

LA RESPONSABILIDAD DE LA DOMINANTE EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

JUAN IGNACIO RUIZ PERIS



tirant lo blanch
"colección privado"

74

**LA RESPONSABILIDAD DE
LA DOMINANTE EN EL
DERECHO DE DEFENSA DE
LA COMPETENCIA**

JUAN IGNACIO RUIZ PERIS

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

tirant lo blanch

Valencia, 2004

Copyright © 2004

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.

Directores de la Colección:
FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad Autónoma de Barcelona
MARIO CLEMENTE MEORO
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Valencia

© 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>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPOSITO LEGAL: V - 3731 - 2004
I.S.B.N.: 84 - 8456 - 120 - 8
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L. - PMc

Para mis padres, Paco y Omar, por quererme

AGRADECIMIENTOS

Mi deuda de gratitud con mi familia y mis amigos empieza a ser impagable, además de haberme proporcionado el apoyo y afecto que todo ser humano necesita, han soportado, con estoicismo, que me embarcara en esta obra. Os lo agradezco y os pido perdón por las muchas ocasiones en las que no pude estar con vosotros.

La gratitud que debo a Vicente Cuñat por sus muchos años de consejo y apoyo está fuera de toda duda para los que nos conocen. También quiero agradecer a Carmen Estevan de Quesada su ayuda y cariño, a Carmen Cerdá por su búsqueda de resoluciones y su amabilidad, a Luis Cucarella, que ha leído los pasajes procesales, y a Jaime Martí por haberme ayudado en la ordenación de la Bibliografía y los Indices de sentencias.

Por último, pero extraordinariamente importante, quiero agradecer a mi amigo Francisco Blasco su apoyo para que este libro haya podido ver la luz.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	15
<i>Capítulo 1</i>	
DERECHO COMUNITARIO	
I. CONSIDERACIONES GENERALES.	21
1. Imputación de responsabilidad y privilegio del grupo.	23
2. Imputación de responsabilidad y levantamiento del velo de la personalidad jurídica.	26
3. Presencia de la regla de imputación de responsabilidad en otros ordenamientos.	36
II. LA CORRESPONSABILIDAD DE LA DOMINANTE EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMUNITARIO.	38
1. Origen y significado de la construcción comunitaria de la corresponsabilidad de la dominante.	38
2. Fundamentos de la imputación a la dominante de los actos de la dominada.	46
3. Construcción en paralelo de la imputación con efectos de corresponsabilidad y del privilegio del grupo.	48
3.1. Los fundamentos de la construcción.	48
3.2. Crítica de la construcción.	49
3.2.1. Diversidad de ámbitos de aplicación de ambas doctrinas.	49
3.2.3. Diversidad desde la perspectiva del interés protegido por las normas de defensa de la competencia.	51
3.2.3. Diversidad de efectos.	52
4. Requisitos para que se produzca la imputación.	53
4.1. El requisito del control.	53
4.2. El ejercicio del control o poder de dirección en el caso concreto.	58
4.2.1. Formulación del requisito.	58
4.2.2. Criterios supletorios a falta de prueba del ejercicio del control en el caso concreto.	59
4.2.2.1. La cuestión de la posible regla de imputación per se.	59
4.2.2.2. La cuestión de la unidad de acción evidente.	73
4.3. La suficiente motivación de la decisión en lo que se refiere a la imputación.	80
5. Consecuencias jurídicas de la imputación de la conducta.	82
5.1. La responsabilidad.	82

5.2. Cuantificación del montante de la sanción.	88
5.3. Otros efectos.	89

Capítulo 2

**SITUACIÓN PREVIA ESPAÑOLA E ITER LEGISLATIVO DEL
ARTÍCULO 8 LDC**

I. LA CORRESPONSABILIDAD EN LA LRPRC.	92
II. EL ITER LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 8 LDC.	97

Capítulo 3

**EL SUPUESTO DE HECHO: CONTROL Y DETERMINACIÓN
DEL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO DE UNA EMPRESA
POR PARTE DE OTRA**

I. CONSIDERACIONES GENERALES	101
II. REQUISITOS PARA LA IMPUTACIÓN.	102
1. Requisito subjetivo: La empresa como infractor y corresponsable.	103
2. Requisitos objetivos	117
2.1. La existencia de una posición de control.	117
2.1.1. Significado del término control.	120
2.1.1.1. Criterios para determinar el sentido del tér- mino.	120
2.1.1.2. Concepto de control	131
2.1.2. Técnicas de control.	135
2.1.2.1. Control interno.	136
2.1.2.2. Control externo.	147
2.1.3. Control conjunto.	157
2.1.4. Control de una única empresa mediante derecho de bloqueo.	163
2.1.5. Control a través de personas que actúan en concier- to.	163
2.2. Significado del requisito de que el comportamiento eco- nómico de una empresa sea determinado por otra.	164
2.2.1. Comportamiento económico.	164
2.2.2. Determinación del comportamiento económico. .	166
2.2.3. Determinación del comportamiento económico y dirección unitaria.	168

Capítulo 4

**LA CONSECUENCIA JURÍDICA: LA IMPUTACIÓN DE LA
CONDUCTA**

I. CONDUCTA IMPUTABLE.	175
-----------------------------	-----

II. SIGNIFICADO DE LA IMPUTACIÓN.	176
III. FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN.	178
IV. SUJETO IMPUTADO.	180
V. SUJETO CUYA CONDUCTA SE IMPUTA	184
VI. EFECTOS DE LA IMPUTACIÓN.	192
1. Las concretas consecuencias jurídicas derivadas de la imputa- ción.	195
1.1. Responsabilidad administrativa.	195
1.2. Consecuencias jurídicas que no entrañan responsabilidad patrimonial directa.	197
2. Efectos de la imputación respecto a la responsabilidad civil .	199

Listado de resoluciones que contienen doctrina aplicable en España	215
--	-----

Bibliografía	219
--------------------	-----

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles capitalistas¹ y de la posibilidad de que unas participen en el capital de las otras² han sido dos de las decisiones más trascendentales en la historia del Derecho societario.

Como consecuencia de la primera se facilitó aislar los riesgos derivados de las distintas iniciativas empresariales desarrolladas por una persona o un grupo de ellas. La segunda permitió concentrar el poder de decisión sobre diferentes iniciativas empresariales en las mismas manos permitiendo el entrelazamiento de intereses entre las distintas personas que participaban en ellas a través de las tomas de participación de una sociedad en otra o de carácter cruzado.

La progresiva autonomía de las instituciones societarias capitalistas frente a su base personal, la atomización del capital en las grandes sociedades cotizadas en el mercado de valores y la aparición y desarrollo del managerialismo, así como el papel cada vez más relevante de la dirección técnica frente a la administración que tiende a convertirse en una actividad de control más que de gestión³, dieron lugar a una situación en la que la concentración de intereses y su entrecruce podía referirse más a las propias sociedades y a sus equipos de administración e incluso de dirección que a los socios en sí.

¹ El reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles capitalistas surge con las propias Compañías de Indias en el siglo XVII. Sobre el origen de las sociedades. Respecto al origen de la sociedad anónima en España ver el interesante trabajo de HIERRO ANIBARRO, S. «El origen de la sociedad anónima en España: la evolución del asiento de avería y el proyecto de compañías de comercio de Olivares (1521-1633)» Madrid (Tecnos) 1998.

² El reconocimiento de que unas sociedades puedan participar en el capital de otras tiene su origen en el Derecho norteamericano a mediados del siglo XIX como medio para facilitar la separación del riesgo y la dirección única de las sociedades que construían y explotaban las líneas de ferrocarriles por sistema de privilegio especial, de ahí pasó al sector del petróleo hasta que los Tribunales lo generalizaron a todos los sectores. Ver COMPTON, N. «Early History of Stock Ownership by Corporations» 9 George Washington L. Rev. 125, 131 (1940), y SEAVOY, R. «The Origins of American Business Corporation 1784-1855», Connecticut/London (Greewood Press), 1982.

³ Fenómenos descritos con singular agudeza por BERLE, A- MEANS, G. «The Modern Corporation and Private Property» New York (Brace & World), 1932.

La extensión de la posibilidad de participar en el capital de las sociedades mercantiles capitalistas a otras personas jurídicas como las fundaciones, las cooperativas o las sociedades personalistas a las que algunos ordenamientos como el español conceden personalidad jurídica una vez inscritas, extendió el ámbito del fenómeno.

Como tantas veces sucede en el Derecho en la actualidad coexisten diferentes modelos derivados de esta opción. Junto a personas físicas, familias o grupos estables de personas físicas que son titulares del capital de diferentes sociedades en proporción igual o semejante —sociedades gemelas— o que controlan un grupo piramidal o conglomerado en las que la base personal es de extrema relevancia, encontramos sociedades cotizadas con capital totalmente atomizado en el que la participación de control no alcanza nunca un porcentaje de dos dígitos y en el que muchas veces, como sucede habitualmente en el mercado japonés, son las participaciones recíprocas las que establecen el mecanismo que sustenta la concentración y el entrelazamiento de intereses.

Estos diversos fenómenos suelen ser reconducidos a la noción de grupo entendido como conjunto de entidades que actúan bajo una única dirección unitaria⁴.

⁴ Respecto a la noción de grupo ver DUQUE, J.F. «Las cuentas consolidadas en los grupos de empresas», en «Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano», Valladolid (Facultad de Derecho) 1965, II, pág. 339 y ss; id. «Concepto y significado institucional de los grupos de empresas» en «Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre», Madrid (Junta de Decanos de Colegios Notariales), 1976, III, pág. 527 y ss; id. «El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española» Revista de Derecho bancario y Bursátil 1989, pág. 465 y ss; FONT I RIBAS, A. «Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses», Revista Jurídica de Catalunya, 1982, I pág. 827 y ss; SACRISTAN REPRESA, M. «El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas» Revista de Derecho Mercantil 1982, pág. 375 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), 1986; id. «Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situación de dependencia societaria y grupo», Madrid (Ministerio de Justicia) 1987; id. «Los grupos de sociedades en la comunidad económica europea (El proyecto de novena directiva)», Cuadernos de Derecho y Comercio 1989, núm. 5, pág. 359 y ss; MASSAGUER, J. «La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídico-societarios)», Revista de Derecho Mercantil, 1989, pág. 281 y ss; LLEBOT MAJO, J.O. «Grupos de Entidades de Crédito», Madrid (Civitas), 1993; RUIZ PERIS, J.I. «Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores» Revista de Derecho Mercantil, 1995, pág. 1447 y ss; id. «Grupo y área de consolidación en el Código de Comercio» Revista de Derecho Bancario y Bursátil nº

El vínculo que une el entramado del grupo ha sido tradicionalmente el control (grupos por subordinación), el poder de influir de modo determinante en la decisión del órgano de administración de las entidades pertenecientes al grupo. Poder que originariamente surgía de la participación en el capital social ya fuera ésta, total, mayoritaria o minoritaria, cuando era suficiente para asegurar establemente la posibilidad de influir, (control interno). Control que puede ser también adquirido como consecuencia de acuerdos, entrelazamientos personales en los órganos de administración, unidos, en ocasiones, a circunstancias de hecho (control externo)⁵.

En los últimas décadas y como consecuencia de la identificación de la noción de grupo con la dirección unitaria se ha postulado igualmente la existencia de grupos en los que el vínculo que une a las entidades pertenecientes al mismo sería la autonomía de la voluntad, la libre voluntad de sus componentes que pactan un compromiso de someterse a las decisiones de una dirección única (grupos por coordinación)⁶.

La personalidad jurídica separada de las sociedades capitalistas y la posibilidad de participar unas en el capital de otras han permitido, sin duda, indudables ventajas, en particular incrementar la inversión en actividades productivas, de distribución, y de servicios, así como favorecer la acumulación de capitales necesaria para desarrollar labores de investigación y desarrollo que de otro modo serían imposibles o al menos improbables, pero también, como toda elección, conlleva algunas disfunciones y genera el riesgo de su uso abusivo.

Las preocupaciones tradicionales al respecto han sido la protección de los socios externos al grupo de control⁷, la lucha contra el debilita-

92, 2003, págs. 255 y ss; GIRGADO PERANDONES, P. «La empresa de grupo y el derecho de sociedades», Granada (Comares) 2001.

⁵ Sobre la cuestión ver RUIZ PERIS, J.I. «Significado del control empresarial en el Derecho español» en «Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont», Tomo III, págs. 3.315 y ss.

⁶ Respecto a los grupos por coordinación ver EMBID IRUJO, J. M. «Concentración de empresas y Derecho de cooperativas», Universidad de Murcia 1991; DUQUE DOMINGUEZ, J - RUIZ PERIS, J.I. «Los grupos en el ordenamiento jurídico», en BAREA, J.-JULIÁ, J.F.- MONZÓN, J.L. «Grupos empresariales de la Economía Social en España», Valencia (CIRIEC), 1999, págs. 99 y ss., y GONZÁLEZ CASTILLA, F. «Grupos paritarios de cooperativas de crédito y prácticas restrictivas de la competencia» Derecho de los Negocios, 2001, febrero, pág. 1 y ss.

⁷ Sobre la cuestión ver EMBID IRUJO, J. M. «Grupos de sociedades y accionistas minoritarios, la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo», Madrid (Ministerio de Justicia), 1987

miento de la garantía de responsabilidad en la actuación en el tráfico que supone la responsabilidad personal universal de quien actúa⁸, evitar la eliminación de la competencia, su restricción excesiva o el falseamiento de sus condiciones en el mercado, impedir que generen un poder económico que suplante al poder político o que influya de modo determinante en él o evitar que limiten el efectivo goce de los derechos fundamentales por los ciudadanos. Muchas de estas cuestiones están íntimamente interrelacionadas.

Para lograr estas finalidades se han ensayado distintas soluciones. Por comenzar por el ámbito político la formalización de las relaciones entre poder político y económico a través de la regulación de los *lobbies* o de las aportaciones económicas a las campañas electorales así como las reglas de transparencia de la financiación de los partidos son algunas de estas medidas.

Respecto a las garantías en el ejercicio de los derechos fundamentales se han establecido reglas relativas a la desconcentración de la propiedad y control de los medios de comunicación⁹.

⁸ Sobre esta cuestión ver ANTUNES, J. E. «Liability of Corporate Groups», Deventer-Boston (Kluwer) 1994; y GIRGADO PERANDONES, P. «La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo», Madrid (Marcial Pons) 2002.

⁹ En particular se han desarrollado doctrinas de equiparación de las situaciones de propiedad a las de control unificado con reflejo en la jurisprudencia española Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 de la Sala 3ª, Sección 3ª en el caso PRISA (RJ 2001/450) que anuló un acuerdo de concentración adoptado por el Consejo de Ministros entre los Grupos PRISA y GODO, atendiendo a la vulneración de la letra e) de la disposición adicional sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (declarada en vigor por la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril [RCL 1998, 1056 y 1694], General de Telecomunicaciones. El Tribunal consideró que las operaciones de concentración económica que se producen en el ámbito de los medios de comunicación social presentan una problemática específica, que impide o no consiente que sean examinadas sólo a la luz de los principios que dimanen del artículo 38 de la Constitución y que exige, además, que lo sean también desde la perspectiva del artículo 20 del mismo texto. En aquel ámbito, las citadas operaciones no deben tener como único referente la preservación del orden económico, y sí también, con carácter prioritario, la preservación del orden político y de los principios básicos de una sociedad democrática. Sobre este fundamento consideró que así como en otros ámbitos los principios del sistema económico no exigen necesariamente una pluralidad de operadores, reprimiéndose tan sólo el abuso de la posición de dominio en el mercado, en el que nos ocupa la restricción de su número acarrea el riesgo de menoscabar el pluralismo político y, con ello, la base misma del Estado democrático. El pluralismo de los medios de comunicación social es un valor en sí mismo, al ser esencial para el

La tutela de los socios externos se ha buscado mediante sistemas de protección a través de la imposición de obligaciones de información a los socios y reglas de responsabilidad frente a la sociedad de la que son socios o frente a los propios socios en sí individualmente considerados.

La lucha contra el debilitamiento de la garantía de responsabilidad en la actuación en el tráfico que supone la responsabilidad personal universal de quien actúa frente a sus acreedores se ha instrumentado a través de instrumentos como el levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades¹⁰ o la preterición de créditos de las entidades pertenecientes al grupo en el concurso.

En el ámbito de la preservación de una competencia eficaz y no falseada en el mercado se han establecido reglas de control de concentraciones, sistemas de cómputo de la cuota de mercado para fijar la posición dominante que toman en cuenta la realidad del grupo y la corresponsabilidad de la dominante¹¹ por las infracciones a las normas de competencia realizadas por otro miembro del grupo.

Esta última cuestión es la que será objeto de esta monografía. Analizaremos el fundamento y condiciones de aplicación de la corresponsabilidad en el marco de la defensa de la competencia. Para ello tomaremos en cuenta la experiencia comunitaria y española centrándonos nuestra atención en el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

proceso de formación de la opinión pública y, por tanto, para el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas. El Tribunal observó además que la garantía del pluralismo no queda satisfecha con la mera preservación del «mercado de las ideas», o lo que es igual, de la concurrencia natural de opiniones e informaciones que espontáneamente pueda generar el ejercicio de las libertades de expresión e información; exige más bien que cualquier pensamiento, idea, opinión o información tenga acceso al proceso de comunicación, y que los potenciales receptores puedan disponer de un contraste de fuentes de opinión y de información. Se satisface, pues, sujetando las operaciones de concentración de los medios de comunicación social a límites mayores y distintos de los que bastan para asegurar la libertad de empresa en una economía de mercado; a límites que garanticen la diversidad de dichos medios.

¹⁰ ANGEL YAGÚEZ, R. de «La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia», Madrid (Civitas) 1995 y BOLDO RODA, C. «Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español», Pamplona (Aranzadi) 1997 y HURTADO COBLES, J. «La doctrina del levantamiento del velo societario: estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales», Barcelona (Atelier) 2000.

¹¹ Utilizaremos indistintamente a lo largo del libro los términos dominante y «controladora» que es el usado por el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La regla de corresponsabilidad en materia de Defensa de la competencia posee un carácter marcadamente administrativo sancionador y se configura como un instrumento tendente a lograr el cumplimiento real de las prohibiciones de actos contrarios a las normas de defensa de la competencia, ya se trate de actos colusorios (art. 1 LDC y 81 Tratado), abusivos (art. 6 LDC y 82 Tratado), o falseamiento de la competencia derivado de un acto de competencia desleal (art. 7 LDC).

Pese a ello, también puede tener influencia en la imputación de la responsabilidad civil derivada de los actos de infracción de las prohibiciones como consecuencia de los daños causados a los competidores (art. 13 LDC) ya que la imputación administrativa de la conducta a la dominante, al grupo en conjunto, o a algunas otras de las entidades miembros permite que puedan ejercerse acciones contra estas entidades o contra el conjunto del grupo en sede de responsabilidad civil.

La corresponsabilidad en el Derecho de Defensa de la competencia surge en la aplicación por la Comisión y el Tribunal de Justicia, luego también por el Tribunal de Primera Instancia, de las prohibiciones contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado y se convierte en norma positiva en España a través del citado artículo 8 de la LDC en 1989.

Analizaremos por ello primeramente la jurisprudencia comunitaria al respecto para, posteriormente, centrarnos en el estudio del precepto español.

Capítulo 1

DERECHO COMUNITARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 8 Ley de Defensa de la Competencia (LDC)¹² establece de acuerdo con su título la «corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante». Esta corresponsabilidad nace de la imputación de la conducta de la filial a la dominante cuando se cumplen en la realidad los elementos enumerados en el supuesto de hecho de la norma.

El precepto, sin equivalente en nuestra anterior ley en materia de defensa de la competencia, la hoy derogada Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LRPRC)¹³, tiene sus antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CEE, relativos a la prohibición, de una parte, de los acuerdos y prácticas concertadas restrictivos de la competencia y de otra de las prácticas de abuso de posición de dominio, siempre que unas u otras puedan afectar al comercio entre los estados miembros¹⁴.

La regla de corresponsabilidad, surgida en el ámbito de la aplicación extraterritorial unilateral del derecho de defensa de la competencia ante la ausencia de organismos internacionales y reglas únicas mundiales en

¹² Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (BOE núm. 170 de 18 de julio). El precepto no ha sido objeto de reforma en las sucesivas de la ley conservando su redacción original.

¹³ Ley 10/1963, de 20 de julio de represión de prácticas restrictivas de la competencia (BOE núm. 175, de 23 de julio). Sobre la misma ver las conferencias del maestro GARRIGUES recopiladas en la obra GARRIGUES, J. «La defensa de la competencia mercantil», Madrid (Sociedad de Estudios y Publicaciones), 1964. Respecto al proyecto originalmente presentado a las Cortes, no coincidente en todo con el texto definitivo ver SÁNCHEZ CALERO, F. «El Proyecto de Ley de Represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia», RDM 1963, pág. 307 y ss.

¹⁴ El primer tratamiento general de las normas de defensa de la competencia de la CEE en nuestra doctrina puede verse en BERCOVITZ, A. «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en AAVV «Tratado de Derecho Comunitario Europeo», Madrid (Civitas), 1986, vol. II, págs 327 y ss; mas recientemente puede verse FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L. «Derecho mercantil internacional», Madrid (Tecnos), 1995, 2ª ed. en especial págs. 255 y ss. Con anterioridad a éstos solo cabe citar el trabajo de ALONSO UREBA, A. «La Competencia», RDM 1981, pág. 287 y ss.

la materia o de simple acción coordinada para la que habría que esperar a los últimos años del siglo pasado¹⁵, es expresión de la cada vez mayor tendencia de los órganos administrativos y jurisdiccionales, que ha hecho suya, en nuestro caso, el legislador, a dar relevancia jurídica a la unidad económica formada por entidades pertenecientes a un grupo, que no solo tiene por objeto excluir la posibilidad de concertación de los sujetos o entidades entre los que se reconoce la existencia de una unidad económica, como sucede cuando se aplica el privilegio del grupo¹⁶, o

¹⁵ La mundialización del derecho de defensa de la competencia está todavía en desarrollo. Si bien es cierto que asistimos a un proceso progresivo de creación de normas de defensa de la competencia en los antiguos países del área socialista y en los que están en vías de desarrollo no lo es menos que los instrumentos internacionales cuyo espacio natural sería la OMC y los acuerdos GATT están todavía en una fase muy embrionaria de estudio desarrollado por el denominado «Grupo de trabajo sobre la interacción entre comercio y política de competencia» cuyo último Informe anual de 17 de julio de 2003 (Documento WT/WGTCP/7) no permite abrigar esperanzas a corto plazo. De momento no es previsible la creación de normas uniformes o instituciones internacionales competentes para la persecución de las infracciones en materia de defensa de la competencia o para la resolución de conflictos entre las diferentes autoridades. Frente a ello existe una cada vez mayor conciencia de la necesidad de algún tipo de instrumento o institución que permita responder adecuadamente a los retos planteados por las concentraciones de efecto global o por los carteles internacionales por solo citar algunos ejemplos. En la actualidad la vía de la cooperación entre autoridades de defensa de la competencia es la que presenta mayor desarrollo. Ya sea entre autoridades de la Unión Europea y de sus diferentes Estados miembros —ver por ejemplo el reciente Reglamento (CE) Nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado— ya a través de la cooperación entre autoridades europeas y extracomunitarias, que contienen medidas de cortesía negativa y de cortesía positiva, como es el caso de los Acuerdos de cooperación con USA de 23 de septiembre de 1991 y de 4 de junio de 1998, unidos a algunos arreglos que permiten progresar lentamente en la cooperación como el «Administrative Arrangement on Attendance» de 31 de marzo de 1999 y el «Best Practice on EU/US cooperation in merger cases» de 30 de octubre de 2002. De hecho la idea de cooperación se ha extendido igualmente al ámbito nacional en aquellos países como el nuestro en que existen organismos descentralizados de control de la competencia. Ver Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia, aprobada como consecuencia de la STC de 11 de noviembre de 1999, que ha permitido la creación del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Generalitat de Cataluña, creado mediante el Decreto 222/2002, de 27 de agosto (DOGC n. 3711, de 2 de septiembre de 2002).

¹⁶ Entendemos por privilegio del grupo el conjunto de doctrinas aplicadas por las autoridades de defensa de la competencia y tribunales de justicia por las que, bajo ciertas circunstancias y cumpliendo determinados requisitos, se considera que un acuerdo restrictivo adoptado entre empresas pertenecientes a un mismo grupo que

permitir agregar magnitudes, como sucede cuando se trata de determinar el volumen de negocios de un grupo para saber si se superan los umbrales que activan el control de concentraciones¹⁷, o para determinar la existencia de una posición de dominio¹⁸, sino también el de imputar¹⁹ a la dominante los actos realizados por la dominada generando la corresponsabilidad de ésta.

Pese a que el fundamento de todos estos casos es común, las soluciones y requisitos exigidos por el legislador, los tribunales o las autoridades administrativas de defensa de la competencia en uno u otro caso varían²⁰ atendiendo a las finalidades perseguidas por la norma en cuestión. Centraremos nuestra atención en las diferencias existentes entre el privilegio del grupo y la imputación de responsabilidad.

1. Imputación de responsabilidad y privilegio del grupo

Es recurrente en la doctrina, práctica administrativa y jurisprudencia la afirmación de que la imputación de responsabilidad como consecuen-

constituyan una única unidad económica no es ilícito. Sobre la cuestión ver RUIZ PERIS, J.I. «El privilegio del grupo», Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

¹⁷ En materia de concentraciones hay que señalar la reciente entrada en vigor (mayo 2004) del nuevo Reglamento 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOCE L 24 de 29 de enero de 2004 que entrará en vigor en mayo de 2004 sustituyendo al Reglamento 4064/1989 de 21 de diciembre de 1989 (DOCE L 395 de 30.12.1989, p. 1; versión rectificada en el DO L 257 de 21.9.1990, p. 13; Reglamento cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) no 1310/97 (DO L 180 de 9.7.1997, p. 1); corrección de errores en el DO L 40 de 13.2.1998, p. 17. Respecto a la normativa de control de concentraciones y en particular a las reglas de cómputo a efectos de determinar si se han superado los umbrales a partir de los cuales se produce el control de la operación, en vigencia del Reglamento 4064/1989 ver MIRANDA SERRANO, L.M. «Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español», Madrid (La Ley) 1994 y BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. «Concentración de empresas de dimensión comunitaria», Pamplona (Aranzadi), 1997.

¹⁸ Ejemplos de la utilización del criterio de la unidad económica como mecanismo de cómputo a los efectos de determinar la existencia de posición de dominio los tenemos en las decisiones de la Comisión en los casos «Chiquita», de 17 de diciembre de 1975 (DOCE L 95, de 1976), «BP» de 19 de abril de 1977 (DOCE L 117, de 1977). Sobre esta última ver el comentario de HOOREMAN, D. «La decisión «BP Netherland» de la Commission des Communautés européennes et l'article 82 du Traité de Rome» en Recueil Dalloz Sirey, 19, 1978, Chronique, pág. 114 y ss.

¹⁹ Respecto a las cuestiones relativas a la imputación ver LARENZ, K. «Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung», Leipzig, 1927.

²⁰ Sobre las diferentes funciones que cumple el principio de unidad económica en cada caso y las diferencias en su aplicación ver RUIZ PERIS, J.I. «El privilegio...» op. cit. págs. 44 y ss.

cia de la unidad económica es la otra cara del privilegio del grupo. Esto sin embargo no es así.

El significado de esta afirmación se comprende con toda claridad si tomamos en cuenta que las soluciones técnico-jurídicas que en principio nos parecerían aceptables respecto a uno de estos casos nos resultarían extravagantes y peligrosas respecto al otro.

Mientras que el privilegio del grupo implica una exoneración de responsabilidad para las empresas participantes pertenecientes a éste en cuanto las libera de la infracción, la regla de corresponsabilidad supone exactamente lo contrario, la imputación de la dominante que en otro caso no soportaría responsabilidad alguna.

Tomando un ejemplo usado por mí en otro lugar²¹ 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.

De otra parte el ámbito de aplicación de la exclusión de prohibiciones no coincide con el de la corresponsabilidad, como ya pusimos de manifiesto anteriormente²².

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 81.1º 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 ello podrá existir corresponsabilidad por infracción del art. 81.1 Tratado de Roma o 1 LDC, pero también como consecuencia de un abuso de posición de dominio prohibido por los artículos 82 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.

²¹ RUIZ PERIS, J.I. «El privilegio...» op. cit., pág. 50.

²² RUIZ PERIS, J.I. «El privilegio...» op. cit., pág. 51.

Del mismo modo parece claro —tal y como ya hemos indicado en otro lugar²³— 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 CAMPSA²⁴, 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 —como también indicamos con anterioridad²⁵— 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.

De otra parte las consecuencias de la imputación de responsabilidad pueden ser sancionadoras —con multa de hasta el 10% del volumen de negocios— en tanto que de la aplicación del privilegio del grupo no deriva ninguna consecuencia de tal carácter.

Esta conclusión es extraordinariamente relevante respecto a la apreciación de los requisitos para la aplicación de una y otra doctrina —privilegio del grupo e imputación de responsabilidad— ya que respecto a la segunda las consecuencias de derecho administrativo sancionador

²³ RUIZ PERIS, J.I. «El privilegio...» op. cit. pág. 51.

²⁴ RAJ 9902/1993.

²⁵ RUIZ PERIS, J.I. «El privilegio...» op. cit. pág. 52.

exigen el respeto de los derechos de la defensa, a la presunción de inocencia²⁶ y una interpretación estricta de los preceptos, lo que no sucederá en el caso de la primera. Derivada la responsabilidad civil, como veremos, de la imputación de la conducta en sede administrativa, este carácter restrictivo de la imputación tendrá reflejo respecto a ésta.

Es por todo ello preciso realizar un tratamiento separado de los dos casos que atienden a requisitos que no tienen por que ser idénticos y de hecho no lo son.

2. Imputación de responsabilidad y levantamiento del velo de la personalidad jurídica

Es igualmente común en algún sector de la doctrina de grupos²⁷, aunque no en la de defensa de la competencia, la afirmación de que la imputación de responsabilidad como consecuencia del reconocimiento de la existencia de una única unidad económica es un supuesto de levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Ello tampoco es así.

La imputación de la responsabilidad por constatación de la existencia de una única unidad económica, no constituye una forma de levantamiento del velo de la personalidad jurídica²⁸, sino que obedece a funda-

²⁶ De acuerdo con la STC 76/1990, de 26 de abril «la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.» Y continúa diciendo «toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el art. 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción.»

²⁷ Ver por ejemplo BOLDO RODA, C. «Levantamiento...», op. cit. pág. 401 que lo configura como un supuesto legal de levantamiento del velo.

²⁸ Tal y como ya afirmamos en RUIZ PERIS, J.I. «El privilegio...» op. cit., págs. 77-78. Parece conforme con la negación GIRGADO PERANDONES, P. «La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupos», Madrid (Marcial Pons) 2002 (pág. 82).

mentos y motivaciones distintas de éste. En concreto es consecuencia de la regla de interpretación del Derecho de la competencia en virtud de la cual sus preceptos deben de ser aplicados a tendiendo a la realidad económica y no a la forma jurídica y de la que establece que el sujeto destinatario de las normas de competencia es la empresa y no la persona física o jurídica.

La interpretación económica del Derecho de defensa de la competencia no solo se refleja en esta sede, sino en aplicaciones tales como el reconocimiento de la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia independientemente de la existencia de un contrato o acto jurídico del que surjan obligaciones para las partes —acuerdos, prácticas concertadas y conscientemente paralelas—, la afirmación de la existencia de una concentración independientemente del instrumento jurídico elegido para realizarla —fusión, escisión, toma de control, la determinación del volumen de negocio o la cuota del mercado relevante agregando las magnitudes correspondientes a todos los miembros del grupo que participen en dicho mercado, o la decisión respecto al montante de la sanción atendiendo al volumen de negocio y participación en el mercado de las entidades que constituyan una única unidad económica.

Por su parte la identificación como sujeto destinatario de la norma de la empresa, tiene carácter general, respecto a todas las normas de defensa de la competencia.

La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad, en cambio, inaplica la misma en casos excepcionales en los que se considera que se ha abusado 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 ficción²⁹.

²⁹ La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica encuentra su fundamento, según la corriente dominante de la jurisprudencia española, en el abuso de derecho, el fraude de ley y la violación de la buena fe. Sin duda quien realiza uno de los actos que en otros ordenamientos dan lugar al levantamiento del velo puede realizar una conducta fraudulenta, como por ejemplo cuando infringe la norma de cobertura que confiere personalidad jurídica a la sociedad para infringir la norma —norma defraudada— que le impide desarrollar una actividad o que le impone el cumplimiento de un contrato que establece una prohibición de competencia. Igualmente puede abusar del derecho que la ley le confiere a limitar su responsabilidad a lo aportado cuando la utiliza para evitar la imputación de responsabilidad derivada de actos queridos e ilícitos, por ejemplo vertidos tóxicos medioambientales, frente a los terceros dañados que solicitan una indemnización de daños y perjuicios y es obvio que estas conductas pueden ser contrarias a la buena fe. Pero estos criterios no nos dicen nada respecto a cuales serán los requisitos de aplicación de la norma. No toda

conducta contraria a la buena fe da lugar al levantamiento del velo, tampoco toda conducta defraudatoria o abusiva. Los Tribunales españoles tienen la costumbre de citar nuestro *leading case*, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984, para inmediatamente extraer del caso los elementos que les llevan a aplicar la doctrina sin ningún nexo lógico entre la fundamentación y los hechos relevantes. Ello confiere al resultado —el levantamiento del velo— características impredecibles mucho mayores que en otros ordenamientos y de carácter atécnico. Parece razonable que los juzgadores hagan un esfuerzo por crear un hilo lógico entre la fundamentación y los hechos que convengan a las partes de la correcta aplicación de la doctrina y no se escuden en una supuesta «obviedad» respecto a que los hechos del caso cumplen los requisitos —de otra parte no formulados en nuestra jurisprudencia— para dar lugar al levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Sería recomendable que se incorporaran a nuestra doctrina jurisprudencial criterios de sistematicidad que permitieran avanzar en esa vía. Ejemplo de lo dicho es, por solo tomar uno, la Sentencia del Audiencia Provincial Murcia núm. 144/2002 (Sección 4ª), de 13 abril (AC 2002/1397). En el caso la parte actora había alegado confusión patrimonial entre el socio mayoritario de la sociedad que poseía 5000 de las 5050 acciones sociales y uso por este de la sociedad como «escudo» de sus operaciones. El Tribunal levantó el velo alegando exclusivamente el carácter de cuasi unipersonal de la participación en el capital sin fundamentar lo más mínimo la confusión patrimonial o el uso instrumental de la sociedad y mucho menos la vinculación de la unipersonalidad societaria —situación perfectamente legítima— con el fraude de ley, el abuso de derecho o al buena fe.

Hasta que nuestra jurisprudencia rectifique estaremos en esta situación y habrá que limitarse a recoger los dos casos más citados al respecto. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800) de acuerdo con la cual hay que entender «Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1. y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 del Código Civil) admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o «de los derechos de los demás» (art. 10 de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (art. 7.2 del Código Civil)». Y la sentencia de 20 de junio de 1991 (RJ 1991, 4526) pone de manifiesto «La práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC) o la conducta fraudulenta en general, admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (levantar el velo) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás, fundamento del orden público y de la paz social, es doctrina jurisprudencial consolidada. El fraude es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como

Por tanto, a diferencia de cuanto sucede respecto al levantamiento del velo de la personalidad jurídica, nos encontramos ante supuestos fisiológicos y no patológicos. Las filiales cuya conducta se imputa a la dominante no han sido constituidas, habitualmente, con finalidad defraudadora ni se han usado las mismas en modo contrario a la buena fe o abusando de su personalidad. De hecho, desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia es indiferente que así sea. Se imputará la responsabilidad tanto en los casos en que la filial haya sido constituida o sea usada con estos fines, como en los que sea una sociedad plenamente respetuosa de su estatuto de persona jurídica separada —por ej, filial controlada al 51% que actúa de forma autónoma en el mercado que recibe instrucciones de la matriz de participar en un acuerdo restrictivo de la competencia y que las cumple—.

La aplicación de la doctrina de la unidad económica tiene carácter general en tanto que la de la del levantamiento del velo de la personalidad jurídica lo tiene excepcional.

La doctrina de la unidad económica 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.

De otra parte la doctrina de la unidad económica se aplica independientemente de la técnica de control usada y en particular, con absoluta independencia de la condición de socio de la controladora, en tanto que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo está limitada a aquéllos casos en que la dominante es socio de la dominada.

subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas, implicando, en el fondo, un acto contra legem, por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal sino, al revés, buscando unas aparentes formas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu, de forma que el «*fraus alterius* o *fraus hominis*» implica, con carácter general, un «*fraus legis*». Respecto a la doctrina española en la materia ver ANGEL YAGÜEZ, R. de «La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia», Madrid (Civitas) 1995 y BOLDO RODA, C. «Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español», Pamplona (Aranzadi) 1997 y HURTADO COBLES, J. «La doctrina del levantamiento del velo societario: estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales», Barcelona (Atelier) 2000.

Los requisitos de aplicación de ambas doctrinas son distintos, en particular como hemos visto, la aplicación de la doctrina de la unidad económica se producirá con independencia de la existencia de abuso de derecho, de fraude de ley o de violación del principio general de buena fe³⁰.

Para confirmar estas afirmaciones es conveniente realizar una breve exposición de la doctrina del levantamiento de la personalidad jurídica.

El levantamiento del velo, y en particular el que tiene como consecuencia la imputación de la responsabilidad a los socios, tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana.

En la *common law*, la responsabilidad limitada es el principio general que caracteriza a los *shareholders* de la *corporation* norteamericana. Esta se funda sobre la *separateness*, alteridad, de la *corporation* elevada al estatus de persona jurídica capaz de estipular y ejecutar contratos y de ser titular de derechos y obligaciones distintas de aquellos de sus *shareholders*.

Como excepción a esta regla general los tribunales norteamericanos han superado algunas veces el velo de la personalidad jurídica de una sociedad, para ver a través del mismo la composición de su accionariado con los fines más diversos, y entre ellos con el fin de determinar la responsabilidad de la controlante, sea una persona física o jurídica, por las deudas de la controlada.

Las doctrinas empleadas para ello han sido dos: la *instrumentality doctrine*³¹ a mediados de los años treinta del siglo XX, y la *the alter ego doctrine* que la sustituyó progresivamente y en cuya aplicación los Tribunales norteamericanos utilizan todavía argumentos procedentes de la anterior.

