restringirla entre otros operadores mas que entre una dominante y sus filiales no violan la sección 1<sup>438</sup>, determinando la existencia de una única unidad económica o empresa, en el caso, por aplicación de los criterios de análisis funcional.

Aplicando esos mismos criterios al caso, el Tribunal observó que «en una franquicia de comida rápida el franquiciador actúa siempre para promover un marco uniforme y no competitivo entre los franquiciados: Cada franquiciado sirve sustancialmente los mismos productos, los productos son servidos al público de la misma forma, el franquiciador desarrolla productos o servicios para todos los franquiciados, los empleados visten igual; la decoración de cada establecimiento franquiciado es similar; los franquiciados son percibidos como una única empresa con un único logo; y el franquiciador contrata con cada franquiciado exclusivamente respecto a una determinada zona geográfica para minimizar la competencia entre franquiciados. Por lo demás aquí al igual que en *Thomsen* los acuerdos de «no-switching» no involucran a nadie fuera del sistema Jack-in-the-Box»<sup>439</sup>.

<sup>438</sup> *Thomsen v. Western Electric Co. Inc.*, cit. 1267.

<sup>439</sup> *Williams v. I. B. Fischer Nevada*, cit. 1031. Ver especialmente nota 3 en la que el Tribunal de distrito recuerda que «el tribunal en *Thomsen*

Williams argumentó que Foodmaker y Fischer eran entidades separadas y por tanto capaces de concertarse, y que en tanto no existía relación de dominante y filial entre ellas ambas actuaban como entidades económicas separadas vinculadas por un contrato de licencia.

El Tribunal de distrito consideró en cambio que «para que dos sociedades separadas actúen como una única entidad, no es necesario que una de ellas sea propiedad, total o parcialmente, de la otra sociedad. La presencia de una relación de dominante y filial no es un elemento esencial.

El énfasis se sitúa en la comunidad de intereses de las sociedades y en el grado de control ejercido por la sociedad dominante. Como previamente ha sido puesto de manifiesto, el franquiciador hace todo lo que está en su poder para minimizar la competencia y promover la unidad entre los franquiciados, en beneficio tanto de los franquiciados como del franquiciador. Así los restaurantes Jack-in-the-Box prosperan por la uniformidad de la calidad de la comida y del servicio, cada franquiciado se beneficia de una reputación intensificada que tiene como consecuencia un incremento de los negocios, mientras al franquiciador le permite vender más franquicias a precios más altos. Adicionalmente su unidad económica de interés continúa a través del pago por el franquiciado de un canon. El franquiciador continúa recibiendo un 'royalty fee' y un 'marketing fee' basados en un porcentaje de la cifra de ventas del restaurante».

---

observó que aunque las partes posean capacidad de concertarse, los acuerdos personales en cuestión no violaban la sección 1 si las entidades sociales están lo suficientemente afiliadas como para considerarse dirigidas por una única dirección interna. Las acciones de las sociedades afiliadas que se refieren solo a las operaciones internas y no tienen consecuencias anticompetitivas no pueden violar la § 1. Aun en el caso de que este Tribunal decidiera que Foodmaker y Fischer eran solamente sociedades afiliadas, su acuerdo de «no-switching» concierne únicamente operaciones internas y no tiene consecuencias anticompetitivas».

Además, a juicio del Tribunal, franquiciador y franquiciado actuaban como una misma entidad. Esta afirmación se basa en las estipulaciones contenidas en el contrato de franquicia en el que el franquiciador «establece instrucciones de actuación relativas a cuestiones tales como el horario de apertura del restaurante, el tipo de equipamiento que debe ser usado por el restaurante, el tipo de seguro que debe ser contratado por el franquiciado e incluso cuan lejos debe vivir el propietario de la franquicia respecto del restaurante. El acuerdo permite además a Foodmaker micro, dirigir el restaurante, obligando a que Fischer cumpla con todas las especificaciones contenidas en los manuales detallados proporcionados por Foodmaker. Sea cual sea la etiqueta que las partes utilicen para identificar su relación es claro que Foodmaker ejerce casi completo control sobre todas las decisiones que afectan la dirección del restaurante. Este control pleno, en unión con los fines económicos comunes de Foodmaker y Fischer, hace de ellos una única empresa a los efectos de la sección 1 de la Sherman Act»<sup>440</sup>.

Al igual que en el caso anterior la decisión se adoptó tomando en consideración el ejercicio actual y continuado del control, y no solo la posibilidad que tenía el controlante de ejercer el control.

#### 2.2.8. *Unidad de control, interés y propiedad*

La progenie de Copperweld establece una doctrina que no puede considerarse unívoca ni exenta de contradicciones. Fundada en la necesidad de superar el formalismo de la «intra-enterprise conspiracy doctrine», establece una nueva regla formal que excluye de la valoración caso por caso, a la luz de la

---

<sup>440</sup> Williams v. I. B. Fischer Nevada, cit. 1032. La sentencia niega también 1033 que franquiciador y franquiciados constituyan en este caso un grupo de boicot en cuanto «las Jack-in-the-Box-Franchises constituyen una empresa común que es incapaz de competencia intraempresa».

«rule of reason», aquellos en que la dominante sea titular del 100% del capital de la dominada.

En estos casos parece efectivamente difícil encontrar razones contrarias a tal aplicación, dado que los factores de propiedad, control, e interés coinciden. Existe una única propiedad — en sentido material— un solo detentador del poder de control y un único titular de un interés del que, al parecer, solo se puede esperar que gestione la sociedad dominada de acuerdo con su interés.

Esto no es cierto de forma absoluta. La existencia de una duplicidad de sociedades, de personas jurídicas, de centros de imputación de derechos y obligaciones, implica la existencia de sujetos vinculados contractualmente y de acreedores de cada una de las dos sociedades, cuyos legítimos intereses son tutelados por el ordenamiento, a los cuales no será indiferente como sean gestionadas estas.

Esto es así tanto en los ordenamientos que no establecen mecanismos de vinculación del patrimonio de la sociedad dominante en interés de la sociedad dominada o de sus socios, como en aquellos que por el contrario si los establecen. En los primeros porque los acreedores de la sociedad dominante podrán ver a ésta despatrimonializada por la actuación de los administradores nombrados por la dominante. En la segunda porque los acreedores de la dominante deberán soportar la debilitación del patrimonio social que garantiza su crédito como consecuencia de la administración de la sociedad dominada en interés de la dominante.

Contemplado desde la perspectiva del interés social como interés común de los socios actuales la cuestión no tiene mayor trascendencia. Contemplado desde la perspectiva del interés social como conjunto de intereses de todos los sujetos relacionados contractualmente por medio del haz de contratos que vinculan a los socios entre ellos, con los administradores, acreedores contractuales y asalariados no puede admitirse fácilmente que todos los casos en que la dominante sea titular del 100% del capital de la dominada exista un único interés.

Desde otra perspectiva la realidad nos muestra como entidades dominadas al 100% son gestionadas de forma autónoma por sus directivos, pudiendo existir un grado de efectiva competencia entre ellas. Independientemente de que ello obedezca a la decisión o tolerancia de la dirección del grupo que en todo momento puede ordenar la eliminación de dicha competencia.

El hecho de que existe tal posibilidad es incontestable, que la orden tenga o no carácter lícito, en estos casos, es la cuestión a decidir.

De otra parte la aplicación de reglas «per se», si bien tiene en su favor la simplicidad y economía procesal que suponen, tienen en su contra el tratarse de un remedio excepcional respecto a la aplicación general de la «rule of reason», con lo que deben aplicarse en el menor número de casos posibles.

Por último la doctrina Copperweld, se asienta sobre dos argumentos disímiles. Uno de tipo societario al que nos hemos referido y otro de tipo de mercado. Copperweld considera que entre filial al 100% y su dominante no puede existir concertación en cuanto el acuerdo no supone una súbita concentración de poder económico por cuanto la filial actúa siempre en interés de la dominante —con lo que la supuesta concertación no añade nada— ya que si la dominada dejara de hacerlo la dominante podría renovar los miembros del órgano de administración por otros que la hicieran funcionar en su interés.

El argumento viene a condensarse en una suerte de paradoja según la cual cuando la sociedad dominada actúa en contra del interés de la dominante lo hace en interés de ésta, o en la afirmación de que la dominada no puede actuar en contra del interés de la dominada salvo temporalmente —por negligencia o rebeldía de los administradores— en tanto no se apliquen los mecanismos institucionales propios de los grupos de sociedades y sea sustituido el órgano de administración.

La segunda posición parece correcta, pero no lo es menos que los grupos modernos tienen estructuras descentralizadas en las que muchas decisiones quedan en manos del staff directivo de las filiales al 100%, tal y como hemos podido observar en alguno

de los casos norteamericanos que hemos analizado, pudiéndose llegar a hablar de una competencia entre directivos del grupo de distintas empresas —fomentada por la dirección del grupo— tendente a mejorar los beneficios globales y singulares de las distintas empresas.

En este marco de libertad empresarial en el seno de un grupo descentralizado —en el que la participación de la dominante en la dominada sea del 100%— la concertación entre las dos sociedades para seguir una política concreta, impuesta por la dominante, sí supone una concentración súbita de poder económico en un único sentido que solo puede ser correctamente tratada a través de un análisis funcional o material del caso —evidentemente mucho más complejo—.

La progenie de *Copperweld* extendió su razonamiento a supuestos en los que ni siquiera coincidían los tres elementos que conjuntamente concurrían en el caso *Copperweld*. Unidad de propiedad, unidad de control, unidad de interés, planteando rápidamente la cuestión de la necesidad de la presencia de cada uno de ellos para que pueda establecerse que no existe posibilidad de que las dos sociedades se concierten.

La identificación de un interés o propósito común cuando no existe propiedad común parece fuera de lugar, a menos que siguiendo posiciones cada vez más reduccionistas identifiquemos el interés de la sociedad con el interés de la mayoría estable de socios de una sociedad. Fuera de esta posibilidad, no vedada por otra parte ni al legislador ni al interprete, solo cabe afirmar que solo existirá unidad de interés —en la tesis que lo identifica con el interés conjunto de los socios actuales— cuando exista unidad de propiedad.

La mera unidad de control no asegura la existencia de una unidad de interés, con lo que la cuestión de la esencialidad de los requisitos queda en los siguientes términos. O bien se acepta que es necesaria la presencia del binomio propiedad e interés únicos que presupone la existencia del control único —aunque no necesariamente del ejercicio del control— o bien se considera

que basta con la existencia de la mera relación de control para justificar la no aplicabilidad de la sección 1 de la *Sherman Act*.

La jurisprudencia menor norteamericana, parece decantarse mayoritariamente por la primera vía con el correctivo de la regla de *minimis*.

En los demás casos, y en ocasiones aun en éstos, se prefiere, por regla general, aportar, junto a los argumentos relativos a la existencia de un único poseedor del control, otros argumentos propios de un análisis funcional relativos al comportamiento en el mercado de ambas sociedades como una única unidad económica o una única empresa.

Tan sólo algunas sentencias menores aisladas parecen propugnar una visión centrada exclusivamente en la existencia de un único detentador del control.

Y esta visión desaparece completamente cuando se pretende aplicar *Copperweld* a los casos de acuerdos entre dominante y dominada, cuando la relación de control se establece en base a una participación en el capital de la dominada inferior al 50% o en aquellos casos en que existe identidad entre los accionistas de control de varias sociedades, que fundan su control sobre las mismas en sus participaciones de carácter mayoritario.

En estos casos surge con fuerza la argumentación tendente a identificar el interés de la sociedad con el interés conjunto de los socios actuales, incluyendo por tanto a los minoritarios, y a argumentar que en estos casos no existe un interés común entre las dos sociedades partícipes por lo que la cuestión de si existe o no una única unidad económica debe resolverse a través del correspondiente análisis funcional.

La cuestión que surge inmediatamente, es la de porqué en unos casos los de control mayoritario, en los que existen igualmente socios de minoría, un sector de la jurisprudencia menor norteamericana tiende a considerar que el interés de la sociedad es el interés de la mayoría, en tanto que en otras —las de control minoritario, o las de sociedades hermanas bajo control mayoritario— claramente surge la necesidad de contar con el

interés de los socios de la minoría para determinar que se entiende como interés social. Esta especie de «uso alternativo» de la noción de interés social no nos parece especialmente fundado.

### 3. Criterios estructurales y funcionales fuera del ámbito de la sección 1 de la Sherman Act

La aplicación del principio de unidad económica se ha extendido en los USA fuera del ámbito de la sección 1 de la Sherman Act, a aquellas otras normas que exigen ontológicamente la participación de dos entidades, ya sea porque hacen referencia directa en el supuesto de hecho a la existencia de una «conspiracy», ya sea, porque el cumplimiento del supuesto de hecho, requiera la realización de un negocio jurídico —p. ej. la compraventa— que requiera la participación de al menos dos sujetos.

La extensión se ha producido también mas allá del ámbito del derecho de la competencia, en el ámbito del derecho civil, del comercio exterior, del derecho penal vinculado a la extorsión organizada, etc. Sin embargo puede observarse una cierta tendencia, en la jurisprudencia estatal y federal mas reciente a considerar que Copperweld debe de ser limitada a la Sherman Act en cuanto el razonamiento que la sustenta tiene una profunda vinculación con las finalidades perseguidas por la sección 1 de la Sherman Act<sup>441</sup>. Nosotros nos ocuparemos aquí,

<sup>441</sup> En este sentido ver *HAROCO, Inc. v. American National Bank & Trust Co.* 747 F. 2d 384, 403, nota 22, en la que el 7 circuito desestimó la aplicación de Copperweld a los efectos de la Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO), que también hace referencia a la conspiración, alegando que la sentencia Copperweld giraba alrededor de la distinción básica entre conducta unilateral y acción concertada, en tanto que RICO «se dirige de forma prioritaria a los beneficios consecuencia de la actividad de extorsión».

exclusivamente, de la aplicación de Copperweld en el ámbito antitrust<sup>442</sup>.

### 3.1. Extensión a los casos en los que el propio supuesto de hecho de la norma se refiere a la existencia de una conspiracy

En este grupo podemos citar las aplicaciones de la jurisprudencia Copperweld a las leyes antitrust de los diferentes estados de la Unión que contienen disposiciones equivalentes a la sección 1 de la Sherman Act<sup>443</sup>. Junto a ellas podemos también referirnos a algunas sentencias de la jurisprudencia menor federal respecto a la sección 2 de la Sherman Act.

<sup>442</sup> Una completa y cuidada relación de los casos en los que Copperweld ha sido utilizada, fuera del ámbito del derecho antitrust, puede verse en *CALKINS, S.* «Copperweld...», ob. cit., págs. 371-378 con las correspondientes notas a pie de página, a la que nos permitimos añadir, dada la novedad y el hecho de que extiende la aplicación de Copperweld a un ámbito civil al que todavía no había llegado, la sentencia *Claudio v. U.S.* 907 F. Supp. 581,588 (E.D.N.Y. 1995), en la que Copperweld fue usada como argumento ex abundancia, tras la comprobación mediante los medios tradicionales de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, de que existía una unidad económica entre dos sociedades que se encargaban de la limpieza de un buque. En el caso un trabajador asegurado por una de ellas en una compañía privada, tras haber cobrado el seguro como consecuencia de un accidente laboral se dirigió contra la otra sociedad que era la que efectivamente dirigía la limpieza del buque solicitando la indemnización de daños y perjuicios por vía civil. Demostrada la unidad económica entre las dos sociedades, el tribunal de distrito E.D.N.Y., utiliza Copperweld como argumento ex abundancia para aplicar a la sociedad que dirigía la limpieza la excepción contenida en la sección 905 de la Longshore and Harborworkers Compensation Act, 33 U.S. C. §901 y ss., en virtud de la cual el empleador que provee a su empleado de un seguro en las condiciones que establece la ley está exento de cualquier otra responsabilidad por los daños sufridos por los trabajadores.

<sup>443</sup> Ver *CALKINS, S.* «Copperweld...», ob. cit., pág. 372, nota 136, en la que recoge una lista de las sentencias que aplican Copperweld en estos casos.

En *H.R.M., Inc v. Telecommunications, Inc.*, TCI el Tribunal de distrito consideró que una sociedad y sus dos filiales participadas al 100% no podían realizar una «conspiracy to monopolize» bajo la sección 2 de la Sherman Act.

Aunque esta sección contempla supuestos de ilicitud de actividades puramente individuales, sin embargo, este concreto tipo de violación requiere como mínimo dos partícipes al igual que las violaciones de la sección 1 de la Sherman Act, por lo que la doctrina del Tribunal en la decisión del caso *Copperweld* — que una dominante y su filial participada al 100% deben ser vistas como una única empresa— se aplica para impedir una demanda por «conspiracy to monopolize» bajo la sección 2 de la Sherman Act.<sup>444</sup>

A esta misma conclusión llegó el tribunal de distrito de D.C. Wisconsin en el caso *Robert Stepp v. Ford Motor Credit Company*<sup>445</sup> alegando que entre las «conspiracy» exigida por la sección primera y la exigida por la sección segunda de la Sherman Act no existía ningún factor distintivo tal y como ya había sido juzgado con anterioridad<sup>446</sup>, por lo que cabía aplicar la misma regla establecida por el Tribunal Supremo en *Copperweld* a ambos casos<sup>447</sup>.

### 3.2. Extensión a los casos en los que el supuesto de hecho exige implícitamente la participación de una pluralidad de sujetos

En este segundo grupo, pueden encuadrarse una serie de pronunciamientos relativos a la Clayton Act y a la Robinson

Patman Act en cuanto prohíbe la discriminación de precios entre distribuidores y respecto a los consumidores.

En *Novatel*, el Tribunal de distrito de N.D. Georgia, entendió de un caso en el que un fabricante canadiense vendía teléfonos celulares a un distribuidor tejano de cuyo capital el primero era titular del 51%.

El Tribunal consideró que dichas ventas eran únicamente transferencias en el interior de una única empresa y no ventas a los efectos de la prohibición de discriminación de precios entre distribuidores competidores a las que se refiere la sección 2 (a) de la Clayton Act tal y como quedó redactada por la Robinson Patman Antidiscrimination Act, con lo que el competidor demandante no pudo establecer la existencia de dos ventas a diferentes precios a distintos compradores tal y como exige dicho precepto.

Aplicando la jurisprudencia anterior establecida por el propio quinto circuito, negando la aplicación de la Robinson Patman Act a las transmisiones entre una sociedad y su filial participada al 100%<sup>448</sup>, el Tribunal extendió esta doctrina a casos como el presente, sobre la única base de la participación mayoritaria de la dominante en la filial.

En esta misma línea se había pronunciado el sexto circuito en su sentencia dictada en el caso *Russ' Kwik Car Wash, Inc. v. Marathon Petroleum Co.*<sup>449</sup>, siguiendo igualmente la doctrina *Security Tire* en un caso que involucraba las ventas realizadas por un distribuidor de gasolina a la sociedad participada por el mismo al 100% que era titular de una estación de servicio y las ventas de los mismos productos al titular de una estación de servicio independiente competidora.

<sup>444</sup> *H. R. M., Inc v. Telecommunications, Inc.*, TCI cit. 648.

<sup>445</sup> 623 F. Supp. 583 (D. C. Wis. 1985).

<sup>446</sup> *Independent Milk Producers Co-op v. Stoffel*, 102 Wis. 2d 1, 298 N. W. 2d 102 (Ct. App. 1980).

<sup>447</sup> *Robert Stepp v. Ford Motor Credit Company* cit. 593. En el mismo sentido *Marathon Petroleum Company v. Lo Bosco* 623 F. Supp. 129, 133 n. 2 (D.C. Ill. 1985).

<sup>448</sup> *Security Tire & Rubber Co. v. Gates Rubber Co.* 598 F. 2d 962, 965 (5th Cir. 1979). En este sentido el tribunal afirmó que las transmisiones realizadas en el seno de una empresa o de una misma entidad económica no tienen ninguna trascendencia real de tipo competitivo.

<sup>449</sup> 772 F. 2d 214,221 (6th Cir. 1985).

En *Security Tire & Rubber Co.* el Tribunal del quinto circuito estableció que «las transmisiones de la sociedad dominante a la sociedad filial participada por aquella al 100% no pueden ser en ningún caso consideradas como ventas separadas a los efectos de fundar una acción de un consumidor por precios discriminatorios en virtud de la *Robinson Patman Act*». Razonamiento que fue aplicado también en *Eximco, Inc. v. Trane Co.*<sup>450</sup>.

Esta línea de pensamiento ha sido seguida por otras sentencias en los casos *City of Mt. Pleasant v. Associated Elec. Coop. Inc.*<sup>451</sup>, *O'Byrne v. Checker Oil Co.*<sup>452</sup> y confirmada, aunque el caso se refería a una cuestión de aplicación de *Copperweld* como mecanismo de imputación por la reciente sentencia *Caribe BMW v. Bayerische Motoren Werke*<sup>453</sup>.

#### **4. Revisión general respecto a la aplicación del privilegio del grupo en Derecho norteamericano. Relevancia jurídica de la unidad económica como mecanismo de inaplicación de prohibiciones en el Derecho antitrust norteamericano**

El estado actual de la evolución del pensamiento norteamericano respecto al control antitrust de las actividades realizadas por entidades pertenecientes a un grupo puede resumirse como sigue.

El primer punto que hay que poner de relieve, es el consenso general alcanzado por tres ideas. La primera que el mero hecho de que los participantes en una concertación tengan personalidades jurídicas distintas no implica necesariamente que sean

<sup>450</sup> 737, F. 2d 505, 516 (5th Cir. 1984).

<sup>451</sup> 838 F. 2d 268, 278 (8th Cir. 1988).

<sup>452</sup> 727 F. 2d 159, 164 (7th Cir. 1984).

<sup>453</sup> 19 F. 3d 745 (1st Cir. 1994), a cuyo análisis CALKINS, S. «*Copperweld...*», ob. cit., págs. 378-398 dedica la parte principal de su trabajo.

capaces de conspirar en el sentido de la sección 1 de la *Sherman Act*. La segunda que solo existirá conspiración cuando participen en ella al menos dos unidades económicas distintas. La tercera que el hecho de que dos entidades tengan idéntica titularidad el capital o, a través de una participación de la dominante en la dominada, estén sometidas, directa o indirectamente a una propiedad común, favorece que les sean aplicadas las reglas que prohíben las acciones concertadas de forma mas laxa que si fueran entidades independientes.

Ahora bien, en donde no existe en absoluto un consenso es en como debe determinarse la existencia de una unidad económica relevante desde la perspectiva de la sección 1 de la *Sherman Act*.

La jurisprudencia dominante ha afirmado que en todos aquellos casos en que existe unidad de propiedad, control e interés debe considerarse que existe una unidad económica, y que por tanto los posibles acuerdos entre entidades que pertenezcan a dicha unidad que tengan por objeto o efecto restringir la competencia previamente existente entre ellas no deben de ser considerados prohibidos por la sección 1 de la *Sherman Act*, independientemente de los efectos que tal conducta pueda tener en el mercado y en particular en los consumidores que verán unificarse las políticas —p. ej. de precios— de dos competidores que previamente practicaban políticas distintas, siempre que no se monopolice o se corra un riesgo de monopolización, en cuyo caso entraría en juego la sección 2 de la *Sherman Act*.

Con ello, esta jurisprudencia ha creado una nueva regla «per se», que en vez de considerar ilícitos en todo caso determinados acuerdos, considera, por el contrario, siempre lícitos las concertaciones entre dominante y dominada cuando se den las circunstancias antes indicadas.

Esta doctrina, discutida en el propio momento de su adopción jurisprudencial<sup>454</sup>, fue aplicada por el Tribunal Supremo norteamericano

<sup>454</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp* cit. 778 y ss.

americano a los contactos, acuerdos o supuestas acciones concertadas entre una sociedad dominante y su filial al 100%, y ha sido extendida de forma casi unánime por las sentencias de los circuitos y de los tribunales de distrito a las presuntas concertaciones entre una sociedad dominante y dos o más filiales al 100%, entre una dominante, su filial al 100%, y la filial de ésta última al 100%.

Con grados progresivamente crecientes de discrepancia se ha aplicado esta doctrina a las presuntas concertaciones entre dos o más filiales de las que una única dominante es titular del 100% del capital, en los que ésta última no ha participado, y a las presuntas concertaciones entre dos o más sociedades que tienen idénticos accionistas que son titulares de la misma participación en el capital en cada una de ellas.

En este último grupo de sentencias, junto al llamamiento a la doctrina establecida en el caso *Copperweld*, se incluyen argumentos derivados de la aplicación de tests de carácter funcional para determinar la existencia de una única unidad económica.

Existe además unanimidad a la hora de reconocer que tal doctrina crea un «hueco» en las normas «antitrust» puesto que excluye del control, de la declaración de ilegalidad, de las sanciones y de la indemnización de daños y perjuicios conexa a ella, aquellas concertaciones entre entidades que tienen una propiedad, control e interés común que puedan perjudicar a terceros —prácticas predatorias, boycott a terceros, etc.— siempre que no exista monopolio actual o riesgo de monopolización.

La discrepancia se establece a la hora de evaluar la importancia del hueco o agujero. Mientras para los defensores de la aplicación de la regla *per se*, este no es excesivamente relevante<sup>455</sup>, los

<sup>455</sup> Así para la mayoría en *Copperweld*, la sección 7 de la Clayton Act, en materia de concentraciones, la sección 2 de la Sherman Act, en materia de monopolios o intentos de monopolizar, y la sección 5 de la Federal Trade Comision Act, en materia de prácticas desleales contrarias a la

detractores de la regla *per se*, ponen de manifiesto que un análisis funcional de los casos evitaría que se produjera<sup>456</sup>.

Existe además en la jurisprudencia y doctrina norteamericana un consenso mayoritario en admitir la inaplicación *per se* de la Sherman Act en base a *Copperweld* a las presuntas concertaciones entre una o sociedad dominante y una o varias dominadas, cuando la dominante es titular de una participación próxima al 100%<sup>457</sup>.

En estos casos se aplica un instrumento conocido en la Common Law, la regla de *minimis*, para afirmar la irrelevancia de la diferencia respecto al caso para el cual se creó la regla. En nuestro caso que la dominante sea titular del 100% del capital de la dominada.