La *instrumentality doctrine* exige el cumplimiento de tres requisitos para el levantamiento del velo: *excessive exercise of control*, *wrongful or inequitable conduct* y *causal link to the plaintiff's loss*.

Por su parte la *alter ego doctrine* se funda en la constatación de dos requisitos: el *formalities requirement* de acuerdo con el cual es necesario que *there must be such unity of interest and ownership that the separate personalities of the corporation and the individual no longer exist*, expresión de la idea de que si una organización quiere ser contemplada como una sociedad de capitales, debe de comportarse como tal, y

³⁰ Fundamentos del levantamiento del velo en nuestra jurisprudencia.

³¹ Desarrollada por POWEL, F. «Parent and Subsidiary Corporations», Chicago 1931, y aplicada por vez primera en el caso «Lowendal v. Baltimore & Ohio Railroad» 247 A.D. 144, 287 N.Y.S. 62 (1st Dep.), *aff'd*, 272 N.Y. 360, 6 N.E. 2d. 56 (1936).

el *Fairness requirement* según el cual *if the acts are treated as those of the corporation alone an inequitable result will follow*, que fue elaborado con posterioridad en torno al problema de la infracapitalización³².

Pese al uso de estos criterios la aplicación de la doctrina presenta grandes dosis de incertidumbre. El problema se presenta en la dificultad de establecer criterios fijos para determinar que conductas dan lugar al levantamiento del velo de la personalidad jurídica — *to pierce the corporate veil*—.

La jurisprudencia norteamericana en la materia es absolutamente casuística y algunas veces contradictoria hasta el punto que se ha llegado a afirmar que el principio de la responsabilidad limitada no encuentra aplicación cuando los tribunales consideren oportuno prescindir de ello³³.

En este sentido la única guía posible son los frecuentes elencos realizados por la jurisprudencia de los factores que pueden incidir sobre la decisión de ignorar el velo social. El *leading case* en este punto es el caso *Fish v. East*³⁴, donde se contienen las siguientes circunstancias: la controlante posee el íntegro capital accionario, o la mayoría de la controlada; las dos sociedades tienen los mismos dirigentes; la controlante financia a la controlada; la controlante suscribe el íntegro capital social de la controlada o provoca de otro modo su creación; la subsidiaria está claramente subcapitalizada; la controlante paga sueldos, gastos y pérdidas de la controlada; la controlada desarrolla negocios, sustancialmente, únicamente con la controlante y no posee bienes con excepción de aquellos transmitidos por ésta a la última; en los documentos de la controlante y en las afirmaciones de sus dirigentes, la controlada está indicada como departamento división; los dirigentes o funcionarios de la controlada no actúan autónomamente en el interés de la sociedad sino que reciben directivas de la controlante; y en fin, los procedimientos formales de la controlada en cuanto sociedad independiente y separada no son observados³⁵.

³² Sobre estas cuestiones ver BLUMBERG, p. «The Law of Corporate Groups» T. III «Tort, Contract and other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations», Boston (Little) 1987. (pág. 105 y ss.).

³³ PARDOLESI, R. «Veil piercing e analisi economica del diritto» en «Responsabilità limitata e gruppi di società», Milano (Giuffrè) 1987, págs. 137 y ss. (140).

³⁴ 114 F. 2d 177, 191 (10 cir. 1940).

³⁵ Este listado ha sido reproducido posteriormente en multitud de casos. Ver *Roscoe Turner Aeronautical Corp.* 324 F. 2d 157 (7th Cir. 1963); *Allegheny Airlines, Inc. v. U.S.* (7th Cir. 1974); *Bernardin, Inc. v. Midland Oil Corp.* 520 F. 2d 771 (5th Cir. 1976) o *Johnson v. Warnaco, Inc.* 426 F. Supp. 44, 49 (S.D. Miss. 1973).

En esta variada lista encontramos hipótesis que van de aquélla del único accionista a la infracapitalización, o a la confusión patrimonial. A estas hipótesis debemos añadir las enumeradas en el caso *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.*³⁶, en el cual la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica es utilizada para determinar la responsabilidad personal del socio. Estos criterios son los siguientes: la desviación de fondos o bienes societarios para fines externos, la confianza inducida en terceros acerca de la responsabilidad personal del socio por las obligaciones sociales, el uso de los mismos locales por parte de la sociedad y de sus socios como individuos, el recurso al mismo abogado o profesional cualificado, y en fin la inclinación a esconder la *identity of interests* en la sociedad y en la actividad empresarial de los socios.

Unidad de interés entre sociedad y socio respecto a los contratos o actos, identificación de la relación entre sociedad y socio como relación semejante a la de propiedad y resultado inequitativo del tratamiento de la conducta de la sociedad como conducta propia son los pilares en los que se fundamenta la doctrina.

Además de la predominante *alter ego doctrine*, el ordenamiento norteamericano presenta otras doctrinas que explican el fenómeno de la superación de la personalidad jurídica en las sociedades de capitales basadas, en la idea de fraude, la «*implied agency*», el mecanismo del «*stoppel*», que han tenido la más variada fortuna.

Pero el problema de fondo continúa siempre en la ausencia de criterios legales o jurisprudenciales suficientemente claros y precisos en su aplicación para hacer predecible que conductas acarrearán el levantamiento del velo extendiendo con ello la responsabilidad a la controlante por las deudas de la controlada³⁷.

La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica con resultado de responsabilidad fue sistematizada, desde la perspectiva del Derecho continental por la dogmática alemana a través de la llamada *Durchgriffshaftung*.

La *Durchgriffshaftung* se configura como una excepción a la regla general de la autonomía patrimonial de la persona jurídica en el derecho

³⁶ 210 Cal. App. 2d 825, 26 Cal. Rptr, 806 (1962).

³⁷ Además de los escasamente predecible que es su aplicación y la incertidumbre que ello conlleva, la doctrina del levantamiento del velo ha sido criticada por su inconsistencia. Sobre la cuestión ver ANTUNES, J.E. «*Liability...*» op. cit. págs. 261 y ss., que contienen un excelente resumen de los argumentos aportados por la doctrina al respecto.

alemán³⁸. El sistema por tanto se basa en una regla general y un límite a esta regla, que constituye un correctivo al principio. La regla general establece que la autonomía patrimonial de la persona jurídica como entidad patrimonial distinta de los socios mismos subsiste, sólo si los socios se sitúan respecto a la sociedad como autónomos sujetos de derecho, y si la persona jurídica es efectivamente capaz en cuanto tal de una vida autónoma. El límite al principio consiste en el hecho de que los socios responden personalmente por las obligaciones de la persona jurídica cuando no vengán satisfechas las condiciones necesarias para su autonomía patrimonial o si la limitación de responsabilidad viene utilizada por los mismos para fines no considerados tutelables por parte del ordenamiento.

El razonamiento jurídico que se encuentra en la base de esta excepción es el siguiente. La persona jurídica en general, y las sociedades comerciales en particular son consideradas por la doctrina alemana contemporánea como entidades que persiguen una finalidad.

Cada entidad corre el riesgo de ser utilizada en modo abusivo para la consecución de fines contrarios a su propia causa. Por esta razón, las sociedades deben de ser protegidas, frente a toda utilización contraria a sus propias finalidades. El derecho alemán acuerda esta protección a través el *Durchgriff*

El *Durchgriff*, implica que los acreedores de la sociedad controlada, no vean sus posibilidades de acción limitadas al patrimonio de la controlada sino que puedan actuar frente a las persona, físicas o jurídicas, ocultas detrás del velo social en modo que éstas respondan de las deudas de la sociedad controlada por las mismas.

Los casos en que el *Durchgriff* se aplica pueden ser reducidos a tres grupos. La primera hipótesis atiende a los casos de *Underkapitalisierung*, esto es de infracapitalización. En estos casos, según la opinión domi-

³⁸ Respecto a la *Durchgriffshaftung*, que algunos autores remontan a la sentencia del Reichsgerichts de 20 de junio de 1920 (RGZ, 99, s. 232), ver LUTTER, M. «*Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe*» 11 ZGR (1982) 244 y ss, una versión en francés bajo el título «*La Responsabilité civile dans les groupes de sociétés*» puede verse en *Revue des Sociétés* 1981, págs. 697 y ss; La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica tiene, sin embargo escasa importancia en Alemania respecto a la imputación de responsabilidad a la dominante como consecuencia de la existencia de normas legales de grupos —*Konzern*— desde la AktG Gesetz de 1937 hasta nuestros días. Respecto a los supuestos más importantes de aplicación ver SCHMIDT, K. «*Zum Haftungsdurchgriff wegen Sphärenvermischung und zur Haftungsverfassung im GmbH-Konzern*» BB (1985), págs. 2074 y ss.

nante en doctrina y del sector mayoritario en la jurisprudencia los socios de la sociedad no pueden hacer valer el principio de la responsabilidad limitada establecido por los parágrafos 1 AktG Abs. 1, 13 Abs.2 GmbHG, y 2 GenossenschaftsG cuando la sociedad por ellos dominada está provista de un capital que no es adecuado para la consecución del objeto social o para la amplitud de sus actividades. Esto es cuando existe una desproporción anormal entre el volumen de negocios de la sociedad y los medios propios de los cuales ésta dispone.

El razonamiento jurídico es el siguiente: La función jurídica del capital social de una sociedad, es la de garantizar la solidez financiera de ésta, esto es la llamada función de garantía del capital social. Se quiere respetar los fines perseguidos por la Ley, la importancia del capital debe corresponder a los riesgos económicos soportados por la sociedad: Un capital manifiestamente insuficiente no cumple la finalidad perseguida por la Ley, en modo que no puede nacer el privilegio de la responsabilidad limitada.

La jurisprudencia alemana acepta este resultado pero no la argumentación doctrinal hasta aquí expuesta. Los tribunales llegan a las mismas consecuencias a través del fundamento de la responsabilidad por daño ilícito del parágrafo 826 BGB.

En materia de grupos de sociedades las conclusiones expuestas implican que una sociedad que controle otra a través de participaciones en su capital, y la dota de un capital manifiestamente insuficiente responde en caso de quiebra de la misma, de todas las deudas de ella.

El segundo grupo, viene constituido por los casos de confusión, tanto de confusión patrimonial, como de confusión de esferas de actividad *Spherenvermischung*. En estos casos la jurisprudencia ha hecho uso del principio del *venire contra factum proprium*, en el sentido de que aquél que no respeta las reglas de separación patrimoniales, no puede posteriormente invocar las mismas frente a los acreedores de la sociedad y deberá responder personalmente con sus propios bienes de las deudas de la sociedad. Y que la apariencia de identidad creada por un sujeto que controla una sociedad entre su actividad y aquélla de la sociedad, conduce a la identidad a los efectos de la responsabilidad.

El tercer y último grupo viene constituido de los casos de *Institutsmisbrauch*, esto es los casos de abuso de la personalidad jurídica. Se trata de casos en los cuales se produce una utilización instrumental de la personalidad jurídica contraria a los fines de esa institución. La jurisprudencia da solución a estos casos también en vía de daño ilícito a través del artículo 826 BGB.

La recepción de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en sede comunitaria se produjo prácticamente desde las primeras sentencias del Tribunal de Justicia, y por supuesto también en sede de defensa de la competencia. Los Tribunales comunitarios, en aquellos asuntos en que eran competentes, han hecho una aplicación semejante a la alemana.

Sin embargo la aplicación de la doctrina, en materia de defensa de la competencia se realiza generalmente con independencia de la regla de imputación de responsabilidad por la existencia de unidad económica que se configura como aplicación general de las reglas de aplicación del Derecho de la competencia en virtud de las cuales debe tenerse presente la realidad económica y no la forma jurídica y el destinatario de las normas de defensa de la competencia son las empresas y no las personas físicas o jurídicas.

El problema se plantea porque existen casos en que coexisten ambos fundamentos. Ello es particularmente relevante respecto de aquéllos en que se aplica la doctrina de la unidad económica a supuestos en los que no se puede apreciar claramente la existencia de control. Se trata de casos en que además de constituir las dos entidades una única unidad económica y por tanto una empresa, en el sentido del Derecho de la competencia, puede imputarse igualmente la responsabilidad fundándola en uno de los supuestos de levantamiento del velo de la personalidad jurídica. La ausencia de un deslinde claro, en estas sentencias, entre los argumentos derivados de la aplicación de las normas de competencia atendiendo a la realidad económica y los que reconocen en el caso la existencia de un supuesto de levantamiento del velo de la personalidad jurídica concurrente, generan en ocasiones la equivocada impresión de que el fundamento de la imputación de responsabilidad por reconocimiento de la existencia de una única unidad económica estriba en la doctrina del levantamiento del velo³⁹.

El levantamiento del velo se configura así como un fundamento residual o concurrente respecto a la doctrina de la unidad de empresa en el

³⁹ Un ejemplo de lo dicho es la sentencia del TPI de 14 de mayo de 1998 en el caso «Metsä», en que el Tribunal argumentó conjuntamente respecto a la existencia de una única unidad económica entre cuatro productores fineses de cartoncillo y la asociación comercializadora conjunta de la que eran miembros que había participado en un cartel de precios y que no demostró que controlaran conjunta o individualmente. En este caso, junto a los argumentos propios de la constatación de la existencia de una única empresa se alegó que la asociación había actuado como *alter ego* de los asociados.

Derecho de la competencia. Residual ya que cuando uno de los elementos típicos de la doctrina de la unidad de empresa, en particular en su actual formulación la existencia de control, no puede ser probado de forma fehaciente y concurre un caso de levantamiento del velo de la personalidad jurídica que podemos imputar la conducta de la entidad que participó directamente e la conducta infractora permitirá en estos casos fundar la aplicación del resultado de imputación. Concurrente porque en los casos en que se reconozcan plenamente la existencia de los requisitos de aplicación de la doctrina de la unidad económica y coexista un supuesto de levantamiento del velo de la personalidad jurídica permitirá reforzar la argumentación tendente a la imputación de la responsabilidad a la controlante.

3. Presencia de la regla de imputación de responsabilidad otros ordenamientos

Centrándonos en el supuesto de corresponsabilidad en materia de defensa de la competencia, que es el que nos ocupa, hay que poner de relieve que tal corresponsabilidad no existe en todos los ordenamientos si bien se haya presente tanto en contextos nacionales como internacionales —en este caso en el marco del *soft law* o de los proyectos de normas uniformes—. Pese a ello en la mayor parte de los ordenamientos nacionales de defensa de la competencia no existen normas específicas de responsabilidad de la dominante en materia de defensa de la competencia, lo cual obedece a dos razones distintas. En los poco desarrollados que contienen normas de defensa de la competencia *ad pompam vel ostentationem*⁴⁰ la razón estriba en la efectiva inaplicación de las normas de defensa de la competencia. En los más desarrollados con plena aplicación de la misma, la razón no es otra que la existencia de vías legales de corresponsabilidad en el ámbito administrativo de carácter general que evitan la necesidad de acudir a este género de expediente y la activa utilización —por vía legal o jurisprudencial— de reglas de corresponsabilidad civil en el ámbito de los grupos⁴¹.

⁴⁰ En expresión usada por BROSETA, M, respecto a la Ley Española de Prácticas Restrictivas de la Competencia.

⁴¹ Así sucede con uso de instrumentos jurídicos distintos en USA —levantamiento del velo de la personalidad jurídica— o en Alemania —responsabilidad en el seno del Konzern— por solo citar dos de los ejemplos más relevantes.

Especialmente relevante, en este punto, es el caso norteamericano en 90% de las acciones son *private suites* en las que se obtiene directamente la responsabilidad civil sin decisión administrativa previa.

En este sentido podemos afirmar que un sistema de acciones privadas que no dependa de la declaración administrativa previa de la ilicitud de la conducta unido a un sistema de imputación de la responsabilidad civil y administrativa a la dominante en el seno del grupo de carácter general, esto es, no específico para el Derecho de la competencia, hacen que las probabilidades de aparición de una doctrina de la imputación con resultado de responsabilidad en el ordenamiento de defensa de la competencia se reduzcan.

Quizá sea esta la razón fundamental de su nacimiento y desarrollo en el ámbito comunitario, en la que los órganos comunitarios carecen de competencias relativas a la ejecución de las sanciones administrativas y a la declaración, cuantificación y ejecución de los daños y perjuicios irrogados a los particulares, y en los que dichos órganos están confrontados a tradiciones jurídicas nacionales muy distintas en cuanto a la imputación de responsabilidades administrativas y civiles a la controladora.

El trasvase a un sistema como el nuestro quizá tuvo su origen en el mimetismo demostrado en todo momento por el legislador nacional y por los órganos de defensa de la competencia respecto a las soluciones comunitarias. Mimetismo que implica ventajas para los operadores económicos que solo deben tomar en cuenta un tipo de soluciones y una interpretación de los preceptos en el ámbito nacional y comunitario, y respecto al «think tank» que suponen las doctrinas elaboradas en el ámbito comunitario respecto a la aplicación de las normas nacionales, pero que suele tener el perverso efecto de limitar la discusión respecto a las soluciones comunitarias sin contemplar soluciones autónomas, de limitar con ello las decisiones nacionales de política económica y de empobrecer el debate sobre las normas nacionales de defensa de la competencia en nuestro país.

Dados estos antecedentes, carece de sentido una exposición detallada de las escasas soluciones comparables en el ámbito de otros ordenamientos, por lo que centraremos nuestra atención en la experiencia comunitaria para pasar luego al análisis del artículo 8 LDC.

En consecuencia a lo largo de este primer capítulo analizaremos la construcción de la jurisprudencia comunitaria sobre la cuestión que nos ocupa, para posteriormente, en el capítulo segundo revisar la situación previa a la aprobación de la ley de defensa de la competencia de 1989 y el *iter legislativo* del artículo 8 de la misma. En el capítulo tercero ana-

lizaremos el supuesto de hecho de la norma, para en el capítulo cuarto y último concluir hablando de su consecuencia jurídica, la imputación haciendo una referencia especial al reflejo de la regla de corresponsabilidad en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de los daños a competidores producidos por la infracción de la prohibición.

II. LA CORRESPONSABILIDAD DE LA DOMINANTE EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMUNITARIO

1. Origen y significado de la construcción comunitaria de la corresponsabilidad de la dominante

El artículo 23.2 a del Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 del Consejo que entrará en vigor el 1 de mayo de 2004 establece que.

«2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas⁴² cuando, de forma deliberada o por negligencia:

a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;»

Este precepto, en vigor desde 1 de mayo de 2004, sustituye al antiguo artículo 15.2 del Reglamento nº 17/65 de acuerdo con el cual

«2. La Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas que vayan de un mínimo de mil unidades de cuenta a un máximo de un millón de unidades de cuenta, pudiéndose elevar este límite máximo hasta el diez por ciento del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico precedente por cada empresa que hubiere tomado parte en la infracción cuando, deliberadamente o por negligencia: a) cometan una infracción a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85, o del artículo 86 del Tratado»

Aunque ni uno, ni otro precepto hagan referencia expresa a la imputación a la corresponsabilidad de la dominante, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia han desarrollado una doctrina persistente al respecto que desgraciadamente adolece de grandes dosis de ambigüedad tanto en su fundamentación como en su aplicación en perjuicio de la seguridad jurídica de los operadores y de la previsibilidad de las decisiones que se puedan adoptar en estos casos.

⁴² Respecto a las asociaciones de empresas y el Derecho de defensa de la competencia ver BERCOVITZ, A. «Asociaciones y uniones de empresas y prácticas restrictivas de la competencia», Madrid (Sociedad de Estudios y Publicaciones), 1969.

La corresponsabilidad de la dominante por los actos anticompetitivos prohibidos realizados por la dominada, surge por primera vez en el Derecho comunitario, en el marco de la determinación del ámbito de aplicación del Derecho de defensa de la competencia comunitario, y en particular respecto a la aplicabilidad de las prohibiciones contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, respecto a acuerdos entre empresas establecidas en el exterior de la Unión, que, a través de sus filiales, producían efectos restrictivos en el interior del mercado común⁴³.

De acuerdo con ambos preceptos sus prohibiciones son aplicables a las conductas que restringen o falsean la competencia en el interior del mercado común afectando al comercio entre los Estados miembros.

Ello planteaba la cuestión de si debían considerarse prohibidos los acuerdos restrictivos entre empresas establecidas fuera de la comunidad, o las decisiones abusivas de una empresa de dichas características, que produjeran sus efectos restrictivos dentro del territorio comunitario, como consecuencia de la ejecución por parte de las filiales intracomunitarias de las instrucciones impartidas por aquellas o del seguimiento de la política comercial establecida por las entidades dominantes extracomunitarias. La cuestión era, y continúa siendo, especialmente relevante por cuanto el Tratado no contiene ninguna norma de colisión al respecto.

La Comisión, desde un primer momento, adoptó doctrinas, fundadas en la jurisprudencia norteamericana, justificativas de la aplicación de las prohibiciones contenidas en los preceptos comunitarios antes cita-

⁴³ Aunque la bibliografía sobre estas cuestiones no es muy amplia, además de los concretos comentarios a las decisiones y sentencias que la crearon y desarrollaron, podemos citar los trabajos de FOCSANEANU, L. «Concurrence et groupes de sociétés», *Revue Marché Commun*, 1970, pág. 512 y ss; JACQUEMIN, A. «Application to Foreign Firms of European Rules on Competition», *The Antitrust Bulletin* 1974, pág. 157 y ss; KOPPENSTEINER, H.G. «International Enterprises under the Antitrust Law of the European Economic Community» *Journal of World Trade Law* 1975, pág. 287 y ss; o el más específico de LIPOWSKY, U. «Die Zurechnung von Wettbewerbsverstößen zwischen verbundenen Unternehmen im EWG-Wettbewerbsrecht. Eine Untersuchung der Spruchpraxis von Kommission und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften von 1971-1984». La doctrina de la imputación es en su origen, por tanto, un instrumento de la comunidad para luchar contra algunas prácticas anticompetitivas con dimensión internacional. Dando noticia del estado actual de los trabajos relativos a las cuestiones de los instrumentos nacionales e internacionales para luchar contra las prácticas anticompetitivas que poseen una dimensión internacional ver ARHEL, P. «Dimension internationale du Droit de la concurrence», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1997, págs. 492 y ss.

dos a estos casos, en particular las denominadas doctrinas de la «territorialidad objetiva»⁴⁴ y la «doctrina del efecto»⁴⁵.

⁴⁴ La doctrina de la territorialidad objetiva, surge como una forma de extender el ámbito de aplicación del Derecho antitrust norteamericano, respetando el principio de territorialidad consagrado en la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.* 213 U.S. 347 (1909), en su virtud las prohibiciones contenidas en la Sherman Act no solo son aplicables a los casos en los que la íntegra conducta descrita en el supuesto de hecho de la norma prohibitiva haya sido realizada en el territorio de los Estados Unidos, sino también aquellos en los cuales tan solo se haya ejecutado la conducta dañosa en dicho territorio produciendo en él el efecto restrictivo de la competencia. Ejemplos de dicha doctrina fueron las sentencias del Tribunal Supremo norteamericano en los casos *United States v. American Tobacco Company* 221 U.S. 106 (1911); *United States v. Pacific and Arctic Railway and Navigation Co.*, 228 U.S. 87 (1913); y *United States v. Sisal Sales Corporation*, 274 U.S. 268 (1927).

⁴⁵ La doctrina del efecto fue formulada en la sentencia en el caso *United States v. Aluminium Company of America*, 148 F.2d 416 (1945), y puede considerarse, a nuestro juicio, evolución del de territorialidad objetiva. En virtud de la doctrina del efecto, las normas antitrust norteamericanas podrían prohibir conductas ejecutadas en el extranjero cuando éstas sean idóneas para producir efectos restrictivos de la competencia en el territorio norteamericano. Este criterio fue confirmado por el American Law Institute en su *Restatement of the Law (Second). Foreign Relations Law of the United States* de 20 de mayo de 1965, cuya sección 18 establece que las prohibiciones contenidas en la normativa antitrust pueden ser aplicadas a estos casos siempre que, la conducta y sus efectos constituyan elementos incluidos en el supuesto de hecho de la norma prohibitiva, el efecto en el territorio norteamericano sea sustancial y constituya una consecuencia directa y previsible de la conducta realizada fuera del territorio, y la norma aplicada no sea incompatible con los principios de justicia generalmente reconocidos por los Estados que han desarrollado razonablemente sistemas jurídicos.

La doctrina del efecto fue posteriormente matizada por la aplicación a la misma de la «rule of reason» a partir del caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976). De acuerdo con la misma la aplicación extraterritorial de la Sherman Act de acuerdo con la doctrina del efecto quedaría condicionada a la verificación de que el interés de los Estados Unidos en la regulación del mismo sea suficientemente fuerte en relación con la de otros estados. La aplicación de la regla de razonabilidad en estos casos ha sido aceptada en el *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States*, del American Law Institute, adoptado el 14 de mayo de 1986, cuya sección 402 condiciona la aplicación extraterritorial de las normas a que ésta no se revele irrazonable, respecto u un caso que presente elementos de contacto con uno o varios estados extranjeros, como consecuencia de una valoración conjunta de todos los elementos relevantes en el caso. El criterio del efecto entró a formar parte de las normas escritas norteamericanas a partir de su inclusión en la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982 15 U.S.C. secciones 6 (a),⁴⁵ (1982). Un excelente análisis de la aplicación extraterritorial del Derecho antitrust norteamericano puede verse en PICONE, P. «La applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il Diritto internazionale», en

En virtud de las mismas el hecho de que las empresas participantes en un acuerdo restrictivo de la competencia, o la que realiza una conducta restrictiva abusiva estando en posición de dominio, estén establecidas en un tercer Estado no es obstáculo para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado⁴⁶ cuando el acuerdo produce sus efectos en el territorio de la Unión⁴⁷.

Buena muestra de ello fue la decisión de la Comisión dictada a raíz del caso «Materias Colorantes»⁴⁸. En «Materias Colorantes» la Comisión sancionó a una empresa extracomunitaria partícipe de un acuerdo que incluía empresas comunitarias y extracomunitarias.

En este caso varias empresas intracomunitarias y extracomunitarias productoras de materias colorantes a base de anilina se concertaron para realizar tres elevaciones de precios que fueron aplicadas por ellas mismas, por sus sucursales en territorio comunitario o por sus filiales que siguieron instrucciones precisas de sus sociedad madre debidamente documentadas en el expediente⁴⁹.

La Comisión sancionó tanto a las empresas intracomunitarias como a las extracomunitarias considerando la Decisión «aplicable a todas las empresas que han participado en las prácticas concertadas, estén establecidas en el interior del mercado común o fuera de él... sin que haya

A.A.V.V. «Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel Diritto interno e internazionale», Padova (CEDAM), 1989, pág. 81 y ss., que contiene además un detallado análisis de la doctrina desarrollada por los órganos de defensa de la competencia y tribunales comunitarios y alemanes. Como señala dicho autor la línea a la que nos venimos refiriendo es la seguida habitualmente la Comisión al aplicar la doctrina del efecto exigiendo que los efectos sean directos e inmediatos razonablemente predecibles y de importancia sustancial en el ámbito del mercado común (Decisión de la Comisión en el caso ICI, cit. pág. 230.). En la doctrina española véanse las interesantes páginas dedicadas a estas cuestiones, sobre todo en cuanto a la perspectiva del ordenamiento extranjero en el que está constituida o tiene su domicilio principal la sociedad extranjera a la que afecta la decisión, ver GUARDANS CAMBÓ, I. «Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero», Pamplona (Aranzadi) 1992.

⁴⁶ Antiguos artículos 85 y 86. Utilizaremos en el texto la numeración actual, independientemente de que analicemos decisiones o sentencias anteriores o posteriores al cambio de numeración.

⁴⁷ Respecto a la aplicación extraterritorial de las normas de competencia del Tratado ver HAYNANN, M. «Extraterritoriale Wirkungen des EWG Wettbewerbsrechts», Baden, 1974.

⁴⁸ Decisión de la Comisión de 24 de julio de 1969, JOCEL 195, de 7 de agosto de 1969, pág. 11 y ss.

⁴⁹ La Comisión tuvo en su poder los telex de las sociedades madres a las filiales ordenando la primera de las tres subidas.

lugar a examinar si las empresas que están en el origen de estas restricciones de la competencia tienen su sede en el interior o en el exterior de la Comunidad»⁵⁰.

Con la adopción de la «doctrina del efecto» se pretendía evitar la elusión del Derecho de defensa de la competencia comunitario, en el caso de que se declarase que éste solo era aplicable a los acuerdos adoptados entre empresas constituidas, domiciliadas o con establecimiento en el territorio de alguno de los Estados miembros de la Unión, o celebrados en el mismo. Una doctrina de tal tipo hubiera permitido soslayar fácilmente la prohibición contenida en estos preceptos a las grandes multinacionales por el simple expediente de que los acuerdos fueran celebrados fuera del territorio de la Unión, por empresas constituidas y domiciliadas en otros estados distintos de los miembros que no tuvieran establecimiento alguno en el territorio de éstos.

Por tanto las prohibiciones contenidas en ambos preceptos son aplicables a las operaciones que afectan a las condiciones del mercado interior de la Unión independientemente de si la empresa o empresas que participan en ellas están establecidas o no en el territorio de uno de los Estados miembros de la Unión⁵¹.

Esta doctrina planteaba, sin embargo, algunas dudas respecto a su acuerdo con los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos, en especial por lo que se refería a aquellos casos en que la decisión había sido adoptada en las condiciones antedichas y el efecto en el territorio de la Unión se había producido como consecuencia de la acción de las filiales intracomunitarias de las sociedades participantes en el acuerdo, que no habían participado en modo alguno en él, y se limitaban a seguir las instrucciones que les habían sido impartidas por sus respectivas dominantes.

En estos casos la filial se limitaba a cumplir una instrucción sin haber propiamente deliberado o acordado, y la dominante no ejecutaba el acuerdo, ya que no tenía actividad directamente en el territorio de la Unión.

Ante ello se afirmó que existía una manifestación del comportamiento de la dominante extracomunitaria en el mercado común como consecuencia del ejercicio del poder de dirección sobre las filiales.

⁵⁰ Decisión «Materias Colorantes» cit. pág. 16.

⁵¹ STJCE de 25 de noviembre de 1971, «Beguelin Import», Rec. 1971, pág. 949 y ss., y Sentencia de 21 de febrero de 1973, «Continental Can» Rec. 1973, pág. 215 y ss.

El primer pronunciamiento del Tribunal en este sentido lo encontramos en los casos «ICI»⁵², «Geigy»⁵³ y «Sandoz»⁵⁴ derivados de la Decisión «Materias colorantes». Especial relevancia, en la adopción de este criterio, tuvo el caso ICI en el que la recurrente «Imperial Chemical Industries Ltd» (ICI) domiciliada en Gran Bretaña —a la sazón territorio extracomunitario— alegó, por lo que nos interesa, que la sanción que le impuso la Comisión estaba basada en una concepción errónea de la competencia extraterritorial de la Comunidad, en cuanto ICI, a su propio juicio, no había realizado un comportamiento en el interior del mercado común relevante desde la perspectiva del artículo 81 TCEE, afirmación que se fundaba en la independencia formal de ambas entidades y la ausencia de mandato⁵⁵.

Frente a lo que la Comisión manifestó que la recurrente había realizado prácticas consistentes en haber dado órdenes de aumentar los precios a sus filiales establecidas en el interior de la Comunidad. Y que el hecho de influir en la libre conducta de las filiales constituye un comportamiento de la recurrente en el interior del Mercado común que se refiere a las prácticas concertadas respecto a las cuales la Comisión tiene competencia, rechazando el argumento de la recurrente relativo a la independencia formal de ICI y sus filiales en base a la realidad económica de la influencia que aquélla ejerce sobre estas.

⁵² Sentencia de 14 de julio de 1972 dictada por el TJCE en el asunto 48-69 «Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión» Rep. 1972, pág. 619 y ss. Sobre la misma ver el comentario de KORAH, V. «Istituto Chimioterapico Italiano and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the EEC» Common Market Law Review, 1974, pág. 248 y ss.

⁵³ Sentencia de 14 de julio de 1972, «J.R. Geigy AG contra Comisión» Rec. 1972, pág. 787 y ss.

⁵⁴ Sentencia de 14 de julio de 1972, «Sandoz AG contra Comisión» rec. 1972, pág. 845 y ss., que reproduce íntegramente la sentencia «Geigy».

⁵⁵ En apoyo de su posición aportó un Dictamen del profesor JENNINGS en el que, entre otras cuestiones, afirmaba la imposibilidad de imputar a ICI los actos de elevación de precios realizados por sus filiales. Los argumentos más relevantes eran la diferente personalidad jurídica de ICI y sus filiales intracomunitarias de obligado respeto, en cuanto la ley no puede tener en cuenta aquello que ella misma ha creado, la ausencia de un mandato en sentido estricto, y que para que pudieran ser imputados a una sociedad dominante los actos realizados por una dominada sería necesario probar que la filial es un aut'mata guiado por la sociedad madre, tomando como base la opinión del «American Law Institute Restatement of the Conflicts of Laws» según la cual «cuando una sociedad madre controla y domina la filial a tal punto que de hecho no respeta la independencia de esta última en cuanto sociedad, la competencia jurisdiccional que afecta a la filial puede extender su jurisdicción sobre la sociedad madre» (Sentencia ICI, cit. pág. 627.), lo que no consideraba probado en el caso.

En cuanto a la inexistencia de mandato, la Comisión consideró que «el recurso a una concepción puramente jurídica de la noción de representación conduciría en el caso analizado a deformar la realidad. Lo que importa en el concreto supuesto es la constatación de que en las prácticas litigiosas, las filiales de la recurrente se han comportado como simples ejecutores, de forma que en las relaciones de competencia con los terceros, aparecían como la prolongación de la sociedad ICI en el Mercado común»⁵⁶

ICI a su vez replicó⁵⁷ que el hecho de haber influido en el comportamiento de sus filiales establecidas en la Comunidad enviándoles un telex no podía ser considerado como un comportamiento ejercido en el interior de este territorio y de naturaleza susceptible de justificar el ejercicio de una competencia jurisdiccional; y que no era exacto que las filiales de la recurrente establecidas en los países del Mercado común fueran simples ejecutores. Las filiales no estaban habilitadas para actuar ni en nombre ni por cuenta de ICI y tenían, según su opinión, una política de venta propia que definían ellas mismas, fijando con toda independencia los precios de venta a los adquirentes.

A lo cual duplicó la Comisión que la dependencia de la filial en relación con la sociedad madre tendría por consecuencia la aplicación automática por la filial de las instrucciones de aquélla, citando el texto del fax —no recogido en la sentencia— dirigido por ICI a su filial belga que mostraba a juicio de la Comisión el carácter puramente automático de la ejecución de la orden de la recurrente a su filial, señalando igualmente el poder de la sociedad dominante de restringir el poder autónomo de decisión de la filial⁵⁸, y lanzándose a una serie de mas que dudosas disquisiciones sobre la personalidad jurídica en los grupos⁵⁹.

⁵⁶ Sentencia ICI, cit. pág. 628.

⁵⁷ Sentencia ICI, cit. pág. 631.

⁵⁸ La Comisión afirma que «aunque en circunstancias normales, la filial pueda fijar de manera relativamente independiente sus precios de venta, no es menos cierto que la sociedad madre podría en todo momento restringir este poder autónomo de decisión, como habría sucedido en el presente asunto.» Sentencia ICI, cit. pág. 633.

⁵⁹ Según la Comisión «La personalidad jurídica de las filiales no alteraría esta situación y, además, según la doctrina y la jurisprudencia recientes —en 1972—, la noción de personalidad jurídica en el caso de un «Konzern» tendría un carácter muy relativo: no debería aplicarse que en la medida en que ello no llevara a consecuencias injustas e intolerables para el ordenamiento jurídico» (Sentencia ICI, cit. pág. 633). La Comisión tomando como base el ordenamiento alemán y los proyectos existentes en Francia, Italia y Bélgica, llega a afirmar que la teoría de la «prolongación» está basada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. (Loc. ult. cit.).

En sus sentencias en los casos ICI, Geigy y Sadoz el Tribunal aceptó el punto de vista de la Comisión aunque no la integridad de sus argumentos afirmando que el comportamiento de la recurrente se había manifestado en el mercado común, en cuanto ésta prevaliéndose de su poder de dirección sobre sus filiales establecidas en la Comunidad hizo aplicar su decisión de elevar los precios de venta de sus productos a los utilizadores en el mercado común. Teniendo dichas subidas de precios carácter uniforme en relación con las subidas decididas por otros productores en el mercado.

Es en este marco, y con la finalidad de permitir la plena aplicación del Derecho comunitario de defensa de la competencia sobre la base de la «doctrina del efecto», las instituciones comunitarias desarrollaron como complemento de la misma⁶⁰, la idea de que en estos casos y con los requisitos que progresivamente fue desarrollando, la conducta de las filiales era imputable a la dominante⁶¹.

Pese a su origen la doctrina ha sido aplicada con posterioridad, a casos en que tanto dominante como dominada eran empresas establecidas en el territorio de la Unión, trascendiendo de esta forma su marco original de aplicación. En estos casos la aplicación de la doctrina permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz que no ha participado directamente en el acuerdo, incrementar la base de cómputo de la sanción que no es otra que el volumen de negocios de la entidad destinataria de la decisión así como asegurar el pago de la misma frente a la escasa solvencia de algunas filiales dotadas de escaso capital.

Muestra de la aplicación intracomunitaria de la doctrina fue la sentencia dictada por el TJCE en el caso AEG⁶², en el que por primera vez se realiza tal imputación en un caso en que tanto la matriz como la filial eran sociedades domiciliadas en Estados miembros de la Unión. En efecto el razonamiento que sostiene la imputación a la dominante de los actos ilícitos de la dominada con resultado de responsabilidad, no depende, pese a su origen histórico, de ningún elemento de extranjería y puede aplicarse igualmente en casos en que dominante y dominada tienen su sede social en territorio de alguno o algunos de los estados miembros de la Unión.

⁶⁰ Comparte el carácter complementario de ambas doctrinas PICONE, P. «L'applicazione...», ob. cit. pág. 129, y nota 101.

⁶¹ Ver en esta línea el XI Rapport sur la politique de la concurrence, 1981, núm. 36.

⁶² Sentencia del Tribunal De Justicia de la CEE de 25 de octubre de 1983, en el caso «Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft ABG-Telefunken AG contra Comisión (Rec. 1983, pág. 3151 y ss.

Pasaremos revista a continuación a la construcción de tal doctrina, los principios que la informan y su estado actual, en tanto que, como dijimos, constituye el antecedente no solo más relevante, sino casi único de nuestro artículo 8 LDC.

2. Fundamentos de la imputación a la dominante de los actos de la dominada

Los fundamentos de la imputación a la dominante de los actos de la dominada han sido varios y variables a lo largo de los veintisiete años de aplicación de esta doctrina⁶³. Si en un primer momento se recurría de forma un tanto simple a considerar que las entidades pertenecientes al grupo constituían una única empresa⁶⁴ —fundamento que fue utilizado tan solo durante un breve período de tiempo, 1972-1978, por la Comisión pero no fue utilizado en ningún caso por el Tribunal de Justicia—, o simplemente no se alegaba fundamentación alguna para la imputación⁶⁵, mas tarde y como consecuencia de la doctrina sentada por el Tribunal se centró en la existencia de una unidad económica entre las sociedades pertenecientes al grupo⁶⁶.

En efecto la versión respaldada por el Tribunal de Justicia la doctrina comunitaria que permite la imputación a la dominante de los actos de la dominada con el resultado de declarar a aquella corresponsable por las infracciones cometidas por ésta encuentra su fundamento en la irrelevancia de la distinta personalidad jurídica de la matriz y de la filial en el Derecho de la competencia y en el otorgamiento de efectos jurídicos a la existencia de una única unidad económica entre dos o mas empresas pertenecientes a un grupo.

Así en el caso ICI la Comisión subraya en su duplica que en la aplicación del Derecho de defensa de la competencia la realidad económica es más importante que la forma jurídica⁶⁷. En la misma línea se pronun-

⁶³ Como afirma LIPOWSKY, U. «Die Zurechnung...», ob. cit. pág. 47 no puede reconocerse una única línea respecto a las condiciones y consecuencias de la imputación, entre las decisiones de la Comisión y las sentencias del Tribunal y aun entre aquellas entre si.

⁶⁴ Así sucedió en las decisiones de la Comisión del período 1972-78, como las dictadas en los casos ICI, Chiquita, BP, Hugin, Distillers o Kawasaki. Una construcción en este sentido puede verse en MACH, O «L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence», Genève (Georg), 1974.

⁶⁵ Así sucedió por ejemplo en los casos BP, Vitamine, especias y Moët & Chandon.

⁶⁶ Como sucedió en las decisiones Continental Can, ZPG, o Fabricantes de Aluminio.

⁶⁷ Sentencia ICI, cit. pág. 633.

ció el Tribunal en dicho caso, al afirmar que «la circunstancia de que la filial tenga una personalidad jurídica distinta no es suficiente para eliminar la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la sociedad madre...»⁶⁸. Esta doctrina fue igualmente confirmada en el caso Continental Can.

Como afirmó el TJCE en su sentencia en el caso ICI la separación formal entre estas sociedades, resultante de su personalidad jurídica distinta, no podría oponerse a la unidad de su comportamiento sobre el mercado a los fines de la aplicación de las reglas de la competencia, por lo que debe considerarse que es la recurrente la que ha realizado la práctica concertada en el interior del Mercado común.

A idéntica conclusión llegó el TJCE utilizando el mismo razonamiento en sus sentencias en los casos «Geigy»⁶⁹ y «Sandoz»⁷⁰ derivados de la Decisión «Materias colorantes» en que otra empresa madre extracomunitaria —en este caso suiza— se le imputó la subida de precios concertada, puesta en práctica por su filial intracomunitaria —en este caso alemana— aplicando la doctrina de la unidad económica en base a la cual cuando una sociedad establecida en un Estado tercero, prevaleciendo de su poder de dirección sobre sus filiales establecidas en la Comunidad, hace aplicar por éstas una decisión de subida de precios cuya realización uniforme con otras empresas constituye una práctica prohibida por el artículo 81.1º TCEE, el comportamiento de las filiales debe ser imputado a la sociedad madre, puesto que a los fines de la aplicación de las reglas de competencia el comportamiento sobre el mercado de la sociedad madre y de sus filiales prima sobre la separación formal entre sociedades consecuencia de su personalidad jurídica distinta.

La regla base por tanto es la prevalencia de la constatación de una única unidad económica, respecto a la separación formal de sociedades, tal y como sucede en los casos de aplicación del privilegio del grupo. De hecho, como veremos en el siguiente epígrafe la construcción comunitaria del privilegio del grupo y de la regla de imputación se realizó en paralelo, al menos desde la perspectiva de las declaraciones de principios.

⁶⁸ Sentencia ICI, pág. 666.

⁶⁹ Sentencia de 14 de julio de 1972, «J.R. Geigy AG contra Comisión» Rec. 1972, pág. 787 y ss.

⁷⁰ Sentencia de 14 de julio de 1972, «Sandoz AG contra Comisión» rec. 1972, pág. 845 y ss., que reproduce íntegramente la sentencia «Geigy».

3. Construcción en paralelo de la imputación con efectos de corresponsabilidad y del privilegio del grupo

3.1. Los fundamentos de la construcción

Tal y como hemos dicho la construcción de la imputación de las conductas ilícitas de la dominada a la dominante surge en la jurisprudencia comunitaria como una consecuencia derivada de la aplicación del privilegio del grupo. Desde una supuesta lógica se afirma que puesto que algunos acuerdos restrictivos de la competencia no son sancionados cuando son realizados entre entidades que forman una única unidad económica, las entidades miembros de la mismas deben responder de las conductas ilícitas realizadas por aquéllas entidades con las que constituyen una única unidad económica.

Así en el caso ICI la Comisión alegó en su duplica la Decisión «Christiani-Nielsen»⁷¹ relativa al privilegio del grupo afirmando que «si la existencia de una relación de “Konzern” puede tener consecuencias favorables para las empresas en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, es necesario admitir, en contrapartida, que tales relaciones puedan tener también una incidencia negativa»⁷².

Esta idea de la construcción en paralelo fue aceptada por el Tribunal que en su sentencia en el caso ICI y tomando como base la indiferencia de la distinta personalidad de dos sujetos desde la perspectiva del derecho de la competencia afirmó que «la circunstancia de que la filial tenga una personalidad jurídica distinta no es suficiente para eliminar la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la sociedad madre... en particular cuando la filial, aun teniendo una personalidad jurídica

⁷¹ JOCE, serie L, n. 165 de 5 de julio de 1969, pág. 12. Sobre la misma ver HUBER, U. «Konzerninterne Vereinbarungen im BWG- Kartellrecht nach der kommissionsentscheidung im Fall Christiani & Nielsen» Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters» (AWD), 1969, pág. 429 y ss; FOCSANEANU, L. «La concurrence á l'intérieure des groupes de sociétés. Réflexions sur l'attestation négative Christiani & Nielsen» Révue du Marché Commun 1970, pág. 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, pág. 230 y ss. La mención a la construcción paralela no está sin embargo presente en todos los casos así la sentencia dictada en el caso «Geigy» no hizo referencia expresa del carácter compensatorio de la imputación de la conducta de la filial a la dominante respecto de la aplicación del privilegio del grupo.

⁷² Sentencia ICI, cit. pág. 633.

distinta, no determine de manera autónoma su comportamiento sobre el mercado, sino que aplique por lo esencial las instrucciones que le imparte la sociedad madre. Que cuando la filial no goza de una autonomía real en la determinación de su línea de acción sobre el mercado, las prohibiciones establecidas por el artículo 81 párrafo 1, pueden ser consideradas como inaplicables entre ella y la sociedad madre, con la cual forma una unidad económica; que en consideración de la unidad del grupo así formado, las actuaciones de las filiales pueden, en ciertas circunstancias, ser atribuidos a la sociedad madre»⁷³.

3.2. Crítica de la construcción

Esta construcción paralela resulta sin embargo altamente criticable, en cuanto el paralelismo no es perfecto, las consecuencias de la preminencia de la unidad económica frente a la pluralidad formal son distintas en uno y otro caso, y aun en cuanto al distinto significado que tienen el privilegio del grupo y la imputación a la dominante de los actos de la dominada desde la perspectiva de los intereses tutelados por el Derecho de defensa de la competencia.

3.2.1. Diversidad de ámbitos de aplicación de ambas doctrinas

La primera crítica que puede realizarse a una construcción paralela de las doctrinas del privilegio del grupo y de la imputación a la dominante de las conductas ilícitas de la dominada, rebate la lógica en que la construcción se funda. Según ésta la corresponsabilidad sería una forma de compensación por el privilegio del grupo. Si esto fuera así la regla de imputación no debería aplicarse en aquellos supuestos en que no cupiera la aplicación, en su caso, del privilegio del grupo, esto es respecto a aquellas prohibiciones en las cuales el supuesto de hecho de la norma no exigiera necesariamente la participación de la menos dos sujetos o empresas.

Sin embargo la regla de imputación se aplica en todos los casos en que la filial ha realizado una conducta prohibida por la normativa de defensa de la competencia, independientemente de que se trate de una violación del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado, esto es independientemente de que el supuesto de hecho de la norma prohibitiva exija la participación de, al menos dos empresas (art. 81) o no (art. 82).

⁷³ Sentencia ICI, pág. 666.

Cabe por tanto la aplicación de la regla de imputación en casos de abuso de posición de dominio, que pueden ser realizados tanto por una sola persona o entidad como por una pluralidad de ellas, esto es en casos en los que no sería de aplicación el privilegio del grupo, tal y como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en el caso «Continental Can»⁷⁴, resuelto por el Tribunal a resultas de la demanda presentada por Europemballage Corporation, domiciliada en Bruselas (Bélgica) y Continental Can Company Inc., con domicilio en Nueva York (USA) contra la Comisión solicitando la anulación de la decisión de fecha 9 de diciembre de 1971⁷⁵.

En su decisión en el caso⁷⁶, la Comisión imputó una práctica de abuso de posición de dominio a la empresa americana —Continental Can— como consecuencia de la concentración producida por las sucesivas adquisiciones de acciones de otros fabricantes de embalajes metálicos por su filial europea al 100% —Europemballage. El caso anterior a la normativa de control de concentraciones comunitaria⁷⁷, fue analizado a la luz del artículo 82 TCEE.

En particular la antedicha filial poseía alrededor del 81,8% de las acciones de Schmalbach-Lubeca-Werke AG de Brunswick, que era el mayor productor de embalajes metálicos de Europa continental, y adquirió alrededor del 80% de las acciones y obligaciones convertibles de la empresa holandesa «Thomassen & Drijver-Verblifa NV», que era el mayor fabricante de este mismo tipo de embalajes del Benelux. Con la adquisición —a juicio de la Comisión— se eliminaba prácticamente la competencia respecto a los productos citados en una parte sustancial del mercado común⁷⁸.

Para imputar la acción realizada por la filial a la dominante extracomunitaria la Comisión hizo aplicación del principio de unidad

⁷⁴ Sentencia de 21 de febrero de 1973, Rec. 1973, pág. 215 y ss.

⁷⁵ Decisión «Continental Can» JOCE L 7, de 8 de enero de 1972, pág. 25 y ss. La decisión fue anulada pero por motivos distintos al de la imputación a la dominante de los actos de la dominada y el Tribunal en cambio manifestó claramente que tal doctrina era susceptible de ser aplicada al caso.

⁷⁶ Entre los múltiples comentarios a la misma pueden verse Ins de BIENAYMÉ, A. «L'application de l'article 82 du Traité de Rome dans la décision «Continental Can» Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1972, pág. 69 y ss; FOCSANEANU, L. «L'article 86 du Traité de Rome et la décision «Continental Can Company» de la Commission de la CEE», en JCP 1972, I, 2452.

⁷⁷

⁷⁸ Artículo primero Decisión «Continental Can» cit. pág. 39.

económica y ordenó a Continental Can poner fin a la situación de abuso de posición de dominio y dándole plazo —hasta el 1 de julio de 1972— para que presentara propuestas a la Comisión en este sentido⁷⁹.

El Tribunal anuló la Decisión atendiendo a la falta de prueba de los hechos y apreciaciones sobre los que ésta estaba fundada. Sin embargo, y por lo que nos interesa confirmó la doctrina sentada ya por el Tribunal respecto a la posibilidad de imputar a la dominante los actos de abuso de posición de dominio cometidos por la dominada.

Podemos encontrar igualmente otro ejemplo en la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso «Zoja» que tuvo su origen en el recurso presentado por la sociedad italiana Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. (ICI) y la norteamericana Comercial Solvents Corporation (CSC) contra la Comisión de las Comunidades Europeas con la finalidad de obtener la anulación de la decisión nº 72/457/CEE del 14 de diciembre de 1972⁸⁰ por la que se constató la existencia de una infracción grave del artículo 82 TCEE como consecuencia de la negativa de venta de aminobutanol y nitropropano a una empresa italiana «Laboratorio Chimico Farmacéutico Giorgio Zoja S.p.A.».

La imputación a la dominante de los actos de abuso de posición de dominio ejecutados por la dominada supone, por tanto, una asimetría respecto a los casos de privilegio del grupo, ya que no se ve compensada por una autorización de los abusos de posición de dominio realizados conjuntamente por empresas pertenecientes a un mismo grupo que constituyan una única unidad económica y lesionen a un tercero, a diferencia de lo que ocurre en los casos de aplicación del privilegio del grupo, ya que como dijimos los actos de abuso de posición de dominio pueden ser llevados a cabo por una única empresa, ni tampoco por una autorización de los actos de abuso de posición de dominio realizados entre empresas pertenecientes a un grupo que puedan constituir una única unidad económica, en los cuales se lesione el interés de alguna de las sociedades participantes, que podrían ser denunciados a la Comisión por los socios externos al grupo.

3.2.3. Diversidad desde la perspectiva del interés protegido por las normas de defensa de la competencia

El interés protegido por las normas de defensa de la competencia es la preservación de una competencia eficaz en el mercado. Desde esta

⁷⁹ Artículo 2 de la Decisión «Continental Can» loc. ult. cit.

⁸⁰ JOCE L 299, de 31 de diciembre de 1972, pág. 51.

perspectiva la aplicación del privilegio del grupo o de la regla de imputación tienen muy diversos resultados. Mientras que la aplicación del privilegio del grupo es relevante, en cuanto que si se aplica se permitirá una restricción de la competencia en el mercado que en otro caso estaría prohibida, la aplicación de la regla de imputación es totalmente neutral, a estos efectos, en cuanto no generará una mayor restricción de la competencia ni evitará la restricción existente.

Mientras que la decisión sobre la aplicación del privilegio del grupo toma en consideración si la restricción producida por una conducta debe considerarse relevante respecto a la preservación de una competencia eficaz en el mercado, la de aplicación de la regla de imputación se dirige a averiguar si las consecuencias de una conducta anticompetitiva deben imputarse a la sociedad dominante, sin tomar en consideración la preservación o no de la competencia.

En este sentido la regla de imputación puede considerarse «extraña» al Derecho de la competencia, próxima a una regla multifuncional administrativa sancionadora, procesal o incluso civil de las que con carácter accesorio aparecen incluidas en el ordenamiento de defensa de la competencia, que sin tutelar directamente el interés del mantenimiento de una competencia eficaz en el mercado, permiten indirectamente alcanzar tal fin haciendo eficaces las reglas dirigidas a ello, en este caso las prohibiciones de conductas anticompetitivas contenidas en el tratado.

Además para que pueda plantearse un caso de privilegio del grupo será necesario que las entidades que forman la unidad económica relevante actúen en el mismo mercado o en mercados conexos, mientras que para que se produzca el efecto de imputación es absolutamente irrelevante que las entidades actúen en el mismo mercado o en mercados conexos o no.

3.2.3. Diversidad de efectos

La aplicación del privilegio del grupo o de la regla de imputación tiene efectos muy diversos. En el primer caso se exonera de responsabilidad a quien en otro caso respondería, en el segundo se declara corresponsable a quien en otro caso no respondería.

En efecto la aplicación del privilegio del grupo implica que la conducta restrictiva acordada entre las entidades que constituyen una única unidad económica no será considerada ilícita. En consecuencia quien sea lesionado por dicha conducta no podrá obtener satisfacción, ni mediante la denuncia de la misma a los órganos de defensa de la competen-

cia, legitimados para dictar órdenes de cesación, e imponer sanciones y multas coercitivas, ni mediante la solicitud ante el órgano jurisdiccional competente de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la conducta, dado el carácter lícito de la misma.

En cambio la aplicación de la regla de imputación causa, entre otros efectos, que pueda ser sancionado, quien, sin mediar la regla de imputación, no lo hubiera sido.

Tal diversidad de efectos justifica por sí sola la disociación de ambos supuestos que fundados en el reconocimiento de la prevalencia de la unidad económica respecto a la separación formal, deberán estar sometidos a requisitos de aplicación distintos.

Tan es así que, fuera de las declaraciones de principios, la práctica de la Comisión y de los tribunales de primera instancia y de justicia demuestran que se establecen claras diferencias en cuanto a los requisitos de aplicación del criterio de prevalencia de la unidad económica respecto en unos casos y otros, que pondremos en evidencia en el siguiente epígrafe al analizar los requisitos para que se produzca la imputación.

4. Requisitos para que se produzca la imputación

El estudio de los requisitos de aplicación de la regla de imputación, requiere una revisión detallada de las decisiones de la Comisión y sentencias del Tribunal de Primera Instancia en las que se estableció en tal consecuencia que nos permita extraer una doctrina al respecto. Tras su estudio queda claro que la imputación requiere necesariamente la existencia de una relación de control y además la prueba del ejercicio del control en el caso concreto o, limitadamente respecto de algunos casos, la de la existencia de una unidad de acción evidente.

4.1. El requisito del control

A diferencia de lo que ocurre en los casos de aplicación del privilegio del grupo, donde en la práctica comunitaria se viene exigiendo con muy raras excepciones que exista una identidad de interés propiedad y control entre las entidades participantes en el acuerdo restrictivo, la imputación de la conducta ajena prescindió desde el primer momento de la necesidad de establecer la identidad de propiedad e interés entre actor e imputado, dando relevancia únicamente a la existencia de una relación de control. De otra parte, a diferencia de lo que sucede en los casos de privilegio del grupo aquí no se tiene en cuenta que los sujetos implica-

dos estén sometidos al control de una misma entidad o grupo, sino simplemente que exista relación de control entre la filial que estipuló o ejecutó el acuerdo y la dominante a la cual se quiere imputar tal conducta.

Aunque no pueda prejuzgarse respecto a la aplicación de la doctrina de la imputación en casos de grupos paritarios⁸¹ en los cuales el poder de decisión no está fundado en relaciones de control entre sus componentes, lo cierto es que todos aquellos en los que ha sido aplicada en el ámbito comunitario, eran casos de grupos por subordinación basados en relaciones de control, en el que éste surgía como consecuencia de las participaciones poseídas en el capital de otra sociedad.

Muestra de la eliminación de cualquier vinculación de la doctrina con la unidad de interés o de propiedad la encontramos desde los primeros casos en que se aplicó, en los cuales la dominante era simplemente titular de la mayoría del capital de la dominada actora. Así sucedió en el caso ICI, en el que la regla de imputación se aplica respecto a conductas de filiales sometidas tanto a control totalitario o como mayoritario, y así ha venido sucediendo de forma concordante en los sucesivos casos decididos en base a dicha doctrina.

La Comisión, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia, han hecho abstracción, en ocasiones, del requisito del control en la aplicación de la corresponsabilidad por existencia de una unidad económica. Así en el caso Metsä (Decisión 94/601/CE de la Comisión, de 13 de julio de 1994, rectificada antes de su publicación por una decisión de la Comisión de 26 de julio de 1994, STPI de 14 de mayo de 1998 y STJ de 16 de noviembre de 2000) se afirmó que una central común de ventas y cada uno de sus miembros constituían una unida económica reconociéndose tantas unidades económicas distintas como miembros tenía la central. Ni la Comisión, ni el TPI o el TJ fundaron su decisión en la existencia de control conjunto sobre la central.

⁸¹ Respecto a los grupos paritarios ver SACRISTÁN REPRESA, M. «El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas» Revista de Derecho Mercantil núm. 165-166, págs. 375 y ss.; EMBID IRUJO, JM. «Concentración de empresas y Derecho de cooperativas», Universidad de Murcia 1991; DUQUE, J.-RUIZ PERIS, J.I. «Los grupos en el ordenamiento jurídico» en BAREA-JULIÁ-MONZÓN (dir) «Grupos empresariales de la economía social en España» Ciriec 1999, págs. 99 y ss; y en especial respecto al Derecho de la competencia GONZÁLEZ CASTILLA, F. «Grupos paritarios de cooperativas de crédito y prácticas restrictivas de la competencia» Derecho de los Negocios, febrero 2001, págs. 1 y ss; FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro «Grupos de empresas de base contractual y Derecho de la competencia», en «Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero», vol. V, pág. 5357 y ss

En el caso la Comisión sancionó a varios fabricantes de cartoncillo imputándoles haber violado el antiguo artículo 85 del Tratado (actual 81) al haber participado, desde mediados de 1986 hasta, al menos, abril de 1991 (en la mayoría de los casos), en un acuerdo y práctica concertada mediante los cuales los productores de cartoncillo de la Comunidad, de forma concertada, en complicidad e infringiendo el artículo 85:

- celebraban periódicamente una serie de reuniones secretas e institucionalizadas con objeto de discutir y acordar un plan industrial común para restringir la competencia;
- acordaban unos incrementos periódicos de precios para cada una de las calidades del producto en las respectivas monedas nacionales;
- planeaban e imponían unos incrementos uniformes de precios de forma simultánea en toda la Comunidad;
- llegaban a un acuerdo para mantener las cuotas de mercado de los principales fabricantes en niveles constantes (sujetos a modificación de forma esporádica);
- aplicaban medidas concertadas para controlar el suministro del producto en la Comunidad con el fin de garantizar la efectividad de los mencionados incrementos de precios;
- intercambiaban información comercial (sobre entregas, precios, interrupciones de producción, carteras de pedidos, porcentaje de utilización de la maquinaria, etc.) para reforzar las citadas restricciones.

Entre ellas se encontraba Finnboard (Finnboard-the Finnish Board Mills Association) asociación dedicada a la comercialización de cartoncillo que agrupaba a varios fabricantes fineses que actuaba como central de ventas. En su calidad de organización común de ventas, Finnboard no puede asimilarse a un agente comercial independiente⁸².

De acuerdo con los estatutos de aquella cada uno de los miembros nombraba un representante en el «Board of Directors», encargado de adoptar las reglas de conducta de las operaciones de la asociación, de confirmar su presupuesto, su plan de financiero y los principios de reparto de los gastos de la asociación entre las sociedades miembros así como de nombrar al «Managing Director» que asumía plenamente la gestión de la asociación⁸³. Los miembros eran conjunta y solidariamente responsables de las obligaciones que asumiera la asociación como si

⁸² Considerando 173 de la Decisión de 13 de julio de 1994.

⁸³ Considerandos 48-50 de la STPI de 14 de mayo de 1998 «Metsä-Serla Oy y otros contra Comisión».

se tratara de obligaciones propias, a prorrata de las facturaciones netas del ejercicio en curso y de los dos ejercicios anteriores.

Finnboard participaba en las reuniones del PWG —órgano de coordinación del acuerdo— que estaban presididas por el presidente electo del PG Paperboard⁸⁴, y su director gerente fue presidente del PG Paperboard y presidió el PWG desde mayo de 1988 en adelante⁸⁵.

La Comisión impuso a Finnboard, una multa de 20 000 000 de ecus, de la que declaró responsables de forma conjunta y solidaria a tres de sus miembros Finnboard Oy Kyro AB por un importe de 3 000 000 de ecus, Metsä-Serla Oy por un importe de 7 000 000 de ecus, Tampella Corp. por un importe de 5 000 000 de ecus y United Paper Mills Ltd por un importe de 5 000 000 de ecus.

La Comisión determinó la cuantía de la sanción impuesta a la asociación atendiendo al volumen de ventas realizado por sus miembros a través de ella y no en atención al volumen de las comisiones percibidas por Finnboard que coincidían sustancialmente con sus costes operativos con el fin de evitar la elusión de la sanción por las sociedades productoras por la vía de constituir centrales de comercialización⁸⁶.

Dado que fue la propia Finnboard, más que sus empresas miembros, la que participó activa y directamente en el cartel, la Comisión creyó conveniente imponer una multa en primer lugar a Finnboard y tener en cuenta como límite máximo, con arreglo al apartado 2 del artículo 15, del Reglamento 17/65 el 10% del valor total de las ventas facturadas efectuadas por Finnboard.

No obstante, con objeto de reducir los riesgos de elusión, la Comisión consideró también a cada uno de los cuatro fabricantes finlandeses de calidades GC, que eran miembros de Finnboard en el período considerado (Kyro, Tampella, Metsä-Serla y United Paper Mills) responsables solidarios con Finnboard, por lo que se refiere a la parte de la multa total aproximadamente proporcional a su cuota en las ventas de cartoncillo de Finnboard en la Comunidad durante todo el último año natural en que consta que el cartel estuvo en funcionamiento considerando que

⁸⁴ Considerando 36 de la Decisión de 13 de julio de 1994.

⁸⁵ Considerando 79 de la Decisión de 13 de julio de 1994.

⁸⁶ Considerando 173 de la Decisión de 13 de julio de 1994. De acuerdo con dicho considerando esta opción venía corroborada «por las propias cuentas públicas de Finnboard: su balance demuestra que Finnboard percibe e ingresa en sus cuentas el valor total facturado de las ventas efectuadas para sus miembros.»

Finnboard actuaba como alter ego de dichas empresas, y en interés de las mismas cuando participaba en el cartel⁸⁷.

Finnboard comercializaba en exclusiva toda la producción de sus asociados, excepto las ventas realizadas internamente en el grupo de cada uno de ellos y las de escasa importancia realizadas a compradores fineses⁸⁸. Los compradores enviaban su pedido a la asociación indicando el fabricante preferido. En caso de que no se señalara preferencia los estatutos de la asociación establecían que los pedidos debían ser repartidos de manera justa entre los miembros tomando en cuenta su capacidad de producción y los principios de reparto fijados por el Consejo de Administración.

Aunque Finnboard estaba autorizada para negociar las condiciones de venta incluyendo el precio, debía hacerlo con sumisión a las directrices generales establecidas por sus miembros debiendo ser aprobado cada pedido por el miembro al que fuera dirigido⁸⁹.

De otra parte el TPI constató que las comisiones percibidas por Finnboard tan solo cubrían los gastos ligados a las ventas que realizaba por cuenta de sus miembros de lo que dedujo con acierto que Finnboard no tenía ningún interés económico propio en tomar parte en los acuerdos restrictivos en materia de precios ya que los aumentos de precios no generaban ningún provecho para ella, en tanto que la participación de

⁸⁷ Considerando 174 de la Decisión de 13 de julio de 1994. La comisión estableció que Prácticamente durante todo el período en que se sabe que el cartel estuvo en funcionamiento, fueron los propios cuatro grupos quienes figuraban como empresas miembros de Finnboard. No obstante, durante 1991 tres de ellos reorganizaron su estructura de tal forma que las divisiones operativas (que antes no estaban constituidas como sociedad) responsables del cartoncillo quedaron constituidas como empresas separadas dentro del grupo. Tampella constituyó como sociedad su división de productos forestales con el nombre Tampella Forest Inc. el 1 de enero de 1991, y la nueva empresa pasó a ocupar el lugar de la empresa matriz en Finnboard. Durante 1991, Metsä-Serla reformó su estructura y, a partir del 30 de septiembre de 1991, estaba representada en Finnboard por Metsä-Serla Paper and Board Ltd. Kyro constituyó como sociedad su división de papel y cartón desde el 1 de enero de 1992 con la denominación Oy Kyro Board & Paper Ltd. El puesto del grupo Kyro en Finnboard fue ocupado por la nueva empresa. En la mayor parte de los casos, independientemente de las modificaciones formales efectuadas en cuanto a las empresas miembros, fueron los mismos altos directivos quienes continuaron representando a cada grupo como directores de Finnboard. (Considerando 175).

⁸⁸ Considerando 51 de la STPI de 14 de mayo de 1998 «Metsä-Serla Oy y otros contra Comisión».

⁸⁹ Considerando 53 de la STPI de 14 de mayo de 1998 «Metsä-Serla Oy y otros contra Comisión».

Finnboard en la colusión tenía un interés económico directo para sus miembros⁹⁰.

De todo ello dedujo que Finnboard actuaba como un órgano auxiliar de sus miembros y no podía adoptar un comportamiento independiente en el mercado respecto a cada uno de ellos por lo que constituía una unidad económica con cada una de sus sociedades miembros⁹¹.

El Tribunal de Justicia confirmó esta doctrina del TPI alegando el caso AEG y la reiterada jurisprudencia de acuerdo con la cual la conducta contraria a la libre competencia de una empresa puede imputarse a otra cuando aquélla no define de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte esta última, teniendo en cuenta, en particular, los vínculos económicos y jurídicos que las unen⁹².

4.2. El ejercicio del control o poder de dirección en el caso concreto

A diferencia de lo que ocurría en los casos de privilegio del grupo, el requisito originariamente formulado por el Tribunal, respecto a la regla de imputación exige que se demuestre, aunque sea a través de indicios, el ejercicio del poder de dirección en el caso concreto⁹³.

4.2.1. Formulación del requisito

El requisito del ejercicio del control o del poder directivo fue formulado desde las primeras decisiones de la Comisión y sentencias del Tribunal de Justicia en aplicación de la regla de imputación. Así en el caso ICI la Comisión obtuvo pruebas fehacientes del ejercicio del control en el caso concreto a través de los télex enviados por las dominantes a las dominadas impartiendo instrucciones respecto a la elevación de precios que fue seguida por las filiales sin discusión alguna. El Tribunal, a

⁹⁰ Considerando 57 de la STPI de 14 de mayo de 1998 «Metsä-Serla Oy y otros contra Comisión».

⁹¹ Considerando 58 de la STPI de 14 de mayo de 1998 «Metsä-Serla Oy y otros contra Comisión» y Considerando 36 de la STJ de 16 de noviembre de 2000 «Metsä-Serla Oy y otros contra Comisión».

⁹² Considerando 27 de la STJ de 16 de noviembre de 2000 «Metsä-Serla Oy y otros contra Comisión».

⁹³ Este requisito aparece en menor medida en las decisiones de la Comisión, pero puede encontrarse en las dictadas en los casos ICI, Hugin, Johnson y Flachglas/Benelux.

su vez, fundó en ello la falta de autonomía real de las filiales en la fijación de su comportamiento sobre el mercado en el caso concreto, de lo que derivó la unidad económica de la sociedad madre y la filial.

Por su parte en el caso Continental Can, el Tribunal rechazó la alegación contra la imputación de las conductas de «Europemballage» a «Continental Can» no solo atendiendo a la existencia de control sino al ejercicio del mismo en el caso concreto. En particular y refiriéndose al acto imputable a la dominante que era la adquisición de acciones de TDV realizada por la dominada, el Tribunal tuvo en cuenta según sus propias palabras que «consta que Continental ha llevado a Europemballage a hacer, en los Países Bajos, una oferta de adquisición a los accionistas de TDV, procurándole los fondos necesarios al efecto y que el 8 de abril de 1970 Europemballage procedió a la adquisición de acciones y obligaciones TDV que habían aceptado la oferta en esa fecha»⁹⁴.

4.2.2. Criterios supletorios a falta de prueba del ejercicio del control en el caso concreto

La prueba de la existencia de control en el caso concreto puede, sin embargo demostrarse difícil. Es por ello por lo que las decisiones de la Comisión y del Tribunal han realizado algunas tentativas de establecer criterios de más fácil prueba que faciliten la labor de aplicación de la regla de imputación. Dos han sido hasta el momento las líneas seguidas. La primera insinuar una posible regla de imputación per se. La segunda sustituir la prueba del ejercicio del control o poder de dirección en el caso concreto, por el de la prueba de la unidad de acción evidente. Analizaremos separadamente ambas.

4.2.2.1. La cuestión de la posible regla de imputación per se

Los primeros indicios de una tendencia a establecer una regla de imputación per se, los encontramos en la decisión de la Comisión en el caso Continental Can en el que parecía admitirse la idea de que el mero control mayoritario era suficiente para fundar la imputabilidad. En particular la Comisión consideró «que siendo el único accionista de Europemballage, que posee el 85% del capital de SLW, Continental con-

⁹⁴ Motivo 16 de la Sentencia «Continental Can», cit. pág. 243.

trola estas dos empresas; y que ha lugar a imputarle el comportamiento de éstas»⁹⁵.

Dicho de esta forma pudiera parecer que la Comisión tomó como único elemento de decisión la amplitud de la participación —directa o indirecta— de Continental Can en sus filiales. Pero lo cierto es que la Comisión tuvo presente también —aunque no hizo referencia explícita a ellos en la argumentación sobre la aplicabilidad del artículo 82— los vínculos personales entre los órganos de administración de «Continental Can», SLW y TDV⁹⁶, y el hecho de que las dos últimas fueran con anterioridad —y por períodos largos de tiempo— licenciatarias de patentes, know-how, y asistencia técnica de la primera, y que existieran otro tipo de relaciones entre ellas —como conferencias técnicas, intercambio de informaciones, comités de presidentes y otros mecanismos de cooperación que creaban una competencia limitada entre ellas.—⁹⁷.

La idea de la regla per se volvió a traslucirse nuevamente en el caso AEG. En el mismo la cuestión tuvo su origen en la Decisión de la Comisión de 6 de enero de 1982⁹⁸, relativa al sistema de distribución selectiva puesto en marcha por el grupo AEG. Los productos de electrónica de diversión fabricados por Telefunken Fernseh- und Rundfunk GmbH (TFR) - filial al 100% de AEG-Telefunken AG, ambas domiciliadas en la República Federal Alemana, eran distribuidos a través de contratos estipulados con distribuidores por AEG-Telefunken y TFR o alguna de las filiales - AEG-Telefunken France SA (ATF) o AEG-Telefunken Belge (ATBG)- de la primera.

En esta decisión la Comisión impone a AEG-Telefunken una multa de 1.000.000 de ecus como consecuencia de una infracción al artículo 81.1º TCEE en cuanto que AEG, a través la aplicación del sistema de distribución selectiva, discriminaba injustificadamente a determinados distribuidores e impedía a otros fijar libremente sus precios, sin hacer mención explícita a la existencia de unidad económica entre las filiales que fabricaban y contrataban con los distribuidores seleccionados, y la matriz sancionada.

Contra esta decisión recurrió AEG ante el TJCE, solicitando su anulación, siendo rechazado el recurso por el Tribunal. Por lo que nos inte-

⁹⁵ Punto II, 2 de la Decisión «Continental Can», cit. pág. 35.

⁹⁶ Punto I.D. de la Decisión «Continental Can» cit. pág. 29.

⁹⁷ Puntos I. D. 1, 2, 3, 4 y 5. de la Decisión «Continental Can» cit. pág. 29.

⁹⁸ Decisión de la Comisión de 6 de enero de 1982 nº 82/267/CBE (JOCBL 117, pág. 15).

resa AEG-Telefunken alegó que no era admisible imputar las infracciones eventualmente cometidas, a AEG-Telefunken «que no ha tomado parte jamás de forma autónoma en la aplicación del régimen de distribución selectiva de TFR, ATF o ATBG. Los contratos de distribución selectiva se habrían concluido entre la recurrente y los revendedores por- que Telefunken vende sus productos por medio de la organización de venta de la recurrente. El comportamiento y la política en materia de distribución para la electrónica de diversión sería, en el grupo AEG-Telefunken, responsabilidad única de Telefunken»⁹⁹.

AEG alegó, en efecto que TFR «era un sector de empresa de AEG jurídicamente autónomo y que su dirección disponía de una amplia libertad de decisión... que la decisión de instaurar el sistema de distribución había sido tomada sin instrucción de la dirección de AEG-Telefunken y que la definición de la política de distribución así como la puesta en práctica del sistema de distribución dependía únicamente de TRF»¹⁰⁰.

Este argumento fue rechazado por la Comisión, quién alegó que «la recurrente y sus filiales constituyen una única unidad económica. La recurrente en tanto que sociedad madre estaría obligada a admitir que el comportamiento de sus filiales le sea imputado a pesar de su personalidad jurídica distinta»¹⁰¹. Alegando para fundar la conclusión los siguientes hechos: que TFR es filial al 100% de AEG-Telefunken y ha recibido en diversas ocasiones instrucciones en casos particulares, que AEG-Telefunken notificó a la Comisión el sistema de distribución, que AEG es considerada como cocontratante en los contratos concluidos con los distribuidores y que la distribución es efectuada por medio de la organización de distribución de AEG¹⁰².

Con ello la Comisión dejó claro que existían otros argumentos distintos del grado de participación que le habían llevado a la conclusión de la imputación, tanto desde la perspectiva de las relaciones históricas entre la matriz y sus filiales de producción y distribución, como respecto a la apariencia de cocontratantes frente a terceros. Desde la primera perspectiva existían precedentes de ejercicio del control totalitario que AEG detentaba sobre TRF, desde la segunda AEG, TRF y las filiales de distri-

⁹⁹ Sentencia AEG cit. pág. 3184.

¹⁰⁰ Argumentos recogidos en las Conclusiones del Abogado general M. Gerhard Reischl, presentadas el 1 de junio de 1983. Rec. 1983-3, pág. 3226 y ss. (3269).

¹⁰¹ Sentencia AEG cit. pág. 3184.

¹⁰² Conclusiones cit. pág. 3269.

bución de la primera se presentaban frente a terceros, concretamente frente a la Comisión como una única unidad económica¹⁰³.

El Tribunal, decidió distinguiendo dos supuestos¹⁰⁴. El primero el de TFR - filial al 100% de AEG —Telefunken— en el que una vez constatado el control totalitario, considera «superfluo» examinar si la controladora ha hecho uso efectivo de su poder de control ya que «siendo una filial al 100% de AEG, sigue necesariamente una política trazada por los mismos órganos estatutarios que fijan la política de AEG».

Esta afirmación no puede, a nuestro juicio, tomarse en consideración sin ser matizada. Una filial al 100% puede tener y de hecho tiene en ocasiones un órgano de administración distinto del de la sociedad dominante. Es evidente que este órgano podrá ser sustituido en cualquier momento por la sociedad dominante, y que esta lo hará en cuanto la dominada no actúe en su interés tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia norteamericana —Copperweld— y europea —ICI—, pero no lo es menos que en los modernos grupos descentralizados o con direcciones plurales se admite e incluso fomenta un cierto grado de competencia intragrupo como mecanismo de eficiencia y de control de los administradores de las entidades dominadas, de forma que la política que se sigue en el mercado puede ser la de crear competencia entre las filiales y las decisiones pueden ser adoptadas autónomamente por los órganos de administración o dirección de las mismas.