La aplicación de la regla de *minimis* respecto a *Copperweld* desplazó el debate de la justificación de la regla *per se* de la comunidad de interés consecuencia de la comunidad de propiedad y control, que era la base de la justificación de la regla según el Tribunal Supremo, a la unidad de control cualificada —por el hecho de poder convertir a la dominada en división sin personalidad jurídica con los simples votos de la dominante—, en base al argumento —implícito en la regla de *minimis*— de que existe

---

competencia proveen un marco adecuado de protección frente a los posibles daños a la competencia generados por conductas que previamente se juzgaban a través de la *intraenterprise conspiracy doctrine*. (*Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* cit. 776). Negando que el hueco justifique el mantenimiento de la *intraenterprise conspiracy doctrine* AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit., págs. 452 y ss.

<sup>456</sup> Esto es que podría alcanzarse el resultado de inaplicar la sección 1 de la Sherman Act a las concertaciones entre entidades que constituyen una única unidad económica sin necesidad de crear el hueco que es mera consecuencia de la adopción de una regla «*per se*». En este sentido puede verse el razonamiento de la minoría en *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* cit. 789 y ss.

<sup>457</sup> El límite del 80% se refiere al caso en el que se ha aplicado por un Tribunal norteamericano la sentencia *Copperweld* de forma automática, en el que la dominante tenía

identidad de razón entre los casos a los que se aplica la regla y aquellos otros a los que se hace extensible a través de la regla de *minimis*, lo que desde nuestra perspectiva supone que existe también unidad de interés en los casos en los que la minoría ajena a la dominante participe de forma mínima en el capital de la dominada.

Hay que tener en cuenta que la aplicación de la regla de *minimis* parte de una ficción. Se actúa como si los intereses de la minoría no existieran, esto es no se les considera relevantes respecto a la aplicación de la norma, pero obviamente existen. Se afirma la existencia de unidad de interés cuando esta realmente no existe porque se considera que las diferencias entre el interés social de la dominada que ha de tener en cuenta, al menos, el interés de todos los socios actuales de la misma, y el de la dominante son despreciables.

La aplicación de la regla *per se* a través de la regla de *minimis* se ha realizado también en el caso de sociedades gemelas.

La cuestión de la inaplicación *per se* de la Sherman Act a las presuntas concertaciones entre una sociedad dominante y sus filiales, cuando el paquete de control de la dominante se encuentra entre el 50 y aquéllos casos en los que se aplica la regla de *minimis* —partiendo de que existe un único tipo de acciones o participaciones en la sociedad y de que no existan reglas estatutarias o legales que exijan mayorías superiores para la elección y revocación de los administradores de la sociedad—.

También parece clara la tendencia a aplicar *Copperweld* a los casos en que la participación de control es igual o superior al 80% del capital. Así lo han afirmado algunas sentencias de los distritos en el sector de las telecomunicaciones, como *TV Communications Network, Inc., v. ESPN Inc.*, o la reciente *Bell Atlantic v. Hitachi Data Systems* de 1994, aplican *Copperweld* a las presuntas concertaciones entre una dominante y su filial, cuando la primera es titular de una participación igual o superior al 80% del capital de la segunda. Esta regla ha sido igualmente aplicada, en el mismo caso *Bell Atlantic v. Hitachi Data Systems*, para negar la aplicación de la sección 1 de la

Sherman Act a las presuntas concertaciones entre dos filiales, en las que no había participado la dominante, cuando ésta era titular de una participación en cada una de ellas del 100% y del 80% respectivamente.

De otra parte se discute vivamente la aplicación de *Copperweld* en aquellos casos en los que la participación de la dominante en la dominada se sitúa entre el 50 y el 80%. Existen sentencias de los tribunales de distrito en ambos sentidos.

Así la sentencia *Novatel Communications v. Cellular Telephone Supply* de 1986, y un sector doctrinal encabezado por *AREEDA* favorecen la aplicación de la regla de inaplicación *per se* a estos casos, dando relevancia exclusivamente al control de la dominante respecto a la dominada y relegando la necesidad de una unidad de interés entre la dominante y la dominada, en base a la afirmación de que la diferencia de intereses entre mayoría y minoría no será normalmente relevante desde la perspectiva antitrust.

Por su parte la sentencia *Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel & Tel. Co.*, también de la misma fecha sostiene la inaplicabilidad de *Copperweld* a estos casos en base a la inexistencia de un interés común. En la misma línea en la doctrina puede citarse a *CALKINS* quien considera excesivo afirmar que las consecuencias de la Sherman Act no afectan en ningún caso a los acuerdos horizontales o verticales entre dos entidades cuando una tiene la mayoría del capital en la otra.

Una postura intermedia, y a nuestro juicio de gran valor, fue la sostenida por el Gobierno norteamericano como «amicus curiae» en el caso *Copperweld*, que patrocinaba que la titularidad de una participación superior al 50% generara una presunción *iuris tantum* de existencia de una única unidad económica<sup>458</sup>

<sup>458</sup> Ver Department of Justice Merits Brief, citada por *CALKINS*, S. «*Copperweld...*», ob. cit., pág. 352.

y que es compartida por la mas moderna doctrina norteamericana en la materia<sup>459</sup>.

El carácter *iuris tantum* de la presunción se deriva del hecho de que es fácil concebir supuestos en los que el titular de la mayoría de los derechos de voto, no es, sin embargo, quien detenta y ejerce el control respecto al tipo de acciones en las que se inscribe el presunto acto de concertación. Así sucede en los casos en que la dominante cede por contrato el completo control de la dominada como consecuencia de una operación de «leveraged buy out» a la entidad que financia la operación<sup>460</sup>, o en los de pactos con derecho de veto para la minoría, o incluso en los de exigencias de mayorías mas elevadas para la adopción de acuerdos.

Este criterio podría ser extensible a aquellos casos en que en virtud de pactos estatutarios un socio con un porcentaje inferior de derechos de voto tuviera asegurado el nombramiento o revocación del administrador único, de la mayoría de los miembros del órgano de administración colegiado, o incluso del administrador delegado encargado de la política comercial de la filial.

De otra parte, la posibilidad, en favor de la cual se pronuncia AREEDA, de aplicar Copperweld a las presuntas concertaciones entre sociedades filiales de una misma dominante o entre sociedades que compartan un accionariado común superior al 50% sin alcanzar el 80%, en las que no participe la dominante o el único socio de control, ha sido negada de forma constante y

<sup>459</sup> CALKINS, S. «Copperweld...», ob. cit., pág. 353.

<sup>460</sup> Aerotech, Inc. v. TCW Capital, cit. at 72,352-72,353, en la que se estableció que no puede existir concertación entre una entidad y aquella que la controla como consecuencia de la adquisición de su deuda y la cesión contractual del control de la dominada en una operación de «leveraged buy out» en cuanto ambas entidades tienen una completa unidad de interés. Conforme CALKINS, S. «Copperweld...», ob. cit., pág. 353 quien señala que «en ocasiones sociedades 'dominantes' con mayoría de capital pueden tener menos poder que entidades con participaciones relevantes de deuda u obligaciones convertibles».

unánime por la jurisprudencia de los tribunales de distrito, Fishman v. Estate of Wirtz, de 1986 y American Vision Center, Inc. v. Cohen. de 1989, Total Benefit Servs., Inc. v. Group Ins. Admin., Inc. de 1993.

Fuera de los casos en los que se aplica Copperweld directamente, a través de la regla de minimis, o en base a la argumentación de AREEDA que concede relevancia exclusiva a la existencia de una situación de control, la doctrina y jurisprudencia norteamericana propugnan igualmente la inaplicación de la sección 1 de la Sherman Act en aquellos casos en que pueda identificarse la existencia de una única unidad económica.

Para ello se toman en consideración los distintos métodos utilizados en la época pre Copperweld, y en particular el «single entity test» o «all factors test». El perfeccionamiento y sistematización de estos tests se vio frenado por la adopción de la regla per se contenida en Copperweld. En los casos que afecten como mínimo a presuntas concertaciones entre una dominante y una o varias dominadas directa o indirectamente con participaciones inferiores al 50% o entre filiales participadas por debajo del 80%, cuando no participe en la presunta concertación la dominante, habrá que determinar la existencia de una única unidad económica en base a estas reglas de carácter funcional.

Las reglas toman en consideración múltiples factores, cuya relevancia, desde la perspectiva del derecho de la competencia, ha sido, en ocasiones, discutida.

Los criterios que tienen mayor grado de aceptación son el del «holding up» inverso, la existencia de un acuerdo formal, la unidad del órgano directivo, y el ejercicio continuado del control por parte de la dominante. Todos ellos son tomados en cuenta en el «all factors test». Ni la doctrina ni la jurisprudencia norteamericana han logrado realizar todavía una sistematización de todos estos factores, ni determinar su importancia, ni sus relaciones entre sí. En todo caso puede afirmarse que la presencia o ausencia de cada uno de estos factores por separado, no es interpretada radicalmente como una demostración de la presencia o ausencia de una única unidad económica.

De forma aislada, AREEDA ha propugnado la idea de que, existe una única unidad económica, siempre que la dominante sea tal. Esto es siempre que exista control y por tanto posibilidad de influir de forma decisiva en el proceso de formación de la voluntad de la dominada, independientemente que dicho control se ejercite o no.

Alguno de los criterios como el del ejercicio del control por parte de la dominante, han sido utilizado, por algún tribunal de distrito, para inaplicar la sección 1 de la Sherman Act en casos en los que la primera no tenía participación alguna en la segunda. En particular, en casos de ejercicio del control consecuencia de un contrato de cambio. En concreto, de un contrato de franquicia, *Williams v. I. B. Nevada* de 1992.

Fuera del ámbito de la sección 1 de la Sherman Act, la relevancia jurídica de la existencia de una única unidad económica ha sido reconocida en otros casos en los que el presupuesto de hecho de una norma de defensa de la competencia exigía expresamente o implícitamente la existencia de una pluralidad de sujetos actores.

En el primer grupo pueden citarse algunas sentencias de Tribunales de distritos, como *H.R.M., Inc v. Telecommunications, Inc. TCI*, respecto a la imposibilidad de que exista una conspiración para monopolizar sancionada por la sección 2 de la Sherman Act entre una dominante y su filial participada al 100% o *Robert Stepp v. Ford Motor Credit Company*, en un caso del mismo tipo y respecto al mismo precepto, pero con mención expresa a la aplicabilidad de *Copperweld*.

En el segundo otras relativas a la sección 2(a) de la Clayton Act relativa a los precios discriminatorios, que consideran que no existe discriminación respecto a un distribuidor ajeno al grupo cuando se le sirven teléfonos a un precio distinto del que se sirve a una filial controlada al 51%.

Así se falló por el tribunal de distrito N.D. Georgia en el caso *Novatel*, que como vimos representa una de las posiciones más extremas y acordes con la doctrina sostenida por AREEDA en Norteamérica.

En el mismo sentido, pero respecto a una filial al 100% *Russ'Kwik Car Wash, Inc. v. Marathon Petroleum Co.* En *Security Tire & Rubber Co.*, y también respecto a una filial al 100%, el tribunal falló igualmente afirmando que no existe discriminación de precios, esta vez frente a un consumidor, cuando el, precio que se practica respecto al mismo no es el mismo que se practica respecto a la filial controlada al 100%.

### 5. *La cuestión de la recepción de Copperweld en el ordenamiento comunitario*

Como vimos al analizar los criterios funcionales a los efectos de inaplicar la prohibición contenida en el artículo 85.1 TCEE, la jurisprudencia comunitaria no puede decirse que haya recibido la doctrina de la sentencia *Copperweld* en cuanto no se ha recibido una regla de inaplicación «per se» por la mera constatación de la existencia de una relación de participación del 100% del capital de la dominante en la dominada.

La alegación de criterios funcionales ha estado presente en todos los casos de aplicación del llamado privilegio del grupo, entre ellos el reciente caso *Viho*<sup>461</sup>, junto a la constatación del carácter totalitario de la participación.

Si embargo no hay que negar, que la doctrina *Copperweld* ha tenido una gran influencia en los órganos comunitarios, como se refleja en la mención expresa a la misma realizada por el Abogado General Sr. Carl Otto LENZ en sus conclusiones respecto al recurso de casación presentado por *Viho* ante el tribunal de Justicia.

En ellas se afirma que «la tesis del tribunal de Primera Instancia coincide con la opinión predominante en Derecho americano en materia de prácticas colusorias. En su sentencia *Copperweld Corporation et al. v. Independence Tube*

<sup>461</sup> STJCE en el caso *Viho* cit. punto 15.

Corporation, el Tribunal Supremo decidió en 1984 que los acuerdos y prácticas concertadas entre una sociedad y sus filiales de las que poseía el 100% de las acciones no infringían el artículo (sic en la versión española de la sentencia) 1 de la Sherman Act. A este respecto, se basó particularmente en el hecho de que la sociedad matriz y la filial tenían intereses totalmente coincidentes y debían considerarse una empresa en el sentido de las disposiciones en materia de competencia»<sup>462</sup>.

Y es cierto que la tesis del Tribunal de Primera Instancia coincide con la predominante en Norteamérica en cuanto tanto la sentencia del TPI y Copperweld suponen la superación de la «intraenterprise conspiracy doctrine» en base a la existencia de una unidad económica entre los partícipes. Pero a diferencia de Copperweld la sentencia del TPI no tomaba en consideración la mera titularidad totalitaria del capital, sino que toma en cuenta, como posteriormente hizo el Tribunal de Justicia otros factores de índole funcional que le convencieron de que la filial no gozaba de verdadera autonomía en su determinación de la línea de actuación en el mercado. En este sentido no se puede decir que la sentencia del TPI y del TJ coincidan con la línea predominante en el derecho norteamericano, sino mas bien con la minoría del caso Copperweld.

De otra parte la aplicación por los tribunales comunitarios del llamado privilegio del grupo continua limitado a los casos de filiales participadas al 100% sin que haya sido aplicada, fuera de lo dicho en el Capítulo 2, a casos en que los que existan socios minoritarios, ni siquiera en aplicación de la regla de minimis ni a los de sociedades gemelas en casos de inaplicación directa de la prohibición contenida en el artículo 85.1 TCEE, a diferencia de lo que ocurre en Derecho norteamericano donde la opinión predominante, tal y como reflejan las sentencias de los circuitos y de los distritos, es favorable a la extensión de Copperweld a los casos de control con participaciones iguales o superiores al 80%, y a los casos de sociedades gemelas.

<sup>462</sup> Punto 73 de las conclusiones.

## 6. *La cuestión de la recepción de Copperweld en el ordenamiento español*

En cuanto a la práctica del TDC, no puede afirmarse que exista una verdadera y propia recepción de Copperweld, ni siquiera en el sentido, antes apuntado respecto a las sentencias de los tribunales comunitarios.

Nuestro TDC no ha establecido tampoco una regla de inaplicación per se de la prohibición contenida en el artículo 1 LDC como consecuencia del control totalitario de matriz y filial partícipes del acuerdo o práctica concertada o conscientemente paralela. En la práctica totalidad de sus resoluciones, salvo algún desliz en algunas en las que no afectaba al sentido de la decisión, el TDC ha dado muestras de buscar elementos, distintos de la participación en el capital, que permitieran asegurar que la filial no tenía verdadera autonomía en la determinación de su línea de actuación en el mercado.

Es cierto que a diferencia de los tribunales comunitarios el Tribunal de Defensa de la Competencia español ha aplicado el criterio a supuestos de unidades económicas en las que las filiales estaban controladas de forma mayoritaria y no totalitaria, e incluso a casos de acuerdos entre filiales sometidas a control conjunto y una de sus matrices, pero habitualmente lo ha hecho tratando de buscar criterios de análisis funcional. Tan solo alguna reciente resolución en materia de sociedades gemelas<sup>463</sup>, dada su escasa argumentación, deja al intérprete la duda sobre si el TDC estará abriendo un nuevo camino de aceptación de criterios «per se» siguiendo el ejemplo norteamericano.

<sup>463</sup> Nos referimos en particular a la Resolución de 21 de mayo de 1997, en el caso «Prensa Tarragona» en cuyo Fundamento de Derecho 3 el TDC indica que «coincide con el Servicio cuando éste señala en el Acuerdo que se recurre que el hecho de que los accionistas de las tres entidades denunciadas sean los mismos excluye la calificación de la apertura del negocio minorista de las conductas comprendidas en el mencionado art. 1 al no existir acuerdo, sino una única voluntad por pertenecer todas a un grupo».

### III. DIRECCIÓN UNITARIA

El segundo gran grupo de criterios estructurales procede de la dogmática alemana, y toma como base el reconocimiento legislativo del «konzern» en el que existe por definición dirección unitaria<sup>464</sup>. Desde esta perspectiva se pretende hacer relevante la existencia de dicha dirección unitaria como mecanismo de inaplicación de la prohibición, lo que implicaría que en los casos en que esté legalmente reconocida o presupuesta la existencia de dirección unitaria dada una determinada estructura de control, la existencia de la misma determinaría automáticamente la inaplicabilidad de la prohibición, de acuerdos o prácticas restrictivas, a las realizadas por empresas que se encuentren en una situación igual a la definida.

En definitiva traslada la cuestión de la determinación de la existencia o no de verdadera autonomía decisional de la filial a la comprobación de la subsistencia de determinados criterios estructurales.

Para comprender la base del argumento, extraño a los ordenamientos latinos, tan reacios a regular el fenómeno del grupo, conviene hacer un breve excursu y analizar someramente el marco en el que se desarrolla esta idea.

#### 1. Marco de desarrollo de la idea. Regulación de los grupos y defensa de la competencia en el derecho alemán

El ordenamiento alemán no fue en sus orígenes especialmente sensible a los problemas plantados por la defensa de la

<sup>464</sup> El desarrollo de criterios estructurales en materia de aplicación del Privilegio del grupo en Alemania no pudo realizarse tomando como fundamento la identidad de propiedad, control e interés, dado el fuerte componente institucionalista de la noción de interés social predominante en Alemania que implicaba la posibilidad de que sociedades con los mismos socios tuvieran intereses sociales divergentes.

competencia frente a los acuerdos restrictivos y prácticas concertadas. De hecho a principios de siglo Alemania era conocida como el país de los carteles<sup>465</sup>.

Estos fueron objeto de estudio por la doctrina alemana a partir de la entrada en vigor en los Estados Unidos de América de la Sherman Act<sup>466</sup>, aunque sin que ello conllevara durante muchos años la introducción de normas de defensa de la competencia en el ordenamiento alemán. La situación comenzó a cambiar, tras la pérdida de la primera guerra mundial por Alemania como consecuencia de la presión de la opinión pública y de los lobbies norteamericanos que se consideraban en inferioridad de condiciones en el comercio internacional, como consecuencia de su obligado respeto a unas normas de defensa de la competencia que no regían en ningún otro Estado.

<sup>465</sup> EMMERICH, V. «Kartellrecht», ob. cit., pág. 30. El término se refería a los acuerdos entre empresas competidoras, esencialmente dirigidos, entre otros fines, a fijar las condiciones de mercado, repartirse los proveedores, o a realizar repartos territoriales del mercado. A través de estos acuerdos se sustituía el principio de competencia por el de cooperación.

<sup>466</sup> La primera definición conocida en la doctrina alemana en un trabajo científico sobre lo que debe entenderse por cartel se debe a MENZEL y es solo cuatro años posterior a la entrada en vigor de la Sherman Act norteamericana en 1890, en los Schriften des Vereins für Sozialpolitik, 1894, Bd. 61, págs. 24 y s. en virtud de la cual «1. Se trata de una asociación de empresas independientes... 2. Un momento importante para el concepto del Cartel es que la independencia de las empresas vinculadas no se muestra de forma completa. 3. La asociación se constituye con la finalidad de limitar en mayor o menor medida la libre competencia de las empresas participantes... Finalidad del contrato es por tanto la limitación de la competencia a través de la libre asociación de empresas». Tomo la cita de PASSOW, R. «Kartelle», Heft 13 de los Beiträge zur Lehre von den Unternehmungen», Jena 1930, al no haber podido acceder a la obra de 1894. Otros trabajos anteriores a la aprobación de normas contra los carteles en Alemania fueron los de RUNDSTEIN, S. «Das Recht der Kartelle», Berlín, 1904; LIEFMANN, R. «Kartelle und Trusts», Stuttgart, 1905; e ISAY, R. «Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht», Mannheim, 1922.

En particular, el cambio sustancial se produjo con la publicación de la *Kartellverordnung* de 2 de noviembre de 1923<sup>467</sup>, que contenía exclusivamente una cláusula de abuso de posición de dominio generada por el cartel, que solo fue utilizada, con éxito, contra los acuerdos restrictivos de la competencia, en muy pocos casos<sup>468</sup>.

La idea que latía bajo esta regulación era que los carteles eran un instrumento útil para eliminar los efectos negativos de la libre competencia, y que solo el abuso de los mismos podía generar efectos perjudiciales. Esta idea se extendió a los países fuertemente influidos por la dogmática alemana<sup>469</sup>.

La organización de la economía alemana en carteles obligatorios durante el período nacional socialista, como consecuencia de la *Zwangskartellgesetzes* de 1933, supuso una exacerbación de una tendencia sostenida en la sociedad alemana<sup>470</sup>.

Tras la segunda guerra mundial, las leyes de descartelización aliadas de 28 de enero de 1947 —americana—<sup>471</sup>, y de 9 de junio de 1947 —británica<sup>472</sup>, y francesa<sup>473</sup>—, introdujeron por primera vez en territorio alemán una prohibición absoluta de los

<sup>467</sup> *Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen* de 2 de noviembre de 1923, RGBl. I, S. 1067, 1090. Sobre la misma ver especialmente ISAY, R. - TSCHERSCHIKY, S. «*Kartellverordnung* (*Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen*) (Kommentar)», Mannheim / Berlín / Leipzig, 1925.

<sup>468</sup> EMMERICH, V. «*Kartellrecht*», ob. cit., pág. 31.

<sup>469</sup> Un ejemplo paradigmático de penetración de la apreciación positiva de los carteles es la reacción favorable de la dogmática y jurisprudencia japonesas anteriores al final de la primera guerra mundial. Sobre esta cuestión ver IVORI, H. - UESUGI, A. «*The Antimonopoly Laws...*» ob. cit., pág. 4.

<sup>470</sup> EMMERICH, V. «*Kartellrecht*», ob. cit., pág. 31.

<sup>471</sup> *Gesetz Nr. 56 der amerikanischen Militärregierung* ABl. Am. MiL. Reg. Issue C. S. 2 de 1 de abril de 1947.

<sup>472</sup> *Verordnung 78 der britischen Militärregierung* BABl. brit. MiL. Reg. pág. 412.

<sup>473</sup> *Verordnung Nr. 96 des französischen Militärbefehlshabers für Deutschland* Journal Officiel de 13 de junio de 1947, pág. 784.

carteles y de los monopolios<sup>474</sup>. Las normas aliadas fueron sustituidas por la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* de 1957<sup>475</sup>, sucesivamente reformada<sup>476</sup>, que contiene varias normas de carácter complementario que prohíben los acuerdos § 1, prácticas concertadas § 25, o las recomendaciones (ejecutadas) § 38 I, Nr. 11, contrarias a la competencia.

El § 1 GWB, bajo el título de «ineficacia de los acuerdos restrictivos de la competencia», establece que: «(1) Los contratos estipulados entre empresas o por asociaciones de empresas, con una finalidad conjunta, y las decisiones de las asociaciones

<sup>474</sup> Estas normas fueron un paso más en la política de descartelización iniciada por los aliados con la *Postdamer Abkommen* de 2 de agosto de 1945 (*Amtsblatt des Kontrollrates in Deutschland*, Erg. Nr. 1, pág. 13), cuyo número 12 incluía entre sus fines «la descentralización de la economía alemana, para eliminar la presente excesiva concentración de poder económico, por ejemplo en particular en los carteles, sindicatos, trusts y otras concentraciones monopolísticas».

<sup>475</sup> En virtud del Art. 1 Abs. 2 Satz. 2 del «*Vertrages zur Regelung aus Krieg und besatzung entstandener Fragen*» de 23 de octubre de 1954 (BGBl. 1955 II 301, 405), los preceptos citados quedaban en vigor hasta que no fueran derogados o modificados. La entrada en vigor de la Constitución o Ley Fundamental, tampoco implicó la derogación del derecho aliado de defensa de la competencia. (Sentencia del Bundesgerichtshof de 10 de abril de 1956 NJW 1956, 959). Tan solo la entrada en vigor de la GWB implicó el fin de su vigor.

<sup>476</sup> El texto de referencia de la GWB, es el del texto refundido (*Bekanntmachung*) de 20 de febrero de 1990 (BGBl. I, S. 2847), que ha sufrido ulteriores modificaciones. El texto original de la ley de 27 de julio de 1957 puede verse en el BGBl 1957, I, S. 1081. En la actualidad se han iniciado los trabajos para una sexta reforma de la GWB con la finalidad de armonizar sus disposiciones con las comunitarias, tal y como afirma el *Jahreswirtschaftsbericht der Bundesregierung* de 1996, págs. 41-42, bajo la presión de los operadores económicos. Un primer borrador ha sido analizado por la *Monopolkommission* en el capítulo VI de su undécimo dictamen (*Elften Hauptgutachtens der Monopolkommission*) titulado «*Wettbewerbspolitik im Zeichen des Umbruchs*». Un análisis crítico de los principales aspectos del informe a este respecto puede verse en SCHÜTZ, J. «*Die Monopolkommission und die GWB-Reform-Bemerkungen aus der Sicht eines Praktikers*», en *WuW* 9/1996, págs. 689 y ss.

de empresas, son ineficaces, cuando son idóneos, para influir en la producción o en las relaciones de mercado, propias de la comercialización de bienes, o de la prestación profesional de servicios, a través de la restricción de la competencia. Esto no es de aplicación cuando en esta ley se establezca otra cosa.

(2) Se considera una decisión de una asociación de empresas, la decisión de la asamblea general de una persona jurídica, cuando sus miembros sean empresas»<sup>477</sup>.

El significado del término «contrato» contenida en este precepto fue muy discutido en la doctrina<sup>478</sup>. El BGH zanjó la cuestión rechazando cualquier interpretación extensiva de dicho término en su sentencia «Teerfarbenfall»<sup>479</sup>, aduciendo la prohibición de la aplicación analógica de las sanciones penales.

El legislador alemán reaccionó, en 1973<sup>480</sup>, reformando el § 25 I GWB, introduciendo en el mismo la noción de acción concertada, e incluyendo en el nuevo número 11 del § 38 I GWB la prohibición de la ejecución de recomendaciones.

<sup>477</sup> (1) «Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Dies gilt nicht, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

(2) Als Beschluß einer Vereinigung von Unternehmen gilt auch der Beschluß der Mitgliederversammlung einer juristischen Person, soweit ihre Mitglieder Unternehmen sind». Sobre la misma ver IMMENGA, U. en IMMENGA, U. - MESTMÄCKER, E. J. «Kommentar...», ob. cit., págs. 63 y ss.; y BUNTE, J. en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., págs. 103 y ss.