Por ello, pese a su carácter extraordinariamente práctico, no puede aceptarse por principio la imputación de la responsabilidad a la dominante por el mero hecho de ser titular del 100% del capital de la sociedad dominada, esto es por la existencia de unidad de interés propiedad y control entre las dos sociedades, aunque si sería aceptable el establecimiento de una presunción *iuris tantum* al respecto.

Respecto a ATF y ATBG, controladas por AEG —sin que sepamos el porcentaje de control— si que considera necesario examinar si se ha ejercido efectivamente el control en el caso concreto. Esto es, si ha hecho uso efectivamente del poder de influir de modo determinante la política de distribución y de precios de sus filiales¹⁰⁵.

¹⁰³ Por su parte el Abogado general, haciendo uso de la jurisprudencia ICI - control más ejercicio del control en el caso concreto y falta de autonomía de la filial en la determinación de su línea comercial en el mercado— considera dudoso que los datos alegados por la Comisión sean suficientes. Conclusiones cit. pág. 3270.

¹⁰⁴ Sobre la sentencia AEG puede verse BUIJS, C. «Anmerkung zum Urteil AEG» en *Common Market Law Review*, 1984, pág. 557 y ss.

¹⁰⁵ Sentencia AEG cit. pág. 3199.

A juicio del TJCE, la influencia de AEG sobre ATF, se pone de manifiesto indirectamente a través de una nota interna de ATF en la que se dice que un distribuidor con el cual ATF negocia su adhesión está al corriente de la política comercial de Telefunken, gracias a la cual los precios de venta se mantienen estables y se asegura a los revendedores un margen de beneficios adecuado. La palabra «Telefunken» muestra —a juicio del TJCE— «que ATF hacía referencia a una política comercial que, desde su percepción, era el fruto de una iniciativa de AEG, quien era la única que podía trazar una política unitaria a seguir por sus diferentes filiales encargadas de la distribución de los productos Telefunken»¹⁰⁶, puesto que solo de AEG dependían todas ellas.

En lo que respecta a ATBG, el ejercicio del control en el caso concreto se pone de manifiesto —a juicio del TJCE— en el caso del mayorista belga Dietrichs. De los documentos aportados se desprende que TFR tomó contacto directamente con Dietrichs para examinar la posibilidad de discutir la normalización de las actividades de éste que sin embargo no afectaban el mercado alemán, que TFR ha abordado en el interior de su organización los problemas planteados por la solicitud de admisión de Dietrichs y que ella ha constatado al fin —que en este momento no hay ninguna razón para proseguir las discusiones iniciadas con M. Dietrichs. Estos elementos, según el TJCE, «muestran claramente que no existía autonomía de decisión de ATBG respecto a AEG y a TFR»¹⁰⁷, o más bien que no existía autonomía de decisión en este punto entre ATBG y TFR, y que en virtud de lo argumentado anteriormente respecto a las filiales controladas totalitariamente se consideraba que tampoco había autonomía de decisión respecto a AEG, «por lo que los comportamientos anticoncurrenciales de las filiales TFR, ATF y ATBG son imputables a AEG»¹⁰⁸.

Esta línea de razonamientos que al menos en apariencia se mostraba favorable a la introducción de una regla de imputación per se rompió con las más modernas decisiones de la Comisión en el caso «Polypropileno»¹⁰⁹, y después de un cierto impas en la decisión Viho fue rechazada en la sentencia BPB.

En la decisión «Polypropileno» la Comisión infligió una multa a diversas empresas productoras de polypropileno como consecuencia de la

¹⁰⁶ Sentencia AEG cit. pág. 3199.

¹⁰⁷ Sentencia AEG cit. pág. 3199-3200.

¹⁰⁸ Sentencia AEG cit. pág. 3200.

¹⁰⁹ Decisión de 23 de abril de 1986 (JOCE L 230, de 18 de agosto de 1986, pág. 1 y ss.).

adopción de acuerdos y realización de prácticas concertadas de fijación de precios mínimos y reparto de mercados a través de reuniones periódicas realizadas entre ellos. Particularmente relevante para el tema que nos ocupa es el análisis que la Comisión realiza del grupo Saga. Saga Petrokjemi era una asociación de derecho noruego con dos filiales en territorio comunitario, en concreto en Dinamarca y Reino Unido.

Saga Petrokjemi participaba desde 1973 en las reuniones, tenía un accionariado plural en el que uno de los socios Saga Petroleum se encontraba en posición de control—poseía el 56% del capital y en 1982 adquirió el 100% del mismo¹¹⁰. Pues bien la Comisión afirma que aunque Saga Petroleum «haya poseído el 56% y más tarde el 100% del capital de Saga Petrokjemi, la Comisión no considera que constituyan en conjunto una empresa única, en el sentido de que el comportamiento de Saga Petrokjemi pueda ser imputado a Saga Petroleum a título de identidad de empresa. Saga Petrokjemi ha funcionado siempre como empresa comercial distinta y no puede considerarse que forma parte de la misma unidad económica que Saga Petroleum. Por el contrario, las filiales de Saga Petrokjemi en Dinamarca y el Reino Unido forman parte del mismo asunto y sus acciones son imputables a Saga Petrokjemi»¹¹¹.

Pese a que desgraciadamente la extensísima decisión no da, sin embargo, datos respecto al carácter del ejercicio del control y de la dirección unitaria en ambos casos, lo dicho por la Comisión tiene particular relevancia, en cuanto la Comisión rompe aquí con la pretendida regla de imputación per se en los supuestos de control totalitario, que parecía desprenderse del caso AEG. La Comisión se refiere tanto al caso en el que Saga Petroleum poseía el 56% del capital de Saga Petrokjemi, como al caso en que poseía el 100%, admitiendo la posibilidad de una actuación autónoma de una filial al 100%.

Esto se deduce no solo del tenor literal del párrafo citado sino también de que la propia Comisión reconoce que Saga Petrokjemi aplicó el sistema de precios mínimos en 1983¹¹²—cuando ya era filial al 100% de Saga Petroleum— y sin embargo no imputa dicha infracción a Saga Petroleum. El TJCE no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión ya que Statoil no recurrió la decisión.

La Comisión se mostró igualmente contraria una regla per se en casos de control al 100% en su decisión de 15 de julio de 1992 en el caso

¹¹⁰ Decisión Polypropileno cit. pág. 32.

¹¹¹ Decisión Polypropileno cit. pág. 32.

¹¹² Decisión Polypropileno cit. pág. 16.

Viho I¹¹³ al condenar a la empresa alemana Herlitz AG al pago de una multa por infracción del párrafo 1 del artículo 81.

La estipulación ilícita estaba contenida en un acuerdo de distribución estipulado entre Parker y Herlitz AG, para la distribución de los bolígrafos fabricados por la primera en Alemania, en el que se establecía la siguiente cláusula «Herlitz distribuirá los productos Parker exclusivamente en la República Federal de Alemania. Herlitz no está autorizada a vender los productos Parker fuera de las fronteras nacionales sin autorización escrita de Parker».

Herlitz AG era titular del 100% de las participaciones sociales de Herlitz GmbH & Co. KG. Viho, empresa holandesa de distribución de productos de papelería solicitó ser suministrada de determinados productos Parker por Herlitz GmbH & Co a lo cual esta respondió en sucesivos Telex de 24 y 25 de abril de 1989 que «lamentamos tener que informarle que no tenemos autorización de exportar los productos mencionados» y que «no podemos proveer los artículos solicitados... No es que no queramos, sino que estamos vinculados por un contrato».

Herlitz AG alegó la diferente personalidad jurídica de ambas sociedades para evitar la sanción ante lo que la Comisión no solo recurrió al criterio del control totalitario sino que se refirió igualmente a los indicios de ejercicio de control derivados de la actuación pasada de la filial, indicando que al ser «Herlitz GmbH & Co. KG una filial al 100% de Herlitz, las dos sociedades eran consideradas como una sola unidad económica. Como se desprende del télex de 25 de abril de 1989, la filial ha seguido la política de la sociedad madre y se ha sentido vinculada por los acuerdos concluidos con aquella»¹¹⁴. Pese a que la Decisión fue recurrida por Herlitz y Parker dando lugar a sendas sentencias¹¹⁵, en ninguna de ellas se abordó la cuestión reseñada al no alegar Herlitz nada al respecto.

Pero es en el caso BPB en el que el Tribunal que pareció aceptar la regla de imputación per se en los casos de control totalitario en su sentencia AEG, cambia de opinión.

La cuestión tuvo su origen en la Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 1988¹¹⁶ por las que se impusieron multas a BPB Industries

¹¹³ JOCE L 233, de 15 de agosto de 1992, pág. 27 y ss.

¹¹⁴ Decisión Viho I cit. pág. 30.

¹¹⁵ STJCE de 14 de julio de 1994, dictada en el caso Herlitz AG contra Comisión, Rec. 1994, pág. II-531 y ss; y STJCE de 14 de julio de 1994, dictada en el caso Parker Pen Ltd, contra Comisión, Rec. 1994, pág. II-549 y ss.

¹¹⁶ 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).

plc (BPB) y su filial al 100% British Gypsum Limited (BG) por infracción del artículo 82 del Tratado.

BPB era la holding británica de un grupo que controlaba aproximadamente la mitad de la capacidad de producción de placas de yeso de la Comunidad. En Gran Bretaña operaba esencialmente a través de su filial BG —fabricación y comercialización—, en tanto que en la República de Irlanda la filial irlandesa de BPB, «BPB, Gypsum Industries plc» (GIL), se ocupaba tanto de la fabricación como de la comercialización del producto. En Irlanda del Norte BG se ocupaba de la comercialización del producto que era fabricado por ella misma —en una pequeña proporción— y mayoritariamente por GIL, en tanto que ésta se dedicaba a la fabricación.

El inicio de importaciones, realizadas por empresas ajenas al grupo, de placas de yeso producidas en el extranjero, llevó a BPB —que conservaba en 1985 y 1986 una cuota de mercado de entre el 96% y el 98% en el Reino Unido y entre el 92% y 100% en Irlanda— a establecer un programa de pagos a los comerciantes del sector de la construcción que se comprometieran a comprar el producto exclusivamente a BG así como otras prácticas, en Gran Bretaña e Irlanda, que fueron consideradas por la Comisión encuadrables en la prohibición de abuso de posición de dominio establecida en el artículo 82 TCEE.

Además consideró que BPB, a través de su filial BG había infringido el artículo 82 TCEE al abusar de su posición dominante en el suministro de planchas de yeso en Irlanda e Irlanda del Norte, al haber obtenido mediante presiones un compromiso de un consorcio de importadores por el que renunciaban a importar el producto en Irlanda del Norte, y al haber realizado una serie de descuentos sobre productos BG suministrados a comerciantes del sector de Irlanda del Norte que se concedían con la condición de que dichos comerciantes no vendieran ningún tipo de planchas de importación.

Como consecuencia de las primeras prácticas reseñadas la Comisión sancionó a BG a pagar una multa de 3.000.000 de ecus, en tanto que como consecuencia de las segundas sancionó a BPB al pago de otra de 150.000 ecus.

BPB y BG recurrieron la decisión ante el TPI alegando, por cuanto nos interesa el distinto tratamiento dado a las sanciones por los actos cometidos en Gran Bretaña —respecto de los que solo se sanciona a BG— y en Irlanda del Norte —en los que se sanciona a BPB—. El TPI desestimó el recurso —en la parte que nos interesa— en su sentencia en el caso «BPB Industries plc y British Gypsum Limited c. Comisión» de

1 de abril de 1993¹¹⁷, lo cual planteaba el problema del distinto tratamiento dado en dos supuestos en que las conductas prohibidas habían sido realizadas por filiales al 100%.

Para justificar dicho tratamiento diverso la Comisión alegó que BPB y BG debían ser consideradas como una única empresa a los efectos del caso, respecto a Irlanda del Norte, en aplicación del principio de unidad económica, precisando —a instancias del Tribunal— que «si BG era la destinataria apropiada de la Decisión por lo que se refiere a las actuaciones observadas en el mercado de Gran Bretaña, no podía decirse lo mismo de las que se produjeron en el mercado irlandés, en el que debía tenerse en cuenta la presencia de dos filiales de BPB, sociedad holding que desarrollaba actividades directamente en dicho mercado como se desprendía de los apartados 90, 97 y 102 de la Decisión»¹¹⁸.

El TPI en su sentencia comenzó su argumentación recordando la jurisprudencia anterior en materia de aplicación del principio de unidad económica como mecanismo de imputación a tenor de la cual se puede imputar a la sociedad matriz el comportamiento de una filial «cuando la filial no determina de manera autónoma su línea de conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz (ICI, ap. 133). Si se trata de una filial cuyo capital pertenece íntegramente a la sociedad matriz, **en principio**, sigue necesariamente la política marcada por ésta (AEG ap. 50).».

A pesar de la mención de la doctrina AEG. El TPI no resuelve la cuestión en función de una aplicación automática del principio de unidad económica derivada de la titularidad del 100% del capital de la filial británica. Si lo hubiera hecho le hubiera resultado imposible aceptar la distinción de la Comisión entre las consecuencias jurídicas derivadas de los actos de abuso realizados en Irlanda —responsabilidad de BPB— y en el Reino Unido —responsabilidad de BG—.

Si hubiera partido de esa base hubiera tenido que concluir, como lo hizo el Gobierno español, por la responsabilidad solidaria de BPB y BG en ambos casos.

El TPI sin embargo llega a conclusiones bien distintas. Mantiene un tratamiento diferenciado respecto de los actos realizados en Gran Bretaña y en Irlanda del Norte. El TPI aprecia la existencia de unidad económica en el segundo caso —aunque sin el efecto, al menos expreso, de la

¹¹⁷ Rec. 1993, pág. II-389 y ss.

¹¹⁸ Sentencia TPI BPB cit. ap. 146.

responsabilidad solidaria— sino de la imputación directa de la responsabilidad a la matriz mientras que en el primero declara únicamente responsable en la filial.

En ambos casos se trata de actos puestos en práctica por la filial en el mercado. En ambos casos se trata de una filial al 100%. El TPI deja con ello claro en su sentencia que la mera existencia de control totalitario no presupone automáticamente la imputación de la conducta de la dominada a la dominante como consecuencia del principio de unidad económica.

Para fundar este trato distinto el TPI alega que «a diferencia de lo que sucede en el mercado de Gran Bretaña, la posición dominante de BPB en la totalidad del mercado de la isla de Irlanda —posición que, por otra parte, no se ha negado— se basa en la existencia de dos filiales (ambas participadas al 100% por BPB), una de las cuales se encarga de la comercialización en el territorio de Irlanda del Norte de los productos fabricados por la otra, mientras que ésta última fabrica y comercializa ella misma sus propios productos en Irlanda. De ello se deriva que, a diferencia de lo que sucede en el mercado de Gran Bretaña, ni la posición dominante, ni el abuso de ella en la totalidad del mercado de la isla de Irlanda pueden atribuirse específicamente a una u otra de las filiales de BPB, porque el conjunto del grupo BPB se beneficiaba de las prácticas de BG en Irlanda del Norte, dado que la filial GIL aumentaba los suministros de placas de yeso a la otra filial, BG, en una medida que dependía directamente de la eficacia de los abusos cometidos por esta última en Irlanda del Norte»¹¹⁹.

Ahora bien la imputación a la dominante no procede exclusivamente del hecho de que del abuso obtuvieran beneficios dos distintas filiales del grupo —controladas, ambas, al 100% por la dominante, sino también de que «Como confirman... las precisiones facilitadas en la vista... BPB y BG constituyen una sola unidad económica»¹²⁰, desprendiéndose «de los apartados 90, 97 y 102 de la decisión que el Comité Ejecutivo de BPB era periódicamente informado sobre las prácticas de sus filiales en el mercado irlandés, mientras que de la Decisión no se desprende el mismo interés e relación con el mercado de Gran Bretaña»¹²¹.

Los hechos que se alegaron en la vista y convencieron al TPI de que BPB y BG constituían una unidad económica los desconocemos— al no

¹¹⁹ Sentencia TPI BPB cit. ap. 151.

¹²⁰ Sentencia TPI BPB cit. ap. 152.

¹²¹ Sentencia TPI BPB cit. ap. 152.

estar reseñados en la sentencia— en todo caso y aunque el TPI no se refiera expresamente a ello el Tribunal parece aplicar la doctrina en base a la cual el juicio sobre si dos entidades constituyen o no una única unidad económica debe realizarse sobre un hecho concreto, pudiendo dos entidades ser consideradas como una única unidad económica respecto a un hecho concreto y no con respecto al otro. En este sentido la sentencia nos parece plenamente correcta. Mas oscuro está el porqué de la atribución de la responsabilidad en exclusiva a BPB, en tanto que BG era autor material de los hechos, GIL se había beneficiado de su realización y ambas filiales ostentaban conjuntamente la posición de dominio en la isla de Irlanda sin que pudiese predicarse de una sola de ellas que se encontraba en posición dominante.

La sentencia fue recurrida en casación por BPB y BG ante el TJCE que desestimó el recurso en su sentencia de 6 de abril de 1995 (STJCE BBP)¹²². El primer motivo alegado por las recurrentes —único que nos interesa respecto a la cuestión de la aplicación del principio de unidad económica— es la infracción de los artículos 82 y 190 del TCEE.

El motivo podía descomponerse, según el Abogado general y el TJCE en dos extremos, de los que aquí nos interesa el de la fundamentación de la imputabilidad.

A este respecto el Abogado General y con él el TJCE partió de la doctrina sentada en el caso ICI sin realizar mención alguna al caso AEG, que sin embargo si había sido citada, aunque sin ser utilizada por el TPI¹²³.

¹²² Rec. 1995, II-865 yss.

¹²³ En la cita realizada por el Abogado General y asumida por el TJCE de su sentencia en el caso ICI se recuerda que «la circunstancia de que una filial tenga personalidad jurídica propia no basta para excluir la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la sociedad matriz... esto es especialmente así cuando la filial, a pesar de tener personalidad jurídica propia, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica en gran medida las instrucciones que le imparte la sociedad matriz... cuando la filial no disfruta de una autonomía real en la determinación de su línea de actuación en el mercado, las prohibiciones establecidas por el apartado 1 del artículo 81 pueden ser consideradas inaplicables en las relaciones entre ella y la sociedad matriz con la que forma una única unidad económica.» (Apartados 132 a 134 de la sentencia ICI, recogidos en el apartado 27 de la sentencia BPB) Obsérvese que la alegación de la doctrina de la unidad económica en un caso de imputación, no se realiza tomando como base una sentencia anterior de imputación, sino una sentencia de inaplicación de la prohibición contenida en el párrafo 1 del artículo 81 TCEE, esto es de aplicación de la doctrina del privilegio del grupo. Con ello parece querer indicarse que a juicio

La ausencia de cualquier mención a AEG viene justificada como consecuencia de la decidida posición del Abogado General y con él del TJCE en favor de un análisis funcional de las relaciones entre dominante y dominada que funde la aplicación del principio de unidad económica como mecanismo de imputación.

Abogado General y TJCE consideran fundada la imputación a la dominante ya que «precisamente, de la organización de las relaciones entre la filial BG y su sociedad matriz BPB y de la unidad política comercial adoptada, el Tribunal de Primera Instancia ha podido deducir que constituían en el mercado irlandés, una sola unidad económica»¹²⁴, tomando también en consideración el hecho de que el Comité Ejecutivo de BPB no era ajeno a la estrategia adoptada en Irlanda del Norte.

De ello tanto el Abogado General como el TJCE deducen que el TPI «ha podido comprobar mediante elementos de hecho incuestionables que BG había aplicado instrucciones dadas por su matriz. Por lo tanto, carece de interés examinar si la capacidad de influencia de una sociedad matriz sobre su filial al 100% debe presumirse, puesto que en el presente caso se han hecho las comprobaciones fácticas adecuadas para acreditarlo»¹²⁵.

Con ello se evita un pronunciamiento expreso y tajante sobre la cuestión que nos ocupa.

El apartado resulta, por lo demás, extremadamente esclarecedor. La imputación a la dominante es consecuencia del ejercicio del control en el caso concreto, del hecho que la dominante haya aplicado las instrucciones dadas por su sociedad matriz. Cuestión ésta que debe ser comprobada por la Comisión y por el Tribunal que deben de motivar debidamente sus decisiones o sentencias, y que en el caso fue comprobada por elementos de hecho incuestionables, según el TJCE.

El apartado reseñado nos aclara también cual es el marco de la discusión en el Derecho comunitario respecto a la relevancia del control totalitario, limitado a averiguar si dicho control totalitario puede llegar a fundar una presunción de existencia del principio de unidad económica y no a si puede constituir una regla de imputación *per se*.

Ahora bien, comprobados los hechos respecto a los actos realizados por BG y GIL en Irlanda, bastaba con afirmar la falta de comprobación

del Abogado General y del TJCE el principio aplicable en ambos tipos de casos es el mismo, aunque no implica, al menos necesariamente, que los requisitos exigibles en uno y otro caso para apreciar la existencia de una única unidad económica sean los mismos.

¹²⁴ STJCE BPB cit. apartado 28.

¹²⁵ STJCE BPB cit. apartado 29.

de dichos hechos en Gran Bretaña para explicar la diferencia de tratamiento. Aunque este proceder hubiera obligado al Abogado General y al TJCE a pronunciarse sobre el valor de la existencia de control totalitario.

Sin embargo el proceder del Abogado General y del TJCE no es éste. Se parte de la relevancia del hecho de que en Irlanda existen dos filiales sin que la posición dominante y el abuso puedan atribuirse específicamente a una u otra, y se evita de esta forma abordar directamente la cuestión del valor que debe darse a la identidad de propiedad interés y control entre la entidad actora y la dominante en estos casos.

La idea de la regla de imputación *per se* continúa, sin embargo presente en las decisiones de la comisión y en las sentencias del Tribunal incluso con referencia a los casos en que existe una diferencia «de minimis» respecto al control total. Muestra de ello es la decisión Volkswagen de 28 de enero de 1998. En el caso Volkswagen AG poseía el 98,99% en Audi AG, y una participación del 100% en Autogerma SpA, sociedad italiana dedicada a la comercialización en Italia de los productos de las marcas Volkswagen y Audi. La comercialización se realizaba a través de una red de distribución selectiva cuyos miembros eran jurídica y económicamente independientes. Autogerma Spa adoptó una serie de medidas tendentes a evitar la importación paralela de vehículos a Alemania y Austria favorecida por la devaluación de la lira frente al marco. La Comisión imputó la conducta a la Holding del grupo Volkswagen AG¹²⁶ y el TPI consideró en su sentencia de 6 de julio de 2000 sobre el caso como hecho que las tres entidades constituían una única unidad económica sin aportar mayor argumentación¹²⁷.

Un deslizamiento semejante puede observarse en el caso «PVC»¹²⁸ respecto a la imputación a Montedison de la conducta de su filial al 100% por vía indirecta y múltiple Montedipe. En este caso Montedison además no era la titular del 100% del capital sino que lo controlaba por

¹²⁶ Considerandos 5 y 6 de la Decisión de 28 de enero de 1998.

¹²⁷ En particular el Considerando segundo de la STPI de 6 de julio de 2000 en el caso «Volkswagen contra Comisión» que transcribimos parcialmente aquí considera que «La importación en Italia de estos vehículos, así como de sus piezas de recambio y accesorios, se efectúa en exclusividad por la sociedad italiana Autogerma SpA (en lo sucesivo, «Autogerma»), con sede en Verona (Italia), que es una filial al 100% de la demandante y que, por tanto, constituye con esta última y Audi una unidad económica.» Aunque la cuestión no fue discutida por Volkswagen y por tanto esta observación del Tribunal no es ratio decidendi de su sentencia resulta claro que el uso de los términos «por tanto» reflejan un fácil deslizamiento hacia la regla *per se*.

¹²⁸ STPI de 20 de abril de 1999 en el caso «PVC».

diversas vías. En este caso nos volvemos a encontrar con la formulación de acuerdo con la cual dado que la matriz había confirmado que poseía el 100% del capital «ha de considerarse que estas filiales siguen necesariamente una política trazada por los órganos estatutarios que fijan la política de su sociedad matriz»¹²⁹. Pese a esta aparente aplicación como regla *per se*, el TPI tomo en consideración otros factores en particular la participación de la propia matriz en el acuerdo¹³⁰.

La configuración de la regla como presunción y no como regla *per se* vuelve a estar presente en el caso «Stora» en el que dicha sociedad era titular del 100% del capital de Kopparfors que había participado en un acuerdo de precios en el sector del cartoncillo en el que el TPI tomó en cuenta siguiendo la doctrina «AEG» que Stora no había negado que pudiera influir de modo determinante en la política comercial de

¹²⁹ De acuerdo con el Considerando 961 de la Sentencia «En el caso de autos, Montedison confirmó que poseía la totalidad del capital de las sociedades Montedipe y Montepolimeri, de forma que ha de considerarse que estas filiales siguen necesariamente una política trazada por los órganos estatutarios que fijan la política de su sociedad matriz (sentencia AEG/Comisión, antes citada, apartado 50).»

¹³⁰ De acuerdo con el Considerando 902 de la Sentencia «En efecto, aunque Montedison transfirió las actividades de producción a Montedipe en enero de 1981, no abandonó hasta 1983 toda actividad en el sector del PVC (véase, en particular, el párrafo primero del punto 13 de la Decisión). Además, respondiendo a una pregunta del Tribunal de Primera Instancia, la demandante reconoció que, durante todo este período, poseía, directamente o a través de sociedades controladas, la totalidad del capital social de Montedipe. Finalmente, la nota de ICI de 15 de abril de 1981, que contribuye a la aportación de la prueba de la existencia de sistemas de control de los volúmenes de ventas entre fabricantes, es la transcripción de un mensaje enviado por el consejero delegado de la división petroquímica de Montedison (véanse los apartados 599 a 601 *supra*), lo que confirma que la demandante no se mantuvo, a diferencia de lo que afirma, al margen de la infracción reprochada.»

En efecto para probar la existencia de un mecanismo de cuotas entre los participantes en el acuerdo, la Comisión utilizó una nota descubierta en los locales de ICI, de fecha 15 de abril de 1981. Esta nota es el texto de un mensaje dirigido por el consejero delegado de la división petroquímica de Montedison a ICI. Incluye el siguiente fragmento: «en el PVC por ejemplo, ICI podría contar para finales de 1981 con capacidad añadida en Alemania y ha venido desde enero de 1981 solicitando un incremento de 30 kt de su cuota». Tal como recordó la Comisión, en dicha fecha ICI tenía previsto abrir una nueva instalación en Alemania, cerrando al mismo tiempo una antigua situada en otro lugar. El TPI consideró que el hecho de que dicha nota fuera la transcripción de un mensaje procedente de un directivo de una empresa competidora, determinaba que ni pudiera considerarse que el término «cuota» se refiera a meros objetivos internos de ICI como había sido alegado por las partes (Considerando 599 y 601).

Kopparfors y que no invocara ningún elemento probatorio de la autonomía comercial de la filial¹³¹.

4.2.2.2. La cuestión de la unidad de acción evidente

Otro intento de evitar la prueba del ejercicio del control en cada caso concreto fue la introducción del criterio de unidad de acción evidente en la sentencia Zoja. Una vez comprobada ésta se produciría la imputación sin necesidad de probar la existencia de ejercicio del control en el caso concreto.

Este criterio que tiene pleno sentido cuando dominante y dominada actúan en el mismo mercado o en mercados conexos, en cuanto es un claro indicio de que la actuación de la dominada es consecuencia del seguimiento por ésta de las instrucciones de la dominante, no lo es tanto en aquellos casos en que dominante y dominada actúan en mercados totalmente independientes o en los que la dominante no actúa en el mismo mercado que la filial y en los cuales sin embargo, si se demostrara la existencia de ejercicio del control habría lugar a la imputación.

En el caso Zoja se recurrió por vez primera a este criterio. De acuerdo con sus hechos la sociedad italiana ICI era filial de la americana CSC. CSC había adquirido el 51% del capital social de ICI y el Consejo de Administración de ésta estaba compuesto por 10 miembros de los cuales 5 estaban al servicio de CSC, realizando funciones de alta dirección. El comité ejecutivo de ICI estaba compuesto de 6 miembros, de los cuales 3 eran representantes de CSC, figurando ICI en el informe anual de CSC como filial (subsidiary). ICI, además de distribuidor de éstos y otros productos fabricados por CSC, produce sus propias especialidades farmacéuticas¹³². El presidente de CSC era el presidente del

¹³¹ De acuerdo con el considerando 80 de la sentencia «dado que la demandante no negó que podía influir de modo determinante en la política comercial de Kopparfors es superfluo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, verificar si efectivamente ejerció dicho poder. En efecto, dado que Kopparfors era una filial al 100% de la demandante desde el 1 de enero de 1987, sigue necesariamente una política trazada por los órganos estatutarios que fijan la política de su sociedad matriz (véase la sentencia AEG/Comisión, antes citada, apartado 50). En cualquier caso, la demandante no ha invocado ningún elemento probatorio que pueda sustentar sus afirmaciones según las cuales Kopparfors ejerció su actividad en el mercado del cartoncillo como una entidad jurídica autónoma que determinaba su política comercial en gran parte por sí sola y poseía su propio consejo de administración con representantes externos.»

¹³² Decisión Zoja cit. pág. 52.

Consejo de administración de ICI y tenía voto dirimente en el caso de empate en el seno del Consejo¹³³.

La Decisión se decanta por la aplicabilidad del artículo 82 TCEE conjuntamente a las sociedades CSC e ICI consideradas como una única unidad económica, en base a una serie de argumentos:

1. «...que CSC detenta el poder de control de ICI puesto que detenta el 51% de su capital social, lo que le permite ejercer de forma permanente una acción determinante sobre la formación de la voluntad social y por tanto sobre la gestión de ICI, teniendo en cuenta que la Junta general, por el voto favorable de un número de accionistas que representen más de la mitad del capital, tiene el poder de nombrar los administradores, de deliberar sobre la responsabilidad, de aprobar el balance».

2. que el ordenamiento italiano contiene en un precepto —el artículo 2359 Cc— en materia de compra de acciones por sociedades controladas, una definición de control que reposa sobre el mismo principio.

3. «que la composición del consejo de administración y del comité ejecutivo de ICI indica que CSC ejerce efectivamente su control sobre ICI..... que en particular el presidente de CSC es también presidente de ICI».

4. «que es igualmente significativo que CSC indique en sus informes anuales que ICI es una de sus filiales, que constituye la base de sus investigaciones en Europa, lo que no se diría de empresas en las cuales se hubiera simplemente invertido capitales a título de inversión financiera».

5. que la prohibición hecha por CSC a sus distribuidores de nitropropano y de aminobutanol, de revender o exportar estos productos para la fabricación de ethambutol, «indica en este caso la intención de evitar que Zoja se pueda aprovisionar de materias primas, y muestra hasta que punto CSC vigila de cerca la actividad de Zoja desde el fracaso de las conversaciones relativas a una fusión (entre ICI y Zoja), lo que contribuye a convertir en increíble que CSC se abstenga y se haya abstenido de ejercer de hecho su poder de control respecto a ICI, por lo que se refiere al comportamiento de esta sociedad en el mercado respecto de los productos en cuestión; que es especialmente increíble que una operación tan delicada como la tentativa de absorción arriba recordada se haya desarrollado sin el control de CSC... se puede por tanto concluir que CSC detenta el poder de control de ICI y lo ejerce efectivamente, por lo menos con respecto a lo que se refiere a las relaciones con Zoja,

¹³³ Sentencia Zoja cit. pág. 226.

de forma que a este respecto no ha lugar a distinguir entre la voluntad y los actos de CSC y los de ICI; que por tanto conviene tratar a las sociedades CSC e ICI como una sola empresa o entidad económica, a partir de ahora denominada «grupo CSC-ICI», en sus relaciones con Zoja, y a los fines de la aplicación del artículo 82»¹³⁴.

La Comisión fija su atención en la existencia de control y de ejercicio de control en el caso concreto. Es cierto que la Comisión solo prueba la existencia de ejercicio de control en el caso concreto a través de indicios y deducciones que hacen «increíble» la posibilidad de que no se haya ejercido el control por CSC respecto a ICI en cuanto a las relaciones de ésta con Zoja (argumento 5)¹³⁵. La íntima conexión entre el ejercicio del control en el caso concreto y la responsabilidad se mantiene igualmente aquí.

La Comisión deduce de esta convicción del ejercicio del control en el caso concreto la responsabilidad. El problema planteado por la sentencia es más el del medio de prueba necesario para probar la existencia del ejercicio del control en el caso concreto o el de la admisión de la presunción de existencia del ejercicio del control en el caso concreto en determinados casos, más que el del presupuesto de la imputación de la responsabilidad a la dominante que continúa siendo aquí el control y su ejercicio en el caso concreto. Esto es que la actuación de la controlada que conlleva una infracción de las normas de la competencia —en este caso del artículo 82 TCEE— haya sido realizada como consecuencia del ejercicio del control por parte de la dominante en el concreto supuesto analizado. La posición de la Comisión es en este punto idéntica a la de anteriores decisiones reseñadas.

Contra esta decisión recurrieron CSC e ICI argumentando, por lo que nos interesa, que los hechos alegados por la Comisión no son concluyentes. Alegando la jurisprudencia del propio TJCE en los casos anteriores se señala que los hechos alegados por la Comisión no aportan ninguna prueba de la existencia de los dos requisitos necesarios control y ejercicio del control en el caso concreto¹³⁶. Respecto a la existencia de

¹³⁴ Decisión Zoja cit. pág. 54.

¹³⁵ En esta misma línea de argumentación puede citarse la decisión de la Comisión en el caso «Flachglas/Benelux», de 23 de julio de 1984 (Abl.1984 L212), en la que se impuso la sanción a las dominantes de dos grupos respecto a un acuerdo de precios entre filiales, con el argumento de que las conversaciones entre aquellas no podían ser concebidas que las filiales siguieran las instrucciones de las dominantes o tuvieran al menos su consentimiento. (pág. 20).

¹³⁶ Utilizando los términos de la recurrente «Según la jurisprudencia del Tribunal...., para que una sociedad madre y una filial sean consideradas como una única unidad

control, los recurrentes alegan que CSC no tiene una representación mayoritaria ni en el consejo de administración ni en el comité de dirección, ostentando los dos consejeros delegados de ICI plenos poderes de gestión de la sociedad, excepción hecha de las inversiones. Solo en el ámbito de las inversiones reconoce CSC tener un derecho de veto. En cuanto al ejercicio del control los recurrentes alegan que la Comisión no ha llegado a descubrir un solo caso en el que el Instituto haya decidido su comportamiento en el mercado en función de las instrucciones recibidas de CSC¹³⁷.

En cuanto a la existencia de control la Comisión replicó alegando correctamente la relevancia de la participación del 51% que poseía CSC en el capital de ICI, a efectos de la determinación de la existencia del control, ya que a falta de pactos estatutarios específicos en el caso, concedía a CSC «el poder de administrar la sociedad (artículo 2362 del Código civil italiano), a la vez de una manera positiva, nombrando los administradores (artículos 2364 y 2383) y de una manera negativa impidiendo su reemplazo o haciéndolos declarar responsables por violación de sus obligaciones (artículo 2393)»¹³⁸.

Respecto al ejercicio del control la Comisión propugnó una tesis altamente criticable. Partiendo de las nociones de control y dependencia reconocidas en los ordenamientos de los estados miembros y en la propuesta de estatuto de una sociedad europea, afirma que «el Derecho de la competencia permite ir más lejos que el derecho de sociedades en el análisis del complejo de hecho y de derecho con el fin de descubrir el control económico real» —como a su juicio demuestra el parágrafo 23 GWB¹³⁹ alemana en materia de control de concentraciones—. Según la

económica de forma que los actos ejecutados por la filial puedan ser atribuidos a la sociedad madre, es necesario que exista a) un poder de dirección de la sociedad madre sobre la filial y b) el ejercicio efectivo del control de la sociedad madre a un punto tal que la filial no determine de forma autónoma su comportamiento sobre el mercado». Sentencia Zoja cit. pág. 228.

¹³⁷ Sentencia Zoja cit. pág. 229.

¹³⁸ Sentencia Zoja cit. pág. 229-230.

¹³⁹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kartellgesetz de 27 de julio de 1957 (Bundesgesetzblatt I Nr. 41 de 9 de agosto de 1957, pág. 1081 y ss. Sobre la misma en su versión original, que es la citada por la Comisión ver MÜLLER-HENNEBERG, H. y SCHWARTZ, G. «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar», Köln -Berlin (Karl Heymanns), 1958. Una nueva versión de la GWB de 24.9.1980 (BGBl I, pág. 1761), modificó este precepto. Sobre la misma ver M—LLER, H. - GIEßLER, P. - SCHOLZ, U. «Wirtschaftskommentar. Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kartellgesetz» Frankfurt am Main (deutscher Fachverlag), 1981. El precepto fue nuevamente modificado en 1989. Sobre la actual

Comisión «el hecho de que una sociedad detente la mayoría de las acciones con derecho de voto es por sí mismo una prueba suficiente, en derecho comunitario de la competencia, del control ejercido sobre la... sociedad (dominada). La presencia de representantes de CSC en el seno del Consejo de administración y del comité de gestión indica que el poder de control se ejerció de hecho en el caso presente...»¹⁴⁰.

Una posición más centrada ...—puesto que permitía la prueba en contrario, a diferencia de la de la Comisión— era la sustentada por el Abogado General, que no cometía en todo caso el —intencionado o no— error de confundir el poder de hecho o jurídico —según los ordenamientos— en que se resume el control con el ejercicio del mismo. Para M. Warner la jurisprudencia del Tribunal anterior al caso que se decidía debía ser interpretada en el sentido de que «existe una presunción de que una filial actúa conforme a los deseos de la sociedad madre, dado que la experiencia enseña que las filiales actúan generalmente de esta forma, que a menos que esta presunción no sea destruida, conviene considerar a la sociedad madre y a su filial como una empresa única respecto a la aplicación de los artículos 81 y 82 del tratado de la CEE; y que esta presunción no puede ser destruida que si demuestra positivamente por los que tienen interés en ello que la filial de hecho a gestionado sus negocios de forma autónoma»¹⁴¹.