<sup>478</sup> Por todos ver ULMER, P. «Abgestimmte Verhaltenweisen», Karlsruhe (C.F. Müller), 1972.

<sup>479</sup> WuW/E BGH 1147; BGHSt 24,54.

<sup>480</sup> Las modificaciones se realizaron a través de la Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen de 3 de agosto de 1973, BGBl, 1973, I, 917.

Según el § 25 I GWB: «Están prohibidos los comportamientos concertados recíprocos de empresas o de asociaciones de empresas, que como consecuencia de esta ley no puedan ser objeto de un vínculo contractual»<sup>481</sup>.

Junto a estos preceptos es también relevante el § 38 I, Nr. 11 GWB, de acuerdo con el cual: «Actúa ilegalmente, quien pronuncia recomendaciones que producen una elusión de las prohibiciones establecidas en esta ley o de las ordenes dictadas en base a esta ley por la autoridad de la competencia, a través de comportamientos equivalentes»<sup>482</sup>.

Aunque esta última norma no especifica quienes son sus destinatarios, la doctrina alemana limita su aplicación a las empresas o asociaciones de empresas que pronuncian la recomendación<sup>483</sup>.

La norma extiende la aplicación de todas las prohibiciones contenidas en la GWB o pronunciadas por la autoridad de la competencia en base a la misma a otros sujetos distintos de sus actores, a aquellos que recomendaron la realización del comportamiento contrario a las normas de la competencia, y es el precepto central en materia de recomendaciones<sup>484</sup>.

El supuesto de hecho de esta última norma exige que la recomendación haya tenido éxito, esto es que haya dado lugar a un comportamiento equivalente que viole la prohibición. Las

<sup>481</sup> «Ein aufeinander abgestimmtes Verhalten von Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen, das nach diesem Gesetz nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf, ist verboten».

<sup>482</sup> «Ordnungswidrig handelt, wer... 11. Empfehlungen ausspricht, die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen durch gleichförmiges Verhalten bewirken».

<sup>483</sup> TIEDEMANN, K. en IMMENGA, U. - MESTMÄCKER, E. J. «Kommentar...» ob. cit., pág. 1640.

<sup>484</sup> HENNIG, W. en LANGEN, E. - BUNTE, H. J., «Kommentar...», ob. cit., pág. 923.

recomendaciones sin éxito no son objeto de sanción en base a este apartado<sup>485</sup>.

En todo caso este precepto presenta un carácter accesorio respecto a los §§ 1 y 25 I GWB, y no incide directamente en la cuestión que nos ocupa, por lo que nos limitaremos, a partir de ahora, a hacer referencia a estos dos últimos párrafos.

La GWB contiene, además, reglas de control de las concentraciones en sus §§ 23 y ss., pero como en el ordenamiento norteamericano, su presencia no excluye la aplicación de los §§ 1 y 25 GWB, a los actos realizados por entidades pertenecientes a un mismo grupo.

Es más el hecho de que un comportamiento económico cumpla las condiciones de una concentración en el sentido de los §§ 23 y ss., no significa per se que los §§ 1 y 25 GWB sean inaplicables al mismo<sup>486</sup>. La prohibición de las acciones concertadas de estos párrafos y el control de las concentraciones establecido en los otros, toman en consideración circunstancias distintas, y tienen finalidades diversas, de modo que ambas pueden ser aplicadas conjuntamente<sup>487</sup>.

<sup>485</sup> TIEDEMANN, K. en IMMENGA, U. - MESTMÄCKER, E. J. «Kommentar...» ob. cit., pág. 1644. Otros preceptos referidos que regulan las recomendaciones están contenidos en los §§ 38 I, Nr. 10 y 12, II y III, y 38 a GWB.

<sup>486</sup> BUNTE, H. J. en LANGEN, E. - BUNTE, H. J., «Kommentar...», ob. cit., pág. 145; IMMENGA, U. en IMMENGA, U. - MESTMÄCKER, E. J. «Gesetz...», ob. cit., pág. 70. Tan solo en el caso de que la operación conlleve la pérdida de la independencia económica de una de las participantes, como en los casos de fusión o de creación de grupo a través de la estipulación del consiguiente contrato de empresa (Vertragskonzerne de los §§ 291 y ss. AktG), se considera inaplicable la prohibición del § 1 GWB. En este sentido ver WuW/E BGH 359 «GasglühKörper», BGHZ 31,105; OLG Stuttgart WuW/E OLG 1083,1088 «Fahrschulverkauf».

<sup>487</sup> BGH 1.10.1985 «Mischwerke» (WuW/E BGH 2169, BGHZ 96,69). La aplicación paralela de los preceptos de control de las concentraciones de los §§ 23 y ss. GWB y de la prohibición de acciones concertadas del § 1 GWB ha sido aceptada también por la Bundeskartellamt (WuW/E BKartA 2297).

La característica más peculiar de la regulación de las acciones concertadas<sup>488</sup> contrarias a la competencia en la GWB, es que ésta no contiene una cláusula general prohibitiva de las mismas, a diferencia de otros ordenamientos como el americano, el comunitario, el francés, el español, o el italiano.

El principio general de prohibición se deriva de la declaración de ineficacia del § 1, de la prohibición del § 25 I, de la declaración de ilegalidad de la ejecución de las recomendaciones contenida en el § 38 I Nr. 11, de la concesión a la autoridad de defensa de la competencia, de la posibilidad de prohibir el acuerdo, establecida en el § 37 a Abs. 1, de las sanciones que se contemplan en el § 38 Abs. 1, Nr. 1., y de la obligación, que pesa conjuntamente sobre todos los participantes en el acuerdo, de indemnizar los daños y perjuicios causados del § 37, todos ellos de la GWB.

Tanto el § 1, como el 25 I, requieren ontológicamente la presencia de una pluralidad de sujetos para que su supuesto de hecho pueda ser cumplido. Los dos toman como sujeto al que van dirigidos a la empresa, diferenciándose solamente en la caracterización de la acción, que en un caso es un acuerdo o contrato en sentido jurídico-civil y en el otro una práctica concertada, y en las consecuencias jurídicas que esta acarrea. A los efectos de nuestra exposición, por tanto son preceptos complementarios sobre los que se puede establecer una doctrina unitaria.

La adopción de la noción de empresa para delimitar el sujeto al que va dirigida la norma, favoreció, tal y como sucedió en el ámbito comunitario, la evolución de una doctrina que dio relevancia a las relaciones existentes entre las distintas entidades a la hora de aplicar la declaración los §§ 1 y 25 I GWB.

<sup>488</sup> Utilizamos los términos acciones concertadas a partir de ahora para hacer referencia, con carácter general, al supuesto de hecho prohibido en los tres preceptos.

La noción de empresa, contenida en el precepto es interpretada como un mecanismo de exclusión de los consumidores y del Estado del ámbito de aplicación de la prohibición<sup>489</sup>. El concepto de empresa, utilizado por la doctrina alemana respecto a estos preceptos, es extraordinariamente amplio y laxo.

Estos factores junto a otros, a los que seguidamente nos referiremos, hicieron, que la evolución jurisprudencial y doctrinal alemana, respecto a la inaplicación de los §§ 1 y 25 IGWB discurren por cauces distintos de la comunitaria.

Extremadamente relevante es, a mi juicio, la adopción por legislador alemán de una nueva ley de sociedades por acciones, la Aktiengesetz de 1965<sup>490</sup>, que establecía un régimen societario específico para las empresas vinculadas y los grupos<sup>491</sup>, reconociendo la legitimidad del poder de dirección<sup>492</sup> e incluyendo como dato legislativo identificador del konzern, esto es del grupo al que se daba relevancia jurídica y al que sería aplicable el régimen previsto en la normativa, y no del grupo en sentido económico, la existencia de dirección unitaria<sup>493</sup>.

La aprobación de esta norma, con el reconocimiento de efectos societarios derivados de la existencia de una unidad económica en el seno del grupo que implica, influyó notablemente, en los planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia que se ocuparon de la cuestión desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia.

Si tenemos en cuenta la tradicional tendencia de la sociedad alemana hacia la cooperación y no hacia la competencia, el uso de los carteles, que mas arriba hemos señalado, la actual estructuración de la economía alemana en grandes grupos de sociedades o de empresas, y los datos legislativos que hemos

<sup>489</sup> EMMERICH, V. «Kartellrecht», ob. cit., pág. 37.

<sup>490</sup> Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I, S. 1089).

<sup>491</sup> §§ 291 y ss. AktG.

<sup>492</sup> §§ 291 y ss. AktG.

<sup>493</sup> § 18 AktG.

apuntado, podremos entender, en sus justos términos, las soluciones que analizaremos en los siguientes epígrafes.

Todos estos datos, junto con la consideración, por parte de un sector importante de la doctrina del konzern como empresa policorporativa, produjeron que el debate en Alemania se centrara en la cuestión de si el grupo podía ser considerado como una única empresa a efectos de aplicación de las normas de competencia.

La cuestión de la identificación del grupo como empresa, a los efectos de los §§ 1 y 25 GWB, como afirma IMMENGA, no está definitivamente aclarada<sup>494</sup>. Pese a ello existe una clara tendencia a dar relevancia jurídica a la existencia de una única unidad económica entre empresas del grupo, a la hora de aplicarlo, sin negar por ello el carácter de empresa de las entidades que lo forman.

De otra parte, y al igual que en el ordenamiento norteamericano, asistimos a un otorgamiento de eficacia jurídica a la existencia de una única unidad económica, como mecanismo de inaplicación de prohibiciones, en otros preceptos, que exigen, implícitamente, la existencia de una pluralidad de participantes. Este es el caso de la inaplicación de la prohibición de discriminación del § 26 Abs. 2 GWB.

Para analizar la cuestión tomaremos en cuenta las decisiones del órgano administrativo encargado de la defensa de la competencia en Alemania, esto es de la Bundeskartellamt, así como las decisiones de los tribunales, prestando especial atención, por último, a las construcciones de la doctrina alemana.

Como observará el lector, la cuestión ha dado lugar a un escaso número de decisiones administrativas o jurisdiccionales, quizá debido los factores más arriba indicados, y a que el posicionamiento de la Bundeskartellamt ha sido histórica y

<sup>494</sup> IMMENGA, U. en IMMENGA, U. - MESTMÄCKER, E. J. «Gesetz...», ob. cit., pág. 78.

actualmente favorable a la inaplicación de las reglas de prohibición de acciones concertadas en estos casos.

La doctrina se ha venido ocupando, sin embargo, con asiduidad del tema<sup>495</sup>, tratando de establecer criterios para aplicar las normas de competencia en estos casos, de forma equitativa, preservando el interés de una competencia eficaz en beneficio del progreso técnico y económico, y de los consumidores.

## 2. *La inaplicación de prohibiciones en la jurisprudencia alemana*

Hasta el momento el Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof), no ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a la posibilidad y condiciones de una inaplicación de la prohibición de prácticas concertadas contenida en los §§ 1 y 25 GWB como consecuencia de la existencia de una única unidad económica entre las entidades participantes<sup>496</sup>. Tampoco lo ha

<sup>495</sup> BUSSMANN, K. F. «Kartelle und Konzerne», Stuttgart, Betriebswirtschaftliche Studienbücher, Rehe VI, 1963; HARMS, W. «Konzerne im Recht der wettbewerbsbeschränkungen. Eine wirtschafts- und gesellschaftsrechtliche Untersuchung», Köln, Berlín, Bonn, München (Carl Heymanns), 1968 (págs. 40 y ss.); MULERT, T. «Die Wettbewerbsbeschränkung zwischen verbundenen Unternehmen», WuW-Schriftenreihe Heft 13 Düsseldorf, 1970; KLIPPERT, V. «Die Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Konzernen», Berlín (Duncker & Humblot), 1984 (págs. 86 y ss.); POTRAFKE, C. «Kartellrechtswiedrigkeit...», ob. cit., págs. 101 y ss.

<sup>496</sup> Tampoco existe pronunciamiento jurisprudencial ni administrativo alguno de aplicación de la KVO de 1923 a acuerdos entre sociedades pertenecientes a un Konzern. Sin embargo de este dato no puede extraerse como pretende MULERT, T. «Die Wettbewerbsbeschränkung...», ob. cit., pág. 70, que la interpretación preponderante de la KVO implicara su inaplicación a los acuerdos entre sociedades pertenecientes al grupo, que, este autor, funda en que el concepto de cartel predominante en la época, el de LIEFMANN, R. «Kartelle...» ob. cit., págs. 11-12, según el cual se consideran tales «los libres acuerdos o asociaciones entre empresas que se mantiene independientes del mismo tipo con el fin de la domina-

hecho en casos en los que la pluralidad de sujetos venía exigida de forma indirecta por el supuesto de hecho del precepto<sup>497</sup>.

ción monopolística del mercado», exigía el carácter independiente de las empresas tanto al estipular el acuerdo como tras el mismo lo que negaría tal posibilidad a las empresas del grupo.

Como decíamos, independientemente de la licitud de esta reinterpretación en base a los conceptos vigentes en los años setenta de la realidad sociojurídica de los años veinte que encontramos como mínimo dudosa, la falta en sí de decisiones no puede interpretarse específicamente como un argumento a favor de la tesis, dado que la carestía de resoluciones administrativas y jurisdiccionales de aplicación de la KVO de 1923, fue general y no solo referida a estos casos. Sobre la cuestión ver EMMERICI, V. «Kartellrecht», ob. cit., pág. 31.

<sup>497</sup> Si que existen en cambio sentencias en las que el BGH se ha planteado la cuestión en el ámbito de las normas contra el abuso de posición de dominio en el mercado. Es particularmente relevante en este sentido la sentencia del BGH de 29 de junio de 1982, «Stuttgarter Wochenblatt», que estableció que el suministro gratuito de bienes o la prestación gratuita de servicios por parte de una sociedad dominante a las filiales pertenecientes al grupo es un mecanismo «intrasocietario» (sic) que debe ser excluido de la calificación de abusivo en el sentido del § 22 Abs. 4 GWB, o de la de discriminador del § 26 Abs. 2 GWB.

La cuestión se planteó en un caso en que una sociedad titular de los semanarios «Stuttgarter Wochenblatt» y «TIP TOP» publicó gratuitamente la publicidad de una filial de la misma de la que era titular del 100% del capital, que con forma de sociedad de responsabilidad limitada, ejercía la actividad de agencia de viajes. En particular el BGH dio especial relevancia al hecho de que en virtud de las normas societarias de grupos alemanas, la dominante venía obligada a compensar las pérdidas que la dominada sufriera en el ejercicio de su actividad. El argumento del Tribunal es que la posición de la dominada no se fortalece mas por el hecho de que pueda hacer publicidad gratuita en los medios de los que la dominante es titular, que por el hecho de que pague los cánones previstos para sus competidores, si posteriormente la dominante compensa sus pérdidas.

Esta doctrina tiene sus antecedentes en la jurisprudencia previa del BGH en materia de competencia desleal. Especialmente relevantes son a este respecto dos sentencias relativas a la consideración de puesta en el mercado de un producto por su transmisión de la central de compras del grupo a las filiales del mismo, a los efectos del § 13 Abs 1 UWG que regula la legitimación activa para ejercer la acción de cesación derivada de la infracción de alguna de las prohibiciones establecidas en la ley y

Si existen en cambio sentencias de varios «Oberlandesgerichtshofen» que han aplicado el principio de unidad económica en estos casos. Tampoco esta jurisprudencia menor puede compararse por su volumen a la norteamericana o aun a la comunitaria.

La cuestión se planteó en los casos «R»<sup>498</sup>, «Heilwasser»<sup>499</sup>, y «Guy Laroche»<sup>500</sup>. De ellos es este último es el que contiene la

---

enumeradas en el propio precepto. En su redacción original dada por la Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) de 7 de junio de 1909 (RGBI S. 499), el precepto autorizaba a ejercer dicha acción, entre otros, a todo aquel que profesionalmente suministra bienes o presta servicios del mismo tipo o los introduce en el tráfico comercial.

Se trataba de determinar si la transmisión de un bien de la sociedad que actúa como central de compras del grupo a otra perteneciente al mismo grupo, suponía una puesta en el mercado, y en consecuencia legitimaba activamente a la sociedad transmitente para ejercer la acción. La sentencia del BGH de 31 de marzo de 1958 (GRUR 1958, págs. 544 y ss.), estableció que existía puesta en el mercado y consiguiente legitimación activa, cuando la sociedad central de compras del grupo se encontraba en efectiva competencia con otros suministradores independientes del grupo, en el suministro de los bienes de referencia a las filiales del mismo. Por su parte la sentencia del BGH de 16 de abril de 1969, dando relevancia a la existencia de una unidad económica entre entidades pertenecientes a un mismo grupo, afirmó que no se puede hablar de puesta en el mercado cuando, como en el caso, solo existe una traslación de bienes en el seno de una empresa, negando, en el concreto caso, la existencia de una puesta en el mercado por la transmisión de los bienes de la sociedad central de compras del grupo a las sociedades filiales. La sentencia atendió a que la sociedad central de compras del grupo tenía como única finalidad la adquisición de bienes para las filiales del grupo encargadas de distribuirlos, sin vender en ningún caso los productos directamente a terceros.

La cuestión carece hoy de aplicación ya que la nueva redacción del § 13 Abs. 1 de la UWG, dada por la Gesetz zur Änderung wirtschaftsverbraucher- arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften de 25.07.1986 (BGBl I, S. 1169, ber 1987 I S. 565), eliminó la referencia a la puesta en el mercado de bienes o servicios.

<sup>498</sup> OLG Stuttgart WuW/OLG E 2352.

<sup>499</sup> OLG Düsseldorf WuW/ OLG E 2361.

<sup>500</sup> OLG Frankfurt am Main WuW/OLG E 3600, WuW 1986, pág. 178.

doctrina mas acabada la doctrina mas acabada sobre la cuestión que nos ocupa. Dada su relativa antigüedad, el fallo es de 22 de abril de 1985, y la falta de pronunciamientos posteriores de otros tribunales del mismo rango, o del BGH sobre la cuestión, puede considerársele, dentro de las limitaciones que implica el rango del tribunal que dicta la sentencia y la contradicción de su doctrina con la sentada anteriormente por otros tribunales del mismo rango, como el «leading case» en Alemania respecto al fundamento y límites de la inaplicabilidad de las prohibiciones contenidas en el artículo 1 y 25 GWB en virtud del llamado privilegio del grupo. Es por ello por lo que prestaremos especial atención a su análisis.

Por su parte la Bundeskartellamt no ha sido tampoco prolija en pronunciamientos al respecto. Su posición quedó fijada en los informes anuales sobre su actividad publicados en los años siguientes a la aprobación de la AktG de 1965, y en particular en los de 1969<sup>501</sup> y 1974<sup>502</sup>.

---

<sup>501</sup> TB 1969, Drucksache VI/950, págs. 57-58, en la que admitió la relevancia estrictamente formal y la irrelevancia económica de un acuerdo, entre dos sociedades fabricantes de vagones de racionalización de sus producciones, por el que cada una de ellas especializaría su producción, dedicándose una a fabricar vagones de mercancías y la otra a fabricar vagones para el transporte de personas, que en principio debía considerarse que caía en el ámbito de aplicación del § 1 GWB. La Bundeskartellamt argumentó que la fuerte unión económica existente entre las dos empresas tras la adquisición por una de la mayoría del capital de la otra, permitía al accionista mayoritario influir de forma decisiva en la política comercial de la contraparte contractual limitando la competencia, sin necesidad de adoptar un acuerdo prohibido por el § 1 GWB. Obsérvese que el argumento desarrollado por la Bundeskartellamt da relevancia a la mera existencia de un control mayoritario, y es fiduciario de la concepción jurídico formal de contrato que mas tarde sostendría el BGH respecto a la interpretación del § 1 GWB. Puesto que el socio mayoritario puede imponer su voluntad a la contraparte sin necesidad de pactar un verdadero contrato, un análisis sustancial, no debe indicar la irrelevancia del acuerdo en estos casos.

<sup>502</sup> TB 1974, Drucksache 7/3791, pág. 59, en el que se analizaba el caso de dos proveedores de artículos ópticos que habían estipulado un contrato

De ellos puede deducirse una doctrina administrativa en virtud de la cual la mera posesión de la mayoría de capital es suficiente para que se inapliquen las prohibiciones contenidas en los §§ 1 y 25.1 GWB.

Por su parte el OLG de Frankfurt estableció una doctrina mucho más limitada en el caso «Guy Laroche», que tuvo además el especial interés de que el Tribunal tuvo que juzgar en la misma sentencia las presuntas violaciones del § 1 GWB y del artículo 85.1 TCEE<sup>503</sup>.

En el caso la primera demandante «Deutsche Lancôme» solicitó de la demandada «Parfümerie-Handel», que se abstuviera de ofrecer o comerciar con productos de perfumería de la marca Ted Lapidus para hombre, en cuanto su conducta era contraria a las costumbres leales del tráfico y por tanto violaba el § 1 UWG. Lo mismo aunque sin éxito, solicitó la sociedad

de especialización respecto a la fabricación de microscopios que caía dentro del ámbito del § 1 GWB. En el transcurso del procedimiento una de las dos empresas adquirió la mayoría del capital de la otra en la que ya participaba con una participación minoritaria, como consecuencia de la adquisición de la participación que ostentaba otro socio. En virtud del carácter mayoritario de la participación y con mención expresa al informe de 1969 mencionado en la nota anterior, la Bundeskartellamt estableció que «a la vista de la relación de participación se deduce, que entre las dos partes del contrato no subsiste ninguna relación de competencia, que pueda ser limitada a través de acuerdos en el sentido del § 1 GWB o prácticas concertadas en el sentido del § 25.1 GWB». El caso tiene especial interés, puesto que salvo aplicación de los remedios generales del derecho en aplicación del principio de buena fe, parece permitir que dos competidores pillados «in fraganti» por la autoridad de defensa de la competencia, puedan evitar la sanción por la vía de que uno adquiera la mayoría de capital del otro.

<sup>503</sup> Respecto a esta cuestión el Tribunal negó la existencia de una violación del precepto alegando que Deutsche Lancôme e Impar France, filiales ambas de la mercantil francesa L'Oréal constituían una unidad económica de acuerdo con la doctrina sentada por el TJCE en el caso Centrafarm, y que, de acuerdo con la misma doctrina, los acuerdos entre ellas solo sirven a un reparto interno de funciones entre ellas. (Sentencia Guy Laroche cit. WuW/E OLG 3601).

«Impar France» respecto a los productos «Guy Laroche». Las dos demandantes eran sociedades filiales de la mercantil francesa «L'Oréal S.A.» y habían puesto en pie un sistema de distribución estanco de los productos en cuestión en Alemania.

La demandada contraatacó solicitando la nulidad del acuerdo entre las filiales y la matriz, en virtud del § 15 GWB, por violación del § 1 GWB, y ante esta cuestión el Tribunal partió de la capacidad para concertarse de las empresas integradas en un «konzern<sup>504</sup>» en cuanto están dotadas de personalidad jurídica distinta, para señalar después cuales eran los requisitos que debían cumplirse para que la prohibición resultase inaplicada.

Según el Tribunal «no existen dudas jurídicas respecto a la existencia de una relación de «Konzern» de subordinación entre las demandantes y L'Oréal S.A. En concreto las empresa pertenecientes a un Konzern pueden estipular entre ellas contratos relevantes desde la perspectiva de la competencia en el sentido de los §§ 1 y ss. y 15 y ss. GWB, en cuanto las empresas pertenecientes al grupo son jurídicamente independientes. Un cartel en el sentido del § 1 GWB, queda sometido a él únicamente, cuando tal acuerdo posee de hecho aptitud para influir en el

<sup>504</sup> Utilizamos el término «Konzern» en vez de grupo, porque en el ordenamiento alemán este se aplica no a cualquier grupo, sino al que cumple determinados requisitos establecidos por la ley. Es por ello por lo que las argumentaciones de la doctrina alemana no pueden ser extrapoladas sin más a toda la extensa gama de supuestos de grupo en sentido económico que pueden ser identificados, muchos de los cuales no caen dentro del círculo trazado por la noción legal de «Konzern». Dentro de los «Konzern» cabe distinguir diferentes clases, que son definidas de forma diversa, así por ejemplo un Konzern contractual exige la estipulación de un contrato de organización entre los miembros del grupo, en particular de una de las clases de «Unternehmensvertrag» reconocidas por la ley. La estipulación de dicho contrato legitima el poder de dirección de la dominante sobre la dominada, que no está legitimado en otros supuestos. Sobre la extensa y variada problemática de los «Konzern» en Alemania y a modo meramente introductorio es recomendable la obra de EMMERICII, V. - SONNENSCHNEIN, J. «Konzernrecht», München (Beck), 1993, 5.ª ed., que constituye el manual básico de referencia.

mercado mediante una restricción de la competencia. Este no es el caso, cuando la restricción de la competencia es únicamente una consecuencia del vínculo de «konzern», esto es de la dirección unitaria con las correspondientes instrucciones<sup>505</sup> (v. GAMM, Kartellrecht, § 1 Rdnr. 10). Esto es lo que sucede aquí. Las demandantes son jurídicamente pero no económicamente empresas independientes. Han perdido la independencia económica como consecuencia de la subordinación existente en el Konzern. La posible restricción de la competencia derivada del acuerdo de distribución exclusiva es únicamente una consecuencia del reparto interno de funciones y del vínculo de Konzern, en tanto que solo es relevante desde el punto de vista de la competencia el comportamiento del Konzern frente a terceros (LANGEN, 6 Aufl., § 1 Rdnr. 33, 129; HARMS, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, 123ff.)<sup>506</sup>.

De esta sentencia se ha deducido por parte de la doctrina alemana que el Tribunal partía de que la que la prohibición de competencia no será aplicable a los acuerdos entre empresas que formen parte de un Konzern contractual por subordinación, cuando los mismos sean consecuencia exclusiva del vínculo de Konzern<sup>507</sup>. Si bien la sentencia se refiere además, sin que quede claro si constituye un requisito adicional, al de reparto interno de funciones, tal y como lo hacía la jurisprudencia comunitaria en el momento que se dictó.

No queda claro sin embargo, si será necesario comprobar que el acuerdo deriva de una instrucción concreta o bastará constatar que uno de los partícipes tiene derecho a dictar instrucciones en la materia a los restantes<sup>508</sup>.