La Comisión alegó, además, nuevamente, los otros argumentos expuestos en la Decisión y en particular la composición de los órganos de administración y el voto dirimente del Presidente del Consejo. En su réplica los recurrentes, aparte de otras muchas cuestiones afirmaron que ni el voto dirimente del Presidente ni el derecho de veto en materia de inversiones habían sido utilizados nunca, a lo que la Comisión alega en la réplica a la réplica que la no utilización del voto dirimente no es relevante ya que «el simple hecho de detentar tal derecho de voto juega un papel en la determinación de las relaciones de fuerza en el seno del grupo»¹⁴².

Llegados a este punto, parece claro que la Comisión, había demostrado fuera de toda duda que CSC poseía el control de ICI, sin embargo

versión ver «Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», Köln (Otto Schmidt), 1982-94.

¹⁴⁰ Sentencia Zoja cit. pág. 230.

¹⁴¹ Conclusiones del Abogado general M. Jean-Pierre Warner, presentadas el 22 de enero de 1974, Rec. 1974, pág. 262 y ss. (268).

¹⁴² Sentencia Zoja cit. pág. 232.

no había sido demostrado el ejercicio del control en el caso concreto mas allá de los indicios señalados a lo que se añadía la deducción del carácter increíble de la hipótesis contraria dadas las circunstancias del caso.

Tan es así que el TJCE en su fallo cambió la enunciación del segundo requisito de la existencia de unidad económica, definiéndolo no en función de la prueba siquiera por indicios de la existencia de ejercicio de control en el caso concreto, sino en función de la unidad de acción evidente entre CSC e ICI en lo relativo al mercado del nitropropano y sus derivados. Es esa unidad de acción comprobada en múltiples ocasiones la que unida al poder de control de CSC sobre ICI «confirma las conclusiones de la decisión atacada, de que las dos sociedades deben considerarse, en lo que concierne a sus relaciones con Zoja, como una unidad económica y que el comportamiento incriminado les es imputable solidariamente»¹⁴³.

Si la solución pudo ser materialmente justa, el criterio no parece adecuado con carácter general.

En primer lugar el criterio de la evidencia de la unidad de acción tendría tan solo un carácter subsidiario. La evidencia de la unidad de acción entre filial y dominante no puede prevalecer sobre a las órdenes efectivamente impartidas por la dominante contrarias a dicha unidad de acción. Esto es la prueba de dichas instrucciones contrarias, desobedecidas por la dominada, desvirtuaría el valor del criterio de la evidencia de la unidad de acción. Éste solo sería aplicable, por tanto, cuando no existiera, como el caso, prueba apreciada por el Tribunal de la existencia de una instrucción concreta de la dominante a la dominada.

En segundo lugar la identidad de actuación de la dominante y la filial no siempre es consecuencia del ejercicio del control y puede haber ejercicio del control sin identidad de actuación, como por ejemplo cuando el contenido de la instrucción sea que dominante y dominada vendan los productos a precios distintos fijados por aquélla en dos mercados nacionales distintos de entre los de los miembros de la Unión.

La orden o instrucción existe independientemente de su contenido, en particular independientemente de que su contenido sea la unidad de acción de dominada o dominante o la diversidad de acción de ambas. En los dos casos se produce una sustitución de la voluntad de la dominada por la dominante y puede existir una situación de unidad económica que conlleve la imputación de los actos de la dominada a la dominante.

¹⁴³ Sentencia Zoja cit. 257.

Los hechos, de entre los citados por el TJCE, que pueden, efectivamente ser considerados relevantes para probar la unidad de acción, se referían a la aceptación por ICI de la prohibición emanada de CSC y dirigida a todos sus distribuidores, de revender nitropropano y aminobutanol para la fabricación de ethambutol, la coincidencia de épocas en que CSC ha decidido extender su producción hasta un estadio ulterior de elaboración y en la que ICI antiguo distribuidor de nitropropano y aminobutanol ha comenzado su actividad de productor de ethambutol, la excepción hecha en favor de ICI respecto a la decisión adoptada por CSC de no vender más los tan citados productos, y el hecho de que ICI haya adquirido cantidades de nitropropano todavía disponibles en el mercado para revenderlas a fabricantes de pinturas a los cuales prohibió la reventa para uso farmacéutico fuera del mercado común¹⁴⁴.

Aunque como decimos, el TJCE fundó la imputación de los actos de la sociedad dominada a la dominante, y el carácter solidario de la responsabilidad de ambas en la existencia de control y unidad de acción, sin exigir que se demostrara que entre uno y otra existía un nexo de unión, concretamente el del ejercicio del control, lo cierto es que el TJCE comparte la convicción de la Comisión de que había existido ejercicio del control.

A pesar de ello la sentencia Zoja supone una ampliación importante de la noción de unidad económica a los efectos de imputar la conducta de la dominada a la dominante, que establece una doctrina que a nuestro juicio no debe ser seguida en cuanto a la relevancia de la «unidad de acción», al menos inmatizadamente. La unidad de acción solo podrá ser considerada relevante, cuando, como es el caso, el contenido de la instrucción sobre la que no se haya hallado prueba sería precisamente imponer a la dominada la unidad de acción y un comportamiento semejante no pueda esperarse de una entidad económicamente autónoma. Cuando el contenido de la instrucción sobre la que no se haya encontrado prueba sea imponer a la dominada una diversidad de acción, por ejemplo imponiéndole vender a precios diversos de los que venden otras entidades dominadas o la propia dominante, será la constatación de esta diversidad de acción la que será relevante a los efectos de la afirmación de la existencia de la unidad económica.

En conclusión lo que podrá ser relevante es que la filial realice el comportamiento que el Tribunal supone que le fue ordenado por la do-

¹⁴⁴ Sentencia Zoja cit. 256-257.

minante, sin que ello se corresponda con el comportamiento que hubiera mantenido una empresa económicamente independiente. Pero ello no supone prueba alguna de que existió una instrucción.

4.3. *La suficiente motivación de la decisión en lo que se refiere a la imputación*

En el caso BPB, ésta y su filial irlandesa al 100% BG recurrieron la decisión ante el TPI alegando, por cuanto nos interesa, la insuficiente motivación de la decisión en cuanto a la atribución de la responsabilidad a BPB por los actos de BG en Irlanda del Norte. El TPI desestimó el recurso —en la parte que nos interesa— en su sentencia en el caso «BPB Industries plc y British Gypsum Limited c. Comisión» de 1 de abril de 1993¹⁴⁵.

Pesé a ello son extremadamente interesantes los razonamientos de las partes y del Tribunal respecto a la necesidad de suficiente motivación.

En concreto los demandantes argumentaron que el único hecho alegado contra BPB era que el Comité Ejecutivo de ésta recibía informes periódicos de BG respecto a los actos constitutivos del abuso de posición de dominio.

A juicio de las demandantes de los mismos informes se desprendía que BPB era informada únicamente con posterioridad a los hechos y de forma general sin que tuviera participación alguna en las prácticas que se mencionan en dichos informes. Las demandantes negaron que existiera base alguna para admitir que una sociedad matriz sea responsable de las actividades de su filial, por el simple hecho de haber sido informada acerca de sus actividades, afirmando que, a diferencia de lo sucedido en AEG, la política comercial aplicada, en el presente caso, por las filiales de BPB no había sido definida por la sociedad matriz.

La sentencia fue recurrida en casación por BPB y BG ante el TJCE que desestimó el recurso en su sentencia de 6 de abril de 1995 (STJCE BBP)¹⁴⁶. El primer motivo alegado por las recurrentes —único que nos interesa respecto a la cuestión de la aplicación del principio de unidad económica— es la infracción de los artículos 82 y 190 del TCEE.

El motivo podía descomponerse, según el Abogado general y el TJCE en dos extremos, de los cuales aquí nos interesa el de la suficiente motivación de la decisión en lo que se refiere a la imputabilidad.

¹⁴⁵ Rec. 1993, pág. II-389 y ss.

¹⁴⁶ Rec. 1995, II-865 yss.

La cuestión de la suficiente fundamentación de la decisión respecto de la imputabilidad es cuestión extremadamente relevante en cuanto denuncia la tendencia de los órganos administrativos a no motivar debidamente sus decisiones con la consiguiente merma de seguridad jurídica y favorecimiento de la arbitrariedad inherente. La cuestión era procedente en cuanto según la jurisprudencia reiterada del TJCE, el artículo 190 TCEE exige que la Comisión exponga las razones que le han inducido a adoptar una Decisión, a fin de permitir al Tribunal de Justicia ejercer su control y dar a conocer, tanto a los Estados miembros como a los ciudadanos interesados, las condiciones en que se ha aplicado el Tratado¹⁴⁷.

De ello se deduce que la Decisión debe bastarse a sí misma, especialmente cuando está destinada a ser publicada, y que su motivación no puede resultar de las explicaciones escritas u orales dadas por la Comisión con motivo de un recurso contra la Decisión de que se trate¹⁴⁸.

La violación del artículo 190 TJCEE se había producido, a juicio de las demandantes, por cuanto el TPI «consideró innecesario comprobar la capacidad de influencia de la sociedad matriz sobre su filial controlada íntegramente, dado que se presumía el control de la primera sobre la segunda, y que la imputabilidad a BPB de la infracción apreciada en el artículo 3 de la Decisión estaba suficientemente motivada»¹⁴⁹.

El TJCE rechazó de plano el motivo remitiéndose a los argumentos expuestos por el abogado general en los puntos 20 a 31 de su informe¹⁵⁰.

El abogado general reconocía la necesidad de que los motivos por los que se adoptan las decisiones resulten del texto de la Decisión, «en particular cuando se trata de determinar quien, entre una sociedad filial y una sociedad matriz, es responsable de un abuso de posición dominante» ya que como habían señalado las recurrentes en su escrito de réplica «una infracción imputada a la sociedad matriz puede dar lugar a una multa agravada cuando su cuantía está en función del volumen de negocios»¹⁵¹.

¹⁴⁷ STJCE de 15 de junio de 1994, Comisión c. BASF y otros Rec. pág. I-2555, ap. 66.

¹⁴⁸ STJCE de 26 de noviembre de 1981, Michel c. Parlamento Rec. pág. 2861 y ss., especialmente pág. 2877.

¹⁴⁹ STJCE BPB cit. ap. 6.

¹⁵⁰ STJCE BPB cit. ap. 11. Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Leger, presentadas el 13 de diciembre de 1994, Rec. 1995, I-867 y ss.

¹⁵¹ Tanto el entrecuadrado anterior como este corresponden al apartado 23 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Leger. Obsérvese que el razonamiento del

El Abogado General y con él el TJ consideró que la motivación de la Decisión, en relación con la imputabilidad del abuso declarado estaba contenida en el propio acto, y en particular en el hecho de que la Decisión deja patente que la cuota de mercado de BPB que le concede la posición de dominio en la isla de Irlanda resulta de la actividad de sus dos filiales BG y GIL, sin que en ningún momento se afirme que una u otra de sus filiales tenga, considerada aisladamente, una posición dominante en este mercado¹⁵².

Independientemente de lo poco fundado de la sentencia y del hecho de que la aplicación de un criterio de cómputo no debe llevar aparejada necesariamente la aplicación de un criterio de imputación, lo cierto es que el Tribunal rechazó con ello de paso la idea de que se hubiese aplicado cualquier tipo de presunción en el caso, pese al tenor literal de la decisión que parecía afirmar claramente lo contrario, si no directamente la aplicación de una regla per se.

5. Consecuencias jurídicas de la imputación de la conducta

5.1. La responsabilidad

La consecuencia más importante que se deriva de la imputación de la conducta, es que las sanciones por violación de las prohibiciones establecidas en los artículos 81 y 82 del Tratado podrán imponerse a las empresas a las que se imputa la conducta ilícita¹⁵³. Estas sanciones pue-

Abogado General, asumido por el TJCE es el de identificar un único responsable de la conducta. El Abogado general en su informe no se plantea si la conducta es imputable a la dominante en virtud de la existencia de una única unidad económica con la dominada, sino si la conducta es directamente imputable a la dominante o a la dominada. Las consecuencias son muy distintas. La contestación a la primera pregunta presupone el reconocimiento como infractor de la dominada y la determinación de si se cumplen los requisitos para que las consecuencias de la conducta de la dominada sean atribuidas a la dominante. La contestación a la segunda pregunta lleva a declarar la responsabilidad de la dominante o de la dominada, pero nada dice respecto a la posible atribución de la corresponsabilidad a la otra sociedad. La búsqueda del Abogado General tiende a identificar un único responsable —dominante o dominada— con carácter alternativo, la emprendida por la jurisprudencia anterior del TJCE a determinar el carácter solidario de la responsabilidad de ambos.

¹⁵² A través de esta afirmación, de hecho, se produce una aplicación del principio de unidad económica como mecanismo de cómputo —en este caso de las cuotas de mercado de las dos filiales para determinar la existencia o no de la posición de dominio en el mercado.

¹⁵³ Respecto a esta cuestión pueden verse múltiples trabajos. Uno de los primeros en preocuparse de la cuestión respecto a la aplicación del artículo 81 del Tratado fue el

den ser de gran entidad y llegar al 10% del volumen de negocios de la infractora en el ejercicio anterior. Esto nos lleva a una segunda consecuencia extraordinariamente relevante, la cuantía máxima de la sanción variará si consideramos infractor, como consecuencia de la imputación de la conducta a la empresa imputada, y tomamos por tanto en cuenta su volumen de negocios.

Si en la primera jurisprudencia comunitaria queda absolutamente claro que la principal consecuencia de la imputación de la conducta de la sociedad integrada en el grupo es la corresponsabilidad de la dominante, esta afirmación queda parcialmente oscurecida por la más reciente jurisprudencia en casos como BPB en los que se declara responsable a la dominante pero sin especificar al mismo tiempo que con carácter solidario respecto a la dominada que había ejecutado en el mercado la política de abuso de posición de dominio ilícita.

Si en la primera jurisprudencia comunitaria quedaba igualmente claro que la corresponsabilidad se producía entre dominante y dominada, la nueva jurisprudencia comunitaria en el caso «Shell» abre la puerta a que se impute la responsabilidad a otros miembros del grupo distintos de la dominante, en cuanto hayan ejercido el poder de dirección consecuencia del control que sobre la entidad operativa poseen otros miembros del grupo.

La sentencia del TJCE en el caso «Zoja»¹⁵⁴, primer caso en el que efectivamente la decisión sancionadora no fue anulada y efectivamente se impusieron multas sancionadoras a la dominante, supuso un importante avance en el desarrollo de la doctrina relativa a la corresponsabilidad de la dominante y en general a la imputación a la controladora de conductas realizadas por la controlada ya que en ella se especificó el carácter solidario de la responsabilidad de la dominante y la dominada¹⁵⁵.

La sentencia deja claro que la imputación del acto realizado por la dominada a la dominante no eximen a ésta de responsabilidad. Dominante y dominada serán corresponsables de las consecuencias jurídicas derivadas de los actos realizados por la dominada en violación de las normas de defensa de la competencia en cuanto puedan ser considera-

de DUMBY, R. «L'infliction d'amendes dans le droit communautaire de la concurrence» Gazette du Palais, 1975, pág. 314 y ss; o entre otros los de HARDING, C. «The Use of Fines as a sanction in EEC-Competition Law» en Common Market Law Review 1979, pág. 591 y ss.

¹⁵⁴ Sentencia de 6 de marzo de 1974, Rec. 1974, pág. 223 y ss.

¹⁵⁵ El TJCE sin embargo redujo la cuantía de la sanción establecida por la Comisión por razones que no vienen al caso.

das como una única unidad económica adjuntándose el patrimonio de la dominante al de la dominada y rigiéndose su corresponsabilidad por el régimen de la solidaridad»¹⁵⁶.

Frente a Zoja tenemos BPB en la que parece buscarse un destinatario único de la decisión, lo que no implica necesariamente la ausencia de responsabilidad del infractor material aunque se le asemeja mucho, frente a la clara posición a favor de la corresponsabilidad solidaria de sentencias anteriores. La sentencia seguía con ello una cierta línea de indefinición que hundía sus raíces en algunas antiguas decisiones de la Comisión¹⁵⁷.

Y tal diferencia no es baladí como pusieron de manifiesto los recurrentes y recogió el Abogado general en el caso BPB, la imputación del acto puede tener como consecuencia una graduación distinta de la sanción en atención del volumen de negocios de ésta.

¹⁵⁶ La idea de la solidaridad en la responsabilidad está especialmente arraigada en el ordenamiento español, muestra de la misma es la posición sostenida por el Gobierno español en el caso BPB en el que alegó que la sociedad británica BG era una filial de BPB íntegramente participada y consideraba que ésta última era responsable de las actividades de BG en Irlanda del Norte. Según sus propias palabras recogidas en la sentencia «La circunstancia de que la filial tenga personalidad jurídica independiente no basta para excluir la posibilidad de imputar su comportamiento a la sociedad matriz. El Gobierno español recuerda que el comportamiento de BG y de BPB se caracterizó por una unidad de actuación, debiéndose considerar, por tanto, que las dos sociedades forman una sola unidad económica. En consecuencia, en su opinión, el comportamiento sancionado debe imputarseles solidariamente» Sentencia TPI BPB cit. ap. 147.

¹⁵⁷ En particular puede citarse la decisión de la Comisión en el caso «Distillers» en el que se declara responsable a la dominante de un acuerdo entre sus filiales y los clientes de éstas, por el que de forma uniforme aquellas imponían a estos en sus contratos la obligación de no exportar los productos espirituosos que importaban fuera del Reino Unido. Pese a que la decisión no contenía los fundamentos jurídicos de tal imputación, es remarcable que como afirma LIPOWSKY, U. «Die Zurechnung...», op. cit. pág. 30 texto y nota 1, de las conclusiones del Abogado General (Conclusiones del Abogado General Warner de 12 de marzo de 1980, Rep. 1980, 2267 (2272) se desprendía que la dominante no comerciaba directamente con los bienes objeto de la prohibición de exportación, con lo que la responsabilidad parecía proceder de las instrucciones que la dominante había impartido a las dominadas. En igual sentido puede verse la decisión de la Comisión en el caso «Moët Chandon», de 27 de noviembre de 1981 (JOCE L 94, de 1982). También en la misma línea, de ausencia total de argumentación jurídica señalando la violación aunque sin establecer una multa cabe citar la decisión de la Comisión en el caso «Especias» de 21 de diciembre de 1977, (JOCE L 53, de 1978), por el contrario la Comisión impuso una multa a todas las sociedades partícipes y a la dominante, aunque sin ninguna argumentación jurídica expresa en su decisión en el caso «Johnson and Johnson», de 25 de noviembre de 1980, (JOCE L 377, de 1980).

El razonamiento del Tribunal en el caso BPB parece enunciar una nueva regla de imputabilidad que podría resumirse así. Cuando los requisitos de la conducta ilícita no sean cumplidos aisladamente por ninguna de las entidades pertenecientes al grupo, sino conjuntamente por dos o más de ellas se imputará la infracción a la entidad dominante que indujo a las operativas a realizar el acto infractor.

Esta regla presupone la aplicación del principio de unidad económica para determinar la existencia del presupuesto de la infracción, pero no para fundar la imputación. En efecto si el principio de unidad económica —esto es el hecho de que en determinadas condiciones y respecto a un caso, dos o más entidades pueden ser consideradas por el ordenamiento como una sola— se aplicase como mecanismo de imputación además de como mecanismo de cómputo, la consecuencia sería la responsabilidad solidaria de la entidad dominante y de las dos entidades dominadas que participaron en la actuación. Así ha sucedido en anteriores casos planteados ante el TJCE en los que la declaración de responsabilidad de la dominante no exime a la dominada de la suya, sino que añade junto a ésta la de la dominante y con carácter solidario.

Aquí el principio parece ser distinto, puesto que se declara la responsabilidad de la dominante sin declarar la responsabilidad de las dominadas operativas y sin realizar ningún tipo de atribución de responsabilidad derivado de la aplicación del principio de unidad económica. La jurisprudencia anterior comunitaria no puede servir como fundamentación de esta decisión que surge como la aplicación por la puerta trasera —el TJCE asume los argumentos del Abogado General— sin ni siquiera reproducirlos— de un nuevo principio de imputación.

La fundamentación de esta imputación no puede ser la coautoría puesto que los otros «coautores» no pueden dejar de ser declarados responsables. La nueva regla de imputación nos deja en la duda de su fundamentación y de su sentido.

También en esta misma línea puede señalarse la decisión de la Comisión en el caso «Polypropileno» en el que extendió la regla de imputación más allá del ámbito de las relaciones entre entidades dominadas y dominantes, afirmando que en un grupo descentralizado es posible imputar la conducta ilícita de una entidad perteneciente al grupo a la entidad encargada de la dirección del concreto sector al que se refiere la conducta, que no ostenta directamente ni indirectamente el control sobre las entidades operativas, como consecuencia del control podido por otros miembros del grupo.

En efecto la decisión imputa a la sociedad Shell International Chemical Company (SICC) la responsabilidad por los actos cometidos por las sociedades operativas del grupo. SICCC según la Comisión era la empresa responsable de la coordinación y de la estrategia en el sector de los termoplásticos en el grupo Shell¹⁵⁸ que posee una estructura interna descentralizada¹⁵⁹.

Es esta empresa la que participaba en las reuniones en las que se adoptaban los acuerdos y servía de órgano de transmisión de los acordados a las diversas sociedades de explotación de Shell dedicadas a la fabricación y venta del producto en el mercado común, en tanto que éstas tomaban parte en reuniones nacionales o locales. SICCC, a juicio de la Comisión, ejercía la responsabilidad de conjunto en materia de planificación y de coordinación de las actividades de sociedades del grupo Shell en el sector del polypropileno por lo que la Comisión la considera como destinatario adecuado de esta decisión¹⁶⁰.

SICCC recurrió entre otros motivos, la decisión, alegando que «en el seno del grupo Shell, Shell (SICCC), que es la destinataria de la decisión, no es productor ni proveedor de polypropileno en el mercado comunitario, sino una de las sociedades de servicio del grupo Shell que de una parte aconseja a las sociedades que operan en Europa occidental sobre los asuntos comerciales a corto término, y que, de otra, se ocupa del comercio internacional. No siendo la recurrente un productor que pueda fijar precios y volúmenes de venta de polypropileno, la Comisión no podría imputarle la responsabilidad de la infracción descrita en la decisión», añadiendo que «en virtud de la gran autonomía de la que disponen las sociedades de explotación del grupo Shell, la recurrente no estaba en condiciones de imponer la menor decisión o de adquirir la menor obligación por su cuenta»¹⁶¹.

La Comisión respondió a estos argumentos que SICCC «era la representante del grupo Shell a nivel internacional y que es ella quien ha participado en las reuniones... Igualmente uno de sus cuadros superiores presidía los grupos de trabajo internos de Shell coordinando la política de grupo en el sector del polypropileno»¹⁶².

¹⁵⁸ Decisión Polypropileno cit. pág. 33.

¹⁵⁹ Conclusiones del Juez Bo Vesterdorf designado como Abogado General, presentadas el 10 de julio de 1991, Rec. 1911, pág. II-867 y ss. (1011)

¹⁶⁰ Decisión Polypropileno cit. pág. 33.

¹⁶¹ Sentencia Shell cit. pág. 884.

¹⁶² Sentencia Shell cit. pág. 884.

El Tribunal en su sentencia en el caso Shell¹⁶³ se pronunció en favor de la imputación a SICCC de las consecuencias de la infracción a las normas de la competencia, inaugurando con ello un nuevo criterio de imputación. Si un grupo —aun descentralizado— puede ser considerado como una única unidad económica o una única empresa con respecto a una concreta restricción y puede probarse el ejercicio del control en el caso concreto, se imputa la responsabilidad a la entidad que realiza el ejercicio del control independientemente de cual sea la estructura del grupo y en particular de si la sociedad imputada es la que ostenta el control sobre las que actuaron en el mercado o no.

A juicio del Tribunal al referirse a las empresas, el artículo 81, párrafo 1 del Tratado CEE se dirige a «entidades económicas que consisten cada una de ellas en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de forma duradera una finalidad económica determinada»¹⁶⁴ pudiendo tal organización cometer una infracción que caiga en el ámbito de aplicación de esta disposición¹⁶⁵.

En el caso el Tribunal constata que «Shell (SICCC) y las sociedades de explotación del grupo Shell que producen y comercializan productos químicos constituyen una sola organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de forma duradera el fin de producir y vender polypropileno para maximizar sus beneficios, aun, en su caso, en perjuicio de los beneficios individuales de cada miembro. En esta organización cada sociedad representa un papel determinado. Las sociedades de explotación producen o venden polypropileno, mientras que la recurrente asume un papel de impulsión y de coordinación entre las diferentes sociedades de explotación del grupo. Por consiguiente Shell (SICCC) y sus sociedades de explotación del grupo Shell constituyen una sola empresa»¹⁶⁶.

La Comisión estaba en poder de documentos que probaban la actuación de las sociedades de explotación y de SICCC de común acuerdo y no es inenon cierto que en todos los documentos las cifras de ventas a las que se refería la recurrente tomaban en consideración el conjunto de sociedades Shell¹⁶⁷.

¹⁶³ Sentencia de 10 de marzo de 1992, dictada en el caso Shell International Chemical Company Ltd contra Comisión», Rec. 1992, pág. II-765 y ss.

¹⁶⁴ Sentencia Shell cit. pág. 884.

¹⁶⁵ Sentencia Shell cit. pág. 884.

¹⁶⁶ Sentencia Shell cit. pág. 885.

¹⁶⁷ Sentencia Shell cit. pág. 885-889.

El nuevo paradigma es comprobación de la existencia de una unidad económica entre varias sociedades pertenecientes a un grupo, respecto a una concreta restricción, con ejercicio del control en el caso concreto e imputación de los resultados derivados del acuerdo ilícito a quien dio las instrucciones.

Y la comprobación de la existencia de esa unidad económica se realiza atendiendo al proceso de formación de la voluntad y de ejecución de la decisión por parte de los diferentes miembros del grupo y no atendiendo a la existencia o no de determinados porcentajes de participación en el capital de las sociedades pertenecientes al grupo.

El nuevo mecanismo de imputación elimina además los límites que imponía el antiguo, ya que no solo permite la imputación de los actos de las filiales a la sociedad dominante o de las filiales al grupo, sino la imputación de los actos de algunas de las entidades que forman parte del grupo a otra cualquiera de las integrantes, siempre que esta última haya ejercido el control en el caso concreto.

Porque lo que es evidente es que la posibilidad que tiene SICC de impartir instrucciones a las sociedades de explotación que sean cumplidas por estas es consecuencia de que actúa en el seno de un grupo en el que existe una relación de control. SICC ejerce ese control detentado por la sociedad o sociedades holding de las sociedades de explotación, del que sin embargo no es titular. Es en este sentido en el que hay que entender la afirmación contenida en las Conclusiones del Abogado General, cuando afirma que «la estructura interna del grupo no es relevante en este caso»¹⁶⁸.

Con ello se indica que independientemente de quien posea la participación de control en el seno del grupo, el ejercicio del mismo, hace a quien lo ejerce —cuando le puede ser aplicado el principio de unidad económica, esto es cuando puede ser considerado como una única empresa— responsable de los actos realizados por aquellas otras entidades del grupo que ejecutan sus instrucciones.

Ahora bien al establecer la imputación a SICC, nada se dice respecto de la responsabilidad de las sociedades que ejecutaron sus instrucciones en el mercado, ni sobre el carácter solidario de la responsabilidad.

5.2. Cuantificación del montante de la sanción

Por último hay que tener en cuenta que la unidad económica constituida por la dominante y la filial que actuó bajo sus instrucciones será

¹⁶⁸ Conclusiones cit. pág. 1011.

también tomada en cuenta con efectos de agregación para fijar la cuantía de la sanción, cuando ambas actúen en el mismo mercado¹⁶⁹. En este caso no estamos ante un supuesto de imputación de responsabilidad sino de cuantificación de la misma. La aplicación del mismo no es necesario por tanto que quede restringida a los casos en que se produzcan los requisitos de la imputación.

Es decir en el caso de que existan varios miembros del grupo, dominante y varias filiales que actúen en el mismo mercado, la determinación del volumen de ventas a tomar en cuenta para fijar la sanción deberá realizarse atendiendo a los criterios propios de la utilización del criterio o principio de unidad económica como mecanismo o instrumento de agregación sin exigir que respecto a cada una de las entidades se den todos los presupuestos que permiten imputar la conducta de una filial a una dominante.

En particular en el caso antedicho. Independiente mente de que solo se pueda imputar la conducta a la dominante puesto que tan solo ella es la que cumple con los requisitos de controlar a la filial infractora y haber impartido instrucciones a la misma, deberá tomarse, para determinar la cuantía de la sanción, el volumen de negocio realizado por el conjunto de sociedades controladas por la dominante que constituyan una unidad económica con ella de acuerdo con las reglas de aplicación del principio de unidad económica a efectos de agregación.

Esto es, deberá tomarse en consideración el volumen de negocios de las empresas que actúen en el mismo mercado que la infractora y que estén controladas por ésta o estén bajo el control de la entidad imputada o en general sujetas al mismo control de modo directo o indirecto o aun por vía de concentración.

Esta es la regla que parece desprenderse tanto de la normativa de control de concentraciones como de la doctrina de aplicación del abuso de posición de dominio por parte de un grupo, que son los dos campos mas relevantes del Derecho de la competencia en que se aplica el principio de unidad económica con resultado de agregación.

5.3. Otros efectos

Pese a que la posibilidad de imponer la sanción a la entidad imputada sea la consecuencia mas relevante de la imputación, no es sin embargo la única. El Tribunal ha dirigido a la sociedad imputada órdenes de

¹⁶⁹ Ver en este sentido el caso AEG.

cesación, la ha condenado a una obligación de hacer e incluso le ha impuesto multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, sobre la base de la imputación de la conducta.

Hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia no tiene competencia para establecer la responsabilidad civil, cuestión que compete a los Tribunales nacionales, por lo que la falta de mención a ésta cuestión en sus sentencias no debe interpretarse en caso alguno como imposibilidad de aplicar la regla de imputación a los efectos de la responsabilidad civil¹⁷⁰.

Así en el caso Continental Can que es especialmente relevante a estos efectos la decisión de la Comisión contenía una orden de cesación dirigida contra Continental Can, lo que ponía de manifiesto la opinión de la Comisión, no rechazada en absoluto por el Tribunal de que a la entidad dominante eran imputables todo tipo de consecuencias jurídicas derivadas de la infracción por la dominada y que por tanto a ella se podían dirigir todo tipo de acciones y decisiones de entre las que se deriva del derecho de competencia y entre ellas la orden de cesación¹⁷¹.

En el caso Zoja, por su parte, el Tribunal intimó a la sociedad dominante condenándola junto a la dominada a una obligación de hacer, y imponiéndole multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación. En efecto la Decisión de la Comisión en el caso Zoja condenó a ICI y CSC a suministrar a Zoja con carácter inmediato determinadas cantidades de los productos, a someter a la aprobación de la Comisión propuestas relativas al aprovisionamiento posterior de Zoja, estableciendo una multa coercitiva —a cargo solidariamente de ICI y CSC— por día de retraso en el cumplimiento de la obligación de suministrar. La Decisión sancionaba también con carácter solidario a ICI y CSC al pago de una multa de 200.000 unidades de cuenta como consecuencia de su conducta abusiva¹⁷².

¹⁷⁰ La posibilidad de aplicar la regla de imputación derivada de la jurisprudencia comunitaria en el ámbito de la fijación de la responsabilidad civil por infracción de las normas comunitarias de la competencia fijada por el juez nacional es cuestión pacífica en la doctrina. Por todos ver ENGRACIA ANTUNES, J. «Liability of Corporate Groups» KluwerLaw and Taxation Publishers (Deventer Boston), 1994, pág. 414.

¹⁷¹ Artículo 2 de la Decisión «Continental Can» loc. ult. cit.

¹⁷² De otra parte la Comisión y el Tribunal de Justicia estableció muy tempranamente que las notificaciones realizadas a las filiales debían considerarse realizadas a las dominantes con las que aquéllas constituían una unidad económica. Así en «Materias Colorantes» la Comisión consideró notificada a una empresa dominante

extracomunitaria por el envío de la notificación a su filial intracomunitaria. En efecto el párrafo segundo del artículo 191 TCBE establece que la decisión surte efecto por la notificación a su destinatario, entendiéndose efectuada la misma desde que la decisión ha entrado regularmente en la esfera interna del destinatario (Sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 1957, en el asunto 8/56)

La Decisión analizada decidió que «las filiales de las empresas Ciba, Geigy, Sandoz e I.C.I. en el mercado común que están enteramente controladas por sus casas-madres forman parte de la «esfera interna» de las cuatro empresas citadas, y que en consecuencia, la notificación a estas empresas puede ser válidamente efectuada en la sede de una de sus filiales» (Decisión «Materias Colorantes» cit. pág. 16).

El caso «Geigy» contiene también una pródiga e interesante discusión entre las partes acerca de si la sociedad dominante con sede en territorio extracomunitario —Basilea (Suiza)— debe considerarse notificada de la Decisión sancionadora de la Comisión, notificada a su filial intracomunitaria con sede en Frankfurt.

Aunque la cuestión no fue decidida en base a la aplicación del principio de unidad económica, sino al hecho de que la dominante extracomunitaria recurrente había tenido conocimiento completo del texto de la Decisión y que había hecho uso en los plazos de su derecho de recurso (Sentencia «Geigy» cit. Motivo 18, pág. 828) algunos de los argumentos aportados por la Comisión reflejan claramente su posición respecto a la aplicación del principio de unidad económica (Sentencia «Geigy» cit. pág. 802-804.)

Según la Comisión las filiales formarían parte de la esfera interna de la sociedad madre. Por tanto la notificación a una filial establecida en el mercado común y controlada al 100% por la sociedad dominante implica que la así notificada ha llegado a la esfera interna de la dominante aunque la filial posea personalidad jurídica propia (Sentencia «Geigy» cit. pág. 802 y 803). Según la Comisión «esta forma de publicación protegería mejor los intereses de las empresas afectadas que la simple publicación de la decisión en el Diario Oficial de las Comunidades, y debería ser asimilada a la decisión al destinatario» (Sentencia «Geigy» cit. pág. 804).

La solución propuesta aquí por la Comisión no tenía únicamente en cuenta la existencia de un control al 100%, sino también el efectivo conocimiento del contenido de la notificación por parte de la dominante. Al argumentar la existencia del conocimiento se pone de manifiesto en el texto de la sentencia que además existió ejercicio del control en el caso concreto. En efecto la Comisión argumenta que «el hecho mismo de que la recurrente (dominante extracomunitaria) haya podido dar como instrucción a su filial la de devolver la carta con el texto de la decisión probaría que esta carta ha llegado a la esfera interna de la recurrente» (Sentencia «Geigy» cit. pág. 804) esto es que existió una instrucción impartida sobre el caso concreto por la entidad dominante. Y además se manifiesta por la recurrente «que el ejemplar de la decisión en cuestión ha sido devuelto a la Comisión y no ha sido transmitido a Suiza» (Sentencia «Geigy» cit. pág. 803), esto es el cumplimiento por parte de la filial de la instrucción impartida. Nos encontramos, por tanto, ante un intento de aplicación de la doctrina de la «unidad económica» en un caso en el que no solamente existe una posición de control totalitario, sino también un ejercicio efectivo del control en el caso concreto.

Capítulo 2
**SITUACIÓN PREVIA ESPAÑOLA E
 ITER LEGISLATIVO DEL
 ARTÍCULO 8 LDC**

I. LA CORRESPONSABILIDAD EN LA LRPRC

Con anterioridad a la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963¹⁷³ no existían en nuestro ordenamiento un conjunto organizado de normas de defensa de la competencia y consecuentemente no se planteaba en modo alguno la cuestión de la imputación de la conducta de la dominada a la dominante con resultado de corresponsabilidad.

La LRPRC, cuyo balance, al menos hasta finales de los años ochenta, no puede considerarse precisamente satisfactorio¹⁷⁴, tampoco hizo mención expresa a la cuestión. La primera vez que el TDC se vio confrontado con una solicitud de declaración de responsabilidad solidaria de dos matrices norteamericanas por los actos ilícitos ejecutados por sus filiales españolas en nuestro territorio, su respuesta fue negativa¹⁷⁵. Bien es cierto que se trataba de un caso de reestructuración empresarial en el que participaban activamente el Gobierno y algunas administraciones autonómicas lo que probablemente tuvo una influencia decisiva en el curso de los acontecimientos.

En todo caso y desde la perspectiva que ahora nos interesa, del taxto de las resoluciones parece desprenderse con cierta claridad que las matrices norteamericana y alemana conocían el acuerdo de sus filiales españolas y lo aprobaban, así puede deducirse de los compromisos adqui-

¹⁷³ Ley 110/63, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (BOE núm. 175, de 23 de julio). Sobre la misma ver BERCOVITZ, A.- SENEN, G. «Comentario a la ley española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia», Madrid (Sociedad de Estudios y Publicaciones), 1963.

¹⁷⁴ Ver en este sentido las consideraciones de GÓMEZ SEGADÉ, J.A. «La nueva ley de defensa de la competencia», 13 ADI 1989-90, pág. 579 y ss.

¹⁷⁵ Nos referimos al caso Alconza que dio lugar a dos resoluciones del TDC de interés de la sección segunda de 14 de junio de 1984 (JTDC 1981-85, nº 289), que denominaremos a partir de ahora Alconza I y la del Pleno de 20 de noviembre de 1984 (JTDC 1981-85, nº 295), que denominaremos Alconza II.

ridos por las matrices «General Electric Company» y «Siemens AG», de los que da constancia el Resultado 5 de la Resolución de la Sección Segunda de 14 de junio de 1984, en el caso «Alconza I»¹⁷⁶, por los que ambas se obligaban a continuar prestando, tras el acuerdo, a sus filiales la colaboración que venían ofreciéndoles, y en particular «Siemens AG» se comprometía a licenciar su tecnología si fuese necesario para alguna de las fabricaciones que asume «General Eléctrica Española» en las mismas condiciones en que antes la tenía concedida a su filial española «Siemens S.A.» Igualmente ilustrativo resulta al respecto el Considerando 7^o¹⁷⁷ de la misma resolución en la que se detallan las obligaciones que corresponden cada una de las matrices en el pacto firmado por sus filiales españolas, constando la aquiescencia de aquéllas aunque no que cooperasen a la ejecución o puesta en práctica del mismo, lo que las eximía de acuerdo con la antigua LRPRC de ser consideradas autoras sin no se imputaba a las mismas la conducta de sus filiales que si ejecutaron el acuerdo restrictivo.

En base a estos argumentos el TDC en el Considerando 11^o¹⁷⁸ de la Resolución, rechazó la coautoría de las matrices, sin plantearse la cuestión de la imputación de la conducta de las filiales a las matrices o si aquéllas habían actuado siguiendo instrucciones de éstas.

La cuestión si se planteó aunque de forma indirecta en el recurso que interpuso Alconza S.A. frente a la resolución Alconza I, que dio lugar a la resolución del Pleno del TDC Alconza II.

En su recurso Alconza solicitaba que se declarara solidariamente responsables a las matrices respecto a las filiales, sin que quedara claro a que tipo de responsabilidad se refería aunque parece poder desprenderse que a la civil. Alconza decía aceptar el resto de la resolución y entre ello la declaración como únicos autores de las filiales españolas. El TDC adujo este argumento, su falta de competencia para pronunciarse sobre la cuestión, la introducción de cuestiones nuevas en fase de recurso, y el propio exceso de los límites del mismo para rechazarlo.

Especialmente relevante a efectos de nuestro estudio es el Considerando 6^o¹⁷⁹ de la resolución en que el TDC da relevancia a la personalidad jurídica distinta de matrices y filiales para negar que la mera relación de control existente entre ellas genere una presunción de que las

¹⁷⁶ JTDC 1981-85, pág. 1202.

¹⁷⁷ JTDC 1981-85, pág. 1231.

¹⁷⁸ JTDC 1981-85, pág. 1239-1240.

¹⁷⁹ JTDC 1981-85, pág. 1315.

filiales habían obrado siguiendo el dictado de las matrices, negando además en el Considerando 7¹⁸⁰ que se hayan probado los hechos que pueden dar lugar al levantamiento del velo de la personalidad jurídica.

La cuestión central planteada sin embargo por la denunciante «Alconza S.A.» era, por lo que nos interesa, la solicitud de que el TDC condenara solidariamente a matrices y filiales a la indemnización de los daños y perjuicios producidos, tal y como se desprende del Resultando 16, de la Resolución Alconza I¹⁸¹. En este sentido se trataba de una exigencia de responsabilidad civil respecto a la que el Tribunal no era competente, y así lo consideró el TDC en el Considerando 15 de su Resolución¹⁸², confirmada por la Resolución Alconza II, y por la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 1990.

La doctrina de que las cuestiones relativas a la responsabilidad por los daños causados debe entenderse ante la jurisdicción civil, fue confirmada, como no podía ser de otra forma, por el Tribunal Supremo cuya Sección 3ª de la Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 20 de mayo de 1996¹⁸³ «Alconza TS», consideró incompetente a la jurisdicción contenciosa para dictar, de acuerdo con la LRPRC, la declaración de responsabilidad civil solidaria, en este caso. Queda sin embargo la duda tras la lectura de toda esta serie de resoluciones y sentencias de si la cuestión principal que hubiera podido plantearse al TDC, esto es la imputación de los actos de las filiales a las dominantes como consecuencia del ejercicio del poder de dirección de éstas a aquéllas fue realmente abordada o no.

El TDC, con posterioridad, reconoció la doctrina de la imputación en campos en los cuales si era competente, tomando como base la LRPRC, aunque sin aplicarla al caso sometido a su decisión, en una resolución, posterior a la aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, utilizando en su argumentación una doctrina equivalente a la reflejada en el artículo 8 de la LDC.

La Resolución fue adoptada por el Pleno del TDC en el caso «AMIAVE II»¹⁸⁴, como consecuencia de los recursos de súplica presentados por la «Asociación Española de Mataderos Industriales de Aves»

¹⁸⁰ JTDC 1981-85, pág. 1315.

¹⁸¹ JTDC 1981-85, pág. 1211.

¹⁸² JTDC 1981-85, pág. 1243.

¹⁸³ RAJ 4434/96

¹⁸⁴ Resolución del Pleno del TDC de 8 de julio de 1991.

(AMIAVE), la «Asociación Nacional de Productores de Pollos» (ANPP) y diversas empresas miembros de esta última contra la Resolución «AMIAVE I» de la Sección Primera del TDC de 24 de agosto de 1990¹⁸⁵ en la que se había declarado acreditada la existencia y realización por estas empresas de prácticas prohibidas por el artículo 1.1º, en relación con el 3 a) y b) LRPRC, consistentes en limitar la producción y fijar precios en el sector de la producción de pollos para carne y en la comunicación, para su puesta en práctica, de los precios acordados.

La resolución «AMIAVE I», no se planteó la cuestión. En «AMIAVE II» el TDC aunque sin decidir en base a ello, ni establecer claramente los fundamentos de la corresponsabilidad, el TDC hizo referencia a la corresponsabilidad de la empresa dominante respecto a los actos ilícitos realizados por la dominada.

La referencia a la cuestión que nos ocupa se produjo al entender el TDC sobre la alegación de los recurrentes de que en la resolución recurrida faltaba la identificación concreta de los autores de cada una de las prácticas que se les imputan.

La cuestión se planteó respecto a la entidad «Nueva Asociación para Nutrición y Técnicas Alimenticias S.A.» (NANTA) a la cual se había considerado autora en la resolución «AMIAVE I» afirmándose en los antecedentes de hecho de la misma que había contribuido a la ejecución de lo acordado «siguiendo lo acordado y aportando cantidades para el pago de los gastos que la ejecución de los acuerdos requerían»¹⁸⁶ en proporción a su producción.

En los Fundamentos de Derecho se especificó en cambio que no existía constancia documental de la realización por NANTA de las aportaciones para el pago de las operaciones de reducción de la oferta, aunque si consta que hicieron tales aportaciones varias empresas por las que «está compuesta» NANTA.

El Pleno del TDC al analizar esta afirmación estableció que «consideración separada merece también la posición de NANTA a la que la Resolución recurrida le imputa erróneamente el estar compuesta por varias empresas, cuando se trata realmente de una empresa "holding" que ostenta una participación directa o indirecta del 100% en los capitales de COEXNA, S.A., COMANA, S.A., COMURNA, S.A., COPIVA,

¹⁸⁵ En «Tribunal de Defensa de la Competencia. Resoluciones 1986-1990» Madrid (Ministerio de Economía y Hacienda), Tomo II, 396.

¹⁸⁶ Resolución «AMIAVE I» cit. pág. 1541-1542.

S.A., Estirpes Selectas, S.A., PAME, S.A. y PIPEN, S.A. y, en consecuencia, la considera también autora de las prácticas que se declaran prohibidas aunque no propone para ella sanción por hacerlo para las empresas que la componen».

En este punto —consideración como autor de NANTA independientemente de la posibilidad de sancionarla o no— el Pleno del TDC afirma que «dejando a un lado en este caso la tesis prevalente en el Derecho de la competencia de la corresponsabilidad de las empresas controladoras de otras sobre las que ejercen una influencia dominante en cuanto a las prácticas realizadas por éstas, tesis no claramente consagrada en la Ley 110/63, y teniendo en cuenta que la Resolución recurrida ha considerado como autoras de las prácticas a las diferentes empresas del grupo, cosa que se ha hecho también con el resto de los grupos de empresas encausadas en este expediente, parece procedente dar a todas ellas el mismo trato, por lo que resulta jurídicamente más adecuado no considerar a "N.A.N.T.A." como autora de la realización directa de prácticas anticompetitivas».

El Pleno del TDC reconoce la posibilidad de establecer el resultado de la corresponsabilidad de la controladora, obviamente en el marco de su competencia, pero no lo aplica por dos razones.

La primera —igualar la posición de NANTA a la de las otras sociedades holding cuyas filiales habían participado en el acuerdo restrictivo a las que no se consideró autoras por la Sección primera del TDC— no resulta decisiva, puesto que igualmente y de forma más correcta, en nuestra opinión, si existían efectivamente una verdadera unidad económica en el caso, se hubiese mantenido la igualdad de tratamiento de situaciones idénticas si se hubiese considerado autoras a las otras sociedades holdings.

Más decisivo fue al parecer el argumento de que la LRPRC a diferencia de la actual LDC no contempla la imputación de la conducta de la controlada a la controladora con lo que no puede fundamentarse en la Ley una autoría indirecta de la sociedad holding, aunque precisamente un análisis económico de los hechos y la apreciación de la existencia de los fundamentos de la imputación, si se daban las circunstancias requeridas, hubieran permitido llegar al resultado contrario.

La doctrina del TDC por tanto, no pasó de reconocer a modo de *obiter dicta* la existencia y relevancia de la doctrina de la imputación de los actos ilícitos de la dominada a la dominante, y aun eso tan solo después de que se aprobara la LDC si bien en asuntos que se decidían de acuerdo con la LRPRC. Por ello no puede considerarse que exista una

evolución de la doctrina del TDC que de lugar a la introducción del artículo 8 en el texto de la LDC.

II. EL ITER LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 8 LDC

La introducción del artículo 8 de la LDC no es consecuencia del desarrollo de la doctrina del TDC, sino de alguna de las razones que llevaron a la aprobación de la nueva ley.

Las razones que llevaron a la aprobación de una nueva Ley de Defensa de la Competencia en España fueron de muy variado índole. De un lado el desprestigio de la LRPRC, aplicada durante más de 13 años en un régimen cuya economía era esencialmente planificada, proteccionista y dirigista, y que no comenzó a cumplir su función hasta finales de los años 80¹⁸⁷. De ella se llegó a afirmar en la Memoria explicativa que acompañaba al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia que «no ha funcionado satisfactoriamente, habiendo sido su aplicación escasa, poco relevante e ineficaz»¹⁸⁸.

Junto a ello hay que tener en cuenta la progresiva declaración de algunos preceptos de la misma como inconstitucionales. Aunque la constitucionalidad de la LRPRC como conjunto normativo completo estaba clara¹⁸⁹, alguno de sus preceptos aislados fueron declarados inconstitu-

¹⁸⁷ Tan solo en esta etapa y a partir de la resolución de 18 de abril de 1988 citada por GÓMEZ SEGADÉ, J.A. «La nueva...», ob. cit. pág. 579, el TDC comienza a proponer al Consejo de Ministros la imposición de multas como consecuencia de la puesta en práctica de acuerdos restrictivos de la competencia.

¹⁸⁸ Secretaría General del Congreso de los Diputados, Documentación nº 74 «Competencia», pág. 139 y ss. (140).

¹⁸⁹ Como afirma la STC 88/86 de 1 de julio, «el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta —art. 38 inciso 2º— por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apreciando así la defensa de la competencia como una necesaria defensa y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias materiales de éste». La Constitucionalidad de la LRPRC fue también afirmada por la Audiencia Nacional en su sentencia fue afirmada por SAN nº 378/95, de 21 de junio, en el caso SARRIO, cuyo Fundamento de Derecho 4 fundamenta tal afirmación en el reconocimiento expreso del vigor de la LRPRC realizado por la STC 71/80 de 30 de noviembre.

cionales¹⁹⁰, lo que llevó a plantearse la conveniencia de una ley de nueva planta redactada de acuerdo con los principios reconocidos en nuestra Carta Magna¹⁹¹.

El tercer motivo estribaba en un deseo de unificar nuestro marco legislativo de defensa de la competencia con el comunitario. Si bien la LRPRC hundía sus raíces en el Derecho comunitario de la competencia, no es menos cierto que existían notables diferencias entre ambos sistemas. Este deseo de unificación trascendió el propio texto para extenderse a las resoluciones del propio TDC. Esta opción legislativa, que en la actualidad es vista de forma favorable por un amplio sector de juristas, en especial de aquellos que asesoran a los operadores económicos cuyos actos pueden constituir prácticas prohibidas o sometidas a control por el TDC, no era obligada por cuanto el ordenamiento nacional de defensa de la competencia, caso de existir, lo cual no es obligado, puede tener un contenido diverso del comunitario¹⁹².

Por último una especie de urgencia social sentida por los operadores económicos producida quizá por la inexistencia de reglamentos de exención por categorías en la vieja LRPRC, las quejas por la lentitud de los procedimientos en aplicación de la LRPRC, y la conveniencia de gozar de un marco unificado de normas de la competencia, con el comunitario, en cuanto ello pudiera redundar, al menos desde una visión simple, en una mayor claridad y seguridad para los operadores en el tráfico económico¹⁹³.

¹⁹⁰ Así la STC 80/83 estableció que debían entenderse derogados por ser contrarios a la Constitución los preceptos de la Ley 110/63 que excluían de la revisión en vía contencioso administrativa algunas de las Resoluciones del TDC, por ser tal exclusión contraria a las previsiones de los arts. 24.1 y 117.5 CE que proclaman el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales, el sometimiento de la actuación administrativa al control judicial y el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los tribunales.

¹⁹¹ En este sentido ver GÓMEZ SEGADÉ, J.A. «La nueva...», ob. cit. pág. 580.

¹⁹² Tal y como puso de manifiesto GÓMEZ SEGADÉ, J.A. «La nueva...», ob. cit. pág. 581.

¹⁹³ Muestra de esta urgencia son las reiteradas preguntas de miembros del Congreso de los Diputados al Gobierno en demanda de la modificación de la LRPRC primero, y de la presentación de un proyecto de una nueva ley después. Véanse las sucesivas preguntas de los diputados Homs y Ferret, F., pregunta oral en la sesión plenaria núm. 100 celebrada el 20 de abril de 1988 (Diario de Sesiones Pleno de 20 de abril de 1988, núm. 103), Cañellas Fons, J., pregunta con respuesta escrita (BOCG Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 216, de 13 de septiembre de 1988), respuesta del Gobierno (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 235, de 20 de octubre de 1988), y Montesdeoca Sánchez, P., pregunta oral, (BOCG, Diario de Sesiones Pleno de 14 de diciembre de 1988, núm. 159).

Es el tercer motivo el que al parecer influyó en mayor medida en la comisión redactora del Anteproyecto, a la hora de introducir una norma de imputación con resultado de corresponsabilidad en su artículo 8, que no figuraba siquiera en el anterior proyecto presentado al Congreso en la materia el 25 de agosto de 1982¹⁹⁴.

La Comisión formada por miembros del TDC el SDC y representantes de varios Ministerios¹⁹⁵, veía en los 25 años de experiencia del Derecho comunitario de la competencia transcurridos desde la aprobación de la LRPRC la estela y guía a seguir, como se desprende claramente de la lectura de la Memoria Explicativa con que acompañó el Anteproyecto por ella redactado, que concluyó por convertirse, tras el largo trámite en el Consejo de Estado, en el Proyecto presentado al Congreso de Diputados el 2 de febrero de 1989¹⁹⁶.

El nuevo precepto que a nuestro juicio, expresado en aquél momento, y aun al actual, constituye una verdadera bomba de relojería¹⁹⁷ en el ordenamiento español, nació bajo el signo del silencio. Ninguna mención al mismo aparece en la Memoria Explicativa que acompañaba al Anteproyecto¹⁹⁸, tampoco la escueta Exposición de Motivos incluida en el Proyecto¹⁹⁹ hacía referencia alguna a él.

En el trámite en el Congreso tan solo cabe señalar una enmienda rechazada del Grupo Parlamentario Coalición Popular que pretendía mejorar el título del precepto y sustituirlo por el de «responsabilidad de las empresas dominantes por los actos de las dominadas», alegando la necesidad de que el título del precepto responda con claridad a su conte-

¹⁹⁴ Nos referimos al Proyecto de Ley General de Comercio Interior y de Defensa de la Competencia BOCG Congreso de los Diputados Y Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 1982, nº 284-I.

¹⁹⁵ Extraigo el dato de la composición de la Comisión de la Memoria Explicativa del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia que puede verse en el número 74 de Documentación editado por la Secretaría General del Congreso de Diputados, y en particular en las páginas 139 y ss. Sobre el Anteproyecto ver TOBÍO RIVAS, A.M. «El anteproyecto de ley de defensa de la competencia», 12 ADI 1987-88, pág. 623 y ss.

¹⁹⁶ BOCG Congreso de Diputados III Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 1988-89, nº 105-1.

¹⁹⁷ RUIZ PERIS, J.I. «Notas sobre la nueva ley de defensa de la competencia», La Ley Legislación, 1989, noviembre, pág. 71 y ss.

¹⁹⁸ Secretaría General del Congreso de los Diputados, Documentación nº 74 «Competencia», pág. 139 y ss. (140).

¹⁹⁹ BOCG Congreso de Diputados III Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 1988-89, nº 105-1.

nido²⁰⁰, lo que de haberse aprobado, sin modificar el texto del precepto hubiera creado una duplicidad de denominaciones para los mismos sujetos en el título y en el texto del precepto.

En el trámite ante el Senado dos enmiendas también del Grupo Parlamentario Coalición Popular igualmente rechazada, una de las cuales repetía la del Congreso²⁰¹, mientras que la otra más de fondo solicitaba la supresión del precepto por su posible inconstitucionalidad, alegando la posible violación del inexistente artículo 24.3 de la Constitución Española de 1978²⁰².

Concluido el trámite parlamentario, el precepto vio la luz, tal y como hoy lo conocemos, sin que haya sufrido modificaciones desde entonces. Dedicaremos los siguientes capítulos a su análisis.

²⁰⁰ Enmienda nº 13 BOCG Congreso de Diputados III Legislatura, Seire A Proyectos de Ley, 1988-89, nº 105-6.

²⁰¹ Enmienda nº 75 BOCG Senado III Legislatura, Serie II Textos Legislativos, 1989, nº 305(c).

²⁰² El precepto tan solo tiene dos números que en nada parecen aplicables al caso. Enmienda nº 74 BOCG Senado III Legislatura, Serie II Textos Legislativos, 1989, nº 305(c). En la que se alegaba la posible infracción del art. 24.3 CE en cuanto «el texto presupone una responsabilidad legal». El argumento había sido ya esgrimido en la discusión en el Congreso por el diputado Camacho Zancada alegando además una posible violación de la presunción de inocencia, que de modo equivocado consideraba que residía en el antedicho precepto constitucional. BOCG Congreso de los Diputados III Legislatura Apéndice Comisiones 1989 nº 446, págs 14760-14761. La intervención fue contestada por el diputado Jover i Presa argumentando que el precepto estaba reservado para los casos en que pudiera imputarse los actos colusorios tanto a la matriz como a la filial (BOCG Congreso de los Diputados III Legislatura Apéndice Comisiones 1989, nº 446, pág. 14766), lo cual si no es entendido como algo distinto de una regla de atribución de responsabilidad en el caso de que formen parte del acuerdo matriz y filial o estén en posición de dominio ambas en el mercado y realicen las dos la práctica abusiva, dejaba el precepto prácticamente sin contenido, y justificaba muy poco la referencia a la necesidad de prueba de la existencia de una influencia dominante. Una interpretación de tal índole era obviamente extraña al Derecho comunitario que el diputado, en su propia intervención reconocía que fundaba la nueva ley y con ella el precepto.

Capítulo 3

EL SUPUESTO DE HECHO: CONTROL Y DETERMINACIÓN DEL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO DE UNA EMPRESA POR PARTE DE OTRA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Como vimos en el capítulo inicial, el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989²⁰³ estableció bajo el título de «corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante» que «a los efectos de la aplicación de esta Ley, se entienden 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».

Del título del precepto y del contenido del mismo podemos deducir que la Ley pretende establecer un supuesto de corresponsabilidad entre empresa controladora y empresa controlada por las conductas realizadas por esta última. Que habrá lugar a dicha responsabilidad cuando la empresa controladora ejerza influencia dominante sobre la empresa controlada, lo que requerirá la existencia de una situación de control y que el comportamiento económico de la controlada esté determinado por la controladora o controladora. Que habrá lugar a la imputación independientemente de que las sociedades controladora y controlada estén integradas en un grupo de sociedades, tal y como viene definido en nuestro ordenamiento, o no. Ello implica que la Ley parte del principio de que el control y el ejercicio del mismo son cuestiones distintas necesitándose que concurren ambas para que se de el supuesto de hecho. Estas dos realidades deben de ser distinguidas a su vez de la existencia de un grupo²⁰⁴. No cabe asimilar por tanto en la interpretación del precepto los

²⁰³ BOE núm. 170, de 18 de julio.

²⁰⁴ La doctrina del TDC da relevancia también al grupo —aunque sin citar los porcentajes de control— ni definirlo, como sujeto actor del acto de abuso de posición de dominio. En su resolución de 28 de septiembre de 1995 (BOMEH 1995, nº 38, pág. 5906 y ss., el TDC, aun negando en el caso concreto la existencia de una práctica de

términos control, ejercicio del control y grupo. Que las obligaciones, deberes y responsabilidad de la controladora surgirán como consecuencia de la imputación que por disposición de la Ley se realiza a ésta de las conductas realizadas por la controlada, lo que no impedirá que dichas conductas sean también imputables a ésta como se deduce claramente del uso del vocablo «también» empleado por la norma.

Hasta aquí cuanto podemos deducir en una primera interpretación del precepto sin atender a su aplicación —inexistente por el momento—. Pero para realizar un análisis completo del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica contenidas en la norma que nos ocupa será necesario precisar la noción de empresa —puesto que sólo quien tenga tal condición podrá ser declarado corresponsable—, la de control, ya que sólo en el supuesto de que éste exista habrá lugar a la corresponsabilidad de la controladora; averiguar cuando debe entenderse que el comportamiento económico de la sociedad controlada debe considerarse determinado por la sociedad controladora, lo que nos lleva a la cuestión del ejercicio del control y de la dirección unitaria; y lo que habrá que entender como imputación en este supuesto, incluyendo el ámbito de aplicación de la imputación y la licitud de la misma de acuerdo con los efectos que produzca la imputación respecto de la controladora.

Del estudio de estas cuatro cuestiones obtendremos los datos necesarios que nos permitirán aplicar correctamente las disposiciones contenidas en este precepto. Dedicaremos la primera sección de este Capítulo a analizar los requisitos exigidos en el supuesto de hecho y la segunda a la consecuencia jurídica prevista en la misma.

II. REQUISITOS PARA LA IMPUTACIÓN

Los requisitos a los que hemos hecho referencia pueden clasificarse en dos grupos. Un requisito subjetivo, el de el carácter de empresa del infractor y del sujeto al que se imputa la conducta del infractor, y dos requisitos objetivos la existencia de una posición de control y el hecho

abuso de posición de dominio, examina la existencia de una posición de dominio en el mercado atendiendo al volumen de negocios del «grupo» en concreto el grupo Roca compuesto por las entidades «Roca Radiadores» S.A., «Cerámicas Gala», «Cerámicas Bellavista», «Cerámicas de Foix» y «Vidrocrystal». La resolución no cita los criterios usados para determinar que estas entidades constituyan un grupo, en otros preceptos.

de que el comportamiento económico de la controlada esté determinado por la controladora. Analizaremos en primer lugar el requisito subjetivo para dedicarnos después a los de carácter objetivo.

1. Requisito subjetivo: La empresa como infractor y corresponsable

El artículo 8 LDC establece un supuesto de corresponsabilidad o imputabilidad tan sólo en aquellos casos en los que quién realiza la conducta considerada ilícita por la Ley es una empresa y el sujeto que controla a la infractora tiene la misma consideración. La primera como la segunda limitación están justificadas al estar el ámbito de aplicación de la Ley limitado a las conductas realizadas por empresas.

En efecto aunque el artículo 1 LDC no hace referencia al sujeto infractor sino que describe objetivamente la infracción, lo bien cierto es que de los restantes preceptos de la LDC se desprende claramente la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la misma a las empresas. A las empresas se refieren los artículos 3.1^º letras b) y c) al enunciar dos de las condiciones que deben cumplirse para que un acuerdo restrictivo, de los encuadrables en el artículo 1 LDC, pueda ser autorizado. A las empresas se refiere también el artículo 6 LDC al definir el abuso de posición de dominio, el artículo 14 LDC al definir el ámbito de aplicación de las normas sobre concentraciones, el artículo 19 LDC al definir la competencia del TDC en materia de ayudas públicas. Es cierto que el artículo 7 LDC utiliza igualmente una definición objetiva de la conducta y que no es seguro que en este caso deba postularse una delimitación subjetiva limitada a las empresas²⁰⁵. Pero, respecto al artículo

²⁰⁵ La posibilidad de una interpretación distinta del artículo 7 LDC que permita al TDC sancionar al infractor en aquellos casos en que los actos de competencia desleal que además falseen de manera sensible la competencia y afecten al interés público sean realizados por un sujeto al que no quepa calificar como empresa tendría su fundamento en la delimitación del ámbito objetivo de la Ley de Competencia Desleal que reputa infractor no solo a los empresarios sino a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado. Si la interpretación de los términos «participar en el mercado» del artículo 3.2^º LCD incluye sujetos que no pueden ser calificados como empresas a los efectos de la aplicación de la LDC podrán existir una serie de supuestos en que ante actos de competencia desleal realizados por estos sujetos que falseen sensiblemente la competencia y afecten al interés público, el TDC deberá optar entre aplicar las normas de la LDC a sujetos que no pueden ser calificados como empresas o no aplicar las normas de defensa de la competencia ante estas restricciones, atendiendo a que las disposiciones de la LDC tan solo se aplican a empresas.

1 LDC, el argumento derivado de la presencia de la empresa como elemento subjetivo delimitador del ámbito de aplicación de las normas de autorización (artículo 3.1. b y c LDC) y la necesidad de interpretar este precepto conjuntamente con el artículo 1 LDC, parece ser un argumento decisivo en tal sentido.

En todo caso, no cabe la existencia de un acto ilícito realizado por la controlada que pueda ser imputado a la empresa controladora si aquélla no tiene la consideración de empresa. No cabe la imputación del acto a quién no tiene tal condición.

La identificación de la empresa como destinatario de las normas de competencia y en particular de las del art. 8 LDC nos exige delimitar que hay entender por empresa.

En nuestro ordenamiento el término empresa es utilizado en diversas normas jurídicas con distintos significados²⁰⁶. La LDC no contiene una noción legal de empresa. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos²⁰⁷, a diferencia de la homónima de 1964²⁰⁸, elimina cualquier referencia a la noción de arrendamiento de empresa, que constituía el único precepto que pretendía en alguna forma dar un concepto de empresa en una norma positiva.

La jurisprudencia española se ha referido a la empresa habitualmente en litigios en la que ésta era objeto de negocios jurídicos, esencialmente arrendamiento²⁰⁹ o cesión²¹⁰, desarrollando un concepto orgánico de empresa. La doctrina española por su parte ha propugnado distintos

El concepto amplio de empresa propugnado en este trabajo, coincidente con el comunitario y con el utilizado habitualmente por el Tribunal de Defensa de la Competencia, reduce estos riesgos al mínimo.

²⁰⁶ Una revisión del empleo del término empresa en la normativa constitucional y en la legislación mercantil puede verse en FONT GALAN, J.I. «La empresa en el Derecho Mercantil» en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (Coord.) «Derecho Mercantil» Barcelona (Ariel) 1992, 2ª ed. (pág. 47-63).

²⁰⁷ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25 de noviembre).

²⁰⁸ Texto Refundido de la LAU. Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre (BOE núm. 311, de 28 de diciembre). El artículo 3 LAU de 1964 definía la industria o negocio a los efectos de distinguir el arrendamiento de industria del de local de negocio como «una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas».

²⁰⁹ De entre la gran cantidad de sentencias dictadas para determinar la existencia de arrendamiento de empresa o de arrendamiento de local de negocio podemos destacar las STS de 13 de noviembre de 1963 (RAJ 4570/63), de 23 de diciembre de 1978 (RAJ 331/79), que recogen la doctrina general sostenida por la jurisprudencia en este tema.

²¹⁰ Ver por todas la STS de 13 de febrero de 1992 (RAJ 842/92).

conceptos de empresa vinculados con las doctrinas que sobre la cuestión han sido desarrolladas en el marco del debate doctrinal europeo de los últimos sesenta años²¹¹. Entre ellas conviven en la actualidad las que identifican la empresa como una organización²¹², como una actividad²¹³, como un bien inmaterial²¹⁴, como un patrimonio²¹⁵, o como un valor patrimonial de explotación²¹⁶.

La cuestión de lo que debía entenderse por empresa a la hora de aplicar el Derecho nacional de defensa de la competencia se planteó en la doctrina ya en vigor de la hoy derogada Ley 10/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia²¹⁷. Sin embargo no existieron pronunciamientos del TDC sobre la cuestión que permitieran fijar la posición de la autoridad administrativa encargada de aplicar el Derecho de defensa de la competencia sobre esta cuestión.

No es éste el momento de realizar una revisión profunda de las diferentes nociones de empresa existentes en nuestra doctrina, jurisprudencia y legislación, baste de momento por decir estas tres cosas: Que el significado del término empresa no puede ser distinto en el artículo 8 LDC que en los restantes preceptos de la Ley, ya que en todos la utilización del término tiene la misma finalidad²¹⁸. Que en consecuencia el significado del término empresa en este precepto se corresponderá con el ámbito subjetivo general de aplicación de la Ley. Y que por tanto todo aquél sujeto que pueda ser infractor podrá ser considerado

²¹¹ Sobre la evolución de la doctrina de la empresa en nuestro ordenamiento y en el ordenamiento comparado ver GARRIGUES, J. «Curso de Derecho Mercantil», Madrid (Aguirre) 1972, 6ª ed., corregida y puesta al día por BERCOVITZ, A. (pág. 159-170).

²¹² BROSETA PONT, M. «Manual de Derecho Mercantil», Madrid (Técno), 1991, 9ª ed., (pág. 102). FERNÁNDEZ RUIZ, J.L. «Fundamentos de Derecho Mercantil», Madrid (Edersa), 1991, (pág. 58).

²¹³ URÍA, R. «Derecho Mercantil», Madrid (Marcial Pons) 1994, 21ª ed. (pág. 37-39).

²¹⁴ FERNÁNDEZ NOVOA, C. «Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos», Revista de Derecho Mercantil, 1965, pág. 7 y ss.

²¹⁵ VICENT CHULIÁ, F. «Compendio Crítico de Derecho Mercantil», Barcelona (Bosch) 1991, 3ª ed. Tom. I, Vol 1º (pág. 192).

²¹⁶ FONT GALAN, J.I. «La empresa en el ...», op. cit. pág. 65.

²¹⁷ BOE núm. 175, de 23 de julio. Sobre la noción de empresa utilizable para la interpretación de la LRPRC ver GALAN CORONA, E. «La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia», Actas de Derecho Industrial 1975, II, pág. 291 y ss.

²¹⁸ Respecto a la necesaria interpretación teleológica del término empresa ver SCHMIDT, K. «Unternehmen und Abhängigkeit. Begriffsvielfalt und Begriffseinheit im Kartell- und Konzernrecht», ZGR 1980, pág. 277.

corresponsable en el caso de que se cumplan los requisitos previstos en el art. 8 LDC, mientras que un sujeto que no pueda ser considerado infractor no podrá ser considerado responsable a los efectos de dicho precepto²¹⁹.

Ello implica que existen casos de control en los que se darán todos los requisitos previstos en el artículo 8 LDC excepto el carácter de empresa del sujeto o entidad que controla la empresa que opera en el mercado en los que no nacerá la corresponsabilidad de la controladora.

Fuera de estas tres cuestiones la determinación de que debe entenderse por empresa a los efectos de la LDC exige tener en cuenta que la propia Exposición de Motivos de la Ley, declara que ésta se inspira «en las normas comunitarias de política de la competencia». Esta constatación nos lleva a preguntarnos si cabrá la interpretación del precepto de la LDC de acuerdo con la doctrina emanada del TJCE y de la Comisión respecto a los artículos 81 y ss. del Tratado que delimitan igualmente el ámbito subjetivo de su aplicación a las «empresas»²²⁰.

El órgano administrativo —TDC— o jurisdiccional —Jurisdicción contencioso administrativa por recurso contra las resoluciones del TDC (art. 49 LDC) o civil respecto a la acción de resarcimiento de los daños causados (art. 13.2 LDC)— que aplica las normas de defensa de la competencia nacionales, no viene obligado a utilizar la doctrina elaborada en sede comunitaria a la hora de interpretar el Derecho nacional de defensa de la competencia, dada la inaplicabilidad del principio de interpretación conforme en estos

²¹⁹ La mención en el precepto de la existencia de empresas controladoras y empresas controladas parece indicar una cierta refractariedad de nuestro legislador a las posiciones doctrinales que afirman la existencia de una única empresa policorporativa en los supuestos de sociedades controladoras y controladas integradas en un grupo de sociedades. Otra interpretación sería la de afirmar que aun aceptando el carácter de empresa única de los grupos de sociedades se mantuviera la consideración de la controladora y la controlada como dos empresas autónomas en función de que existen posiciones de control no inscritas en el seno de un grupo de sociedades.

²²⁰ Respecto a la noción comunitaria de empresa ver FONT GALAN, J.I. «La libre competencia en la comunidad europea», Bolonia/Zaragoza (Publicaciones del Real Colegio de España), 1986 (pág. 59 y ss.), quién define la empresa en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia con un carácter netamente subjetivo como «una entidad jurídicamente capaz y económicamente autónoma», como «un sujeto de derecho, capaz de asumir obligaciones y titular de derechos, con poder autónomo de decisión» (pág. 63).

casos, ya que la LDC no es una norma que desarrolle directivas o en general normas comunitarias²²¹.

Sin embargo el hecho de que el TDC o los órganos jurisdiccionales no estén obligados a utilizar esta doctrina no significa que no puedan hacerlo o que no convenga hacerlo. La introducción casi mimética de las normas de defensa de la competencia comunitarias en nuestro país y la propia declaración de la Exposición de Motivos respecto a la influencia de las normas comunitarias en la redacción de la LDC, parecen aconsejar seguir esa doctrina que además representa una previa y prolongada experiencia respecto a la aplicación a los operadores económicos de las normas de defensa de la competencia para mantener una competencia eficaz.

La Comisión y el TJCE han aplicado un Derecho de la competencia similar a una situación similar a la que pretende regular la LDC en cuanto la tipología de operadores económicos era esencialmente idéntica — personas físicas y personas jurídicas— y existían igualmente una pluralidad de nociones de empresa —doctrinales, jurisprudenciales e incluso legales— en los diferentes ordenamientos de los Estados miembros que dificultaban la aplicación de los artículos 81 y siguientes del Tratado CEE.

De otra parte, el hecho de que los órganos nacionales de defensa de la competencia sean competentes para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, aboga también por esta solución. Una noción nacional de empresa distinta de la comunitaria llevaría al absurdo de que el TDC pudiera ser competente en el procedimiento comunitario y no en el nacional o a la inversa.

La introducción de las doctrinas desarrolladas por los órganos comunitarios no debe realizarse sin embargo de forma acrítica o automática. En ocasiones los principios por ellas elaborados serán inaplicables en el ámbito de la interpretación de la norma nacional. Así sucede por ejemplo con todos aquellos principios que tienen en su base la existencia de una pluralidad de ordenamientos distintos.

Igualmente serán inaplicables, sin la debida adaptación, los principios que tengan como base evitar que se produzcan actuaciones que «puedan afectar el comercio entre los Estados miembros», principios

²²¹ Sentencias del TJCE de 20 de septiembre de 1988. Caso «Gebroeders Beentjes BV contra Estado de los Países Bajos», Rep. 1988-8, pág. 4635 y ss., de 13 de noviembre de 1990 en el caso «Marleasing» Rep. 1990, pág. 4156 y ss., y Sentencia de 14 de julio de 1994 en el caso «Dori».

propios del ordenamiento comunitario que no encuentra parangón en nuestra normativa nacional de defensa de la competencia.

Además, otros principios plenamente asumibles en el ordenamiento nacional pueden ser contemplados de manera distinta desde la óptica comunitaria y desde la óptica nacional. Así sucede con el que establece «el concepto de empresa según las normas de competencia del Tratado CEE no siempre coincide con el de personalidad jurídica según el Derecho nacional». El principio enunciado tiene mayor sentido en el ámbito del derecho de la competencia comunitario que en el ámbito del Derecho nacional, pese a ser aplicable a ambos. En el ámbito de aplicación del Derecho comunitario coexisten ordenamientos con soluciones distintas respecto al otorgamiento de personalidad jurídica a determinadas agrupaciones de sujetos. Así por ejemplo conviven ordenamientos que confieren la personalidad jurídica a las sociedades colectivas y las comanditarias —como el español— con otros que se la niegan —como el alemán y el italiano—, en cambio en el Derecho nacional las soluciones son unívocas.

Otra cosa distinta es que pueda entenderse útil introducir en nuestro Derecho, dentro de una corriente antiformalista que actualmente recorre nuestra realidad jurídica, el principio en base al cual podrá considerarse como empresa y por tanto destinatario de la norma a quien no tenga la consideración de persona jurídica²²² —por ejemplo uniones temporales de empresas, asociaciones no reconocidas, sociedades irregulares, sociedades en formación o grupos de empresas—, tal y como hace el ordenamiento norteamericano y comunitario.

Esta línea es la seguida por el TDC en su Resolución de 7 de diciembre de 1994 dictada en el caso Asociaciones médicas²²³ en un caso en que uno de los demandados era una Asociación en constitución. En este caso el TDC confirmó que «no es preciso que exista una constitución formal de un sujeto jurídico o moral para que el grupo o colectivo que lleve a cabo una práctica prohibida pueda resultar responsable de la misma».

²²² Teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento es un referente único respecto a las soluciones adoptadas en materia de otorgamiento de la personalidad jurídica a diferencia de lo que sucede en cuanto a la aplicación de las normas comunitarias que tienen un referente plural compuesto de las soluciones adoptadas respecto a la cuestión de la personalidad jurídica en los diferentes ordenamientos que contienen en ocasiones soluciones distintas para supuestos de hecho idénticos.

²²³ BOMEH 1995, pág. 82 y ss.

A juicio del TDC la comisión de una conducta ilícita por personas colectivas o grupos, «puede ser perfectamente imputada a los distintos miembros del grupo sin necesidad de que los mismos hayan acordado previamente la erección de una persona jurídica perfecta. Los propios miembros del grupo pueden ser perfectamente los agentes que cometan la conducta reprochable en el derecho de la competencia».

En todo caso, será conveniente que el destinatario de la resolución tenga personalidad jurídica para que se pueda obtener en vía ejecutiva el montante de la sanción y para que los posibles lesionados por la conducta infractora puedan identificar el sujeto respecto al cual deben interponer sus acciones.

En el ámbito de los grupos la Comisión considera que, según las circunstancias, puede ser considerado como empresa: la sociedad matriz o de cartera del grupo; el grupo en su totalidad, incluyendo la empresa matriz y sus filiales directas e indirectas; las sociedades de cartera intermedias; los subgrupos o divisiones formados por las subsociedades de cartera y sus filiales; o las empresas filiales individuales²²⁴.