<sup>505</sup> El texto original utiliza la expresión «mit entsprechenden Weisungen» que reproducimos en cuanto su significado es la base de la discusión dogmática alemana posterior a Guy Laroche.

<sup>506</sup> Sentencia Guy Laroche cit WuW/E OLG 360 1.

<sup>507</sup> POTRAFKE, C. «Kartellrechtswidrigkeit...», ob. cit., pág. 102.

<sup>508</sup> En sentido análogo POTRAFKE, C. «Kartellrechtswidrigkeit...» ob. cit., pág. 102.

### 3. La discusión doctrinal en Alemania

El principio de que, en determinadas condiciones, los acuerdos o prácticas concertadas entre sociedades pertenecientes al mismo Konzern no violaban la prohibición del § 1 y posteriormente del § 25 GWB, fue duramente discutido a la entrada en vigor de la GWB de 1957, en particular respecto a las denominadas «rebajas de grupo» o «Konzernrabatte».

Algún destacado autor se pronunció por la aplicación de las reglas de la competencia a las sociedades integradas en un «Konzern» en las mismas condiciones que a sociedades independientes<sup>509</sup>.

El argumento que se esgrimía, inspirado claramente en la jurisprudencia norteamericana imperante en la época partidaria de la «intraenterprise conspiracy doctrine», era que, al elegir mostrarse frente a terceros como empresas independientes, las empresas del Konzern debían ser tratadas como tales. Esto es la aplicación del criterio del «holding out».

Sin embargo esta posición doctrinal, contestada por algunos autores respecto a las propias rebajas de grupo<sup>510</sup>, dio paso a una línea ininterrumpida de trabajos que aceptaron en primer lugar el tratamiento diferencial de los acuerdos y prácticas concertadas entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo, respecto a las sociedades independientes, acuñando el llamado «privilegio del grupo».

<sup>509</sup> Opiniones en tal sentido fueron sustentadas en los años cincuenta por ULMER, E. «Rechtsgutachten über Forderungen von Konzernen auf erhöhte Rabatte bei Zeitungsanzeigen», en «Archiv für Presserecht, 1957, págs. 1 y ss. (3), o ZEITLER, G. «Der Konzernrabatt» WuW 1959, págs. 621 y ss. (635). Ver también BARTHOLOMEYCIK, H. «Rechtsfragen des Konzernrabatts bei der Werbung» en «Recht im Wandel» Festschrift für Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlín, Bonn, München (Carl Heymanns), 1965, págs. 307 y ss.

<sup>510</sup> NEUMANN, E. «Ansprüche auf Konzernrabatte und Kartellrecht» en WuW 1957, págs. 562 y ss.

Privilegio cuyo ámbito de aplicación ha sido progresivamente extendido por la doctrina, seguida por la práctica administrativa de la Bundeskartellamt, aunque no por las decisiones de los Tribunales.

La posición favorable a la aplicación de este privilegio surgió en la discusión respecto a la solución mas adecuada a los problemas de defensa de la competencia planteados por los procesos de concentración, y entre ellos el de toma de control o estipulación de un contrato de empresa generador de un «Konzern», en una economía en la que ya en 1953, el 80% del capital social acumulado de las sociedades alemanas estaba repartido en sociedades vinculadas a un «Konzern»<sup>511</sup>, y que continuaba incrementando su proceso de concentración<sup>512</sup>.

En ese marco de discusión, parcialmente distorsionado, en el que se tomaban mas en cuenta las modificaciones estructurales que generaban concentraciones que las concertaciones entre empresas, y en ese tipo concreto de realidad económica y social altamente favorable a la concentración y cooperación entre empresas, mas que a la competencia entre ellas, es en el que se postula la inaplicabilidad de la prohibición del §1 GWB a los acuerdos entre sociedades del grupo, bien porque se les niega el carácter de empresa a los efectos de sus acuerdos internos, en base a argumentaciones de marcado tinte jurídico y no económico, como el hecho de que el «Konzern» constituiría una sociedad civil de la que las sociedades miembros serían los socios y que por tanto los acuerdos entre ellas serían acuerdos en el interior de una empresa y no entre empresas<sup>513</sup>, bien como consecuencia de la previa declaración de inaplicabilidad de la prohibición

<sup>511</sup> MULERT, T. «Die Wettbewerbsbeschränkung...», ob. cit., pág. 9.

<sup>512</sup> ULMER, P. «Wettbewerbsbeschränkende 'Absprachen' im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen. Rechtsvergleichende Untersuchung zur 'intra-enterprise-conspiracy-doctrine', WuW 1960, págs. 163 y ss. (págs. 172 y ss.). MÖHRING, P. «Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht», GRUR, 1966, págs. 645 y ss. (648).

<sup>513</sup> HARMS, W. «Konzerne im Recht...», ob. cit., pág. 158.

contenida en el § 1 GWB a las fusiones entre empresas vinculadas.

Este último argumento se basaba en la existencia de reglas específicas de control de concentraciones en los § 22 y 23 GWB que establecían la legitimidad del Konzern y de la dirección unitaria de la que traían causa los acuerdos internos de tipo horizontal —los de tipo vertical quedaban excluidos de la aplicación del privilegio por sus efectos en el mercado— de los que se postulaba su legitimidad en aplicación del principio de unidad del ordenamiento<sup>514</sup>.

La primera de estas ideas dio origen al privilegio de concentración, en tanto la segunda llevó a los investigadores a tratar de determinar si el privilegio del grupo actuaba en todos los casos en que existía dirección unitaria, o solo en aquellos en los que tal dirección estaba legitimada por un precepto legal específico.

Algunas de las primeras construcciones doctrinales alemanas, trataron de resolver la cuestión acudiendo al concepto de empresa. Se negaba la consideración de empresa a las sociedades integradas en el Konzern<sup>515</sup>, a los efectos de la aplicación del §1 GWB, respecto a los acuerdos existentes entre ellas, aunque se les reconocía la condición de empresas en cuanto formara parte del acuerdo otra sociedad no integrada en él.

Estas concepciones consideradas minoritarias ya a finales de los años ochenta<sup>516</sup>, tenían el grave defecto de forzar a

<sup>514</sup> MULERT, T. «Die Wettbewerbsbeschränkung...», ob. cit., pág. 103.

<sup>515</sup> Ver en especial HARMS, W. «Konzerne...», ob. cit., págs. 151 y ss. La construcción partía de la idea sustentada por el autor, y hoy en día abandonada, de que el Konzern era una sociedad civil, en la que las diferentes sociedades miembros eran sus socios, con lo que para él el acuerdo entre sociedades del Konzern, no es un acuerdo entre empresas sino un acuerdo dentro de una empresa, y siguiendo su argumentación, dentro de una misma sociedad.

<sup>516</sup> SCHROEDER, D. «Die Anwendung des Kartellverbotes auf verbundene Unternehmen», WuW 1988, págs. 274 y ss. (276).

trabajar con un concepto escindido de empresa, distinto según analizáramos las relaciones internas o externas de la filial, lo que al final generaba serios problemas al tratar de delimitar una naturaleza y características relevantes respecto al concepto de empresa relevante.

Además chocan, hoy en día, con la evolución de la jurisprudencia americana y sobre todo comunitaria, tras las sentencias *Viho*<sup>517</sup>, que han rechazado la distinción entre acuerdos en el seno del grupo y acuerdos con efectos externos como criterio de aplicación del privilegio del grupo<sup>518</sup>.

Esta aplicación del privilegio del grupo a todo tipo de grupo por subordinación o por coordinación en el que existiera dirección unitaria, independientemente del tipo de sociedad del que se trate, dada la neutralidad desde la perspectiva del derecho de la competencia del tipo social, con exclusión de los casos de mera dependencia fue también defendida en algunas tesis doctorales de los años sesenta y setenta<sup>519</sup>, si bien existieron en la misma época otros autores que propugnaron tesis intermedias<sup>520</sup>.

El siguiente paso en la evolución doctrinal alemana, viene marcado por el análisis conjunto del derecho de la competencia

<sup>517</sup> STPI de 12 de enero de 1995, dictada en el caso *Viho Europe BV* contra Comisión y STJ de 24 de octubre de 1996, Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las comunidades europeas, n.º 28/96, págs. 30 y ss.

<sup>518</sup> La opinión mayoritaria, acepta, en cambio, el carácter de empresa de las filiales tanto cuando realizan acuerdos internos como con efectos externos. En este sentido ver SCHROEDER, D. «Die Anwendung...», ob. cit., pág. 275, en cuya nota 14 recoge un listado de los principales sustentadores de las tesis mayoritarias.

<sup>519</sup> SCHOLZ, H. «Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkung», Diss. Köln, 1960 (págs. 84 y ss.); GRANDPIERRE, W. «Wettbewerbsbeschränkungen zwischen verbundenen Unternehmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», Diss. Marburg, 1972 (págs. 82 y ss.); LANGER, L. «Der Begriff Unternehmen im GWB», Diss. Berlin, 1978 (págs. 40 y ss.).

<sup>520</sup> GANDENBERGER, O. «Was ist ein Unternehmen» Heidelberg, 1963 (págs. 115 y ss.); FUNCK, G. «Konzerneinheit...», ob. cit., págs. 82 y ss.

y del derecho de sociedades alemán, con el fin de determinar a que clases de «Konzern» les será aplicable el privilegio del grupo y en que medida. Obsérvese que este procedimiento que se fija esencialmente en cuestiones jurídicas, es radicalmente opuesto al norteamericano que fundamenta en argumentos económicos la construcción de criterios estructurales.

La idea de que se parte, en Alemania, es que las realidades que se designan bajo el término «Konzern» son tan variadas, que no es posible dar una respuesta única desde la perspectiva del derecho de la competencia a la cuestión de la aplicación del privilegio del grupo a los mismos.

En principio se niega la aplicación del privilegio del grupo a cualquier otro caso distinto del de los acuerdos entre entidades pertenecientes a un mismo grupo contractual por subordinación fundado mediante un contrato de empresa<sup>521</sup>. En los demás casos se afirma que los miembros del «Konzern», tienen independencia económica<sup>522</sup>.

En aquellos casos, se afirmaba, dado que la sociedad dominante está legitimada jurídicamente para dictar instrucciones a la dominada que su órgano de administración está obligado a aceptar y ejecutar, la dominante no persigue un interés propio, existiendo una completa identidad de interés entre matriz y filial. Hay que tener en cuenta, además, que aunque el § 291 AktG no exija la participación de la dominante en el capital de la dominada para que pueda estipularse un contrato de empresa, lo bien cierto es que en la práctica alemana, la casi totalidad de las sociedades dominadas que aceptan este tipo de contrato, están participadas de forma mayoritaria, y generalmente totalitaria, esto es al 100%, por la sociedad dominante.

Es más, en base a la legitimación jurídica de la dominante, se afirma, que aunque ésta no imparta instrucciones no cabrá considerar que pueda aplicarse la prohibición a los acuerdos o

<sup>521</sup> KLIPPERT, V. «Die wettbewerbsrechtliche...», ob. cit., págs. 125 y s.

<sup>522</sup> KLIPPERT, V. «Die wettbewerbsrechtliche...», ob. cit., pág. 147.

prácticas concertadas entre dominante y dominada en cuanto, ésta viene como mínimo obligada a no actuar contra los intereses de la dominante. Por el contrario al no existir un poder legitimado jurídicamente de impartir instrucciones obligatorias para la filial en el caso de los «faktische Konzerne», o de entidad meramente dependiente, no cabrá, por tanto, considerar aplicable el privilegio del grupo a éstos.

Estas reglas: aplicabilidad del privilegio en el caso de «Konzern» contractual e inaplicación del privilegio en el caso de «Konzern» de hecho se consideraban igualmente aplicables a las entidades pertenecientes a un mismo «Gleichordnungskonzern» o grupo por coordinación<sup>523</sup>. En cuanto a los acuerdos o prácticas concertadas entre sociedades hermanas, se afirmaba, manteniendo la opinión expresada por un sector de la doctrina en los años sesenta<sup>524</sup>, que aun en el caso de grupos contractuales es posible la aplicación de las prohibiciones de los §§ 1 y 25 GWB.

La doctrina alemana continuó extendiendo el ámbito de aplicación del privilegio del grupo, desplazando su fundamento del reconocimiento jurídico de la existencia de un derecho a impartir instrucciones a la filial que podrían incluso ocasionarle daños o pérdidas patrimoniales, a la mera existencia de un derecho legítimo a impartir instrucciones al órgano de administración de la dominada, sin atender a la existencia de socios minoritarios.

Utilizando el mismo mecanismo de análisis conjunto del derecho de la competencia y el de sociedades, haciendo abstracción de las distintas finalidades perseguidas por las normas de uno y otro tipo, y de los efectos que sobre la competencia tienen las soluciones propugnadas se sustentó la aplicación del privilegio del grupo no solo a los «Konzern» contractuales regulados

<sup>523</sup> KLIPPERT, V. «Die wettbewerbsrechtliche...», ob. cit., págs. 147 y 149.

<sup>524</sup> MIETIHE, J. «Der Konzern und das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen», Diss. Kiel, 1964 (págs. 68 y ss.).

en la AktG, sino también a los casos de filiales sociedades de responsabilidad limitada (GmbH) en los que la dominante fuera titular del 100% del capital, de la mayoría del mismo, de la minoría del mismo, siempre que mediante sindicatos de voto, o como consecuencia del abstencionismo de los restantes socios permitiera al titular de la participación de control impartir instrucciones al órgano de administración de la sociedad.

Esta extensión del ámbito de aplicación del privilegio del grupo tuvo lugar igualmente respecto a los acuerdos entre filiales de una misma matriz, y de forma dubitativa a los casos de «Konzern» de hecho regulados en la AktG, en cuanto el accionista de la sociedad anónima o de la comanditaria por acciones no está legitimado para impartir instrucciones directamente al órgano de administración o «Vorstand», si bien puede hacer sentir su influencia de forma mediata a través de su participación en el «Aufsichtsrat» o consejo de vigilancia. A dicha aplicación se oponía también, desde la perspectiva de los propios creadores de esta línea de pensamiento, el hecho de que el § 76.1 AktG imponía al órgano de administración de las sociedades por acciones el deber de actuar bajo su propia responsabilidad<sup>525</sup>.

Obsérvese como mediante la utilización conjunta e inmatizada del derecho de sociedades y del derecho de la competencia, se llega a algunas conclusiones de dudosa validez, como la que niega la neutralidad del tipo social desde la perspectiva del derecho de la competencia, principio que a nuestro juicio debe estar fuera de toda duda. Esto es, a los efectos del derecho de la competencia es indiferente la estructura jurídica que reviste a la empresa. Lo relevante es la existencia de ésta como centro autónomo de decisiones. De hecho desde la perspectiva del derecho de la competencia debe ser indiferente que exista o no legitimación para impartir instrucciones, lo relevante es si

<sup>525</sup> SCHROEDER, D. «Die Anwendung...», ob. cit., pág. 280.

efectivamente se han impartido y cumplido, o si se está en condiciones de impartirlas y de que se cumplan.

La discusión doctrinal en Alemania, hoy en día, parte de un lugar común aceptado por todos los autores, la inconveniencia tanto de una aplicación de la prohibición de los §§ 1 y 25 GWB a los acuerdos o prácticas concertadas, que no tenga en cuenta las peculiaridades propias de los Konzern, como de una inaplicación total de la prohibición por el mero hecho de la pertenencia al mismo<sup>526</sup>. La que podríamos llamar doctrina dominante queda reflejada en los más recientes comentarios a la GWB<sup>527</sup> y en los tratados de derecho económico<sup>528</sup>.

Junto a ello se pone de relieve la complejidad de la cuestión<sup>529</sup> y la falta de una solución definitiva o pacífica al respecto<sup>530</sup>. La complejidad de la cuestión se ve incrementada, a juicio de esta doctrina, por el hecho de que no exista una noción de «Konzern» en la GWB, ya que aunque el término «Konzern» está definido legalmente en otros sectores del Derecho, como el derecho societario —§ 15 y ss. y 291 y ss. AktG— ello no implica necesariamente, a juicio de la doctrina alemana dominante que modestamente compartimos, que tales definiciones sean un punto de partida válido respecto al Derecho de la competencia<sup>531</sup>.

<sup>526</sup> En este sentido POTRAFKE, C. «Kartellrechtswidrigkeit...» ob. cit., pág. 103.

<sup>527</sup> MÜLLER, H. - GIESSLER, P. - SCHOLZ, U. «Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», Frankfurt, 1981, 4.ª ed. (§1 Rn. 38a, 40-42), MÜLLER-URI, R. «Kartellrecht (GWB): mit Anhang: Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft», Köln, 1989 (Rn 46).

<sup>528</sup> FIKENTSCHER, W. «Wirtschaftsrecht», München, 1983 (vol. II, págs. 253 y ss.); RINCK, G. - SCHWARCK, E. «Wirtschaftsrecht», 6.ª ed., Köln, 1986.

<sup>529</sup> BUNTE, J. en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 160.

<sup>530</sup> IMMENGA, U. en IMMENGA, U. - MESTMÄCKER, E. J. «Gesetz...», ob. cit., pág. 113.

<sup>531</sup> BUNTE, J. en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 160, siguiendo a HARMS, W. «Konzerne im...», ob. cit., págs. 166 y ss.

La doctrina mayoritaria descarta la posibilidad de una infracción del § 1, por acuerdos entre empresas miembros de un «Konzern» contractual, cuando del contenido del contrato de empresa se desprenda una comprobable y segura posibilidad de impartir instrucciones por parte de la dominante a la dominada como sucede a tenor de lo dispuesto en los §§ 308 y 323 AktG, independientemente de que las concretas instrucciones lleguen o no a impartirse, fundando tal exclusión en la posibilidad que tiene la dominante, en todo momento, de imponer su criterio a la dominada, a través de instrucciones de obligado cumplimiento para ella, lo conlleva, a juicio de esta doctrina, la irrelevancia de la efectiva competencia que pueda existir entre las entidades pertenecientes al grupo<sup>532</sup>.

Obsérvese que de esta forma, como pudimos ver igualmente en el al analizar los criterios funcionales, se dota de efectos «sanadores» desde la perspectiva de la defensa de la competencia a la mera voluntad social o de grupo. Esto es, a través de esta línea argumental se afirma que el hecho de que un grupo contractual elija realizar una política comercial descentralizada que conlleve la máxima autonomía de las filiales que solo deban de responder de sus resultados a final de año es irrelevante desde la perspectiva de defensa de la competencia, en cuanto que el derecho de sociedades y concretamente el derecho de grupos legitima al titular del poder de dirección del grupo a eliminar tal descentralización en cualquier momento.

Modestamente discrepo. El hecho de que el titular del poder de dirección esté autorizado por el derecho societario de grupos a realizar un acto, y que por tanto este sea lícito desde la perspectiva de ese derecho, no implica necesariamente que el mismo acto deba ser lícito desde la perspectiva de otras ramas del ordenamiento, sin que a ello obste la unidad del ordenamiento jurídico.

<sup>532</sup> BUNTE, J. en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 160.

Así por ejemplo el acto de venta de un bien inmueble de una filial a otra será un acto para el cual estarán legitimados los órganos de administración de las dos filiales y sobre el que normalmente estará legitimado para impartir instrucciones el titular del poder de dirección de un «Konzern» contractual. Sin embargo si tal transacción implica el fraude al fisco de uno de los Estados en el que se encuentra constituida una de las filiales, por ejemplo la transmitente, dado el precio anormalmente bajo de la operación, este acto lícito desde la perspectiva del derecho societario de grupos, puesto que el titular del poder de dirección del grupo en los «Konzern» contractuales puede impartir instrucciones que conlleven un daño patrimonial a las entidades miembros del grupo, es sin embargo ilícito desde la perspectiva del derecho fiscal.

En el mismo sentido el acto lícito de pasar de un modelo descentralizado de gestión con competencia entre las filiales a un modelo centralizado, no está justificado desde la perspectiva del derecho de la competencia, por su mera licitud desde la perspectiva del derecho societario.

Esto no implica que necesariamente sea ilícito, sino que debe ser susceptible de ser valorado por el órgano administrativo de defensa de la competencia y en su caso por el órgano jurisdiccional que revise las decisiones de aquél, atendiendo a la competencia que se crea y se destruye, desde la perspectiva del mantenimiento de una competencia eficaz en el mercado, finalidad última de las normas de defensa de la competencia.

En este punto podrá argumentarse, como vimos se hacía en el ámbito norteamericano ante una disyuntiva similar, que de esta forma se prima la centralización de los grupos, ante los riesgos que supone el paso de una política descentralizada a otra mas centralizada. A nuestro juicio este no es un argumento definitivo por dos razones. La primera porque los grupos, como constantemente repiten quienes defienden esta objeción en otra sede, no se crean normalmente en atención a las normas de defensa de la competencia, sino a economías procedentes de la estructura económica, de la acción comercial y financiera com-

plementaria, de tipo fiscal u otros distintos de la restricción de la competencia. Consecuentemente, y el comportamiento de las empresas norteamericanas durante la aplicación de la «intraenterprise conspiracy doctrine» en Norteamérica así lo demuestra, los grupos raramente deciden su política de centralización o descentralización atendiendo a razones relativas a las normas de defensa de la competencia, sino mas bien atendiendo a la obtención de los mayores beneficios posibles.

La segunda porque el paso de una estructura de dirección centralizada a otra mas descentralizada puede realizarse sin necesidad de que se produzcan acuerdos entre las entidades pertenecientes al grupo. Si se produce a través de un mecanismo que implica modificaciones estructurales, las normas de control de concentraciones se ocuparán de determinar la licitud o no de la misma. Si en cambio la centralización no conlleva modificaciones estructurales, y a falta de cualquier otro instrumento idóneo deberá juzgarse la cuestión a tenor de lo dispuesto en el § 1 GWB.

Esto nos lleva a la cuestión del posible peor trato de las concertaciones entre empresas del grupo en tránsito de un sistema descentralizado de dirección a otro centralizado —una vez centralizado se actuará en base a instrucciones— que a las concentraciones entre dichas empresas. Esto es indudablemente así. El que deba serlo o no ya es otra cuestión.

A nuestro juicio la razón del tratamiento diferencial de las concentraciones estriba en los beneficios competitivos fuera del ámbito nacional o de la Unión Europea que los poderes públicos esperan de las mismas que compensarían las restricciones de competencia locales o europeas que provocan. Son esas sinergias y ese incremento de la competitividad exterior las que justifican el tratamiento diferencial favorable a las concentraciones. Ahora bien estas sinergias y posibilidades de mejor competencia exterior no se producen en el caso de las concertaciones con lo que no estaría justificado que se les aplicase el mismo tratamiento o uno mas favorable.

También se consideran, de forma mayoritaria, excluidos de la prohibición aquellos acuerdos que son consecuencia exclusiva del vínculo de «Konzern», esto es, cuando las instrucciones se corresponden con el ámbito en el que se ejerce la dirección unitaria por parte de la dirección del «Konzern»<sup>533</sup>. Lo que implica que los actos restrictivos de la competencia que se refieran a materias que no caen dentro del ámbito de la dirección unitaria en el concreto «Konzern», pueden infringir la prohibición del § 1 GWB.

Por el contrario, cuando tan solo existen posibilidades de hecho de que la dirección del grupo pueda influir en la filial, la doctrina mayoritaria se inclina por la no exclusión automática de la prohibición<sup>534</sup>.

Tan solo la más reciente doctrina se ha separado de esta visión mayoritaria, negando que el punto central de la discusión sea que las sociedades partícipes del acuerdo pertenezcan o no a un «Konzern»<sup>535</sup>.

En definitiva el argumento predominante en la doctrina alemana es el siguiente. Cuando hay dirección unitaria según el Derecho de sociedades alemán, hay privilegio del grupo respecto al § 1 GWB, en particular, como consecuencia de un Vertragliches Konzern. De esta forma se crea una vía de excepción del derecho de defensa de la competencia para los grupos alemanes, que pretende hacerse extensiva al ámbito europeo, por la vía de su constitución como grupos contractuales. Queda por probar sin embargo que la premisa de la que se parte, esto es, la correlación de la dirección unitaria, tal y como viene definida en las reglas de derecho societario alemán, y privilegio del grupo tal y como viene siendo aplicada por los tribunales y la práctica administrativa alemana y comunitaria sean conceptos equivalentes. Y, a un más, si en el caso de que no

<sup>533</sup> BUNTE, J. en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 160.

<sup>534</sup> BUNTE, J. en LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar...», ob. cit., pág. 160.

<sup>535</sup> POTRAFKE, C. «Kartellrechtswidrigkeit...» ob. cit., pág. 263.

lo sean en la actualidad, deben serlo en los futuros desarrollos del derecho comunitario.

A nuestro juicio la contestación a esta última pregunta no tiene porqué ser positiva. Las finalidades perseguidas por el derecho de sociedades y el de defensa de la competencia son muy distintas, y en particular las normas de «Konzern» en el ámbito societario procuran institucionalizar un marco normativo que tutele de forma equilibrada los intereses del grupo, de las sociedades que lo componen, de los socios minoritarios de las mismas y de los acreedores de éstas, en tanto el privilegio del grupo en materia de defensa de la competencia tiende a no considerar ilícitas conductas que no se consideran atentatorias a la subsistencia de una competencia eficaz en el mercado. No existe razón alguna, por tanto, por la cual los ámbitos de relevancia de la dirección unitaria reconocida en el ámbito del «Konzern» y el ámbito de aplicación del privilegio del grupo deban coincidir.

#### **4. Recepción del criterio de la dirección unitaria en el ordenamiento comunitario**

El criterio de la dirección unitaria no ha sido recibido en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia comunitario. Las principales razones, a nuestro juicio son dos. La primera y principal la posición decididamente contraria del Tribunal de Justicia a interpretar los preceptos comunitarios a la luz de las diferentes normativas nacionales. La existencia de reglas únicas comunitarias y de un órgano único que unifique su aplicación, hace que se pretenda una interpretación uniforme de dichas reglas en todos los Estados miembros y respecto a casos que procedan de cualquier Estado miembro, independientemente del nivel de uniformidad real de decisiones que en la práctica pueda lograrse, que en ocasiones es muy escaso, dadas las características específicas diversas que presentan los ordenamientos de los estados miembros.

A falta de una normativa comunitaria en materia de grupos<sup>536</sup>, fuera de la regulación fragmentaria contenida en algunas directivas comunitarias en materia de sociedades<sup>537</sup>, que legitime el poder de dirección y defina los casos en que puede considerarse que existe dirección unitaria, la dotación de relevancia en el ámbito comunitario de las normativas societarias nacionales pugnaría con el principio de interpretación uniforme del Derecho comunitario, tal y como ha puesto de manifiesto reiteradamente la jurisprudencia comunitaria.

En segundo lugar, aunque fuera aprobada la IX.<sup>a</sup> Directiva y se creara un Derecho europeo de grupos, cosa que no parece probable en la actualidad dada la paralización de los trabajos sobre la misma, tal incorporación supondría dar eficacia en el ámbito del Derecho de la competencia a normas creadas para tutelar intereses en el ámbito del Derecho de sociedades, y tal y como hemos venido defendiendo a lo largo de este libro esta forma de proceder no parece adecuada en cuanto los intereses tutelados en el Derecho de sociedades son los de la propia sociedad, los de sus socios y los de los acreedores sociales de carácter contractual o extracontractual, en tanto que el interés tutelado por el Derecho de defensa de la competencia son el del mantenimiento de una competencia eficaz en el mercado.

Por tanto, el hecho de que un conjunto de entidades estén sometidas a dirección unitaria de forma legítima y consiguientemente se someta el interés de la sociedad dominada al de la dominante, estableciendo los correspondientes

<sup>536</sup> Hasta el momento la Comisión ha preparado, sin ningún éxito dos proyectos de IX.<sup>a</sup> Directiva en materia de grupos, el primero de 1974 y 1975, que vio la luz dividido en dos partes (documentos XI/328/74 y XII/593/75) y el segundo de 1984 elaborado por la Dirección General de Mercado Interior (III/1639/84). Sobre el primero de ellos ver EMBIDIRUJO, J. M. «Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (séptima y novena directivas)», cit., págs. 73 y ss.

<sup>537</sup> En especial, aunque no únicamente, en la séptima directiva 83/349/CEE, de 13 de junio de 1983 relativa a las cuentas consolidadas.

mecanismos de tutela de los socios minoritarios y de los acreedores sociales de carácter exorbitante respecto a los del derecho común de sociedades, nada dice con respecto a si en los acuerdos entre entidades sometidas a una dirección unitaria única que restringen efectivamente una competencia previamente existente o una competencia potencial inmediata deben considerarse o no prohibidos.

Es la imposibilidad de encontrar en el caso los elementos propios del supuesto de hecho de la prohibición, esto es la pluralidad de partícipes y el acuerdo o práctica concertada, lo que genera su inaplicación, y ello no debería predicarse por el mero hecho de que las entidades pertenecientes al grupo estén sometidas a dirección unitaria, sin perjuicio de que la comprobación de este hecho pueda tener carácter trascendente a la hora de fundar la convicción del aplicador de la norma, órgano administrativo o jurisdiccional, respecto al hecho de que, en el caso, no existe una pluralidad de unidades económicas que gocen de autonomía real en la fijación de su línea de actuación en el mercado.

Es la presunta automaticidad de la exclusión lo que aquí se rechaza y no la relevancia de la pertenencia a un grupo sometido a dirección unitaria legítima, o de la titularidad de la totalidad del capital, o de la obtención de una carta en la que se imparten instrucciones, pueden tener como cuestión de hecho.

##### **5. Recepción del criterio de la dirección unitaria en el ordenamiento nacional**

El Derecho mercantil español<sup>538</sup> carece, como el comunitario de una normativa específica en materia de grupos, sin perjuicio

<sup>538</sup> No sucede con otras ramas del Derecho patrio como el tributario o el laboral que contienen normativas completas en materia de grupos de sociedades, tanto respecto al impuesto de sociedades, como respecto a los comités de grupo.

de que como aquél regule fragmentariamente alguno de los aspectos del mismo<sup>539</sup>.

Al ámbito nacional son por tanto aplicables las reflexiones realizadas en el ámbito comunitario con excepción de las que se refieren a la interpretación de normas comunitarias a la luz de las normas nacionales.

De otra parte la construcción de la dirección unitaria no se encuentra presente en las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia ni en las sentencias de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo relativas a estas cuestiones, que se encuentran mucho más influidas por la doctrina comunitaria en la materia.

Sin embargo en este marco y de forma sorprendente surgió recientemente una iniciativa legislativa que tendía a introducir la doctrina de la dirección unitaria mediante un específico precepto legal en materia de cooperativas.

En efecto tanto el primer<sup>540</sup> como el segundo<sup>541</sup> borrador de anteproyecto de Ley General de Cooperativas, contenían en sus artículos 118 y 75 respectivamente, dedicados a los grupos cooperativos un apartado idéntico, el 8 en el primer caso, y el 6 en el segundo, en virtud del cual se establece que:

«Los indicados Grupos Cooperativos se considerarán como una unidad económica a efectos de la regulación de los acuerdos restrictivos de la competencia».

Párrafo que afortunadamente ha desaparecido en el tercer Anteproyecto de Ley General de Cooperativas<sup>542</sup>, esperemos que de forma definitiva.

<sup>539</sup> Así sucede en múltiples preceptos, desde los que regulan las cuentas consolidadas en los artículos 42 y ss. del Código de comercio se acuerdo con lo establecido en la VII.ª Directiva a los que regulan la cuestión en la ley de sociedades anónimas, en la de sociedades de responsabilidad limitada o en la ley del mercado de valores y normativa complementaria, entre otros.

<sup>540</sup> de 3 de junio de 1997.

<sup>541</sup> de septiembre de 1997.

<sup>542</sup> de 6 de marzo de 1998.

Estos grupos cooperativos a los que el primer y segundo borrador de Anteproyecto se referían eran los definidos en los apartados 1 de los artículos arriba citados que de forma idéntica establecían que:

«Dos o más Cooperativas podrán constituir Grupos Cooperativos mediante la formalización de un contrato por el que se ceda a una Entidad común, que disponga de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, el derecho a emitir instrucciones de obligado cumplimiento y a ejercer, sobre las mismas, facultades de decisión en las áreas que figuren recogidas expresamente en dicho contrato, que podrán alcanzar a las facultades propias de la Asamblea General de cada una de las Cooperativas agrupadas»<sup>543</sup>

No dejaba de resultar sorprendente tanto la ubicación del precepto, en la normativa de cooperativas, como su mera existencia, con vinculación expresa de la dirección unitaria y el privilegio del grupo.

Que la regulación de los grupos contractuales en nuestro Derecho comenzara por la legislación cooperativa en vez de por la legislación de sociedades de capitales no dejaba de plantear serias dudas como opción de política legislativa, dada la mayor elaboración de conceptos existentes en el ámbito de estas últimas, la experiencia de otros ordenamientos en los que precisamente son las sociedades capitalistas y singularmente las sociedades por acciones las que han sido siempre objeto de la primera normativa en materia de grupos, y el hecho de que es el modelo de sociedades capitalistas el que está siendo absorbido por las entidades de economía social y no a la inversa, lo que aconsejaría que este tipo de cambios se introdujeran primeramente en las sociedades capitalistas.

<sup>543</sup> No es este el lugar para realizar un estudio detallado del precepto, que con gusto emprenderíamos, por lo que en el texto nos hemos limitado a remarcar aquellas cuestiones que se refieren directamente al privilegio del grupo.

A la novedad, en nuestro Derecho, de reconocer los grupos contractuales y la legitimidad del poder de dirección de la dominante<sup>544</sup>, se unía la novedad universal de incorporar en un precepto específico que los grupos cooperativos, tal y como son definidos en el precepto se considerarán como una unidad económica a efectos de la regulación de los acuerdos restrictivos de la competencia.

Un precepto legal de tal contenido no existe ni en el Derecho alemán, padre de todos los Derechos de grupo, y supone la supeditación de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a reglas concebidas con finalidades distintas que las de tutelar el mantenimiento de una competencia eficaz en el mercado.

No parecía éste, el camino indicado, tal y como advertimos en alguna intervención pública. Los órganos de defensa de la competencia deben juzgar por sí mismos si efectivamente existe una unidad económica en el caso concreto. Una cosa es que el legislador pueda establecer, como más adelante propugnaremos casos en que pueda presumirse existente una unidad económica entre dos entidades, desplazando la carga de la prueba y facilitando el trabajo a los órganos de defensa de la

<sup>544</sup> Cuyo reconocimiento expreso desaparece en el tercer borrador que ya no contiene referencia alguna en su artículo 78 a la cesión, por parte de las cooperativas pertenecientes al grupo, en favor de la entidad dominante, del «derecho a emitir instrucciones de obligado cumplimiento», al que se referían los dos primeros borradores. La dirección correspondía necesariamente a una entidad dotada de personalidad jurídica, sin que cupiera, por tanto, que el poder de dirección correspondiese a un comité o directorio de grupo sin personalidad jurídica. Por cierto que, el reconocimiento del poder de dirección se realizaba sin mención alguna a instrumentos compensatorios de tutela de la posición jurídica de los socios minoritarios o de los acreedores sociales lo cual no deja de ser extraordinariamente extraño pudiendo causar la impresión en el interprete de que nos encontramos ante una normativa en que se han querido tutelar únicamente los intereses del grupo y aun de la dominante sacrificando los de los socios minoritarios y acreedores, resultado que nos parece absolutamente inadmisibile.

competencia, y otra distinta es que intente establecer verdaderos supuestos de excepción legal al amparo del artículo 2 LDC encuadrados en leyes de carácter jurídico societario.

Pese a nuestra opinión, y la eliminación de dicho párrafo en la última versión del borrador expresada, lo bien cierto es que tal regla podría todavía llegar a convertirse en ley. Es por ello que realizaremos aquí un breve análisis de su posible significado.

En primer lugar hay que destacar que el apartado en cuestión no afirmaba, afortunadamente, de forma expresa que los acuerdos entre entidades pertenecientes a un grupo cooperativo, tal y como viene definido en el precepto no se considerarán contrarios al artículo 1 LDC, sino tan solo que dichos grupos se considerarán como una unidad económica a efectos de la regulación de los acuerdos restrictivos de la competencia. Ello permitiría, en su caso al TDC una mayor flexibilidad, ya que ante un acuerdo que debiera ser prohibido podría actuar introduciendo modificaciones en su doctrina de carácter sustantivo o meramente terminológico, sin que con ello su resolución violara el artículo 2 LDC.

En segundo término conviene igualmente analizar los requisitos que debían darse para que el grupo cooperativo pudiera ser considerado como una unidad económica. Todas las entidades integrantes del grupo, con excepción hecha de aquella a la que se concede el poder de dirección deberán ser cooperativas, lo que excluye que, en virtud de este precepto, pueda considerarse que constituyen una unidad económica una cooperativa y sus filiales sociedades capitalistas. Tan solo la entidad a la que se otorga el poder de dirección podrá ser cooperativa o cualquier otra forma jurídica dotada de personalidad.

Solo podrán considerarse como una unidad económica, de acuerdo con este precepto las cooperativas y entidad titular del poder de dirección que sean parte del contrato de organización formalizado e inscrito en la hoja registral de cada cooperativa, sin que se indique si deberá estar inscrito también en la hoja registral de la entidad titular del poder de dirección cuando esta

no tenga forma cooperativa, solución por la que nos inclinamos dada la identidad de razón, protección de terceros, en ambos casos. Ello planteaba el problema de determinar cuando afectaría el privilegio del grupo a las nuevas cooperativas que en él se integren, si desde el momento en que éstas presten el consentimiento contractual, desde el momento en que el contrato se inscriba en su hoja registral.

En tercer lugar, el contenido del contrato debía incluir necesariamente la cesión a la entidad común del derecho a emitir instrucciones de obligado cumplimiento y de ejercer el poder de decisión respecto a las cooperativas, partes del contrato, de acuerdo con las reglas estatutarias de éstas, sobre las áreas que figuren expresamente reconocidas en el contrato, que podrán alcanzar a las facultades propias de la Asamblea General de cada una de las cooperativas agrupadas.

Ello implica que fuera de las áreas expresamente mencionadas en el acuerdo no cabría considerar subsistente la unidad económica entre las cooperativas y la entidad común, en virtud de este precepto. Para que el mismo, caso de llegar a ser aprobado en sus términos actuales, pudiera ser aplicado será necesario que las áreas respecto de las que se ceda el poder de dirección se refieran a la fijación de la actuación de la cooperativa en el mercado, y que el tipo de actos a los que se refiera el acuerdo presuntamente restrictivo sea incardinable dentro de la descripción de alguna de las áreas que figuren en el contrato.

No era necesario probar, sin embargo, al menos en línea de principio y sin perjuicio de la aplicabilidad de la doctrina del fraude de ley ex art. 6.4 del Código civil, cuando se cumplan sus requisitos, que se ha ejercido el poder de dirección por parte de la entidad común, ya sea respecto al concreto acuerdo, práctica concertada o conscientemente paralela, ya sea respecto a otros actos incluíbles en las misma área de fechas anteriores.

Queda la cuestión de determinar si desde la perspectiva comunitaria tendrá algún valor la declaración de la ley nacional. La contestación es no. Tal y como ha sido puesto de manifiesto en repetidas ocasiones por el Tribunal de Justicia

las restricciones de la competencia contrarias al artículo 85.1 TCEE no pueden ampararse en normas de carácter nacional.

#### IV. EL CONTROL

Mención aparte merece el criterio del ejercicio del control o del poder de control. Un sector importante de las sentencias anteriores a Copperweld pusieron de manifiesto que para evaluar la existencia de una única unidad económica había que tener en cuenta el ejercicio del control por parte de la dominante realizado día a día. Esto es había que observar las relaciones históricas entre las dos entidades y determinar si el acto en cuestión cuyo carácter ilícito se discutía podía incardinarse entre los que de forma continuada habían sido realizados con anterioridad, como consecuencia del ejercicio del control.

Este criterio ha sido criticado por AREEDA<sup>545</sup> quién considera mucho mas relevante la posibilidad de ejercer el control que el hecho de que éste haya sido ejercido en si. El argumento del ilustre profesor puede resumirse en la aserción de que la sociedad sometida a control actúa siempre en interés de la dominante, argumento acogido, como vimos, por un sector importante de la jurisprudencia de mérito posterior a Copperweld para facilitar la aplicación de la regla «per se» que ésta contiene, a los casos de control mayoritario.

Para ello AREEDA<sup>546</sup> parte de que el comportamiento de la dominada, como el de los empleados de la tienda del propietario absentista que cita como ejemplo actuarán siempre en interés y comunicando las cuestiones relevantes a la dominante de la que obtendrá por lo menos una aprobación tácita.

Si usted ha trabajado en un comercio con un propietario absentista no necesitará que le explique que esto no es siempre

<sup>545</sup> AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit., pág. 264.

<sup>546</sup> AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit., pág. 265.

así, aunque debería ser en un mundo racional o utópico. Nuestras reglas en cambio deben de estar hechas para el mundo real, en el que a los propietarios absentistas de los negocios se les ocultan cosas, y en la medida en que no estén atentos a la explotación del negocio pueden descubrir que este languidece o que una parte de los beneficios por él generado no llega a sus arcas.

De otra parte la tendencia general de los seres humanos es a actuar independientemente y obtener su propio beneficio. Esto es así también en el caso de los administradores de las sociedades integradas en el grupo, que pueden esperar de una actuación independiente con éxito mayor reconocimiento y beneficios que de una actuación de mero nuncio.

No, los grupos de sociedades no funcionan con órganos de administración que se dediquen a consultar constantemente con la dominante sus decisiones de actuación en el mercado. El simple control, esto es el poder de influir de modo determinante en las decisiones del órgano de administración de la dominada no puede considerarse, a nuestro juicio, como suficiente para afirmar la existencia de una única unidad económica.

Sin embargo, esta es la doctrina propugnada por la más influyente doctrina norteamericana. En base a la misma propugna que se admita que existe una única unidad económica a los efectos de inaplicar la prohibición contenida en la sección 1 de la Sherman Act, en los supuestos de control totalitario —Copperweld—, sustancial —de minimis—, mayoritario —extensión de Copperweld por existencia de un control común— y minoritario o de hecho.

Para afirmar la relevancia de la existencia de control minoritario o de hecho, se pone de manifiesto que el propio legislador lo toma en consideración en otras normas, como es el caso de las normas de concentraciones y en particular en la aplicación de la sección 7 de la Clayton Act.

Pero como dijimos en la introducción, el término unidad económica no tiene por qué tener el mismo significado según sea la finalidad con que se use. Por ejemplo, no creemos que el

profesor AREEDA hubiera defendido la imputación de los actos de la dominada a la dominante por la simple constatación de la existencia de un poder de control de hecho.

De la misma manera no consideramos adecuado basar la argumentación de la relevancia del control de hecho, en este caso, sobre la base de su relevancia para otros fines.

Tampoco parece convincente el argumento de AREEDA<sup>547</sup> según el cual las concentraciones serían desalentadas si se exigiese a los que se concentran y tras la concentración subsisten como unidades económicas independientes, no concertarse con el objeto o efecto de restringir la competencia.

El argumento que hemos reformulado aquí con otros términos, que los del ilustre autor, pero con el mismo significado, y que ya hemos criticado anteriormente, cae por su propio peso, a la luz de la jurisprudencia norteamericana, que como vimos ha considerado siempre compatibles, el test de legalidad de las secciones 1 y de la Sherman y Clayton Act, y de la experiencia empírica, ya que en pleno vigor del doble control, se produjo la mayor proliferación de operaciones concentrativas, concretamente de Ofertas Públicas de Adquisición conocida en la historia de América.

De otra parte tal argumento presupone que los únicos fines de una operación de concentración son de carácter antitrust, cuando como nos enseña nuestra mejor doctrina y entre ella el propio AREEDA las finalidades de una concentración, en muchos casos, nada tienen que ver con las normas antitrust, independientemente que puedan producir efectos antitrust.

Frente a esta doctrina cabe argüir por último, que Copperweld o la relevancia jurídica de la unidad económica tenían y tienen como finalidad eliminar las injusticias producidas por el tratamiento de una única unidad económica como si fueran partes distintas en una concertación.

<sup>547</sup> «Antitrust Law», ob. cit., pág. 269.

El mismo resultado injusto se produciría si incorporáramos criterios legales para determinar cuando existe una única unidad económica que produjeran el efecto de que dos unidades económicas independientes fueran tratadas como incapaces de concertarse.

Es claro que los perjudicados en uno y otro caso son distintos. En el primero, las empresas que constituyendo una única unidad económica se estructuran en forma de grupo. En el segundo los restantes competidores que no están organizados como grupo, los propios consumidores y los ciudadanos en general que pueden ver como normas creadas con la finalidad de controlar el poder económico son inaplicadas precisamente a los máximos detentadores del mismo.

La simplicidad del test propuesto por AREEDA, que es su mayor ventaja, no debe hacernos olvidar que la función de tales test es ayudar al juzgador a calificar la realidad de forma que se cumplan los fines tutelados por la norma.

Cuando el test, pese a su simplicidad deja de cumplir esta función, carece de sentido alegar que es de fácil aplicación. Argumentar su simplicidad como ventaja, en el caso de que el test dé resultados incorrectos, equivale a hacer apología del error.

La doctrina no se predica de forma tan radical respecto a las presuntas concertaciones entre entidades dominadas por una única persona o entidad en las que ésta no participe, pese a que se pone de manifiesto que las concertaciones «horizontales» entre filiales a menudo implican un mandato de la dominante común de actuar de forma concertada<sup>548</sup>.

Como hemos dicho un sector de las sentencias de los tribunales inferiores norteamericanos siguieron las tesis de AREEDA y aceptaron que el criterio relevante para la aplicación del privilegio del grupo era la existencia de control. Puesto que quien

tenía el control, aunque no lo ejerciera, podía modificar la conducta del controlado, para que este obrara de acuerdo con su interés, había que concluir que en estos casos no existía una pluralidad de competidores.

Aunque de forma aislada la doctrina fue aplicada en un primer momento a casos de control cualificado, en los que la participación de la controlante era superior al 80%, aunque no podían ampararse bajo la regla de minimis. En su formulación más radical el Tribunal de distrito N.D. California en su sentencia en el caso *Bell Atlantic v. Hitachi Data Systems*<sup>549</sup>, estableció que una sociedad dominante que indirectamente — a través de una filial participada al 100%— controlaba mayoritariamente —con un 80% de participación— una sociedad dominada no podía conspirar con ella, alegando que *Copperweld* debía aplicarse en estos casos, sin necesidad de analizar los hechos de los mismos, en cuanto ambas entidades comparten necesariamente una unidad de interés y una común conciencia social porque trabajan con el mismo objetivo.

En la misma línea una única sentencia ha extendido la aplicación de *Copperweld*, con los mismos fundamentos a casos de control a través de una participación del 51%<sup>550</sup>.

Esta línea de jurisprudencia menor rompe completamente con el fundamento tradicional de *Copperweld*, basado en la identidad de propiedad, control e interés, concebida esta última como consecuencia ineluctable de la primera en un ordenamiento en que la identificación del interés social se realiza siguiendo doctrinas contractualistas.

Lo único relevante aquí es la identidad de control «legal» y como de ella ya no se puede derivar la identidad de interés, dada la existencia de accionistas minoritarios en la dominada, se centra la atención en la existencia de un propósito común.

<sup>548</sup> AREEDA, P. «Antitrust Law», ob. cit., pág. 266, nota 38.

<sup>549</sup> 849 F. Supp. 702, 706 (N. D. Cal. 1994).

<sup>550</sup> *Novatel Communications v. Cellular Telephone Supply*. cit. 62,173.

Esta doctrina que ha causado impacto en algunas autoridades de defensa de la competencia europeas como la alemana, implica una total desvinculación de la aplicación del privilegio del grupo respecto a la falta de autonomía real de las entidades partícipes del acuerdo a la hora de fijar su línea de actuación en el mercado. Obviamente existen muchos supuestos de entidades controladas que fijan de forma autónoma su línea de actuación en el mercado en sectores en los que su controlante u otras entidades controladas por la misma actúan.

Si en los modernos grupos descentralizados las diversas entidades integrantes son consideradas como unidades de provecho autónomas, esto sucede de forma mucho más acusada en los casos en los que no existe dirección unitaria. De otra parte este criterio elimina cualquier vinculación entre el poder efectivo de control y su legitimidad. Esto no exige como en el caso del criterio de dirección unitaria que el ordenamiento societario correspondiente legitime el poder de dirección, lo cual supone una, a nuestro juicio, correcta desvinculación del Derecho de la competencia respecto al Derecho de sociedades.

De otra parte esta línea de pensamiento no ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias ni por los Tribunales norteamericanos<sup>551</sup>, ni por la Comisión que han negado reiteradamente la posibilidad de aplicar Copperweld los primeros o considerar existente una unidad económica la segunda en los casos de simple control minoritario.

Los Tribunales norteamericanos han fundado su discurso, en este sentido, en que los administradores de la dominada tenían el «deber legal de considerar por encima de todo los principios e intereses de la sociedad y de todos los socios de la sociedad»<sup>552</sup>, y no solo de la sociedad de control por lo que los intereses de ambas sociedades podían no ser coincidentes,

<sup>551</sup> Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co. cit. 62,567. Afirmando que en estos casos se debía acudir a un análisis de los hechos del caso

<sup>552</sup> Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co. cit. 62,568.

independientemente de que dado el reparto del capital social fuera extremadamente difícil que los administradores fueran controlados por otros socios distintos de los de control. Pero dicho deber legal existe igualmente en los casos en que la participación de control es superior al 51% e incluso al 80%, con lo que nos encontramos ante dos tipos de soluciones claramente confrontadas o si se prefiere se da primacía a una o a otra en virtud del nivel de participación del que derive el control.

En los casos en que no se aplica el criterio del control se promueve examinar las relaciones entre ambas sociedades atendiendo a los particulares hechos del caso<sup>553</sup>.

Si han existido, en cambio, aplicaciones aisladas del privilegio del grupo en base a la existencia de mero control sin participación, esto es de situaciones de control externo derivadas de la estipulación de un contrato bilateral, de franquicia o de «leveraged buy out» y de las peculiares circunstancias que existían en el caso.

No las ha habido, en ningún caso, por la mera existencia de control conjunto.

## V. REVISIÓN GENERAL DE LOS CRITERIOS ESTRUCTURALES

Los tres criterios estructurales a los que nos hemos referido tratan de facilitar y extender la aplicación del privilegio del grupo. Con fundamentos distintos procuran de evitar la complejidad que representa el análisis funcional y de dotar de mayor seguridad jurídica a los operadores económicos.

Sin embargo los tres permiten que en base a ellos se llegue a aplicar el privilegio del grupo a acuerdos restrictivos entre unidades económicas que gozan de una autonomía real, esto es

<sup>553</sup> Las Vegas Sun Inc. cit. 617.

que son capaces de fijar de forma autónoma su línea de actuación en el mercado.

Por tanto estos criterios no pueden tener carácter absoluto. Esto es no se puede predicar de ellos el carácter de regla «per se» como ha sucedido con Copperweld en el ordenamiento norteamericano. Considerarlos hechos que fundamentan una presunción de que existe una única unidad económica y que acarreará la aplicación del privilegio del grupo, salvo que la presunción se desvirtúe mediante la correspondiente prueba, tal y como solicitaba el gobierno norteamericano en el caso Copperweld, parece mucho más acertado. Es por tanto el carácter de presunción *iuris tantum* el que propugnamos para los criterios estructurales.

De otra parte y en el estado actual de la legislación nacional y comunitaria, no parece que pueda aplicarse en ambos ordenamientos el criterio estructural de la dirección unitaria. La falta de reconocimiento de la legitimidad del poder de dirección y de la obligación de la sociedad dominada de seguir las instrucciones de la dominante lo impiden.

Además, y aunque se argumentara que el reconocimiento legal de los grupos supone de alguna manera el del poder de dirección, lo bien cierto es que a falta de una división entre los distintos tipos de grupo en nuestro Derecho, no parece que deba extenderse a todos ellos el privilegio del grupo. Si así actuáramos estaríamos excediendo, con mucho, la aplicación que del privilegio del grupo propugna la doctrina mayoritaria alemana, y desde luego la aceptada por la jurisprudencia menor de dicho país.

En el caso de que se realizara una modificación legislativa en profundidad de nuestro Derecho societario que incluyera la regulación con carácter sistemático de los grupos de sociedades especificando en que casos la dominante, amparada en el interés del grupo, podría impartir instrucciones lesivas al interés de la dominada y ésta vendría obligada a cumplirlas, cabría revisar la anterior opinión y posibilitar un grupo de presunciones basados en la dirección unitaria.