Partiendo de la inspiración comunitaria de la norma nacional de Defensa de la competencia, podemos postular una interpretación conforme a la comunitaria para este término en el marco de la LDC que es de hecho la seguida por dicho órgano²²⁵.

La empresa en el sentido comunitario del término se caracteriza por la existencia de unidad económica²²⁶. Desde la perspectiva jurídica pue-

²²⁴ Punto 140 de la Exposición de Motivos de la Decisión 94/601/CE de la Comisión, de 13 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/C/33.833 - cartoncillo).

²²⁵ Así en su Resolución en el caso «Cruz Roja Española», el TDC afirmaba que el «concepto de empresa es muy amplio y se refiere a todos los operadores que intervienen en los intercambios económicos, aunque sea a título gratuito, según ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, «a sensu contrario», excluye nada más de este concepto a entidades cuya actividad constituye puramente ejercicio del poder público sin influencia en dichos intercambios (St. TJCE de 19 de enero de 1994, as. C-304/92, SAT Fluggesellschaft m.b.H./Eurocontrol)», con cita, como hemos visto de la jurisprudencia comunitaria.

²²⁶ En nuestro análisis de la noción de empresa en el ámbito comunitario no hacemos referencia a las dos comunicaciones en materia de control de concentraciones cuyo título podría parecer sugerente respecto al tema que nos ocupa. Esto es, a la Comunicación de la Comisión sobre el Concepto de Empresas Afectadas con arreglo al Reglamento nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración de empresas (DOCE Núm. C 66, de 2 de marzo de 1998) y a la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento nº 4064/89 del Consejo sobre el control

de ser considerado empresa quién no tiene personalidad jurídica o un grupo de sujetos dotados de personalidades jurídicas distintas que constituyen una unidad económica²²⁷, siendo indiferente que tenga o no ánimo de lucro siempre que lleve a cabo actividades económicas o comerciales²²⁸. La doctrina sentada respecto a la noción de empresa por parte del TJCEE es bastante casuista. En el ámbito comunitario han sido considerados empresas no solo sociedades mercantiles, civiles, asociaciones profesionales, cooperativas agrícolas, comerciantes o empresas públicas, sino también licenciantes de derechos sobre bienes inmateriales²²⁹, profesionales²³⁰, artistas²³¹, accionistas de control²³², el futuro compra-

de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE núm. C 66 del 2 de marzo de 1998). Independientemente de que tales comunicaciones solo expresen la opinión de la Comisión sin prejuzgar la del Tribunal de Primera Instancia y la del Tribunal de Justicia, y de que se refieran a materia de concentraciones y no de imputación, lo cierto es que ninguna de las dos contiene propiamente una noción de empresa sino criterios para identificar cuando una empresa puede considerarse afectada por una operación de concentración y cuando se puede considerar que una empresa en participación tenga plenas funciones.

²²⁷ Asunto 170/83 «Hydrotherm Gerätebau GmbH c. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. scs», Rec. 1984, III, pág. 2999 y ss. En el caso en cuestión el TJCE tuvo que resolver sobre una cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof alemán en la que se preguntaba si el reglamento de exención por categorías 67/67 debía ser aplicado cuando en el acuerdo susceptible de ser incluido en el ámbito de aplicación del reglamento en el que participaban como una de las partes contratantes varias empresas jurídicamente autónomas. El TJCE estableció en el punto 11 de sus Fundamentos de Derecho 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 cuestión incluso si desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica está constituida por varias personas, físicas o jurídicas». En el caso se trató como única empresa a la hora de aplicar la exención prevista en el reglamento a «varias sociedades que tienen un interés idéntico y que están controladas por la misma persona física, siendo esta misma parte del acuerdo» en cuanto se apreció que «en estas condiciones, en efecto, no existe ninguna virtualidad de competencia entre las personas que participan simultáneamente como una sola parte en el acuerdo en cuestión», obteniéndose la conclusión de que «el reglamento 67/67 debe ser igualmente aplicado cuando participan en el acuerdo, en tanto que parte contratante, varias empresas jurídicamente autónomas, si estas empresas constituyen, respecto del acuerdo, una unidad económica».

²²⁸ Sentencias de en el caso «Van Landewyck» Rec. 1980 pág. 3125, 3250; y Decisiones «GVL» DOCE 1981 L 370/49 —inacada en este punto en el posterior recurso ante el TJCE—, y «P & I Clubs» DOCE 1985 L 376/2.

²²⁹ Decisiones «AOIP/Beyrard» JOCE 1976 L 6/8 y «Vaessen/Morris» JOCE 1979 L 19/32.

²³⁰ Decisión «Reuter/BASF» DOCE 1976 L 254/40.

²³¹ Decisión «RAI/Unitel», JOCE 1978 L 157/39.

²³² Decisiones «Reuter/BASF» JOCE 1976 L 254/40 y «Vaessen/Morris» JOCE 1979 L 19/32.

dor de un negocio²³³, o a una unidad económica formada por una sociedad matriz y una filial²³⁴.

En los últimos tiempos se ha iniciado un cierto deslizamiento formalista —por otra parte necesario— en algunas materias como la notificación y la determinación del destinatario de la decisión, que ha llevado a la Comisión en diversas ocasiones a dictar decisiones en las que tras indicarse correctamente la necesidad de dirigir las decisiones a un sujeto dotado de personalidad jurídica²³⁵, se afirma que la empresa destinataria de las normas de una decisión sancionadora en virtud del art. 192 TCEE debe de tener personalidad jurídica²³⁶.

Los requisitos para la existencia de una empresa desde la perspectiva del Derecho comunitario de la competencia son por tanto tres: unidad económica, realización de actividades económicas o comerciales, esto es de producción o distribución de bienes o de prestación de servicios para el mercado²³⁷, y determinación de forma autónoma de la línea de actuación en el mercado.

²³³ Decisión «Nutricia» JOCE 1983 L 376/22. Asunto 42/84 «Remia c. Comisión» Rec. 1985, pág. 2545. Admitiendo de esta forma la figura de la empresa potencial.

²³⁴ Decisión «Mallas electrosoldadas» DOCE 1989 L260/39 según la cual «El concepto de empresa según las normas de competencia del Tratado CEE no siempre coincide con el de personalidad jurídica según el Derecho nacional. El Tratado no define el término empresa, que puede referirse a toda entidad que desarrolle actividades comerciales; cuando se trate de grupos industriales, el concepto puede en su caso aplicarse a una sociedad matriz o filial o a una unidad económica creada por estas últimas conjuntamente».

²³⁵ Decisiones «PVC “DOCE 1989 L 74/1 y” LdPE» DOCE 1989 L 74/21. En las páginas 15 y 17 estas decisiones se establece acertadamente que «A pesar de que el concepto de empresa como sujeto de Derecho en el marco de las normas comunitarias sobre la competencia no depende del Derecho de sociedades, a efectos de ejecución resulta siempre necesario identificar una entidad dotada de personalidad jurídica. Pueden presentarse dificultades importantes con respecto a la percepción de la multa impuesta con arreglo a lo dispuesto en el artículo 192 del Tratado si el destinatario de la decisión no es una persona jurídica. En el caso de un grupo industrial importante lo normal es dirigir la decisión a la primera sociedad del grupo o a la «sede central» aunque la empresa en sí sea una unidad constituida por la sociedad matriz y sus filiales».

²³⁶ Decisión «Mallas electrosoldadas» DOCE 1989 L260/39 según la cual «Aunque el concepto de empresa destinataria de las normas de competencia no se remite al derecho de sociedades, en cualquier caso debe siempre tratarse de una unidad económica con personalidad jurídica» si bien se reconoce con posterioridad (pág. 40) que puede existir una empresa constituida por la unidad económica creada por la sociedad matriz y la filial con lo que se contradice con mejor criterio lo dicho en la página 39.

²³⁷ Cfr. GALAN CORONA, E. «La empresa...», op. cit. pág. 306.

Junto a ellos será necesario el de capacidad de obrar propia de la persona física o jurídica que actúa en nombre propio como empresa o del representante —persona física o jurídica— que actúa en nombre de la persona física capaz o incapaz, de la persona jurídica o de la agrupación sin personalidad jurídica calificadas como empresas. Sin embargo la capacidad jurídica no será un requisito de la noción de empresa puesto que, por ejemplo, empresa existirá a los ojos del Derecho de la competencia en los casos en que en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del Código de comercio exista una unidad económica que produzca o comercialice bienes o preste servicios para el mercado constituida por un menor o incapaz que continúe el comercio iniciado por su causante²³⁸.

Especial atención merece la consideración como empresa del accionista de control y la unidad económica creada por empresas pertenecientes a un mismo grupo.

La Comisión en su decisión Reuter/BASF²³⁹ consideró como acuerdo entre empresas el pacto de no competencia celebrado entre BASF y el señor Reuter. El pacto estaba integrado en un contrato mixto de compraventa de acciones y cesión de derecho de opción sobre acciones considerado por la Comisión como contrato de cesión de empresa. El señor Reuter, en el momento de la estipulación del contrato, detentaba por el intermedio de la sociedad Reuter Holding GmbH de Zurich el 50% de las acciones de la sociedad Elastomer AG, cabeza del grupo de sociedades Elastomer, poseyendo un derecho de opción sobre el otro 50% del capital del que era titular el Investitions- und Handelsbank Zurich. Estas acciones y derecho de opción constituían el objeto del contrato mixto de cesión. El señor Reuter era además director del grupo Elastomer. La Comisión consideró que «el acuerdo de 18 de junio de 1971 que contiene la obligación de no competencia fue concluido entre empresas; que el señor Reuter es también un empresario en el sentido del artículo 85, puesto que continua ejerciendo actividades económicas a través de sociedades del grupo»²⁴⁰.

²³⁸ Como afirma GALAN CORONA, E. «La empresa...», op. cit. pág. 304-305 a los efectos de la aplicación de la LRPRC es irrelevante «el ánimo de lucro, la forma jurídica bajo la que se envuelve la actividad empresarial, el nivel organizativo, la nacionalidad y la titularidad pública o privada» conclusión plenamente predicible respecto la actual LDC.

²³⁹ Decisión «Reuter/BASF» DOCE 1976 L 254/40.

²⁴⁰ Decisión «Reuter/BASF» cit. pág. 45.

El planteamiento de la Comisión implica la posibilidad de considerar como empresa en determinadas circunstancias al accionista de control de una sociedad anónima y por extensión al socio de control de cualquier sociedad mercantil que se encuentre a la cabeza de un grupo de sociedades. A nuestro juicio no bastará la existencia de una relación de control entre el accionista y la sociedad para que aquél pueda ser considerado como empresa, como no basta la pertenencia a un grupo de dos sociedades para que pueda concluirse que las dos forman una única empresa.

En favor de la vigencia de esta conclusión, al menos respecto a la aplicación del artículo 8 LDC, milita el hecho de que este precepto declara corresponsables exclusivamente a quienes reúnen la condición de empresas. Con ello parece exigir un plus respecto a la simple relación de control. Si se hubiere querido declarar responsable a todo socio de control habría bastado con una redacción impersonal del tipo: «a los efectos de esta Ley, se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma, son también imputables a quién la controla...».

Otra interpretación que hiciera extensible la corresponsabilidad a todo accionista de control chocaría frontalmente con la delimitación del ámbito de aplicación de la norma que el propio legislador ha diseñado y que no es otro que la existencia de una unidad económica autónoma de producción o distribución de bienes o prestación de servicios para el mercado que fija su línea de actuación de forma autónoma.

De otra parte la propia doctrina comunitaria no parece afirmar que sea considerado como empresa el simple accionista de control. Para que el accionista de control sea considerado como tal será necesario que se cumplan los requisitos que parecen deducirse de la jurisprudencia comunitaria sobre la cuestión.

En cuanto a los grupos de sociedades como empresas hay que observar que no basta la constatación de la existencia de un grupo de sociedades para que se aprecie la existencia de una única empresa formada por la sociedad matriz y todas sus filiales, sino que será necesario que exista una unidad económica para que se produzca tal resultado. El hecho de que controladora y controlada formen parte de un grupo o no es indiferente respecto a la aplicación de la regla de corresponsabilidad. El hecho de que ambas formen una única unidad económica constituye precisamente, tal y como veremos, el fundamento de la imputación. El hecho de que la contratante forme una unidad de decisión con otros miembros del grupo —por ejemplo la *holding* que la controla al 100%— es relevante en cuanto permite extender la imputación de corresponsabilidad a

todas las entidades que constituyan una unidad económica respecto al caso²⁴¹.

Las conclusiones de la doctrina jurisprudencial comunitaria pueden ser trasladadas al ámbito de aplicación del artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con lo que cabrá considerar como empresa a los efectos de la declaración de la corresponsabilidad de la controladora, a las sociedades en formación en cuyo patrimonio integrado por las aportaciones de los socios —cuya existencia reconoce el artículo 15.2º LSA— se encuentren acciones o participaciones sociales que le permitan controlar otra empresa, así como sociedades irregulares que incluyan en su patrimonio acciones o participaciones de control o asociaciones sin personalidad jurídica en idénticas circunstancias, siempre que se den los restantes requisitos. Podrá considerarse también empresa el accionista de control cuando se den las condiciones descritas.

Otra cuestión a delimitar es cual es la empresa responsable de la infracción en los casos de sucesión o transmisión de la actividad a otra empresa a través de fusión, escisión o compraventa de empresa, en los casos de liquidación o de procedimiento concursal contra la empresa infractora²⁴².

La Comisión ha elaborado una doctrina de la continuidad de la empresa independientemente de la desaparición de su titular o el cambio del mismo que tuvo su origen en el caso Peróxigenos²⁴³. En este caso PCUK que era la empresa culpable se había escindido tras la cesación de la infracción y su negocio de peróxigeno había sido absorbido por Atochem. La Comisión sostuvo que dada la desaparición de PCUK en tanto que entidad jurídica independiente. Atochem que había continuado su negocio de peróxidos y sus objetivos económicos era la destinataria apropiada de la decisión y debía ser declarada responsable del pago de toda multa vinculada a las infracciones cometidas por PCUK.

En esta misma línea tiene especial relevancia la Decisión Polypropileno. En este caso la sociedad participante en el acuerdo que

²⁴¹ Un último esfuerzo en la línea de tratar de resolver los problemas planteados por la relevancia jurídica dada en el derecho de la competencia a la existencia de una unidad económica entre una o varias empresas, sobre la base de la identificación entre grupo y empresa de tipo policorporativo, puede verse en DONATIVI, V. «Impresa e gruppo nella legge antitrust», Milano (Giuffrè) 1996.

²⁴² Ver Decisión de la Comisión en el caso Mallas Electrosoldadas de 2 de agosto de 1989, JOCE L 260, de 6 de septiembre de 1989, pág. 1 y ss. (39 y ss.).

²⁴³ Decisión de 23 de noviembre de 1984, JOCE L 35, de 7 de febrero de 1985, pág. 1 y ss.

determinó la infracción llamada Saga Petrokjemi era filial primero al 56% y posteriormente al 100% de Saga Petroleum, aunque actuaba con independencia. En 1984 Saga Petrokjemi fue cedida a/absorbida por Statoil. La Comisión sienta el principio de que «la cuestión debe resolverse de acuerdo a las reglas de derecho comunitario y no a las reglas de derecho nacional»²⁴⁴.

«En el cuadro de las reglas de competencia de la Comunidad, los sujetos de derecho son las empresas, noción que no se confunde con la de personalidad jurídica en el marco del derecho de sociedades o del derecho fiscal. El término empresa no está definido en el Tratado. Sin embargo es aplicable a toda entidad que ejerza actividades de naturaleza comercial y, si se trata de una persona jurídica, puede concernir a una sociedad madre o a una filial o al conjunto constituido por la sociedad madre y las filiales... En el caso, la Comisión estima que aun habiendo perdido su personalidad jurídica distinta tras su fusión con Statoil, la empresa que ha cometido la infracción subsiste...»²⁴⁵ por lo que la Comisión está legitimada a imponer una sanción a Statoil por la conducta de la extinta Saga Petrokjemi. La Comisión considera relevante a los efectos de adoptar tal decisión que la transmisión del negocio se produjo, al realizarse mediante una fusión por absorción, sin disolución ni liquidación de Saga Petrokjemi, la continuidad del personal y de la antigua organización de Saga en el seno de Statoil, la publicidad de ésta en la que afirmaba la total continuidad y que el cambio producido era un mero cambio de nombre, el mantenimiento de los miembros del staf dirigente, y la conversión de la antigua Saga en un centro de provecho autónomo en el seno de Statoil, fueron factores determinantes de la decisión.

Obsérvese que la decisión de la Comisión no se basa en la mera sucesión de Statoil en las obligaciones asumidas por Saga Petrokjemi como consecuencia de la absorción de ésta por aquélla y de la consiguiente cesión en bloque del activo y el pasivo de la sociedad absorbida. Este modo de razonar obedecería a las reglas de interpretación del Derecho nacional, que la Comisión rechaza.

La Comisión establece un paradigma de interpretación propio del Derecho comunitario que puede resumirse diciendo que la empresa absorbida se considera subsistente a los efectos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia cuando continúe existiendo como unidad económica identificable dentro de la entidad absorbente.

²⁴⁴ Decisión Polypropileno cit. pág. 32.

²⁴⁵ Decisión Polypropileno cit. pág. 32.

En cuanto a las empresas públicas es doctrina consolidada que las empresas a las que los poderes públicos han otorgado derechos exclusivos en el sentido del artículo 90 TCEE, se someten a las reglas de la competencia establecidas en el propio Tratado, de forma que solo pueden quedar excluidas del concepto de empresa y consecuentemente del ámbito de aplicación de los artículos 85, 86 y 90 TCEE los organismos o entes cuyas actividades constituyen típicamente el ejercicio de prerrogativas del poder público y no presentan un carácter económico que justifique la aplicación de las reglas del Tratado²⁴⁶.

Esta línea ha sido seguida por el TDC en diversas resoluciones²⁴⁷ admitiendo la aplicación del Derecho de la competencia a los monopolios municipales. De acuerdo con la resolución en el caso EMORVISA que puede ser tomada como punto de referencia en la materia, lo relevante no es la forma adoptada por el municipio para la realización de la actividad, de carácter jurídico privado o jurídico público, sino si la actividad desarrollada por el monopolista se encuentra sujeta a regulación administrativa y si en dicho supuesto el comportamiento del monopolista se ha ajustado a las normas establecidas o ha actuado al margen de ellas²⁴⁸. También pueden ser considerados empresas las entidades sin ánimo de lucro, los colegios profesionales y los sindicatos²⁴⁹.

Por último, es necesario indicar que respecto a la consideración de empresa es indiferente la forma jurídica de la misma, con lo que serán consideradas empresas tanto las de base personal como las que carecen de ella, como es el caso de las fundaciones, cuando actúan profesionalmente en el tráfico.

En definitiva, como puso de relieve la Comisión en su decisión de 12 de mayo de 1995 en el caso «Colegio de Agentes de la propiedad Industrial»²⁵⁰ y aceptó el TDC en su resolución de 24 de abril de 1997 en el caso «Ambulancias Girona»²⁵¹, «...el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de finan-

²⁴⁶ Sentencia de 19 de febrero de 1994, en el caso SAT Fluggesellschaft c. Eurocontrol.

²⁴⁷ Resolución de 21 de septiembre de 1993 (Marmoristas de Fuengirola), Resolución de 30 de octubre de 1993 (EMORVISA), Resolución de 30 de diciembre de 1997 (Funerarias de Madrid 2) RTDC 1114.

²⁴⁸ Resolución de 30 de octubre de 1993 (EMORVISA)

²⁴⁹ Fundamento 3 de la Resolución del TDC de 16 de septiembre de 1996, en el caso «Pan de Barcelona», RTDC 931.

²⁵⁰ Decisión de la Comisión 95/198/CE, de 12 de mayo de 1995.

²⁵¹ RTDC 979.

ciación», quedando excluidos únicamente los organismos cuyas actividades son típicamente prerrogativas del poder público²⁵² y no presenten un carácter económico.

2. Requisitos objetivos

Los requisitos objetivos exigidos por el supuesto de hecho del artículo 8 LDC para que se produzca el resultado de imputación son dos. De una parte la existencia de una posición de control. De otra que el comportamiento económico de la controlada sea determinado por la controladora. Analizaremos por separado el significado que cabe dar a ambos.

2.1. La existencia de una posición de control

El artículo 8 exige, para que se produzca la consecuencia de la imputación, la existencia de una posición de control. Ello implica que no cabrá que se impute a la sociedad cabeza de grupo de un grupo paritario o por coordinación las conductas realizadas por alguna de las empresas sometidas a dirección unitaria respecto a las que no existe una posición de control.

En efecto, el elemento definitorio de los grupos paritarios, o por coordinación, categoría nacida en el Derecho societario de grupos alemán, en contraposición con la de los grupos por subordinación fundados en relaciones de control, estriba precisamente en que la dirección unitaria se asienta en el consenso y los pactos entre las sociedades integrantes de un grupo y la entidad que lo dirige, sin que ésta controle en modo alguno a aquéllas. En estas condiciones no existirá, por tanto, posibilidad de imputar la conducta de un miembro del grupo a la entidad que lo dirige.

²⁵² Solución perfectamente acorde con la reflejada en el punto 17 de la citada Comunicación sobre el concepto de concentración de acuerdo con el cual «...las prerrogativas ejercidas por un Estado en calidad de autoridad pública mas que de accionista, siempre que se limiten a proteger el interés público, no constituyen control en el sentido del Reglamento sobre concentraciones, en la medida en que no pretendan ni contribuyan a que el Estado ejerza una influencia decisiva en las actividades de la empresa» doctrina reflejada igualmente en el Asunto IV/M.493 - Tractebel/Distrigaz II de 1 de septiembre de 1994. Este podría ser el caso de algunas de las prerrogativas reservadas al Estado en la ley 5/95..... PRIVATIZACIÓN..... (BOE núm.... de 25 de marzo de 1995). Sobre la cuestión de los poderes reservados al Estado en los procesos de privatización ver Rivista di Diritto Commerciale 1994 o 1995.

Esta conclusión, imposible de eludir de acuerdo con el texto positivo de la norma española, no es, sin embargo, plenamente satisfactoria. Es cierto que hasta el momento no se conocen casos de imputación en el seno de grupos paritarios en aplicación del Derecho de la competencia comunitario, en el que nace la regla de imputación, no menos cierto es que esta ausencia de casos puede deberse a la relativa escasez y reducida importancia de los grupos por coordinación frente a los grupos por subordinación. Pero lo bien cierto es que en el caso que la empresa que dirige el grupo imparta una instrucción a una entidad integrada en él y ésta decida seguirla y cumplir con el acto anticompetitivo en el que exista unidad de interés entre las dos en el acto y en que pueda reconocerse que ambas constituyen una unidad económica, parece que debería de admitirse la imputación del acto sobre el mismo fundamento en el que se asienta la doctrina de la imputación en los casos en que existe control.

De otra parte la exigencia de control implica que no podrán fundarse en el artículo 8 LDC decisiones de imputación de responsabilidad derivadas de la existencia de unidad económica en casos de relaciones verticales de comisión o agencia en que el principal no controle a su representante. Para ello sería necesario acudir con carácter general a la doctrina de la unidad económica atendiendo a que en Derecho de la competencia los sujetos imputados son las empresas como unidades económicas que fijan su línea de actuación en el mercado y no las entidades que puedan componerlas. En estos casos la doctrina emanada de los Tribunales comunitarios reconoce la existencia de unidad económica entre principal y representante tomando en cuenta dos elementos: «como parámetros de referencia principales para determinar la existencia de una unidad económica: por una parte, el hecho de que el intermediario asuma o no algún riesgo económico y, por otra, el carácter exclusivo o no de los servicios que presta el intermediario»²⁵³, presuponiendo, por lo

²⁵³ Considerando 126 de la STPI de 11 de diciembre de 2003 en el caso «Minoan». Por lo que respecta a la asunción de un riesgo económico, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia «Suiker Unie y otros», que un intermediario no puede ser considerado un órgano auxiliar integrado en la empresa de su comitente cuando el contrato celebrado con éste le atribuye o le deja funciones que económicamente se asemejan a las de un comerciante independiente, por contemplar la asunción por el intermediario de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros (Considerando 482). En lo que atañe al carácter exclusivo de los servicios prestados por el intermediario, el Tribunal de Justicia estimó que no aboga en favor de la idea de unidad económica el hecho de que, paralelamente a las actividades ejercidas por cuenta del comitente, el intermediario realice, como comerciante independiente,

demás, que en toda relación de representación el representante actúa en interés del representado.

La existencia o no de control debería, en este sentido, dejar de ser requisito ineludible para que se produzca el resultado de imputación.

En este sentido, debemos destacar la tendencia de la Comisión, del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia a aplicar la doctrina de la imputación a supuestos en los que no existe control exclusivo o conjunto²⁵⁴.

Vigente el requisito de la existencia del control y presente en nuestro Derecho la exclusión de la regla de imputación en el caso de ausencia de una posición de control, hay que tener en cuenta que en los grupos en los que convivan relaciones de coordinación y de control, dicha exclusión solo se referirá a las relaciones que efectivamente no estén fundadas en una posición de control. Si dentro de un grupo en principio paritario existen filiales de la entidad que dirige el grupo sometidas al control de ésta, los actos de las mismas podrán, si se cumplen los otros dos requisitos, ser imputados a la entidad que dirige el grupo.

Así por ejemplo en el caso de una cooperativa que dirija un grupo cooperativo paritario, en el que se integren sociedades capitalistas controladas por una o varias de las cooperativas.

transacciones de considerable magnitud en el mercado del producto o servicio de que se trate (Considerando 544). Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie/Comisión (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), ver igualmente la Comunicación de la Comisión relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales (DO 1962, 139, p. 2921; EE 08/01, p. 58).

Para fundar la imputación de responsabilidad en el caso «Minoan», además del cumplimiento de los citados requisitos, se tuvo en cuenta que la determinación de las tarifas y de las condiciones aplicables en los buques de la Minoan que operaban en las líneas internacionales formaba parte de la esfera de actividades de su agente Erupean Trust Agencies, que la demandante era informada regularmente de las actividades realizadas por su agente, incluidos los contactos mantenidos con las demás sociedades para las cuales su agente solicitaba autorización previa o *a posteriori*, y, por último, que la demandante tenía la posibilidad y la potestad de prohibir que su agente realizase actuaciones determinadas, aunque sólo las ejerció después de las inspecciones de la Comisión.

²⁵⁴ Así sucedió por ejemplo en el caso Metsä citado, analizado en el capítulo anterior, en el que los cuatro grupos fineses que conformaban la base personal de la asociación Finnboard que ejercía como central de comercialización de sus productos no controlaban ni individual ni conjuntamente la asociación. Pese a ello y a que no pudiera aplicarse a la central de compras la doctrina de la agencia, tanto la Comisión, como el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia consideraron que cada uno de ellos constituía una unidad económica con la central de compras.

2.1.1. Significado del término control

2.1.1.1. Criterios para determinar el sentido del término

La referencia del legislador al control en el texto del artículo 8 LDC nos plantea la cuestión de determinar el significado que habrá que dar al término en el precepto. A falta de una noción de control en el precepto deberemos tomar en cuenta las que nos ofrece el ordenamiento. Pese a ello hay que tener en cuenta que la noción de control relevante en otro ámbito no tiene porqué ser automáticamente trasladable a esta sede. Por ello tomaremos en cuenta las nociones establecidas en textos comunitarios y nacionales en materia de defensa de la competencia y en particular en la normativa de control de concentraciones²⁵⁵, si bien teniendo en cuenta que dichos conceptos tampoco tienen porqué ser automáticamente trasladables a la sede de imputación dadas las distintas finalidades perseguidas por las normas de control de concentraciones y por la de imputación.

2.1.1.1.1. La noción de control en el ordenamiento comunitario

La imputación de la conducta a la dominante en el ámbito comunitario se efectúa sin referencia a un concepto legal de control. Tan solo en sede de concentraciones podemos hallar un cierto desarrollo de la noción de control.

²⁵⁵ Como la Comisión indica en el punto 27 de la Comunicación sobre el concepto de concentración de 1998 «17. El concepto de control a los efectos del Reglamento sobre concentraciones puede diferir del aplicado en ámbitos legislativos concretos relacionados, por ejemplo, con las normas cautelares, el sistema impositivo, el transporte aéreo o los medios de comunicación. Asimismo, es posible que el Derecho interno de un Estado miembro contemple normas específicas sobre la estructura de los órganos que representan la organización de la toma de decisiones dentro de la empresa, en particular por lo que respecta a los derechos de los representantes de los trabajadores. Aunque dichas normas confieran cierto poder de control a personas distintas de los accionistas, el concepto de control según el Reglamento sobre concentraciones se refiere únicamente a los medios de influencia de que normalmente disponen los propietarios de una empresa. Por último, las prerrogativas ejercidas por un Estado en calidad de autoridad pública más que de accionista, siempre que se limiten a proteger el interés público, no constituyen control en el sentido del Reglamento sobre concentraciones, en la medida en que no pretendan ni contribuyan a que el Estado ejerza una influencia decisiva en las actividades de la empresa. Decisión de la Comisión en el Asunto IV/M.493 - Tractebel/Distrigaz II de 1 de septiembre de 1994.»

El Reglamento 4064/89 define el control en su artículo 3.3 como «la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa»²⁵⁶ por su parte el Reglamento 123/2004 que lo sustituye, con mejor criterio que el anterior, lo define en su artículo 3.2 como «la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa». Ambos admiten igualmente que el control puede ser adquirido por cualquier medio y ejercido con independencia de un título de habilitación concreto²⁵⁷.

Con ello se reconoce que el control existe desde el momento en que es posible ejercitarlo independientemente de que llegue a ejercitarse o no²⁵⁸, y que es indiferente el medio a través del cual se adquiera²⁵⁹ tal y como hemos venido defendiendo²⁶⁰.

²⁵⁶ De acuerdo con los números 3 y 4 del artículo 3 del Reglamento 4064/1989 «3. A efectos del presente Reglamento, el control resulta de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, en particular:

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;

b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

4. Se entenderá que han adquirido el control la persona o personas o empresas:

a) que sean titulares de dichos derechos o beneficiarios de dichos contratos, o

b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.»

²⁵⁷ De acuerdo con el artículo 3.3. del Reglamento 139 «Se entenderá que han adquirido el control las personas o empresas:

a) que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o

b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.»

²⁵⁸ Ver en este sentido el punto 9 de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración, de acuerdo con el cual «el Reglamento sobre concentraciones define claramente como control "la posibilidad de ejercer una influencia decisiva", más que el ejercicio real de dicha influencia.»

²⁵⁹ Esta separación entre control y ejercicio de control así como la indiferencia de medios está presentes también en la normativa española que reproduce la noción del reglamento 4064/1989 (número 3 del artículo 2 del Real Decreto 1443/2001).

²⁶⁰ RUIZ PERIS, J.I. «Significado del control empresarial en el Derecho Español» en «Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont», Valencia (Tirant Lo Blanch), Tomo II, pág. 3325-3329. Esta noción del control como poder está también presente en la noción de contenida en el número 6 de la NIC 27 introducida por el Reglamento 1725/2003 de la Comisión, en materia de contabilidad, define el control como «el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de una empresa para obtener beneficios de sus actividades». Este precepto puede ser sin embargo criticado en cuanto la finalidad de obtener beneficios

Esta idea de poder se deduce igualmente del artículo 3.3 del Reglamento 139/2004 en materia de concentraciones que considera titular del control a quien pueda ejercitar los derechos derivados de los contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa aunque no sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos²⁶¹. Lo relevante es la existencia del poder y no el medio jurídico a través del cual se ha obtenido.

Respecto a la indiferencia del medio o técnica empleado para asegurar el control es especialmente ilustrativo el contenido de la letra b del número 1, de su artículo 3 Reglamento 139 de acuerdo con la cual «Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de... la adquisición, por una o varias personas²⁶² que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas»²⁶³.

Por su parte el número 2 del artículo 3 Reglamento 139 establece que «el control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

- a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;
- b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

de las actividades de la controlada no es imprescindible para reconocer la existencia de control. Tal delimitación tiene que ver más con el ámbito de aplicación de las reglas NIC, que con el reconocimiento de la existencia de control.

²⁶¹ De acuerdo con el artículo 3.3 del Reglamento 139/2004 que coincide en su redacción con el artículo 3.4 del Reglamento 4064/1989. «Se entenderá que han adquirido el control la persona o personas o empresas:

- a) que sean titulares de dichos derechos o beneficiarios de dichos contratos, o
- b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.»

²⁶² De acuerdo con el punto 8 de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración «El término ("persona") en este contexto engloba los organismos públicos, las entidades privadas y las personas físicas.»

²⁶³ El subrayado es nuestro.

La mención a la regulación comunitaria en materia de control debe ser completada con la referencia a la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración²⁶⁴ que se ocupa ampliamente de la cuestión y que refleja los criterios de interpretación usados por la Comisión en la aplicación del Reglamento 4064/1989 en esta materia.

Aunque la Comunicación se refiere al Reglamento 4064/1989, lo cierto es que el 139/2004 solo contiene una modificación sustantiva respecto al anterior la sustitución de la mención la eliminación de la mención a las «actividades de una empresa» y su sustitución por la referencia a «empresa» en el marco de la definición de control, tal y como vimos más arriba. Por ello, con la salvedad de las consecuencias que se deriven de la modificación, la Comunicación puede considerarse relevante respecto a la interpretación del Reglamento 139/2004 en este punto.

La Comunicación distingue entre control²⁶⁵ exclusivo, control conjunto y control de un único socio mediante derecho de veto. En los tres casos, el control se define como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa a través de derechos, contratos u otros medios²⁶⁶. La diferencia fundamental estriba en que en los dos últimos el control procede de un derecho de veto. El control exclusivo existe cuando una empresa puede imponer las decisiones estratégicas a otra²⁶⁷. En cambio en los casos de control en común dos o más empresas deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa controlada (empresa en participación)²⁶⁸ ya que cada una de ellas posee poder suficiente para bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa. Cada una de las empresas aisladas, en cambio, no podría imponer las decisiones estratégicas a la empresa conjunta. Por último en el tercer supuesto el socio puede vetar las decisiones estratégicas de una empresa, pero no pueda por sí solo impo-

²⁶⁴ DOCE C 66 de 2 de marzo de 1998

²⁶⁵ Aunque a nuestros efectos es solo relevante el control sobre una entidad dominada hay que indicar que la Comisión ha venido entendiendo que el objeto de control pueden ser los activos de una entidad o incluso parte de los activos siempre que «constituyan una actividad» a la que se pueda atribuir claramente un volumen de negocios. De acuerdo con el punto 11 de la Comunicación sobre el concepto de concentración «El objeto de control puede ser una o más empresas que constituyan entidades jurídicas, o los activos de dichas entidades, o solo parte de los activos. Los activos, que pueden ser marcas o licencias, deben constituir una actividad a la que se pueda atribuir claramente un volumen de negocios.»

²⁶⁶ Punto 12 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

²⁶⁷ Punto 18 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

²⁶⁸ Punto 18 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

ner dichas decisiones²⁶⁹. En todos estos casos la apreciación de la existencia de control toma en cuenta tanto circunstancias de derecho como de hecho.

2.1.1.1.2. La noción de control en el ordenamiento español

La LDC no contiene una noción legal de control y tan sólo vuelve a hacer mención al mismo en el marco de la normativa de control de las concentraciones económicas (art. 14-18 LDC) y en concreto en los artículos 14, 15.1^a y 4^a, y 16 en los que se refiere a la «toma de control».

Sin embargo el número 3 del artículo 2 del Real Decreto 1443/2001 en materia de control nacional de concentraciones²⁷⁰ si se refiere a la cuestión aunque a los meros efectos de la aplicación del artículo 14.2 LDC y no con finalidad de dar una noción de control general y válida respecto a cualquier precepto contenido en dicha ley. El precepto sigue la estela del artículo 3.2. del Reglamento 4064/1989 pero introduce una serie de presunciones inexistentes en el ámbito comunitario, que resultan extrañas al Derecho de defensa de la competencia y pueden dar lugar en su aplicación a algunos resultados absurdos dado su carácter *juris et de iure*. De acuerdo con éste:

«A los efectos del apartado 2 del artículo 14 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se entenderá que existe relación de control cuando, como consecuencia de la celebración de contratos o la adquisición de derechos sobre el capital o los activos de una empresa o por cualquier otro medio, exista la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre sus actividades. En todo caso, se considerará que dicho control existe:

- a) Cuando se tenga una influencia decisiva sobre la composición, deliberaciones o decisiones de los órganos de una empresa.
- b) Entre las sociedades integrantes de un mismo grupo, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.»

Por su parte el artículo 4 de la Ley de Mercado de Valores establece que: «A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el

²⁶⁹ Punto 39 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

²⁷⁰ BOE n^o 16, de 18 de enero de 2002.

control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.

Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del Artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad mas uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por esta.

A efecto de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.»

Por último, el recientemente reformado artículo 42 del Código de comercio²⁷¹ define que se entiende por grupo²⁷² y vincula la existencia de grupo a la de una unidad de decisión, al igual que el artículo 4 LMV y en su número 1 establece un conjunto de presunciones de unidad de decisión que pueden ser reconocidas como supuestos de control y que son los supuestos a los que hace referencia el artículo 4 LMV. De acuerdo con el precepto:

«En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido

²⁷¹ Cuya redacción actual procede de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. (BOE Núm: 313 de 31/12/2003, corrección de errores BOE Núm: 3 de 03/01/2004)

²⁷² De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Código de comercio «Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión.»

nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.»

A estas presunciones tradicionales se añade una nueva en virtud de la cual «Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.»

Además establece una regla de cómputo de las participaciones, de acuerdo con la cual se sumarán a los derechos de voto de la entidad dominante los que posea indirectamente a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

Del juego de estos tres preceptos podemos extraer las siguientes conclusiones:

Que a efectos de determinar cuando existe control respecto al reconocimiento de la existencia de una toma de control como fenómeno concentrativo se entenderá por control la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa independientemente del medio usado para ello²⁷³ siguiendo con ello la línea del Reglamento 4064/1998. El precepto no aclara en cambio el sentido que hay que dar al término «actividades», que ya no está presente en el Reglamento 139/2004 si de carácter general incluyendo las de la esfera interna y las de la esfera externa de la empresa, o sólo las relativas a la esfera externa que son las únicas relevantes desde el punto de vista del Derecho de la competencia. En este sentido hay que señalar que la posibilidad de influir en las actividades internas de una empresa solo tiene relevancia a estos efectos cuando precisamente se refleja en las actividades externas de la empresa sometida a control. En todo caso, la opción del legislador comunitario de referir la posibilidad de influencia a la empresa y no a sus actividades parece más acertada.