Eliminado dicho criterio estructural quedan dos. La unidad de propiedad e interés y el control. La unidad de propiedad e interés es a nuestro juicio un criterio extremadamente seguro para fundar una presunción de existencia de una única unidad económica. Es por ello por lo que nos declaramos partidarios de aplicarla en todos los casos en que pueda ser identificada. Esto es tanto cuando el acuerdo o práctica concertada se produce entre una dominante y su filial de la que la primera es directamente titular del 100% del capital, como en los casos en que controla el 100% del capital de la misma indirectamente o de forma mixta, a través, total o parcialmente, de participaciones de las que son titulares otras sociedades de las que la dominante es titular del 100% del capital.

Cuando el acuerdo se estipule o la práctica se realiza entre filiales al 100% de una misma dominante, sin que ésta tome parte, o entre sociedades gemelas que tienen la misma base personal que participa en ambas sociedades en idénticas proporciones.

La presunción debe ser extendida a nuestro juicio a otros muchos casos en virtud de la regla de *minimis*. En primer lugar a los acuerdos entre una dominante y su filial controlada indirectamente o de forma mixta al 100%, cuando alguna de las sociedades titular de alguna de las partes del capital de la dominada no esté controlada directa o indirectamente al 100% por la dominante.

En segundo lugar a todos los casos de identidad de propiedad e interés citados arriba en que la diferencia sea mínima, inclusive los de sociedades gemelas. En estos casos las diferencias de titularidad en el capital obedecen normalmente a pactos de carácter laboral, por ejemplo concesión de participaciones en el capital a los directivos, del todo punto irrelevantes desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

Sin embargo a partir de este nivel creo que debe concluir la virtualidad de la presunción. La sociedad que realiza un acuerdo con otra de la que es titular de una participación de control cualificada, esto es, superior al 80% del capital, o mayoritaria,

esto es superior al 50%, tiene derecho a nuestro juicio, a que el Tribunal de Defensa de la Competencia o la Comisión tome este dato como un sólido indicio de la posible existencia de una única unidad económica entre ambas sociedades, pero no a que se establezca una presunción a su favor que le libere de la prueba, por otra parte sencilla para él, de que las entidades no gozan de autonomía real en la fijación de su línea de actuación en el mercado respecto a la dirección del grupo.

Denunciada su conducta o perseguida de oficio no bastará por tanto con que alegue el control que ostenta respecto a las otras sociedades participantes en el acuerdo o que realicen la práctica concertada para que se archive o sobresease el expediente, sino que será necesario que se lleve a cabo actividad probatoria respecto a la autonomía real de las sociedades participantes en el acuerdo.

Fuera de estos límites la aplicación de criterios estructurales nos parece exorbitante.

## CAPÍTULO V

### PRIVILEGIO DEL GRUPO Y APLICACIÓN CONJUNTA DE LOS CRITERIOS FUNCIONALES Y ESTRUCTURALES

---

#### I. ANÁLISIS CONJUNTO DE LA APLICACIÓN DEL PRIVILEGIO DEL GRUPO

Tal y como hemos visto en los capítulos anteriores la cuestión del privilegio del grupo se ha planteado en todos los ordenamientos de defensa de la competencia que hemos analizado independientemente de la estructura formal de la norma prohibitiva de acuerdos restrictivos o prácticas concertadas de cada uno de ellos.

El tránsito de la persona física o jurídica a la unidad económica que fija de forma autónoma su línea de actuación en el mercado como destinatario de las normas de defensa de la competencia y en particular de la antedicha prohibición se ha producido tanto en aquellos ordenamientos que prohíben los acuerdos entre «personas» o «sociedades», como el americano, como aquellos que se refieren a las «empresas», como el de la Unión Europea o el alemán, como los que redactan la prohibición de forma impersonal, como el español.

En todos los ordenamientos se ha sentido la necesidad de establecer reglas de tratamiento especiales para algunos casos de acuerdos entre entidades pertenecientes a un mismo grupo, respecto a las que se aplicarían en los restantes casos.

La justificación de estas reglas ha dependido, en cada caso, de la tradición jurídica propia de cada ordenamiento.

El método casuístico americano es propio de los países de la common law, y consecuencia del mismo fueron tanto los diferentes criterios o tests funcionales como la extensión de la regla

Copperweld a casos no previstos en sus hechos. La extracción de un grupo de casos del análisis bajo la «rule of reason» y su prohibición o autorización «per se» forma parte igualmente del arsenal típico del Derecho «antitrust» americano. En cambio en Alemania la recepción de dichos criterios llevó a la búsqueda de un principio único informador, que como consecuencia de la «Kartelfreundlichkeit» alemana y de la regulación societaria de los «Konzern» se encontró en la dirección unitaria.

En el ámbito de la Unión Europea, la existencia de un ordenamiento fragmentario, carente de una regulación completa de los grupos de sociedades, la tendencia a aplicar las reglas de la competencia utilizando parámetros económicos más que tomando en cuenta su ubicación conceptual, el rechazo a interpretar las normas comunitarias a la luz de las disposiciones nacionales, así como la constante vinculación del privilegio del grupo con la corresponsabilidad de la dominante, utilizada esencialmente como sistema de aplicación extraterritorial del Derecho de defensa de la competencia comunitario, son las razones que generan la jurisprudencia sobre la unidad económica y sus requisitos, fundada en la aceptación de algunos de los criterios funcionales desarrollados por la jurisprudencia norteamericana, como la existencia de una competencia previa susceptible de ser restringida, la existencia de una única unidad económica, o los efectos internos de las restricciones.

En el caso español, la visión del Derecho comunitario de la competencia como «regla de verdad» llevó a la importación de las doctrinas comunitarias respecto al privilegio del grupo, esto es, de aquellas americanas relativas a los criterios funcionales que habían sido aceptadas por la jurisprudencia comunitaria, que presentan, sin embargo, algunas peculiaridades. De otra parte la escasa jurisprudencia menor al respecto, muy influida por la práctica del TDC, no deja traslucir cual será su posición definitiva ante la aplicación amplia del privilegio del grupo patrocinada por este órgano administrativo.

En todos los sistemas, las autoridades de defensa de la competencia, los operadores económicos, y aun los propios

jueces, fueron conscientes de la complejidad que entrañaba la aplicación de los criterios funcionales, de su oscuridad, de la relativa inseguridad provocada por su gran número y falta de jerarquización.

Es por ello que de acuerdo con su propia tradición jurídica y visión político económica del problema tendieron a introducir nuevos criterios que facilitaran la aplicación del privilegio del grupo.

Se trataba de criterios estructurales basados en la apreciación de un hecho que podía ser observado y demostrado más fácilmente que «la falta de autonomía real» y al que mediante la correspondiente construcción jurisprudencial se le asignaba un valor equivalente.

Estos criterios estructurales de carácter formal implicaban, tal y como fueron utilizados, una renuncia a la apreciación de la subsistencia de una pluralidad de unidades económicas dotadas de autonomía real en el caso concreto, en atención a que en la gran mayoría de los casos, al menos en teoría, en que el hecho elegido como criterio se produjera no existiría tal pluralidad.

Los criterios estructurales norteamericanos partieron de la unidad de propiedad e interés y desarrollaron jurisprudencia basada en la comprobación de la subsistencia de la misma, que fue aplicada de forma mayoritaria por los tribunales inferiores. Frente a ella algunos tribunales inferiores desarrollaron una corriente minoritaria en que siguiendo los impulsos de un sector de la doctrina tomaron el control como criterio estructural, aunque sin llegar a aplicar este criterio a los casos de control minoritario o de control conjunto.

Los criterios estructurales alemanes partieron del reconocimiento previo del grupo y se centraron en la existencia de dirección unitaria legítima.

Aunque el comunitario y el nacional, no han desarrollado todavía criterios estructurales, la influencia de los mismos en las decisiones de sus órganos de defensa de la competencia o jurisdiccionales, se deja sentir.

En ambos casos el hecho de que la participación de la dominante en el capital de la dominada sea del 100% del capital, sin llegar a fundar una regla *per se* o automática de aplicación del privilegio del grupo, funda un juicio de probabilidad de inexistencia de autonomía en la determinación de la línea comercial en el mercado, como cuestión de hecho que debe ser apreciada por los órganos de Defensa de la competencia y aun por los tribunales.

Tanto respecto a la regla de exclusión de la prohibición «*per se*» norteamericana como respecto al juicio de probabilidad de la inexistencia de autonomía en la determinación de la línea comercial en el mercado, comunitaria o nacional, se aplica la «regla de *minimis*», como consecuencia de que el Derecho de defensa de la competencia tenga como función esencial la preservación de una competencia efectiva en el mercado y no la tutela de los intereses privados de los competidores.

En efecto la aplicación, en general de la «regla de *minimis*» implica tratar por igual casos que cumplen con los requisitos de una norma o de una doctrina que otros que no los cumplen, pero que también quedan excluidos de la prohibición por el carácter mínimo de las diferencias de los hechos del caso respecto a los hechos que generan la exclusión.

Desde la perspectiva de la preservación de una competencia efectiva en el mercado el caso cubierto por la «regla de *minimis*» suele tener un contenido anticoncurrencial similar que el caso que cumple todos los requisitos, y si lo tiene mayor, la diferencia es mínima y no justifica los gastos que para la administración entraña su persecución.

En cambio desde la perspectiva del interés privado de los competidores la situación es muy distinta. El caso cubierto por la regla de *minimis* habrá pasado de ser un caso que puede ser denunciado y prohibido, frente al cual se pueden pedir medidas cautelares ante los órganos de defensa de la competencia, y que generará la correspondiente indemnización de los daños que cause, a ser un acto lícito, en el caso de aplicación de la «regla *per se*» corregida por la «regla de *minimis*», o que tendrá grandes posibilidades de no ser perseguido por las autoridades

de defensa de la competencia en el caso de que a través de la regla «de *minimis*» se le considere equivalente a un caso que fundamente un juicio de probabilidad de inexistencia de autonomía en la determinación de la línea comercial el mercado.

En el caso español, además, el juicio de probabilidad se produce mucho más allá de la «regla de *minimis*» extendiéndose a los casos en que la dominante es titular de una participación mayoritaria, superior al 50% del capital cuando ello represente la mayoría de los derechos de voto en Junta general, y aun en el caso de filiales comunes al 50% en que ambos socios sean administraciones públicas.

La existencia de ese juicio de probabilidad tiene como consecuencia que se aligere la prueba de la falta de autonomía real de los participantes en la fijación de su línea de actuación en el mercado, pero ésta siempre está presente tanto en las decisiones europeas como en las nacionales.

Tanto en éstas como en muchas de las aplicaciones de Copperweld realizadas al otro lado del Atlántico por parte de los Tribunales norteamericanos inferiores, siempre está presente la mención a los criterios funcionales, tanto de los referidos a los efectos que el acuerdo o práctica concertada produce en el mercado, como de los que no se refieren a ello, y dentro de estos últimos tanto de los relativos al tipo, como de los derivados del derecho de sociedades o del derecho mercantil general, aunque con especial preponderancia de los primeros.

Pese a lo dicho en los párrafos anteriores existen todavía muchas dudas sobre las condiciones de aplicación del privilegio del grupo en múltiples ordenamientos. El tema dista mucho de estar resuelto y presenta múltiples cuestiones abiertas que todavía no han sido resueltas, como la de la relación entre los criterios funcionales y los criterios estructurales, la de cuales serán los criterios funcionales y estructurales que deben aplicarse en el sistema de defensa de la competencia nacional y comunitario, o la del hueco o laguna creado por la aplicación del privilegio del grupo. Dedicaremos los siguientes epígrafes a ofrecer nuestras propuestas al respecto.

## II. PROPUESTA DE UN MODELO DE APLICACIÓN DEL PRIVILEGIO DEL GRUPO

La cuestión esencial es encontrar un modelo útil de tratamiento de los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas pertenecientes a un mismo grupo, que, en principio, caerían en el ámbito de aplicación del artículo 85 TCEE o 1 LDC, que sea útil, tenga en cuenta las enseñanzas adquiridas en los diferentes ordenamientos analizados y que se aleje de los dos criterios que han sido rechazados a lo largo de las páginas anteriores por presentar consecuencias distorsionadoras para el mercado. Esto es tanto de la aplicación de las normas de competencia a las sociedades miembros del grupo en igualdad de condiciones respecto a las sociedades independientes, como de la exclusión de las reglas del Derecho de la competencia para las sociedades pertenecientes a un grupo por el mero hecho de su incorporación a él.

Ambas son fuentes de abusos e injusticias. La primera porque es indudable que los acuerdos adoptados por empresas totalmente independientes tienen un carácter restrictivo mucho más acusado que las realizadas por empresas pertenecientes a un mismo grupo que actúan por instrucciones de la sociedad madre. La segunda porque supondría una vía libre al abuso y trataría de forma idéntica situaciones muy diferentes, como por ejemplo las de entidades pertenecientes a un grupo de sociedades plenamente descentralizado en las que la participación de control sea muy reducida y la dirección de las filiales tenga, salvo los objetivos de beneficios a cumplir marcados por la dirección del grupo plena autonomía en la fijación de su línea de actuación en el mercado, con otras de grupos plenamente centralizados en las que además la sociedad dominante sea titular del 100% del capital de la filial, y dirija directamente la política comercial de ésta.

Para obtener una regla útil hay que partir de bases firmes. En primer lugar hay que tener en cuenta que no todas las relaciones de grupo permiten fundar la aplicación del principio

de unidad económica. Al menos hasta el momento la aplicación se ha producido exclusivamente respecto a los grupos por subordinación basados en relaciones de control. En segundo lugar hay que tener presente que la unidad económica puede existir solo entre unos miembros del grupo, mientras que respecto a otros no. En tercer lugar que la existencia de una unidad económica tiene carácter temporalmente inestable. Los que constituyen hoy una unidad económica pueden dejar de constituirla mañana aun manteniendo su permanencia en el seno del grupo. Cuarto que la existencia o no de unidad económica debe ser juzgada respecto al concreto acto que se analiza y no con carácter general. Cualquier intento de analizar la existencia de una unidad económica desde una perspectiva general nos reenvía inevitablemente a los problemas planteados por la aplicación de conceptos generales, que además en este caso distan mucho de estar pacíficamente definidos.

Otra cosa distinta es que haya determinados presupuestos sin cuya presencia podemos descartar la aplicación del privilegio del grupo. A nuestro juicio la existencia de una relación de control y el ejercicio de éste son dos requisitos necesarios pero no suficientes para que pueda aplicarse el principio de unidad económica. La presencia de una dirección unitaria, no su legitimidad, lo es también si partimos de la base de que analizamos la aplicación del principio de unidad económica en el seno del grupo.

Ahora bien a partir de estos presupuestos lo importante es determinar si la decisión ha sido adoptada e impuesta por la entidad dominante a la entidad dominada o si por el contrario obedece a la libre decisión de esta última.

Para ello es necesario, en primer lugar, realizar un estudio del caso y encontrar, en los hechos descubiertos, la base fáctica de los argumentos de la decisión, teniendo en cuenta que lo relevante es la posición de las empresas implicadas respecto al concreto acuerdo y el hecho de que existiera con anterioridad al acuerdo o práctica concertada entre ellas una competencia susceptible de ser restringida, o que el mismo se proyecte sobre

una competencia potencial inmediata. Los criterios relevantes al respecto son los que muestren que se ha actuado bajo instrucciones de la dirección del grupo.

El análisis debe por tanto establecer la existencia de una falta de autonomía real respecto a la decisión adoptada, la práctica realizada o el aparente acuerdo alcanzado. En todo caso deberá de tratarse de una falta de autonomía actual, — respecto al momento en que se produzca el hecho juzgado—, efectiva —no bastando el mero juicio de imposibilidad de realizar una conducta distinta basado en juicio de probabilidad fundado en la experiencia—, y pertinente —en el sentido de que se refiera a la cuestión enjuiciada y no a otra—.

Solo una vez determinada la existencia de esta falta de autonomía en la adopción del acuerdo, la realización de la práctica o conducta, podremos afirmar que ha existido esa súbita concentración de poder económico en una sola dirección que caracteriza las restricciones colusorias.

Para la determinación de estos hechos y de sus consecuencias jurídicas nos es indiferente que el grupo se encuentre muy centralizado o que las participaciones en el capital de las filiales sean de mayor o menor envergadura. Tanto en un caso como en otro la restricción se habrá producido o no y caso de producirse desplegarán sus efectos nocivos para la competencia económica.

Lograr la convicción del órgano administrativo o del tribunal correspondiente, respecto a que las entidades que participaron en el acuerdo o práctica concertada actuaron, en el concreto caso investigado, siguiendo instrucciones de la dirección del grupo que no podían desoír puede mostrarse, sin embargo, extraordinariamente difícil, pese a que siendo beneficioso para el grupo la admisión de que la filial obró por instrucciones de la dominante, procurará aportar toda la documentación que pueda que avale su pretensión.

Es por ello necesario introducir criterios de análisis que no estando destinados a permitir la comprobación de la falta de autonomía real en el caso concreto, tiendan a poner en evidencia la falta de autonomía real de las participantes con carácter

general respecto a la fijación de su línea de actuación en el mercado, deduciendo de su presencia que tampoco habrá existido autonomía real en el caso concreto investigado.

Es aquí donde cobran valor los criterios funcionales y en especial los relativos al tipo. Estos criterios centran la atención en el análisis de las relaciones históricas entre las entidades pertenecientes al grupo y de las relaciones actuales entre ellas.

Se trata de buscar elementos en el actuar económico de las entidades que participan en el acuerdo que muestren de forma inequívoca que dichas entidades actúan en el mismo como una única unidad económica, esto es que no gozan de autonomía real, que no fijan de forma autónoma su línea de actuación en el mercado.

Para determinar esa falta de autonomía real con carácter general habrá que tomar en cuenta, entre otros, criterios tales como el grado de participación —directa o indirecta— de la entidad dominante en la entidad dominada, la existencia de administradores comunes, el hecho de que la dominante haya nombrado la mayoría de los miembros del órgano de administración, las partes del proceso de adopción de decisiones que corresponden a la dominada y a la dominante en virtud de contrato, o la existencia de vínculos contractuales que establezcan la obligación de la dominada de cumplir las instrucciones de la dominante.

Será necesario utilizar, otros múltiples indicios que, como los anteriores no se refieren directamente a intereses tutelados por el derecho de la competencia, sino con carácter general a la organización y funcionamiento de la empresa. Criterios que van desde la consolidación de las devoluciones de impuestos entre las entidades pertenecientes al grupo, a la utilización de locales comunes, las negociaciones laborales conjuntas, la utilización de un logotipo común, o de distribuidores comunes, el hecho de compartir el departamento de investigación y desarrollo, y el intercambio de personal así como otros criterios que en Derecho civil podrían fundar la apreciación de la existencia de un caso de levantamiento de la personalidad jurídica.

Criterios que de forma aislada no permiten llegar a la conclusión de que las entidades partícipes del acuerdo no gozan de autonomía real pero que valorados prudencialmente de forma conjunta por parte del órgano de defensa de la competencia o del tribunal, siguiendo la línea del «all factors test» o «single entity test» americano si permiten extraer esta conclusión.

Por medio de la comprobación de la concurrencia en el caso de hechos relevantes respecto a estos criterios se trata de poner de relieve una historia continuada de fijación por parte de la dirección del grupo de la política económica de las entidades pertenecientes al mismo, tomando en cuenta el grado de centralización de las decisiones la amplitud de la dirección unitaria practicada por la dirección del grupo y la reiteración del ejercicio del control por parte de la dirección del grupo.

Ahora bien, para evitar en la medida de lo posible este complejo análisis es necesario prever un sistema de presunciones que simplifiquen el proceso de decisión al que se ven enfrentadas tanto las autoridades de Defensa de la competencia como los órganos jurisdiccionales.

Las presunciones cuya introducción aquí propugnamos deben tener carácter «iuris tantum» y no «iuris et de iure», en cuyo caso serían del todo semejantes a la regla «per se».

De forma que la apreciación de la existencia de los hechos que hacen nacer la presunción de que existe una única unidad económica, acarreará la aplicación del privilegio del grupo, salvo que tal presunción se desvirtúe mediante la correspondiente prueba, tal y como solicitaba el gobierno norteamericano en el caso Copperweld.

Los criterios en que podría pensarse fundar la presunción son los criterios estructurales, propiedad e interés común, dirección unitaria, o existencia de control. En el estado actual de la legislación nacional y comunitaria, no parece que pueda aplicarse el criterio estructural de la dirección unitaria. La falta de reconocimiento de la legitimidad del poder de dirección y de la obligación de la sociedad dominada de seguir las instrucciones de la dominante lo impiden.

Eliminado dicho criterio estructural quedan dos. La unidad de propiedad e interés y el control. La unidad de propiedad e interés es a nuestro juicio un criterio extremadamente seguro para fundar una presunción de existencia de una única unidad económica. Es por ello por lo que nos declaramos partidarios de aplicarla en todos los casos en que pueda ser identificada. Esto es tanto cuando el acuerdo o práctica concertada se produce entre una dominante y su filial de la que la primera es directamente titular del 100% del capital, como en los casos en que controla el 100% del capital de la misma indirectamente o de forma mixta, a través, total o parcialmente, de participaciones de las que son titulares otras sociedades de las que la dominante es titular del 100% del capital.

Cuando el acuerdo se estipule o la práctica se realiza entre filiales al 100% de una misma dominante, sin que ésta tome parte, o entre sociedades gemelas que tienen la misma base personal que participa en ambas sociedades en idénticas proporciones.

La presunción debe ser extendida a nuestro juicio a otros muchos casos en virtud de la «regla de minimis», como consecuencia de que la finalidad última del Derecho de defensa de la competencia es la tutela de una competencia efectiva en el mercado y no la de los intereses particulares de los competidores. En primer lugar a los acuerdos entre una dominante y su filial controlada indirectamente o de forma mixta al 100%, cuando alguna de las sociedades titular de alguna de las partes del capital de la dominada no esté controlada directa o indirectamente al 100% por la dominante.

En segundo lugar a todos los casos de identidad de propiedad e interés citados arriba en que la diferencia sea mínima, inclusive los de sociedades gemelas. En estos casos las diferencias de titularidad en el capital obedecen normalmente a pactos de carácter laboral, por ejemplo concesión de participaciones en el capital a los directivos, del todo punto irrelevantes desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

Sin embargo a partir de este nivel creo que debe concluir la virtualidad de la presunción. La sociedad que realiza un acuer-

do con otra de la que es titular de una participación de control cualificada, esto es, superior al 80% del capital, o mayoritaria, esto es superior al 50%, tiene derecho a nuestro juicio, a que el Tribunal de Defensa de la Competencia o la Comisión tome este dato como un sólido indicio de la posible existencia de una única unidad económica entre ambas sociedades, pero no a que se establezca una presunción a su favor que le libere de la prueba, por otra parte sencilla para él, de que las entidades no gozan de autonomía real en la fijación de su línea de actuación en el mercado respecto a la dirección del grupo.

Denunciada su conducta o perseguida de oficio no bastará por tanto con que alegue el control que ostenta respecto a las otras sociedades participantes en el acuerdo o que realicen la práctica concertada para que se archive o sobresea el expediente, sino que será necesario que se lleve a cabo actividad probatoria respecto a la autonomía real de las sociedades participantes en el acuerdo.

Fuera de estos límites la aplicación de presunciones puede producir mayores problemas que ventajas.

### III. EL PROBLEMA DEL HUECO O LAGUNA

Como hemos visto, tanto la Supreme Court norteamericana como el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia comunitario reconocen que la aplicación del privilegio del grupo puede crear un hueco en el sistema de prohibiciones contenidos en las respectivas normas de defensa de la competencia.

En efecto conductas que juzgadas bajo criterios formales, que las considerara ejecutadas por una pluralidad de destinatarios de la norma, resultarían prohibidas, en virtud de la sección 1 de la Sherman Act, el artículo 85.1 TCEE, el art. 1 LDC o el § 1 GWB, siempre que resultaran irrazonables, o en todo caso, a salvo de las posibles autorizaciones singulares o exenciones por categoría, según cual sea la doctrina de aplicación de la prohibición dominante en cada ordenamiento, y serían perse-

guidas por los órganos o autoridades de defensa de la competencia, si tuvieran un efecto sustancial en el mercado, dejarían de ser consideradas ilícitas, como consecuencia de la aplicación del privilegio del grupo, salvo que implicaran un intento de monopolización (sección 2 Sherman Act), o de abuso de posición de dominio (art. 85.1 TCEE y art. 1 LDC).

Ello tendría como consecuencia que estas conductas que podrían implicar restricciones sustanciales de la competencia o incluso compartimentación de mercados en el caso comunitario no podrían ser prohibidas al ser consideradas hecho de un único actor, lo que impediría no solo la declaración de ilegalidad, sino el que se pudieran imponer de las sanciones, o solicitar la indemnización de los daños y perjuicios producidos por dicha conducta a terceros, o la adopción de medidas cautelares por parte de los órganos de defensa de la competencia.

Es más en el caso europeo como puso de manifiesto el Abogado general LENZ en sus conclusiones respecto al caso Viho, se podrían llegar a acumular otros efectos negativos. El primero el de inducir a las grandes empresas multinacionales a organizar la distribución de sus productos a través de filiales controladas al 100% por la matriz, lo que les permitiría confortablemente, compartimentar los distintos mercados nacionales<sup>554</sup>,

<sup>554</sup> Como afirma el Abogado general en el punto 62 de sus conclusiones que transcribimos aquí por su interés: «El hecho de que pueda favorecer la protección de la competencia es un argumento que puede ser invocado en favor de la aplicabilidad, en determinadas circunstancias, del artículo 85 a acuerdos y prácticas concertadas entre empresas que pertenecen al mismo grupo y forman una unidad económica. Como observa acertadamente la recurrente en casación, los acuerdos celebrados entre tales empresas pueden producir los mismos efectos que los celebrados entre empresas independientes. Podría deducirse de ello la necesidad de aplicar igualmente el artículo 85 a dichos acuerdos y prácticas concertadas, puesto que la letra g) del artículo 3 del tratado exige efectivamente —como señala acertadamente la recurrente en casación— un régimen que garantice que no se falsea la competencia en el mercado interior. Una interpretación teleológica, centrada en el efecto útil de las disposiciones en materia de competencia, que base sus consideraciones en los efectos

diseñando conceptos de venta específicos para cada uno de los mercados nacionales en lugar de desarrollar conceptos de venta para la totalidad del mercado común<sup>555</sup>.

El segundo el de someter a las pequeñas y medianas empresas, a requisitos más estrictos en materia de competencia que a los grandes grupos, lo cual resultaría altamente contradictorio con las finalidades últimas de control del poder económico que informan todo ordenamiento de defensa de la competencia. Ya que aquéllas no disponen de medios para crear sus propias filiales al 100% en cada Estado miembro que se encarguen de la distribución de sus productos, y tendrían, por tanto que celebrar acuerdos con distribuidores independientes, que estarían sujetos a la prohibición del artículo 85.1 TCEE<sup>556</sup>,

Contra ello no podría argumentarse que las pequeñas y medianas empresas podrían siempre acudir a un sistema de representación mediante agentes, ya que en dichos sistemas el agente, tiende a buscar un representado que pueda ofrecerle un negocio cuantioso y estable, características que no suelen cumplir las pequeñas y medianas empresas por lo que será difícil para ellas establecer una red de agentes de este tipo.

Este tipo de hueco fue el que trató de ser evitado por la minoría en Copperweld que rechazaba la aplicación del privilegio del grupo a través de una regla «per se» y reclamaba la

---

nefastos para la competencia debería, como consecuencia de dicho análisis apreciar igualmente a la luz del artículo 85, los acuerdos celebrados en el seno de un grupo, siempre que tengan consecuencias dañosas.

En la medida en que condujera, en este sentido, a dividir el mercado común a lo largo de las fronteras nacionales, el comportamiento de un grupo así afectaría igualmente al mercado interior único, cuyo establecimiento está previsto en el artículo 2 y en la letra c) del artículo 3 del Tratado. La inaplicación del artículo 85 a las prácticas internas a un grupo podría producir efectos contrarios a los objetivos de dicho mercado interior».

<sup>555</sup> Punto 63 de las conclusiones.

<sup>556</sup> Punto 63 de las conclusiones.

aplicación de la «intraenterprise conspiracy doctrine» y el sometimiento a la «rule of reason» de este tipo de acuerdos. Con lo que podrían ser perseguidos los acuerdos anticompetitivos entre filiales que restringieran la competencia previamente existente entre ellas cuando fueran irrazonables y afectaran significativamente al mercado, sin necesidad de que existiera una situación de monopolio o un peligro de monopolización.

Sin embargo tanto la mayoría en Copperweld<sup>557</sup>, como el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia<sup>558</sup>, han preferido, pese a reconocer la existencia del hueco y los riesgos que entraña, aplicar el privilegio del grupo si bien en el primer caso en base a criterios estructurales y en el segundo en base a criterios funcionales.

En palabras del TPI «no corresponde al Tribunal, bajo el pretexto de que ciertos comportamientos, tales como los denunciados por la recurrente, pueden escapar a las reglas de la competencia, desviar el artículo 85 de su función con el fin de cubrir una eventual laguna del control previsto por el Tratado»<sup>559</sup>.

La cuestión no parece tan clara al interprete. A través de la introducción del término empresa en el texto del Tratado, del reconocimiento de que la mera presencia en un mismo mercado de productores dotados de personalidad jurídica distinta no implica necesariamente que se encuentren en competencia entre ellos, y del reconocimiento de la inaplicación de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 TCEE, se ha tratado de evitar que las ataduras formales llevaran a una situación en la que se inaplicara el Derecho de la competencia, o en la que éste fuera utilizado con finalidades distintas de la protección de una competencia eficaz en el mercado.

---

<sup>557</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp cit. 789-790.

<sup>558</sup> STPI Viho cit. punto 54.

<sup>559</sup> STPI Viho cit. punto 54.

Pero cuando la interpretación material es la que puede ser fuente de fraude o abuso o de una aplicación inadecuada de las normas de defensa de la competencia, no parecería totalmente inadecuado que se hiciera uso de las categorías jurídicas para resolver la cuestión. Si la aplicación de la «intraenterprise conspiracy doctrine» era inadecuada cuando varias entidades constituían una única unidad económica, también lo es que el ordenamiento comunitario quede inerte ante comportamientos tendentes a compartimentar el mercado y a impedir la realidad del mercado único, con el único argumento de que en base a una interpretación sustantiva se trata de una acción individual y no de una acción concertada por faltar una pluralidad de unidades económicas autónomas que participen en el acto.

La nueva regla sería que el principio de unidad económica actúa salvo cuando como consecuencia exclusiva de su aplicación se genere un resultado sustancialmente contrario a las finalidades tuteladas en el apartado 1 del artículo 85.

La cuestión que quedaría al arbitrio del Tribunal sería determinar cuando el daño causado a la competencia, por una unidad económica compuesta por diversas entidades jurídicas que no se encuentren individual ni colectivamente en una posición de dominio en el mercado de la que hayan abusado, es suficiente como para ignorar la existencia de una única unidad económica.

De otra parte la importancia del hueco puede ser reducida respecto a nuestro Derecho nacional de defensa de la competencia. En efecto muchos de las conductas a las que se aplica el privilegio del grupo son casos de negativa de venta, boicot a terceros, prácticas predatorias y demás prácticas discriminatorias, que en su caso, pueden ser consideradas como actos de competencia desleal que falseen sensiblemente la competencia y resultar prohibidos por el artículo 7 LDC<sup>560</sup> que es aplicable

<sup>560</sup> En virtud del artículo 7 LDC titulado «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», «El Tribunal de Defensa de la Competencia

tanto a las conductas en las que participen una pluralidad de empresas como a aquellas realizadas por una sola<sup>561</sup>.

Así todos los actos a los que no se aplique el artículo 1 LDC, que puedan ser considerados como actos de discriminación en virtud del artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal, y cumplan con los requisitos de aplicación del artículo 7 LDC, podrán ser prohibidos en base a dicho precepto, abriéndose por tanto, la posibilidad de denuncia, utilización de las medidas cautelares previstas en el artículo 45 LDC, declaración prohibitiva, multas sancionadoras y en su caso coercitivas, previstas en la LDC.

Para que tal efecto se produzca será necesario que el acuerdo o práctica concertada estipulado o ejecutados por las entidades, al que se le aplique el privilegio del grupo, suponga una explotación por parte de dichas entidades de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad, y que dicho acuerdo falsee de forma sensible la competencia en todo o en parte del territorio nacional afectando al interés público.

Otros casos en los que la aplicación del privilegio del grupo generaría problemas son aquellos en los que las entidades del grupo se presentan como contratantes independientes pese a constituir una única unidad económica en la que las diferentes entidades no gozan de autonomía real en la fijación de su línea de actuación en el mercado.

En estos casos, la conducta de dichas entidades es claramente contraria al artículo 5 LCD, en cuanto resulta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe. Es por ello que tal

conocerá, en los términos que la presente ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afecten al interés público».

<sup>561</sup> Ver párrafo 4 de la exposición de motivos de la LDC.

conducta falsa de forma sensible la competencia en todo o en parte del mercado nacional afectando al interés público la conducta podrá ser prohibida en virtud del artículo 7 LDC<sup>562</sup>.

## APÉNDICES

### SENTENCIAS Y DECISIONES CITADAS EN EL TEXTO

---

#### I. NOTA PREVIA

Tanto las decisiones como las sentencias, han sido citadas en el texto, a partir de la primera cita, por el nombre del caso derivado normalmente del de las partes implicadas, del demandante o del demandado. Es por ello por lo que las decisiones y sentencias están ordenadas alfabéticamente, según el nombre de las mismas dentro de cada sección, lo que facilitará al lector localizar los datos completos de la sentencia o decisión que suscite su interés de forma sencilla.

#### II. DECISIONES DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

##### 1. Comisión

- «Christiani & Nielsen» Decisión de 18 de julio de 1969, JOCE. Serie L, n.º 165 de 5 de julio de 1969, pág. 12.
- «Kodak» Decisión de 30 de junio de 1970, JOCE, L 47 de 7 julio 1970, pág. 24.
- «LDPE» Decisión de 21 de diciembre de 1988, DOCE 1989 L 74, págs. 21 y ss.
- «Poliopropileno», Decisión de la Comisión de 23 de abril de 1986, DOCE 1986 L 230, páginas 1 y ss.
- «PVC», Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1988, DOCE 1989 L 74, página 1 y ss.
- Decisión 89/22/CEE de la Comisión, de 5 de diciembre de 1988 (DOCE L 10, de 1989, pág. 50; corrección de errores en DOCE L 52, de 1989, pág. 42).
- Decisión 92/426/CEE de la Comisión de 15 de julio de 1992 (DOCE L 233, de 15 de agosto de 1992, págs. 27 y ss.)

<sup>562</sup> Así sucedió en el caso FRINT.

conducta falsa de forma sensible la competencia en todo o en parte del mercado nacional afectando al interés público la conducta podrá ser prohibida en virtud del artículo 7 LDC<sup>562</sup>.

## APÉNDICES

### SENTENCIAS Y DECISIONES CITADAS EN EL TEXTO

---

#### I. NOTA PREVIA

Tanto las decisiones como las sentencias, han sido citadas en el texto, a partir de la primera cita, por el nombre del caso derivado normalmente del de las partes implicadas, del demandante o del demandado. Es por ello por lo que las decisiones y sentencias están ordenadas alfabéticamente, según el nombre de las mismas dentro de cada sección, lo que facilitará al lector localizar los datos completos de la sentencia o decisión que suscite su interés de forma sencilla.

#### II. DECISIONES DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

##### 1. Comisión

- «Christiani & Nielsen» Decisión de 18 de julio de 1969, JOCE. Serie L, n.º 165 de 5 de julio de 1969, pág. 12.
- «Kodak» Decisión de 30 de junio de 1970, JOCE, L 47 de 7 julio 1970, pág. 24.
- «LDPE» Decisión de 21 de diciembre de 1988, DOCE 1989 L 74, págs. 21 y ss.
- «Poliopropileno», Decisión de la Comisión de 23 de abril de 1986, DOCE 1986 L 230, páginas 1 y ss.
- «PVC», Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1988, DOCE 1989 L 74, página 1 y ss.
- Decisión 89/22/CEE de la Comisión, de 5 de diciembre de 1988 (DOCE L 10, de 1989, pág. 50; corrección de errores en DOCE L 52, de 1989, pág. 42).
- Decisión 92/426/CEE de la Comisión de 15 de julio de 1992 (DOCE L 233, de 15 de agosto de 1992, págs. 27 y ss.)

<sup>562</sup> Así sucedió en el caso FRINT.

## 2. Tribunal de defensa de la competencia

- «Alconza», Resolución de la Sección Segunda del TDC de 20 de diciembre de 1988, en «Tribunal de Defensa de la Competencia. Resoluciones 1986-1990» Madrid (Ministerio de Economía y Hacienda), Tomo I, 345.
- «Asociación Española de Radiodifusión Privada (AERP)», Resolución de la Sección Primera del TDC de 8 de febrero de 1991.
- «Brokilar S.A.», Resolución de la Sección Primera del TDC de 21 de septiembre de 1991 —realmente 1989—, «Tribunal de Defensa de la Competencia. Resoluciones 1986-1990» Madrid (Ministerio de Economía y Hacienda), Tomo I, 358.
- «Frint», Resolución del Pleno del TDC de 8 de julio de 1992.
- «Frint», Resolución de 12 de mayo, de 1995, BOMEH, 1995, págs. 4365 y ss.
- «Mazzoni», Resolución de la Sección Segunda del TDC de 19 de noviembre de 1990 en «Tribunal de Defensa de la Competencia. Resoluciones 1986-1990» Madrid (Ministerio de Economía y Hacienda), Tomo II, 412.
- «Potasas», Resolución de 16 de octubre de 1990, Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. Resoluciones 1986-1990, Tomo II, págs. 1656 y ss., Madrid (Ministerio de Economía y Hacienda), 1992.
- «Terminales de contenedores», Resolución de 23 de marzo de 1994, BOMEH 1994, págs. 2717 y ss.
- «Prensa Tarragona», Resolución de 21 de mayo de 1997, resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia 1997, págs. 270 y ss.
- «SEPLA/Iberia», Resolución de 22 de mayo de 1997, BEICE, 1997, n.º 2551, págs. 55 y ss.
- «Cajas Rurales», Resolución de 13 de julio de 1998.
- «Contenedores Tenerife», Resolución de 23 de julio de 1998.

## III. SENTENCIAS DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES

### 1. Comunitarios

#### A) Tribunal de Justicia

- «Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs E. V.» Sentencia de 11 de abril de 1989,

- «Begulin Import», Sentencia de 25 de noviembre de 1971, en Rec. 1971, pág. 949.
- «Centrafarm BV y Adriaan De Peijper contra Sterling Drug Inc.», STJCE de 31 de octubre de 1974, Rec. 1974, págs. 1183 y ss.
- «Corinne Bodson contra SA Pompes funèbres des régions libérées» Sentencia de 4 de mayo de 1988, Rec. 1988, págs. 2507 y ss.
- «Gestetner Holdings plc contra Consejo y Comisión», STJ de 14 de marzo de 1990, Rec. 1990, págs. I-781 y ss.
- «Höfner & Esler», STJ de 23 de abril de 1991, Rec. 1991, págs. 1979 y ss.
- «Hydrotherm Gerätebau GmbH C. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. sas», STJ de 12 de julio de 1984, Rec. 1984, págs. 2999 y ss.
- «Minolta C. Consejo», STJ de 10 de marzo de 1992, Rec. 1992, págs. I-1577 y ss.
- «SA Intermills contra Comisión» STJ de 14 de noviembre de 1984, Rec. 1984, pág. 3809.
- «Viho C. Comisión», de 25 de abril de 1996, Rec. 1996, págs. I-5475 y ss.
- «Viho Europe BV C. Comisión», casación, STJ de 24 de octubre de 1996, actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las comunidades europeas, n.º 28/96, págs. 30 y ss.

#### B) Tribunal de Primera Instancia

- «BPB Industries plc y British Gypsum Limited C. Comisión» STPI de 1 de abril de 1993, dictada en el Rec. 1993, págs. II-389 y ss.
- «BPB Industries plc y British Gypsum Limited C. Comisión» STPI de 6 de abril de 1995, Rec. 1995, II-865 y ss.
- «Herlitz AG C. Comisión» STPI de 14 de julio de 1994, Rec. 1994 II-531 y ss.
- «Parker Pen C. Comisión» STPI de 14 de julio de 1994, Rec. 1994, II-552 y ss.
- «SHELL C. Comisión», STPI de 10 de marzo de 1992, Rec. II-757 y ss.
- «SIV», STPI de 10 de marzo de 1992, Rec. 1992, II-1403 y ss.
- «Società Italiana Vetro SpA E. A. contra Comisión», Sentencia de 10 de marzo de 1992, Rec. 1992, págs. II-1403 y ss.
- «Viho Europe BV contra Comisión» STPI de 12 de enero de 1995.

## 2. Españoles

### A) Tribunal Supremo

### B) Audiencia Nacional —Sala de lo Contencioso-Administrativo—

«Aceites Elosua», SAN, n.º 180/96, de 27 de marzo.

«Aceites del Sur», SAN n.º 44/96, de 26 de enero.

«Aceites Toledo», SAN n.º 179/96, de 27 de marzo.

«Bilbao Editorial S.A.», SAN n.º 404/1993, de 8 de octubre.

«Frint», SAN n.º sn/97, de 24 de marzo.

«Koipe» sentencia n.º 303/95, de 19 de mayo.

## 3. Norteamericanos

### A) Tribunal Supremo

American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946).

Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, (1984).

Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, 340 U.S. 211 (1951).

Northern Sec. Co. v. United States, 193 U.S. 197, 331, 24 S. Ct. 436, 454, (1904).

Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp., 392 U.S. 134 (1968).

Schine Chain Theatres, Inc. v. United States, 334 U.S. 110, 68 S. Ct. 947 (1948).

Standard Oil Co. V. United States, 221 U.S. 1,31 (1911).

Sunkist Growers, Inc. v. Winckler & Smith Citrus Prods. Co., 370 U.S. 19, 29,30 (1962).

Timken Roller Bearing Co. v. United States 341 U.S. 593,598 (1951).

United States V. American Tobacco Co., 221 U.S. 106,31 (1911).

United States v. Citizens & Southern National Bank, 422 U.S. 86, 95 S. Ct. 2099.

United States v. Crescent Amusement Co., 323 U.S. 173, 65 S. Ct. 254 (1944).

United States. v. Philadelphia Nat. Bank. 374 U.S. 321, 83. Ct. 1715.

United States v. Griffith, 334 U.S. 100, 109, 68 S. Ct. 941, 946.

United States v. Yellow Cab Co. 332 U.S. 218, 227-28, (1947).

## B) Circuitos

Advanced Health-Care Serv. Inc. v. Radford Community Hosp., 910 F. 2d 139, 146 (4th Cir. 1990).

Blackburn v. Crum & Forster, 611 F. 2d 102,104 (5th Cir.), cert. denied, 447 U.S. 906 (1980).

Bogosian v. Gulf Oil Corp., 561 F. 2d 434, 445 (3d Cir. 1977) cert. denied, 434 U.S. 1086 (1978).

Boulware v. Nevada, Dep't of Human Resources, 960 F. 2d 793,797 (9th Cir. 1992).

Caribe BMW v. Bayerische Motoren Werke, 19 F. 3d 745 (1st Cir. 1994).

Century Oil Too., Inc. v. Production Specialities, Inc., 737 F. 2d 1316 (5th Cir. 1984).

City of Mt. Pleasant v. associated Elec. Coop. Inc., 838 F. 2d 268,278 (8th Cir. 1988).

Cliff Food Stores, Inc. v. Kroger Inc., 417 F. 2d 203, 205-206 (5th Cir 1969).

Columbia Metal Culvert Co. v. Kaiser Aluminium & Chemicals Corp., 579 F. 2d 20 (3rd Cir.), cert. denied, 439 U.S. 876 (1978).

Commonwealth of Pa. ex rel. Zimmerman v. Pepsico Inc., 836 F. 2d 173,181 (3d Cir. 1988).

Cromar Co. v. Nuclear Materials & Equipment Corp., 543 F. 2d 501,512 (3rd Cir. 1976).

Deauville Corp. v. Federated Dept. Stores, Inc. 756 F. 2d 1183, 1192 (1985).

Directory Sales Management Corp. v. Ohio Bell. Tel. Co., 833 F. 2d 606, 611 (6th Cir. 1987).

Eximco, Inc. v. Trane Co., 737, F. 2d 505, 516 (5th Cir. 1984).

Fishman v. Estate of Wirtz, 807 F. 2d 520,542 n.º 19 (7th Cir. 1986).

Fuchs Sugars & Syrups v. Amstar Corp., 602 F. 2d 1025 (2d Cir.) cert. denied, 444 U.S. 917 (1979).

Garshman v. Universal Resources Holding, Inc., 824 F. 2d 223,230 (3d Cir. 1987).

Greenvilleublishing Co. v. DailyReflector, Inc., 496 F. 2d 391,399 (4th Cir. 1974).

Guzowski v. Hartman, 969 F. 2d 211, 213-214 (6th Cir. 1992) cert. denied, U.S., 113 S. Ct. 978 (1993).

Haroco, Inc. v. American National Bank & Trust Co. 747 F. 2d 384.

Harvey v. Fearless. Farris Wholesale, Inc., 589 F. 2d 451 (9th Cir. 1979).

H&B Equipment Co. v. International Harvester Co., 577 F. 2d 239,244 (5th Cir. 1978).

Hood v. Tenneco Texas Life Ins. Co., 739 F. 2d 1012 (5th Cir. 1984).

Independence Tube Corp. v. Copperweld Corp., 691 F. 2d 310 (7th Cir. 1982).

Johnston v. Baker, 445 F. 2d 424, 426-27 (3d Cir. 1971).

Joseph E. Seagram & Sons, Inc. v. Hawaiian Oke & Liquorsw, Ltd., 416 F. 2d 71, 82-84 (9th Cir. 1969), cert. denied, 396 U.S. 1062 (1970).

J. T. Gibbons, Inc v. Crawford Fitting Co. 704 F. 2d 787, 795 (1983).

Knutson v. Daily Review 548 F. 2d 795 (9th Cir 1976), cert. denied, 433 U.S. 910 (1977).

Lake Communications, Inc. v. ICC Corp., 738 F. 2d 1473,1480 (9th Cir. 1984).

Las Vegas Drive-In Theatre, Inc. v. National Gen. Theatres, Inc., 1979-2 Trade Cas. (CCH) 62,895 (1979).

Las Vegas Sun, inc. v. Summa Corp. 610 F. 2d 614,618 (9th Cir.), cert. denied, 447 U.S. 906 (1980).

Levine v. Central Florida Medical Affiliates, Inc. 72 F. 3d 1538,1545 (11th Cir. 1996).

Mc Gee v. First Federal Sav. & Loan Ass'n 761 F. 2d 647, 648 (1985).

Minnesota Bearing Co. v. White Motor Corp. 470 F. 2d. 1323, 1328-1329 (8th Cir. 1973).

Murray v. Toyota Motors Distributions, Inc., 664 F. 2d 1377 (9th Cir.) (per curiam), cert. denied, 457 U.S. 1106 (1982).

Mutual Fund Investors, Inc. v. Putnam Management Co., 553 F. 2d 620, 626 (9th Cir. 1977).

National Dairy Prods. Corp. v. United States 350 F. 2d 321 (8th Cir. 1965), vacated on others grounds, 384 U.S. 883 (1966).

Nelson Radio & Supply Co. v. Motorola, Inc. 200 F. 2d 911, 914 (5th Cir 1952), cert. denied, 345 U.S. 925, 73 S. Ct. 783 (1953).

Nurse Midwifery Assocs. v. Hibbett, 918 F. 2d 605 (6th Cir. 1990), modified, 927 F. 2d 904 (6th Cir.), cert. denied, U.S., 112 S. Ct. 406 (1991).

O'Byrne v. Checker Oil Co., 727 F. 2d 159,164 (7th Cir. 1984).

Odishelidze v. Aetna Life & Casualty Co., 853 F. 2d 21,2 (1st Cir. 1988).

Ogilvie v. Fotomat Corp., 641 F. 2d 581,587-90 (8th Cir. 1981).

Photovest Corp. V. Fotomat Corp., 606 F. 2d 704, 726-27 (7th Cir 1979) cert. denied 445 U.S. 917 (1980).

Poller v. Columbia Broadcasting Sys. Inc., 284 F. 2d 599,603 (D.C. Cir. 1960 rev'd on other grounds, 368 U.S. 464 (1962).

Russ' Kwik Car Wash, Inc. v. Marathon Petroleum Co., 772 F. 2d 214,221 (6th Cir. 1985).

Schwimmer v. Sony Corp. of America, 677 F. 2d 946, 953, cert. denied, 459 U.S. 1007 (1982).

Security Tire & Rubber Co. v. Gates Rubber Co. 598 F. 2d 962, 965 (5th Cir. 1979).

Siegel Transfer Inc., v. Carrier Express., Inc. 54 F. 3d 1125, 1131 (3rd Cir 1995).

Southern Pines Chrysler Plymouth v. Chrysler Corp., 826 F. 2d 1360, 1364 (4th Cir. 1987).

Square D Co. v. Schneider S.A., 760 F. Supp. 362, 368 (S.D.N.Y. 1991).

Sunkist Growers, Inc. v. Winckler & Smith Citrus Prods. Co., 370 U.S. 19,29 (1962).

Thomsen v. Western Elektric Co., 680 F. 2d 1263, 1266 (9th Cir.) cert. denied, 459 U.S. 991 (1982).

Tose v. First Pennsylvania Bank, N. A., 648 F. 2d 879,893-894, cert. denied, 454 U.S. 893 (1981).

Total Benefit Servs., Inc. v. Group Ins. Admin., Inc., 1993-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 70, 148, at 69,613 (E. D. La. 1993).

Total Benefits Services v. Group Insurance Administration Inc. 875 F. Supp. 1228 (E. D. La 1995).

Tunis Brothers Co. v. Ford Motor Co. 763 F. 2d 1482, n.º 20 (3rd Cir. 1985) vacated on other grounds, 475 U.S. 1105 (1986).

TV Signal Co. v. American Tel & Co., 462 F. 2d 1256, 1260 (8th Cir. 1972).

United States v. General Motors Corp. 121 F. 2d 376 (7th Cir.), cert. denied, 314 U.S. 618 (1941).

University Life Insurance Co. v. Unimarc Ltd., 699 F. 2d 846, 852 (7th Cir. 1983).

Vollrath Co. v. Sammi Corp., 9 F. 3d 1455 (9th Cir. 1993), cert. denied, U.S., 114 S. Ct 2163 (1994).

Weiss. v. York Hospital, 745 F. 2d 768 (3d Cir. 1984).

Williams Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co., 668 F. 2d 1014, 1054-55 (9th Cir. 1981), cert. denied, 459 U.S. 825, (1982).

Zidell Explorations, Inc. v. Conval Int'l, Ltd., 719 F. 2d 1465, 1468-69 (9th Cir. 1983).

**C) Distritos**

- Aerotech, Inc. v. TCW Capital, 1994-1 Trade Case ¶ 70,616.
- American Vision Centers, Inc. v. Cohen, 711 F. Supp. 721, 723 (E.D.N.Y. 1989).
- Aspen Tittle & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc., 677 F. Supp. 1477, 1486 (D. Or. 1987).
- Auto-Tron v. Allen Group, Inc., No. 90-2900 (1990 U.S. Dist. LEXIS 13350) (D. N. J. 1990).
- Bell Atlantic v. Hitachi Data Systems, 849 F. Supp. 702, 706 (N. D. Cal. 1994).
- Brager & Co., Inc. v. Leumi Sec. Corp., 429 F. Supp 1341, 1345 (S.D.N.Y. 1977), aff'd, 646 F. 2d 559 (2d Cir. 1980), cert. denied 101 S. Ct. 2311 (1981).
- Bryant Heating and Air Conditioning Corp. v. Carrier Corp., 597 F. Supp. 1045, 1048 (S. D. Fla. 1984).
- Call Carl, Inc. v. BP Oil Corp. 403 F. Supp. 568, 572 (D. Md. 1975), aff'd as modified, 554 F. 2d 623 (4th Cir.), cert. denied, 434 U.S. 923 (1977).
- Carl Hize & Sons v. Browning-Ferries Industries, 590 F. Supp. 1201, 1202, n.º 2 (1984).
- Carl Zeiss. Stiftung v. V. E. B. Carl Zeiss., Jena, 298 F. Supp. 1309 (S.D.N.Y. 1969).
- Claudio v. U.S. 907 F. Supp. 581, 588 (E.D.N.Y. 1995).
- Deep South PepsiCo, Inc., 1989-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 68,560 at 60,997 (S.D.N.Y. 1989).
- Gucci v. Gucci Shops Inc., 651 F. Supp. 194, 198 (S.D.N.Y. 1986).
- H.R.M., Inc v. Telecommunications, Inc., TCI, 653 F. Supp. 645, 647 (D. Colo. 1987).
- Independent Milk Producers Co-op v. Stoffel, 102 Wis. 2d 1, 298 N. W. 2d 102 (Ct. App. 1980).
- In re Ray Dobbins Lincoln-Mercury v. Ford Motor Co., 604 F. Supp. 203 (W. D. Va. 1984) aff'd on other issues in an unpublished opinion, 813 F. 2d 402 (4th Cir. 1985).
- Laitram Machinery Inc. v. Carnitehais 884 F. Supp. 1074 E.D. La. 1995).
- Leaco Enterprises, Inc. v. General Electric Co., 737 F. Supp. 605 (D. Or. 1990).
- Marathon Petroleum Company v. Lo Bosco 623 F. Supp. 129, 133 n.º 2 (D.C. Ill. 1985).

- M & M Medical Supplies & Serv., Inc. v. Pleasant Valley Hosp., Inc., 738 F. Supp. 1017 (S. D. W. Va. 1990) aff'd in part, vacated in part, 946 F. 2d 886 (4th Cir. 1991), cert. denied, U.S., 113 S. Ct. 2962 (1993).
- Newport Components v. NEC Home Electrs., 671 F. Supp. 1525, 1544 (C.D. Cal. 1987).
- Murphy Tugboat Co. v. Shipowners & Merchants Towboat Co., 467 F. Supp. 841, 859 (N.D. Cal. 1979) aff'd sub nom. Murphy Tugboat Co. v. Crowley, 658 F. 2d 1256 (9th Cir. 1981) cert. denied, 455 U.S. 1018 (1982).
- Rayco Mfg. Co. v. Dunn, 234 F. Supp. 593, 598 (N.D. Ill. 1964).
- Re Max Intern. v. Realty One Inc. 900 F. Supp. 132 (N.D. Ohio 1995).
- Rio Vista Oil v. Southland Corp., 667 F. Supp. 757 (D. Utah. 1987).
- Ripplemeyer v. National Grape Coop. Ass'n, 807 F. Supp. 1439, 1459 (W. D. Ark. 1992).
- Robert Stepp v. Ford Motor Credit Company, 623 F. Supp. 583 (D.C. Wis. 1985).
- Sadler v. Rexair, Inc. 612, F. Supp. 491, 494 (D.C. Mont. 1985).
- Satellite Fin. Planning Corp. v. First Nat'l Bank of Wilmington, 633 F. Supp. 386, 395 (D. Del. 1986).
- Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co., 1986-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 67,080 at 62,568 (D.D.C. 1986).
- Square D Co. v. Schneider S.A., 760 F. Supp. 362, 368 (S.D.N.Y. 1991).
- TV Communications Network, Inc. v. ESPN, Inc., 767 F. Supp. 1062 (D. Colo. 1991) aff'd sub nom. TV Communications Network, Inc. v. Turner Network Television, Inc., 964 F. 2d 1022 (10th Cir.), cert. denied, U.S., 113 S. Ct. 601 (1992).
- Videochiper v. Satellite Earth Stations SESE Inc., 1992-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 69,909, at 68,334 (W. D. La. 1992).
- Walpa Cobtr. Corp. v. Mobile Paint Mfg. Co., 701 F. Supp. 23, 26 (D. P. R. 1988).
- Williams v. I. B. Fischer Nevada, 794 F. Supp. 1026, 1030-32 (D. Nev. 1992), aff'd. 999 F. 2d 445 (9th Cir. 1993).

**4. Alemania****A) Bundesgerichtshof**

- Sentencia del Bundesgerichtshof de 10 de abril de 1956 NJW 1956, 959.
- BGH de 31 de marzo de 1958, GRUR 1958, págs. 544 y ss.
- BGH de 16 de abril de 1969,

«GasglühKörper», WuW/E BGH 359, BGHZ 31,105.  
 «Mischwerke», WuW/E BGH 2169, BGHZ 96,69.  
 BGH de 29 de junio de 1982, «Stuttgarter Wochenblatt».  
 «Teerfarbenfall», WuW/E BGH 1147; BGHSt 24,54.

## B) Oberlländergerichtshofen

«Fahrschulverkauf», OLG Stuttgart WuW/E OLG 1083,1088.  
 «Guy Laroche», OLG Frankfurt am Main WuW/OLG E 3600, WuW  
 1986.  
 «Heilwasser», OLG Düsseldorf WuW/ OLG E 2361.  
 «R», OLG Stuttgart WuW/OLG E 2352.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABA ANTITRUST SECTION, «Antitrust Developments», Chicago (ABA), 1992, 3.<sup>a</sup> ed.
- ALESSI, R. - OLIVIERI, G. «La disciplina della concorrenza e del mercato», Torino (G. Giappichelli), 1991.
- AREEDA, P. «Antitrust Law», Boston/Toronto, (Little, Brown and Company), 1986-91.
- BARACK, B. «The application of the competition rules (Antitrust Law) of the European Economic Community to enterprises and arrangements external to the Common Market» Deventer (Kluwer), 1981.
- BARTHOLOMEYCZYK, H. «Rechtsfragen des Konzernrabatts bei der Werbung» en «Recht im Wandel» Festschrift für Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlín, Bonn, München (Carl Heymanns), 1965, págs. 307 y ss.
- BAUDENBACHER, C. - BESSER, S., «Gesamteuropäische Konvergenzentwicklungen im Kartellrecht», Wirtschaft und Wettbewerb 1997, págs. 681 y ss.
- BELLAMY, C. - CHILD, G. «Derecho de la competencia en el Mercado Común», Madrid (Civitas), 1992.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M.<sup>a</sup> P., «Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria», Pamplona, 1997.
- BÉRCOVITZ, A. «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en «Tratado de Derecho Comunitario Europeo», Madrid (Civitas), 1986, vol. II, págs. 327 y ss.
- BERLE, A. - MEANS, G. «The Modern Corporation and Private Property» New York (Brace & World), 1932.
- BERLE, A. «The Theory of Enterprise Entity» 47 Calif. L. Rev. 343 (1947), vol. 47.
- BERLE, A. «Control in Corporation Law» 58 Col. L. Rev. 1212 (1958).
- BERLE, A. «Power without Property» New York, 1959.
- BLUMBERG, P. «The Law of Corporate Groups», Boston (Little), 1983-96, (5 vol.).
- BLUMBERG, P. «The Law of Corporate Groups in the United States», Ponencia del Convegno Internazionale di Studi sui Gruppi di Società, 1995.
- BOUTARD LABARDE, M. C. «Note», La Semaine juridique - édition générale, 1988, apartado 21145.
- BOUTARD LABARDE, M. C. - CANIVET, G. «Droit français de la concurrence», Paris (LGDJ) 1994.
- BROSETA PONT, M., «Manual de Derecho Mercantil», Madrid (Tecnos), 1994, 10.<sup>a</sup> ed.

- BROWN, D. J. «The Demise of The Intraenterprise Conspiracy Doctrine: Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp. 10 J. Corp. L. 785.
- BURST, I. J. - KOVAR, R. «Sur une jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de propriété industrielle», *La semaine juridique. Édition entreprise*, 1975-II, 11728.
- BUSSMANN, K. F. «Kartelle und Konzerne», Stuttgart, Betriebswirtschaftliche Studienbücher, Rehe VI, 1963.
- BUXBAUM, R. M. - HERTIG, G. - HIRSCH, A. - HOPT, K. J. (Hrsg.) «European Economic and Business. Law», Berlín/New York (Walter de Gruyter), 1996.
- CALKINS, S. «Copperweld in the Courts: The Road to Caribe» 63 *Antitrust L.J.* 345 (1995).
- CASTELL BORRÁS, B. «La Defensa de la Competencia en la CEE (art. 85 del Tratado de Roma)», Barcelona (Praxis), 1986.
- CAWTHRA, B. I. «Parallel Patents in the European Community», *New Law Journal*, 1975, págs. 157-158, 257-259, 357-358.
- COMPTON, N. «Early History of Stock Ownership by Corporations» 9 *George Washington L. Rev.* 125,131 (1940).
- COOTER, R. D. «The Structural Approach to Decentralizing Law: A Theory of games and Norms» 31 *San Diego L. Rev.* 133 (1994).
- COOTER, R. D. «The Structural Approach to Decentralizing Law: A Theory of games and Norms» en BUXBAUM, R. M. - HERTIG, G. - HIRSCH, A. - HOPT, K. J. (Hrsg.) «European Economic and Business. Law», Berlín/New York (Walter de Gruyter), 1996, págs. 341 y ss.
- DERINGER, A. «Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Kommentar (Art. 85-94 EWGV)», Düsseldorf 1962.
- DOUGLAS, W. O. - SCHANKS, C. M. «Insulation Liability through Subsidiary Corporation» 39 *Yale L. J.* 193,194 (1929).
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. «El Derecho de las empresas vinculadas en la legislación española», *Revista de derecho Bancario y Bursátil*, 1989, págs. 465 y ss.
- EMBID IRUJO, J. M. «Cuestiones básicas de la ordenación jurídica de los grupos de sociedades. Especial consideración del Derecho de la competencia», *Información Comercial Española*, 1987, núm. 650, págs. 100 y ss.
- EMBID IRUJO, J. M. «Los grupos de sociedades en la comunidad europea. (El proyecto de IX.ª Directiva)», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1989, núm. 5, págs. 359 y ss.
- EMBID IRUJO, J. M. «Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (séptima y novena directivas)», en «Tratado de Derecho Comunitario», Madrid (Civitas), 1989.
- EMMERICH, V. - SONNENSCHIEIN, J. «Konzernrecht», München (Beck), 1993, 5.ª ed.
- EMMERICH, V. «Kartellrecht», München (Beck), 1994, 7.ª ed.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. «Os grupos de sociedades» Coimbra (Almedina), 1993.

- FARNSWORTH, E. A. «An Introduction to the Legal System of the United States», New York (Oceana), 1996. 3.ª ed.
- FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. - CALVO CARAVACA, A. L. «Derecho mercantil internacional», Madrid (Tecnos), 1995, 2.ª ed.
- FIKENTSCHER, W. «Wirtschaftsrecht», München (Beck's) 1983.
- FLEISCHER, H. «Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellverbot. Zugleich eine Besprechung der Viho/Parker Pen-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs», *Die Aktiengesellschaft*, 1997, págs. 491 y ss.
- FLETCHER, W. M. «Cyclopedia of the Law of Private Corporations», Chicago, 1995.
- FOCSANEANU, L. «La concurrence à l'intérieure des groupes de sociétés. Réflexions sur l'attestation négative Christiani 7 Nielsen» *Revue du Marché Commun* 1970, págs. 32 y ss.
- FONT GALÁN, J. I. «La libre competencia en la Comunidad Europea», Zaragoza (Real Colegio de España), 1986.
- FONT GALÁN, J. I. «Constitución económica y Derecho de la competencia», Madrid (Tecnos), 1987.
- FONT GALÁN, J. I. «El concepto de empresa relevante en el derecho de la competencia de la Comunidad Europea. Exposición y Crítica», *Noticias CEE*, 1987, n.º 29, págs. 39 y ss.
- FUNCK, G. «Konzerneinheit und Kartellrecht», Diss. Heidelberg, 1964.
- GALÁN CORONA, E. «La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia» ADI 1975, págs. 4 y ss.
- GALÁN CORONA, E. «Acuerdos restrictivos de la competencia», Madrid (Montecorvo), 1977.
- GANDENBERGER, O. «Was ist ein Unternehmen» Heidelberg, 1963.
- GARRIGUES, J. «Tratado de Derecho Mercantil», Madrid (Editorial Revista de Derecho Mercantil), 1963.
- GARRIGUES, J. «La defensa de la competencia mercantil», Madrid (Sociedad de Estudios y Publicaciones), 1964.
- GARRIGUES, J. «Curso de Derecho Mercantil», Madrid (Aguirre), 1982, 1983, 7.ª y 8.ª ed.
- GIARDINA, A. «La disciplina comunitaria del trasporto aereo: Gli sviluppi a seguito della sentenza nel caso Saeed», *Diritto del commercio internazionale*, 1989, págs. 77 y ss.
- GINER PARREÑO, C. A. «Artículo 1 de la Ley de defensa de la Competencia y Rule of reason (el caso «ICI paints España S.A.»)» *Derecho de los Negocios*, núm. 33, págs. 10 y ss.
- GLEISS, A. - HIRSCH, M. «Kommentar zum EG-Kartellrecht», Heidelberg (Recht und Wirtschaft), 1993, 4.ª ed., puesta al día por HIRSCH, M. y BURKERT, T.
- GOLTZ, H. «Territorialität des Patentschutzes und Gemeinsamer Markt», *WuW*, 1975, págs. 751 y ss.

- GÓMEZ SEGADÉ, J. A. «La regulación de la libre competencia en la CEE» en «La integración en la Comunidad Económica Europea en materia de Propiedad Industrial», Madrid (Montecorvo), 1979.
- GONDRA, J. M. «Derecho Mercantil», Madrid, 1992.
- GÖTZ, H. - RIEGER, H. «Das Verhältnis von Kartell- und Konzernrecht», JuS 1968, págs. 393 y ss.
- GRANDPIERRE, W. «Wettbewerbsbeschränkungen zwischen verbundenen Unternehmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», Diss. Marburg, 1972.
- HANDLER, M. - SMART, T. A. «The Present Status of the Intracorporate Conspiracy Doctrine», 3 Cardozo L. Rev. 23 (1981).
- HANDLER, M. «Reforming the Antitrust Laws» 82 Col. L. Rev. 1287, 1290-1997 (1982).
- HARMS, W. «Intra-Enterprise Conspiracy Doctrine? Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Auslegung des Art 85 EWG», Europarecht, 1966, págs. 230 y ss.
- HARMS, W. «Konzerne im Recht der wettbewerbsbeschränkungen. Eine wirtschafts- und gesellschaftsrechtliche Untersuchung», Köln, Berlín, Bonn, München (Carl Heymanns), 1968.
- HARMS, W. «Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts der Konzerne und Gemeinschaftsunternehmen in der EWG» en «Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft». Festschrift für Gunther Hartmann, Köln, Berlín, München, 1976.
- HERMITTE, M. A. «Note», Journal de droit international», 1989, págs. 434 y ss.
- HUBER, U. «Konzerninterne Vereinbarungen im EWG- Kartellrecht nach der kommissionsentscheidung im Fall Christiani & Nielsen» Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters» (AWD), 1969, págs. 429 y ss.
- IMMENZA, U. - MESTMÄCKER, E. J. «GWB Kommentar», München (Beck), 1992, 2.ª ed.
- ISAY, R. «Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht», Mannheim, 1922.
- ISAY, R. - TSCHIERSCIKY, S. «Kartellverordnung (Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen) (Kommentar)», Mannheim / Berlín / Leipzig, 1925.
- IYORI, H. - UESUGI, A. «The Antimonopoly Laws and Policies of Japan», New York (Federal Legal Publications Inc.), 1994.
- JACOBS, F. G. «Industrial Property and the EEC Treaty. A Reply», The International and Comparative Law Quarterly», 1975, págs. 643 y ss.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (Coord.), Derecho Mercantil, 3.ª ed., Ariel, Barcelona, 1995.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (Coord.), «Lecciones de Derecho Mercantil», Tecnos, Madrid, 1997.
- JOLIET, R. «Les rapports entre l'action en concurrence déloyale et l'article 85 du traité de Rome», Revue trimestrielle de droit européen, 1972, págs. 427 y ss.

- JOLIET, R. «Patented Articles and free Movement of Goods within the EEC», Current Legal Problems 1975, págs. 15 y ss.
- JONES, A. I. «Intraenterprise Antitrust Conspiracy: A Decisionmaking Approach» 71 Cal. L. Rev. 1732, 1753-60.
- KEMPF, D. G. Jr. «Bathtub Conspiracies: Has Seagram Distilled a More Potent Brew?», 24 Bus. Law. 173 (1968).
- KISHOYIAN, B. «The Intra-Enterprise Conspiracy Doctrine in International Business: a Case for the Extraterritorial Application of Antitrust Law» (Findlaw. Legal Subject Index. Antitrust and Trade Regulation), I y IV.
- KINTNER, E. W. «The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes», New York, London (Chelsea House Publishers), 1978.
- KITNER, E. W. «Federal Antitrust Law», Cincinnati (Anderson), 1980-95.
- KLEEMAN, G. «Die Wettbewerbsregeln der EWG», Baden-Baden (Nomos), 1962.
- KLIPPERT, V. «Die Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Konzernen», Berlín (Duncker & Humblot), 1984.
- KOVAR, R. «Droit communautaire de la concurrence concession exclusive et droit national de la concurrence déloyale», Journal de droit international privé», 1973, págs. 530 y ss.
- KOVAR, R. «L'incidence du droit communautaire sur la propriété industrielle», Journal du droit international, 1975, págs. 208 y ss.
- KRAUSE, H. D. «The Multi-corporate International Business. Under section 1 of the Sherman Act - Intraenterprise Conspiracy Revisited», 17 Bus. Law. 912, 933 (1962).
- KRSJAK, P. «Problemes de brevets et de marques eu egard aux regles communautaires de la concurrence», Gazette du Palais, III, 1975, págs. 322 y ss.
- LADDIE, H. «Centrafarm and the problem of compulsory licences», European Law Review, 1975, págs. 73 y ss.
- LANGEN, E. - BUNTE, J. «Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht» Berlín (Lutherland), 1994, 7.ª ed.
- LANGER, L. «Der Begriff Unternehmen im GWB», Diss. Berlín, 1978.
- LEO, H. C. «Konzerninterne Marktregelungen im Lichte des EWG-Kartellrechts» en «Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts» Kartellrundschau Heft 8, 1966, págs. 39 y ss.
- LENZ, O. (Hrsg.) «EG-Vertrag Kommentar», Köln/Basel/Wien (Bundesanzeiger/Helbing & Lichtenhahn/Ueberreuter), 1994.
- LIEFMANN, R. «Kartelle und Trusts», Stuttgart, 1905.
- LIEBOT MAJO, O. «Grupos de entidades de crédito», Madrid (Civitas), 1993.
- MAIERHOFER, K. «Der faktische Konzern nach geplanten europäischen Recht», München, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Band 515 (VVF), 1996.
- MASSAGUER, J. «El contrato de licencia de know-how», Barcelona (Bosch) 1989.
- MEIER, Ch. J. «Der Selektive-Vertrieb im EWG-Kartellrecht», Diessenhofen, 1979.

- MC QUADE, L. C. «Conspiracy, Multicorporate Enterprises and sec. 1 of the Sherman Act» 41 Va. L. Rev. 183, 213 (1955).
- MESTMÄCKER, E. J. «Europäisches Wettbewerbsrecht», München (Beck's) 1974.
- MIETHKE, J. «Der Konzern und das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen», Diss. Kiel, 1964.
- MIGNOLI, A. - ROSSI, G. (a cura di) «I Gruppi di Società», Milano (Giuffrè), 1996.
- MIRANDA SERRANO, L. M. «Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español», Madrid (La Ley), 1994.
- MÖHRING, P. «Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht», GRUR, 1966, págs. 645 y ss.
- Monopolkommission - elften Hauptgutachtens- «Wettbewerbspolitik im Zeichen des Umbruchs».
- MONTBLANC, L. «Note» «Revue de jurisprudence commerciale», 1975, págs. 195 y ss.
- MOUSSERON, J. M. - SELINSKY, V. «Le droit français nouveau de la concurrence», Paris (Litec), 1988.
- MULERT, T. «Die Wettbewerbsbeschränkung zwischen verbundenen Unternehmen», WuW- Schriftenreihe Heft 13 Düsseldorf, 1970.
- MÜLLER, H. - GIESSLER, P. - SCHOLZ, U. «Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», Frankfurt, 1981, 4.ª ed.
- MÜLLER-URI, R. «Kartellrecht (GWB): mit Anhang: Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft», Köln, 1989.
- NEUMANN, E. «Ansprüche auf Konzernrabatte und Kartellrecht» en WuW 1957, págs. 562 y ss.
- NOTE, «Intra-Enterprise Conspiracy Under section 1 of the Sherman Act: A Suggested Standard» 75 Mich. L. Rev. 717 (1977).
- NOTE, «Conspiring Entities Under Section 1 of the Sherman Act», 95 Harv. L. Rev. 661 (1982).
- PARDOLESI, R. «Il Foro Italiano», 1995, IV, col. 84.
- PASSOW, R. «Kartelle», Heft 13 de los Beiträge zur Lehre von den Unternehmungen», Jena 1930.
- POHLMANN, P. «Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 1996», págs. 307 y s.
- POTRAFKE, C. «Kartellrechtswidrigkeit konzerninterner Vereinbarungen und darauf beruhender Verhaltensweisen» Baden-Baden (Nomos), 1991.
- PRELL, O. T. «Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.: an End to the Intraenterprise Conspiracy Doctrine?» 71 Cornell L. Rev. 1151 (1985-1986).
- RAHL, J. A. «Conspiracy and the Anti-Trust Laws», 44 III. L. Rev. 743 (1950).
- RINCK, G. - SCHWARCK, E. «Wirtschaftsrecht», 6.ª ed., Köln, 1986.
- ROBINSON, E. «The Holding Corporation» Yale L. Rev., 1910, vol. 18, págs. 390 y ss.
- ROCOLFI, M. «Brevetti e marchi 'paralelli' nella recente giurisprudenza comunitaria», Rivista di diritto industriale, 1975-II, págs. 354 y ss.
- RUIZ PERIS, J. I. «Aplicaciones del principio de unidad económica de los grupos de sociedades en el Derecho protector de la competencia español» RGD 1991, págs. 6433 y ss.

- RUIZ PERIS, J. I. «El contrato de franquicia y la normativa española en materia de transferencia de tecnología», RGD, 1991, págs. 1445 y ss.
- RUIZ PERIS, J. I. «Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores», Revista de Derecho Mercantil, 1995, págs. 1447 y ss.
- RUIZ PERIS, J. I. «Los grupos de sociedades en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada. Valoración crítica de una regulación fragmentaria», Derecho de los Negocios, 1996, núm. 68, págs. 8 y ss.
- RUNDSTEIN, S. «Das Recht der Kartelle», Berlin, 1904.
- SACRISTÁN REPRESA, M. «El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas», Revista de Derecho Mercantil, 1982, págs. 375 y ss.
- SANCHEZ CALERO, F., Instituciones de Derecho Mercantil, 20.ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1997.
- SCHIMEY, F. E. «Aktie und Aktionäre im Recht der Vereinigten Staaten mit besonderer Berücksichtigung der Trustbildung», Marburg (Elwert), 1930.
- SCHOLZ, H. «Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkung», Diss. Köln, 1960.
- SCHROEDER, D. «Die Anwendung des Kartellverbotes auf verbundene Unternehmen», WuW 1988, págs. 274 y ss.
- SCHÜTZ, J. «Die Monopolkommission und die GWB — Reform — Bemerkungen aus der Sicht eines Praktikers», en WuW 9/1996, págs. 689 y ss.
- SCHWARCK, E. «Wirtschaftsrecht», 6.ª ed., Köln, 1986.
- SEAVOY, R. «The Origins of American Business. Corporation 1784-1855», Connecticut/London (Greewood Press.), 1982.
- SERRAS, F. La Semaine juridique - Edition entreprise, 1995, I, 484 y ss., n.º 6.
- SHAW, J. «A healthy monopoly for a dying trade», European Law Review, 1988, págs. 422 y ss.
- SMIT, H. - HERZOG, P. «The Law of the European Economic Community», New York, 1984.
- SPOLIDORO, M. S. «Gruppi di società e gruppi di imprese tra Diritto societario e Diritto della concorrenza», en MIGNOLI, A. - ROSSI, G. (a cura di) «I Gruppi di Società», Milano (Giuffrè), 1996, págs. 2193 y ss.
- STANBROOK, C. «Case Law», Common Market Law Review, 1989, págs. 535 y ss.
- STEWART, J. «The Intra-enterprise Conspiracy Doctrine after Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.» 86 Col. L. Rev. 198, 206-208 (1986).
- TORLEY-DUWEL, I. «Signification du mot «entreprise» dans le sens de l'article 85 du Traité CEE, à propos d'accords entre société mères et filiales et filiales entre elles» Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1966, págs. 400 y ss.
- TREEK, J. «Konzerninterne Vereinbarungen im EWG-Kartellrecht», Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1969, págs. 367 y ss.
- ULMER, E. «Rechtsgutachten über Forderungen von Konzernen auf erhöhte Rabatte bei Zeitungsanzeigen», en «Archiv für Presserecht, 1957, págs. 1 y ss.
- ULMER, P. «Wettbewerbsbeschränkende 'Absprachen' im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen. Rechtsvergleichende Untersuchung zur 'intra - enterprise - conspiracy - doctrine', WuW 1960, págs. 163 y ss.

- ULMER, P. «Abgestimmte Verhaltenweisen», Karlsruhe (C. F. Müller), 1972.
- UNCTAD, «The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices», UN.Doc. AC/C.2/35/6 Annex at 3 (oct. 23, 1980).
- URÍA, R., Derecho Mercantil, 24.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.
- VICENT CIULLIA, F., Compendio Critico de Derecho Mercantil, Barcelona (Bosch), 1991, 3.ª ed.
- VICENT CIULLIA, F. Introducción al Derecho Mercantil, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- VILÀ COSTA, B. Revista Jurídica de Catalunya, págs. 287 y ss.
- VOGEL, L. Revue du Marché Commun, 1995, págs. 685 y s.
- VON GAMM, O. F. Frhr. «Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auf das Warenzeichenrecht», GRUR-Int., 1975, págs. 185 y ss.
- VON GAMM, O. F. Frhr. «Kartellrecht- Kommentar einschließlich art. 85 EWGV», Köln. Berlin, Bonn, München, 1979.
- VONMEIBOM, O. - BYOK, J. «German Antitrust Law to be updated», International Financial Law Review, 1997, noviembre, págs. 35 y s.
- WEIGHTMAN, E. - STRIVENS, R. «The Air Transport Sector and the EEC Competition Rules in the Light of the Ahmed Saeed Case» European Competition Law Review, 1989, págs. 557 y ss.
- WELLING, S. N. «Intracorporate Plurality in Criminal Conspiracy Law», 33 Hastings L.J. 1155 (1982).
- WILLIS, E. I. - PITOFKY, R. «Antitrust Consequences of Using Corporate Subsidiaries» 43 N.Y.U.L. Rev. 20 (1968).
- WISH, R. «Competition Law, 3.ª ed. Londres- Edimburgo, 1993.
- ZEITLER, G. «Der Konzernrabatt» WuW 1959, págs. 621 y ss.