El precepto no señala la condición de empresa de la controlante, por lo que permite que pueda ser considerado controlante cualquier persona física o jurídica sin necesidad de reconocer en ella la condición de empresa, resultado más amplio que el comunitario que exige, en estos ca-

²⁷³ «o por cualquier otro medio» establece el número 3 del artículo 2 del Real Decreto 1443/2001.

sos, que la persona física o jurídica controle, al menos, otra empresa²⁷⁴. Aunque a nuestro juicio el precepto nacional debe ser objeto de una interpretación finalista que condicione su aplicación a la persona, en particular a la persona física, a la constatación de este requisito.

Que existirá una presunción *iuris et de iure* de control²⁷⁵ cuando se tenga una influencia decisiva sobre la composición, deliberaciones o decisiones de los órganos de una empresa, que son competentes para determinar la actividad de la sociedad tanto en la esfera interna como en la externa y entre las sociedades integrantes de un mismo grupo, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El establecimiento de una presunción *iuris et de iure* de la existencia de control por la apreciación administrativa de la existencia de una influencia decisiva en el primer grupo de casos puede no ser la mejor opción. De acuerdo con la norma nacional se convierte una norma comunitaria que tiene como objetivo aclarar que en estos supuestos podrá reconocerse la existencia de control²⁷⁶ en la delimitadora del supuesto de hecho de una presunción que además no admite prueba en contrario. Lo que desde la perspectiva comunitaria puede ser perfectamente razonable deja de serlo desde la perspectiva nacional como consecuencia de la configuración del supuesto como presunción.

Los términos empleados para delimitar el supuesto de hecho de esta presunción nacional son bastante ambiguos e incluso vagos, lo que no favorece precisamente la seguridad jurídica en su aplicación. El más preciso de ellos es el que se refiere a la composición de los órganos de una empresa. Pero hay que preguntarse de que órganos hablamos, esto es si de la Junta General, si del órgano de administración o si este está constituido por un Consejo de Administración y una Comisión Delegada, si respecto a uno o a otro. En las nuevas Sociedades Europeas que adopten el modelo dualista de administración, lo cual será muy probable en el caso de las filiales alemanas, habrá que determinar si nos referimos

²⁷⁴ Artículo 3.1 b) Reglamento 139/2004 y Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración de 1998, punto 8, que aclara que basta con que la persona controle otra empresa conjuntamente.

²⁷⁵ En tal sentido parece que debe interpretarse la expresión «en todo caso» del número 3 del artículo 2 del Real Decreto 1443/2001.

²⁷⁶ De acuerdo con los artículos 3.3 del Reglamento 4064 y 3.2 del Reglamento 139/2004 que coinciden en su redacción «el control resulta ...en particular: ... (de los) b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.»

al Directorio o al Consejo de Vigilancia o a ambos²⁷⁷. En nuestra opinión habrá que limitar la aplicación de la presunción a los órganos competentes para la adopción de decisiones que determinen las actividades externas de la empresa.

Pero además habrá que tomar en cuenta que tal y como está redactada la presunción no hace referencia a ningún hecho fácilmente constatable —como la posibilidad de disponer de la mayoría de votos en una sociedad— sino que deja la determinación de su propio presupuesto al órgano que debe aplicarla lo que indudablemente debe generar bastante inseguridad y preocupación a los operadores económicos.

Esto es la presunción no está fundada en hechos que se den a quien la aplica sino en valoraciones que el propio órgano que la aplica debe obtener mediante el análisis del caso y que implican una fuerte dosis de subjetividad. Los hechos relevantes no están previamente determinados ni son conocidos con antelación por los operadores económicos que no pueden conformar su conducta respecto a ellos. Francamente hubiera sido mejor darle carácter *iuris tantum* a la presunción o simplemente siguiendo el ejemplo comunitario no establecerla.

Este segundo grupo de observaciones es aplicable igualmente a los casos de influencia decisiva respecto a las deliberaciones o decisiones de los órganos de una empresa. Además hay que tener en cuenta que resulta chocante que el precepto presuma la existencia de control en los casos de influencia en la deliberación, entendiéndose por tal la acción o efecto de deliberar, esto es de considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos²⁷⁸. Parece que la mera demostración de que algunos de los argumentos empleados en el debate, o en el mejor de los casos, de los que emplearon los que adoptaron la decisión, fueron influidos por un tercero lo convertiría necesariamente en controlante, dadas las condiciones de durabilidad en la influencia que el control exige y a las que nos referiremos en la subsiguiente reconstrucción teórica de la noción de control a efectos de su aplicación respecto al artículo 8 LDC. Esta conclusión no se puede admitir. Tan solo la comprobación de la influencia directa en la decisión podría justificar la presunción que a nuestro juicio debería, en el mejor de los casos, ser igualmente de carácter *iuris tantum*, por los mismos motivos apuntados ante-

²⁷⁷ DO nº L 294, de 10 de noviembre de 2001.

²⁷⁸ Tal y como indica el Diccionario de la Real Academia Española.

riormente. Sería absurdo que el mayor poder de convicción de los representantes en el órgano de administración de una entidad, por ejemplo una filial común, respecto a los de sus socia, los convirtiera en controlantes exclusivos de la misma, por solo poner un ejemplo de las consecuencias prácticas de una aplicación literal de la norma. A nuestro juicio la influencia en la deliberación es totalmente irrelevante.

En cuanto a la segunda presunción de control, esto es la que establece que existirá en todo caso entre las sociedades integrantes de un mismo grupo, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tampoco deja de plantear problemas. El primero de ellos es el ámbito de aplicación de la presunción. Aunque el precepto se refiere al artículo 4 LMV no indica que solo sea aplicable a los grupos constituidos por empresas cotizadas por lo que, en principio, sería aplicable a cualquier clase de grupo independientemente de la condición de las entidades que lo compongan.

En este segundo caso se presumirá, sin posibilidad de prueba en contrario, que existe control entre los miembros de un grupo por subordinación, esto es fundado en relaciones de control —directas o indirectas— siempre que constituyan una unidad de decisión, independientemente de que a la cabeza del mismo se encuentre una entidad o una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto. Ello nos lleva al problema nuevamente de la determinación de los elementos que constituyen el supuesto de hecho de la presunción y la necesidad de apreciarlos por el propio aplicador de la misma. Este deberá valorar si existe «unidad de decisión» o «concertación» cuestiones éstas bastante peliagudas y en las que la apreciación puede ser muy diversa atendiendo al órgano que decide e incluso en ocasiones al ponente o al caso. La seguridad jurídica no se favorece con este tipo de presunciones *iuris et de iure*.

De otra parte resulta absurdo e ineficaz que para fundar la presunción de la existencia de control debamos determinar primero si el control existe, que es la consecuencia a la que nos lleva el precepto de concentraciones analizado.

Por último el artículo 4 LMV establece una doble presunción a su vez *iuris et de iure* de la existencia de unidad de decisión, con lo que en estos casos no será necesario confirmar la existencia de control. El carácter de esta presunción no deja de ser también criticable ya que pueden darse casos en que se cumplan los supuestos de hecho de las mismas y en los que no exista realmente unidad de decisión. Por ejemplo sociedad en la que la cabeza de grupo es titular del 51% del capital con dere-

cho a voto que está absolutamente endeudada con un banco externo al grupo que mediante un *leveraged buy out* la controla y se encarga de su gestión.

De acuerdo con el artículo 4 LMV se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del Artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad mas uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por esta.

Tomando en cuenta ambos preceptos podemos afirmar que se presumirá *iuris et de iure* la existencia de unidad de decisión a efectos del artículo 4 LMV lo que implicará una presunción *iuris et de iure* de la existencia de control a efectos de concentraciones cuando la dominante:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras.
- e) Cuando al menos la mitad mas uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por esta.

En conclusión debería eliminarse el carácter *iuris et de iure* de las presunciones en sede de concentraciones e incluso la propia configuración de los supuestos como presunciones fuera de los supuestos citados en último lugar que son los únicos que cumplen las condiciones de claridad, objetividad y externalidad respecto al juicio del aplicador para fundar una presunción de éste tipo que siempre debería tener carácter *iuris tantum*.

En efecto, en el ámbito de la defensa de la competencia y en particular en el del control de concentraciones, debe prevalecer siempre la realidad económica y los efectos reales de las conductas.

De otra parte sería necesario referir las presunciones a hechos objetivos y fácilmente comprobables que disminuyeran el riesgo de arbitra-

riedad en su aplicación e incrementarían la seguridad jurídica. Por último debería evitarse que el supuesto de hecho a comprobar acabe siendo el mismo que se presume lo que hace inútil la presunción.

De todo lo dicho se desprende claramente que no puede realizarse ni parece conveniente propugnar una aplicación de la noción de control en materia de concentraciones, en particular de las presunciones, al artículo 8 LDC. Respecto al mismo deberá comprobarse la existencia de control caso por caso.

2.1.1.1.3. Configuración de la noción de control a efectos de la aplicación del artículo 8 LDC

La conclusión que podemos extraer, tanto de los preceptos comunitarios como de los nacionales son dos: la configuración del control como poder, tal y como hemos venido defendiendo²⁷⁹ y la extensión de la noción de control a cualquier medio a través del cual se posea, incluidos supuestos derivados de contratos de cambio y circunstancias de hecho tal y como siempre hemos defendido²⁸⁰.

Desde esta perspectiva y carentes de toda definición legal de control expresamente aplicable al caso, debe realizarse una interpretación del precepto que incluya todos aquellos casos en que exista control, y para ello es necesario partir de una noción de control y determinar los mecanismos de control posibles en nuestro ordenamiento, atendiendo primordialmente a la experiencia comunitaria en la que hunde sus raíces la norma aquí estudiada.

2.1.1.2. Concepto de control

«Control», tiene en nuestro idioma diversos significados tanto desde un punto de vista gramatical, como desde un punto de vista económico o jurídico.

²⁷⁹ RUIZ PERIS, J.I. «Significado del control empresarial en el Derecho Español» en «Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont», Valencia (Tirant Lo Blanch), Tomo II, pág. 3325-3329.

²⁸⁰ RUIZ PERIS, J.I. «Significado...», ob. cit., pág. 3342 y ss. Esta línea de extensión es igualmente seguida por otros ordenamientos próximos al nuestro como el italiano, tal y como puede observarse en el artículo 7 de la ley de 10 de octubre de 1990 nº 287 sobre «norme per la tutela della concorrenza e del mercato» Sobre la misma ver MARCHETTI, P. «Commentario breve al diritto della concorrenza: antitrust, concorrenza sleale, pubblicità, marchi, diritto d'autore», Padova (CEDAM), 1997.

Entre los que aparecen reflejados en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española²⁸¹ destaca el de dominio, mando o preponderancia. El elemento común de estos tres términos es la idea de poder.

En un sentido económico control significa, dominio²⁸², pero esta última palabra no tiene en el lenguaje económico el mismo significado que clásicamente se le otorgaba en el ámbito jurídico como sinónimo de propiedad o titularidad. Con ella se quiere expresar el hecho de que un tercero tenga un poder de dirección sobre la gestión de una empresa ajena²⁸³, el hecho de que una persona física o jurídica esté investida de un poder de dirección en el seno de una empresa jurídicamente autónoma, que le dé la posibilidad de determinar las decisiones de la empresa sometida a su control²⁸⁴.

La Ciencia económica no hace más que una constatación de la realidad advirtiendo la existencia de sujetos que tienen el poder de conformar según su propio interés las decisiones de entidades jurídicamente autónomas, creando en consecuencia un estado de subordinación de éstas respecto de los mismos²⁸⁵ que les permite dirigir a su arbitrio la actividad de la entidad controlada.

El dominio al que se refiere la ciencia económica y que incorporan los textos jurídicos no implica propiedad o titularidad de bienes en sentido técnico. Desde un punto de vista estrictamente jurídico no es posi-

²⁸¹ 19ª edición, 1970.

²⁸² FINZI, E «Società...», ob. cit. (pág. 463); OZTEK, S. «La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés par une société holding», Lausanne (Univ. Lausanne), 1982 (pág. 52).

²⁸³ STORCK, M. «Définition légale du contrôle d'une société en droit français», (Revue des Sociétés), 1986 (pág. 394); ORDRE DES EXPERTS COMPTABLES, «Les groupes et groupements de sociétés...», ob. cit. pág. 85; PAVONE LA ROSA, A. «Controllo e gruppo nella fenomenologia dei collegamenti societari» (Diritti Fallimentari e delle Società), 1985 (pág. 19); OZTEK, S. «La protection des actionnaires...», ob. cit. pág. 53; ABBADESSA, P. «I gruppi di società nel diritto italiano», en «I gruppi di società», Bolonia (Il Mulino), 1982 (pág. 103); FERRI, G. «Concetto di controllo e di gruppo», en «Disciplina giuridica del gruppo di imprese», Milano (Giuffrè), 1982 (pág. 71); LIBONATI, B. «Il gruppo insolvente», Firenze (Nardini), 1981 (pág. 61); ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control y medidas defensivas. La compra de acciones propias como defensa», Cizur Menor (Aranzadi), 2002, pág. 53.

²⁸⁴ RUIZ PERIS, J.I. «Significado...», ob. cit., pág. 3326.

²⁸⁵ Sobre la cuestión ver PASTERIS, C. «Il controllo nelle...», (pág. 3-4); EMBID IRUJO, J.M. «Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo», Madrid (Ministerio de Justicia), 1987 (pág. 73).

ble construir un derecho de propiedad sobre la empresa ajena. El término «dominio» incluido en ocasiones en nuestra legislación (p. ej. art. 87 LSA) incorpora el término económico al mundo jurídico con el significado de control²⁸⁶.

Debemos centrarnos en la noción de poder en aras a obtener una noción de control, entendiendo por poder²⁸⁷, la posibilidad actual, y real de influir en modo determinante o efectivo²⁸⁸.

En consecuencia, respecto a la cuestión que nos ocupa, el control se configura como el poder de que está investida una persona física o jurídica que le permite dirigir la actividad de otro sujeto de derecho en el sentido querido por la primera.

Nuestro ordenamiento reconoce la existencia de ese poder y otorga, como vemos, consecuencias jurídicas a su existencia. Esto significa en términos jurídicos la posibilidad de determinar la voluntad de la controlada²⁸⁹ en el ejercicio de su poder autónomo de gestión, lo que implica la posibilidad de influir en forma determinante en la formación de la voluntad del órgano competente para la gestión social, habitualmente el órgano de administración²⁹⁰.

Tan solo cabrá reconocer la existencia de control respecto a la posibilidad de influir en otros órganos sociales en circunstancias excepcionales en que como consecuencia de los pactos estatutarios se desplace el poder de decisión a otros órganos, por ejemplo la Junta General o el órgano de control en el caso de la Sociedad Europea que organice su

²⁸⁶ RUIZ PERIS, J.I. «Significado...», ob. cit., pág. 3327.

²⁸⁷ Al menos respecto de grupos contractuales, ver artículo 291 s. AktG. Respecto a los grupos de hecho rige la prohibición para la controladora de influir sobre la sociedad controlada en modo tal que se produzca un daño patrimonial a la misma, pero se permite una influencia no perjudicial KOPPENSTEINER, H.G. en «Kölnner Kommentar zum Aktiengesetz» Köln (Carl Heymanns), 1987, 2ª ed. Baud 6, pág. 4 y ss. LUTTER, M. «Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro del diritto europeo», Rivista delle Società, 1974, pág. 8 y ss.; y en especial EMMERICH, V. - SONNENSCHNEIN, J. «Konzernrecht». ob. cit. pág. 404 y ss.

²⁸⁸ Como vimos las diferentes nociones de control analizadas en los epígrafes anteriores incidían sobre la concepción del control como poder. Esta idea puede observarse igualmente en el Punto 23 de la Comunicación sobre el concepto de concentración en la que la Comisión al abordar la cuestión del control en común indica que «no es necesario establecer que quien adquiera el control en común de la empresa en participación hará realmente uso de su influencia decisiva. Basta con que exista dicha posibilidad, es decir, que posea los derechos de veto pertinentes.»

²⁸⁹ SALANDRA, V. «I diritti degli azionisti...», ob. cit. pág. 355.

²⁹⁰ PASTERIS, C. «Il controllo nelle...», ob. cit. (pág. 122).

administración de acuerdo con el sistema dualista²⁹¹, sobre las cuestiones relevantes.

Esta posibilidad de influir en modo determinante sobre el órgano de administración de la controlada debe tener como características la estabilidad y la generalidad para poder ser identificada como control. La posibilidad de influir —que no el ejercicio concreto de la influencia— no debe ser meramente aislada, no debe referirse a un único asunto o a un grupo de decisiones concretas, sino tener carácter duradero y una cierta extensión para que se pueda hablar de existencia de una posición de control²⁹².

La posibilidad de influencia debe de ser también determinante o presumiblemente efectiva desde una perspectiva objetiva —esto es suficiente, desde la perspectiva de un observador imparcial para permitir la consecución de sus fines—, en el sentido de que en el supuesto de que se ejerza no permita a la sociedad controlada hacer una libre valoración de sus decisiones, dificulte gravemente tal posibilidad o la haga altamente improbable desde una razonable valoración de las circunstancias.

Referido a las empresas podemos definir el control como el poder ostentado por una empresa que le permite determinar en forma efectiva, duradera y general las decisiones de otra²⁹³. Habrá que distinguir según

²⁹¹ Artículos 39 y ss. del Reglamento (CE) Nº 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) DOCE L 294, de 10 de noviembre de 2001, pág. 1 y ss.

²⁹² VANHAECKE, M., «Les groupes de...» ob. cit. (pág. 13).

²⁹³ Sobre todas estas cuestiones ver RUIZ PERIS, J.I. «Significado...», ob. cit. *passim*. Sobre el concepto de control ver ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 54, quien define el control como el poder de ejercer, de forma estable y duradera, un influencia decisiva sobre la dirección y gestión de la sociedad controlada. Este es el sentido que se desprende también del Reglamento 4064/89 en materia de concentraciones que define el control como «la posibilidad de ejercer una influencia decisiva», mas que como el ejercicio real de dicha influencia. Sobre la cuestión del control en el ámbito de la normativa de concentraciones ver MIRANDA SERRANO, L.M. «Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español», Madrid (La Ley), 1994 (pág. 241 y ss), BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. «Concentración de empresas de dimensión comunitaria» Pamplona (Aranzadi), 1997, (pág. 219 y ss.) con análisis detallado de las resoluciones que han construido la doctrina de la Comisión al respecto, ver igualmente las excelentes crónicas de BERLIN, D. - CALVET, H. «Concentrations», *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1996, pág. 333 y ss. y de SIRAGUSA, M. -SUBIOTTO, R. «Le contrôle des opérations de concentration entre entreprises au niveau européen: une première analyse pratique», *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1992, pág. 51 y ss, así como la monografía de ZACHMANN, J. «Le contrôle communautaire des concentrations», Paris (LGDJ), 1994. Ver también referido a las concentraciones pese a su título mas amplio el

se trate de un poder que le permite imponer por si misma la decisión (control exclusivo) y una situación jurídica o fáctica que impida que la decisión pueda adoptarse sin su consentimiento (control conjunto y derecho de veto de un único socio). En este segundo caso la controlante es titular del poder de control puesto que las decisiones de la dominada que hayan sido adoptadas, y en nuestro caso hayan infringido las normas de competencia, deben de haber contado con su consentimiento. De hecho en los supuestos de control conjunto será más fácil la prueba del ejercicio del control, al que nos referiremos más adelante, que en los casos de control exclusivo o en los de derecho de veto otorgado a un único socio.

2.1.2. Técnicas de control

El artículo 8 LDC no hace referencia expresa a ninguna técnica específica de control. Esto no exige, directamente ni por remisión a otro precepto que el control sea consecuencia de una participación en el capital de la sociedad controlada o de varias de ellas. En consecuencia la existencia del control independientemente de la técnica mediante la cual haya sido conseguido permitirá que se pueda considera cumplido este requisito.

Habrà lugar por tanto, a supuestos de control, a efectos del artículo 8 LDC, tanto en los casos de control interno como en los de control externo. De control interno no puede hablarse respecto a todo tipo de empresas, sino tan sólo respecto a aquellas que tienen forma jurídica de sociedades²⁹⁴. El control interno deriva de la especial posición de un socio o grupo de socios en la sociedad. Si se trata de sociedades personalistas por el hecho, por citar un ejemplo, de que el socio ocupe la posición de socio colectivo y sea además el comanditario mayoritario de una socie-

trabajo de NOTARI, M. La nozione di "controllo" nella disciplina atitrust», Milano (Giuffrè), 1996. En este sentido, ver también la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración de empresas (DOCE núm. C 66 de 2 de marzo de 1998), cuyos puntos 9 y 23, entre otros, se refieren precisamente a la cuestión. En particular, en el segundo de los citados, podemos leer que «...no es necesario establecer que quien adquiera el control en común de la empresa en participación hará realmente uso de su influencia decisiva. Basta con que exista dicha posibilidad, es decir, que posea los derechos de veto pertinentes.». Sobre el valor de las comunicaciones ver por todos el reciente trabajo de LECLERC, S. «Les communications de la Commission et le Marché Intérieur», *Cahiers de Droit Européen*, 1998, pág. 161 y ss.

²⁹⁴ PASTERIS, C. «Il controllo nelle...», ob. cit. (pág. 4 y 61).

dad en comandita; si se trata de sociedades capitalistas surge por la toma de participación en el capital de una sociedad.

El control interno podrá ser poseído por todo tipo de persona o entidad o grupo de sujetos pero en cambio sólo podrá serlo frente a empresas que tengan la forma jurídica de sociedades dados los presupuestos de aplicación del artículo 8 LDC, en nuestro caso requerirá la condición de empresa de la controlante. El control externo, por el que entendemos aquél que se obtiene por cualquier otra vía —contractual o extracontractual— que no sea la titularidad de participaciones en el capital social, puede poseerse y afectar, en cambio, a todo tipo de empresas independientemente de cual sea su forma jurídica²⁹⁵.

Entre control interno y externo existen otras diferencias. Así el método de obtención del poder en que se resume el control será diferente en ambos casos. La controladora que obtiene el control a través de la toma de participación en el capital de la controlada o de la adquisición de la condición de socio colectivo hará uso de las propias reglas de organización de la sociedad para establecer su control —régimen de mayorías en la Junta general, nombramiento de la mayoría de los miembros del órgano de administración— o —derechos conferidos al socio colectivo en cuanto a la administración y gestión de la sociedad—, a diferencia del controlador externo que tendrá necesidad de otros instrumentos jurídicos —p. ej. estipulación de contratos— o incluso económicos, para llegar al mismo resultado²⁹⁶.

En fin, el control externo en los supuestos en que la empresa controlada sea una sociedad se resuelve en la posibilidad de sujeción de todos los socios por igual al poder de un tercero a diferencia de lo que sucede con el control interno que se resuelve en la posibilidad de sujeción de algunos socios —socios minoritarios o externos al grupo de control— a los otros —socios de control—²⁹⁷.

2.1.2.1. Control interno

2.1.2.1.1. Noción y clases de control interno

La adquisición del control interno es la vía más común de obtención y conservación del control de una empresa²⁹⁸.

²⁹⁵ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3330.

²⁹⁶ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3330.

²⁹⁷ PASTERIS, C. «Il controllo nelle...», ob. cit. pág. 81.

²⁹⁸ AZZINI, L. «I gruppi aziendali», Milán (Giuffrè), 1975 (pág. 60). ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 81.

El control interno, como habíamos dicho, surge en las sociedades de capitales de la titularidad de las participaciones en su capital, acciones o participaciones, según se trate de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. Pero el control interno no se identifica con la simple titularidad por parte de una sociedad de las acciones que representan el capital social de otra. El control como ya habíamos dicho es el poder de determinar en forma duradera y general la gestión de la sociedad controlada y observando la reglamentación de la sociedad anónima claramente se ve que la simple titularidad de acciones de una sociedad no confiere al titular un tal poder²⁹⁹.

Será por tanto necesario, en primer lugar, que la participación accionarial de la controladora en la controlada sea relevante con el fin de que podamos hablar de control. Y deberá ser lo suficientemente relevante para que le permita nombrar, mantener o revocar a los administradores de la controlada o a la mayoría de los mismos³⁰⁰.

La obtención de una posición de control interno de una sociedad implica una conducta activa —consistente en elegir para el órgano de administración a los administradores que considere bajo su influencia— u omisiva —consistente en no cesar a los miembros del órgano de administración que considere bajo su influencia— por parte de la controladora³⁰¹.

La necesidad de controlar el órgano de administración de la sociedad para admitir la existencia de un control actual de la misma obedece a la disociación entre propiedad y control a la riqueza³⁰² que existe en las sociedades capitalistas en las que el poder de gestión está atribuido a

²⁹⁹ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3331.

³⁰⁰ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3331. Ver también ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 61, quien señala que la toma de control se caracteriza por afectar al centro decisorio de la sociedad objetivo, a su órgano de administración.

³⁰¹ FINZI, E. «Società...», ob. cit. (pág. 464), si bien este autor se refiere a un segundo momento del control de la sociedad, concretamente al vínculo impuesto al administrador de actuar según el interés de la controladora, que se configuraría como ejercicio de control pero no como control en sí mismo considerado. BERLE, A.A.-MEANS, G.C. «Società per azioni e proprietà privata», Torino (Einaudi), 1966 (pág. 69); PASTERIS, C. «Il controllo nelle...» ob. cit. pág. 75.

³⁰² Sobre la distinción entre propiedad y control de la riqueza, ver BERLE, A.A.-MEANS, G.C. «Società per azioni...», ob. cit; GALGANO, F. «La società per azioni», Padova, 1984 (CEDAM) (pág. 32 y ss). y en contra de esta postura, ROSSI, G. «Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa», Milán, (Giuffrè), 1967 (pág. 1 y ss).

sujetos elegidos por la Junta general de la sociedad que incluso pueden no ser socios de la misma a diferencia de cuanto ocurre en las empresas cuyo titular es una persona física y en las sociedades de personas en que dicho poder está atribuido al propio empresario individual o a los socios ilimitadamente responsables respectivamente³⁰³.

Si no se dan estas circunstancias no podrá considerarse en puridad que la sociedad se encuentre controlada. Así por ejemplo la adquisición a través de una OPA de la mayoría de las acciones con derecho a voto de una sociedad anónima cotizada no concede en puridad una posición de control de la misma hasta que los administradores de la sociedad afectada que se opusieron frontalmente a la OPA en defensa de los intereses de los antiguos accionistas de control no dejen de ocupar los puestos de administradores en el Consejo de administración de la misma³⁰⁴.

Solo a partir de que se produzca la correspondiente sustitución de los administradores cabría hablar en puridad de establecimiento de una posición de control. En el supuesto de un acto realizado por la sociedad afectada en el periodo que media entre la adquisición de la mayoría en el capital de la sociedad afectada y la sustitución de los administradores de ésta, que fuera contrario a lo dispuesto en la LDC no habría lugar a la corresponsabilidad —ex art. 8 LDC— al faltar ya el primero de los presupuestos de la misma —la existencia actual de control—³⁰⁵.

Del mismo modo la titularidad de obligaciones convertibles o derechos de suscripción cuya conversión o ejercicio puede dar lugar a que se obtenga la mayoría de los derechos de voto no implica todavía la existencia de control mayoritario³⁰⁶, sin perjuicio de que pueda probarse la existencia de control minoritario o de hecho en su caso.

³⁰³ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3332.

³⁰⁴ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3332. En contra de la opinión expresada en el texto ver ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 124 que distingue entre «control» y «ejercicio del control» y que, en referencia limitada al control financiero mediante adquisición de acciones, considera que éste se obtiene cuando se consiguen las acciones que confieren derechos de voto suficientes para poder tomar decisiones en la Junta, independientemente de cuando se ejerzan efectivamente para nombrar nuevos administradores.

³⁰⁵ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3332.

³⁰⁶ Véase en este sentido también el punto 15 de la Comunicación sobre el concepto de concentración que señala que «una opción de compra no puede por sí misma conferir el control exclusivo a no ser que se ejerza en un futuro próximo en virtud de acuerdo jurídicamente vinculantes —Sentencia en el asunto T-2/93, Air France contra Comisión (sentencia de 19 de mayo de 1994). Rec. 1994, p. II-323.—. No obstante, el ejercicio probable de dicha opción debe tenerse en cuenta como un elemento más que, sumado a otros, puede llevar a la conclusión de que existe control exclusivo».

De este modo podemos configurar el control interno, en el ámbito de las relaciones de control en sociedades, como el poder ostentado por un sujeto de determinar en forma efectiva, duradera y general la gestión de una sociedad capitalista, obtenido a través de la titularidad de cantidades relevantes de acciones o de participaciones en el capital que le han permitido elegir o mantener un número de administradores suficiente sobre los cuales puede ejercer su influencia³⁰⁷.

Respecto a esta definición es necesario hacer algunas observaciones. La primera es que aquello que es relevante para la existencia del control es la participación accionarial que nos proporciona un número de votos suficiente y no el carácter con el cual haya sido adquirida. Será por tanto indiferente que el poseedor de los títulos haya adquirido éstos como una mera inversión o como una forma de llegar al control de la sociedad³⁰⁸. El presupuesto de la posesión de una participación relevante de acciones o participaciones para obtener el control existirá en los dos casos, y por tanto en ambos el poseedor estará provisto del poder en el cual se resume el control, en el supuesto en que haya contribuido a la elección de los miembros del órgano de administración o haya omitido relevarlos pudiendo hacerlo³⁰⁹. Otra cosa será si el poseedor de los títulos hará o no uso de este poder, pero esta es una cuestión relativa al ejercicio del control y no a la existencia del mismo³¹⁰.

En segundo lugar que será irrelevante que se disponga de los derechos de voto como consecuencia de la titularidad de la participación o de otros derechos —prenda, usufructo, etc—. En tercer lugar que cabrá incluso que la dominante no sea siquiera socia de la dominada cuando actúe en concierto con un socio que dispone de un número de votos suficiente³¹¹.

³⁰⁷ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3332. En un sentido más amplio, referente no sólo a la titularidad de acciones y participaciones sino a todos los mecanismos que permitan ejercer de forma estable y duradera los derechos de voto de la sociedad, ver ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 75.

³⁰⁸ Ver en contra de la opinión expresada en el texto VANHAECKE, M. «Les groupes de...» ob. cit. (pág. 31). Como afirma la Comisión en el punto 9 de la Comunicación sobre el concepto de concentración de 1998, «También puede llegarse a la adquisición de control aunque ésta no sea la intención declarada de las partes».

³⁰⁹ En el mismo sentido ver el punto 9 de la Comunicación sobre el concepto de concentración cit. en el que con cita del Asunto IV/M. 157-Air France/sabena de 5 de octubre de 1992 se afirma que «También puede llegarse a la adquisición de control aunque ésta no sea la intención declarada de las partes».

³¹⁰ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3333.

³¹¹ Punto 9 de la Comunicación sobre el concepto de concentración de acuerdo con el cual «Pueden darse situaciones excepcionales en que el titular legítimo de una participación de control no sea la misma persona o empresa que tenga el poder real

Por último es necesario clarificar que hemos querido expresar con el término relevante para describir la participación que permite obtener el control.

2.1.2.1.1.1. Control de derecho o mayoritario

Las dimensiones de la participación en el capital necesaria para obtener el número de votos que permitan asegurar el control de una sociedad puede ser muy variada en función de lo atomizado que se encuentre el capital de la misma. Para controlar una sociedad no es necesario poseer la totalidad de su capital social. Las decisiones en las sociedades capitalistas se adoptan por mayoría, informando el principio mayoritario toda la vida de la sociedad³¹². Todas las decisiones, y entre ellas la elección de los componentes del órgano de administración, deben ser adoptadas por el órgano social competente de acuerdo con la mayoría establecida en la Ley y en los estatutos.

Estas decisiones vinculan no solamente a quienes votaron a favor si no también a los socios ausentes o disidentes (art. 93.2º LSA), considerándose la decisión así adoptada como expresión de la voluntad social sobre el tema. Este principio tiene en la sociedad anónima, y en general en todas las sociedades capitalistas, un carácter más plutocrático³¹³ que democrático, ya que el cómputo de los votos viene referido al número de acciones con voto poseídas, representativas del capital social, y no al número de accionistas existentes. Produciéndose una fractura del principio de mayoría —en el sentido de mayoría de personas, que es el criterio que se encuentra en la base del principio democrático de mayoría— como principio de adopción de acuerdos por la mayor parte de los sujetos implicados en una decisión^{314, 315}

para ejercer los derechos resultantes de su participación. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una empresa se vale de otra persona o empresa para adquirir una participación de control y ejerce sus derechos a través de dicha persona o empresa, a pesar de ser esta última la titular legítima de los derechos. En este caso, el control lo adquiere la empresa que está detrás de la operación y que tiene de hecho el poder de controlar la empresa objeto de la operación [letra b) del apartado 4 del artículo 3]. Entre las pruebas necesarias para demostrar la existencia de este tipo de control indirecto cabe incluir factores como la fuente de financiación o los vínculos familiares.»

³¹² Sobre el principio de mayoría, ver GALGANO, F. «Principio di maggioranza», «Materiali per una storia della cultura giuridica», a cura di TARELLO, XII, 2, 1982, pág. 291 y ss.

³¹³ GALGANO, F. «La società per ...», ob. cit. pág. 27

³¹⁴ En este sentido como afirma KELSEN «la idea que subyace del principio de mayoría es que el ordenamiento social debe ser de acuerdo con cuantos más sujetos sean

Bastará por tanto la mayoría absoluta —la mitad más una de las acciones con voto existentes, en sistemas como el nuestro que prohíben la existencia de acciones de voto plural (art. 50.2º LSA)— para asegurar la existencia del control en una sociedad. Sin embargo no es necesario ser titular de la mayoría absoluta de las acciones con voto para obtener la participación relevante en el capital social que permita obtener una posición de control en la misma. Dada la pulverización del capital social en las grandes sociedades por acciones, el absentismo de la mayoría de los socios y la propia normativa societaria en materia de Junta general —régimen de mayorías previsto en los artículos 93 y 103 LSA—, las decisiones sociales pueden ser tomadas por minorías organizadas que representando una mínima parte del capital social constituyen mayorías asamblearias, produciendo así una situación de carácter oligárquico^{316, 317}. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de que a través de pactos estatutarios sea la minoría la que controle realmente la sociedad, al autorizársele, por ejemplo, en los ordenamientos que así lo permiten, a nombrar la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Las dimensiones de la participación necesaria para obtener el control de una sociedad será una cuestión a resolver caso por caso³¹⁸. Será participación relevante aquella que permita a su titular nombrar en Junta general, mantener o revocar a la mayoría de los miembros del órgano de administración y, en todo caso la que represente la mayoría absoluta de los derechos de voto existentes en la sociedad y la de la totalidad del capital de la misma. Será también indiferente el título por el cual se pueda ejercer el derecho de voto siempre que el derecho a su ejercicio tenga un carácter estable³¹⁹.

Así lo reconoce nuestro ordenamiento que establece la presunción de que existe control cuando una entidad posea la mayoría de los derechos de voto de una sociedad (art. 42.1º a Cdc.).

El legislador no ha utilizado la opción de considerar que existe control en caso de posesión de la mayoría de capital. Ello es debido a que en

posibles, y en desacuerdo con cuantos menos sea posible» KELSEN, H. «Teoria generale del diritto e dello stato», Milano (Giuffrè), 1964 5ª ed. (pág. 291).

³¹⁵ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3333.

³¹⁶ GALGANO, F. «La società per...», ob. cit. pág. 27.

³¹⁷ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3334.

³¹⁸ Sobre la naturaleza de la «participación o paquete de control» y las variables que afectan a su dimensión, ver ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 76.

³¹⁹ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3334; ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 75.

un sistema como el español que reconoce la existencia de acciones sin voto (art. 90 LSA), o de limitaciones estatutarias al número de votos que puede emitir un socio o los socios integrados en un mismo grupo (art. 105 LSA), la mayoría de capital puede no coincidir con la mayoría de los votos, y esta segunda es la relevante a la hora de determinar la existencia de control en la sociedad, ya que a través de ella se puede nombrar, mantener o revocar a los miembros del órgano de administración de la sociedad. Podrán por tanto existir casos en que la mayoría de capital no de derecho a la mayoría de los derechos de voto³²⁰ y otros en los que a la inversa una minoría de capital permita la obtención de una mayoría de votos y con ella del control³²¹.

Respecto al cómputo de los derechos de voto es necesario realizar dos precisiones. Que deberán añadirse a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por ésta, así como a otras personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de alguna de aquellas tal así como aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona, y como establece el art. 42.1º último párrafo Cdc. en materia de cuentas consolidadas, y que deberán tenerse en cuenta los votos que puedan ejercer la dominante y los antedichos sujetos en su condición de titulares de un derecho real sobre dichas acciones —p. ej. usufructo o prenda de acciones, en los cuales puede establecerse en los estatutos de la sociedad emisora de las

³²⁰ Respecto a estas cuestiones La Comunicación sobre el concepto de concentración de 1998 puntualiza en su número 13 que «normalmente se adquiere el control exclusivo cuando una empresa adquiere la mayoría del capital social y de los derechos de voto de una sociedad. En sí mismo, carece de importancia que la participación sea del 50% del capital más una acción 12 o del 100% del capital. De no existir otros elementos, una adquisición que no implica la mayoría de los derechos de voto no confiere generalmente el control, aunque suponga la adquisición de una participación mayoritaria.»

³²¹ Así sucede en los ordenamientos que admiten las acciones de voto plural o en los que la «acción de oro» o la reserva a un determinado socios de la decisión sobre las principales materias son posibles. Ver en este sentido el Punto 14 de la Comunicación sobre el concepto de concentración de acuerdo con la cual «También puede adquirirse el control exclusivo en el caso de una «minoría cualificada», lo cual puede determinarse en el plano jurídico o en el de los hechos. El control exclusivo tendrá efectos jurídicos cuando existan derechos específicos inherentes a la participación minoritaria. Dichos derechos pueden consistir en acciones preferentes que confieran la mayoría de los derechos de voto u otros derechos que permitan al accionista minoritario determinar la estrategia competitiva de la empresa afectada como, por ejemplo, el poder de nombrar a más de la mitad de los miembros de los Consejos de Administración o de Vigilancia.»

acciones que el derecho de voto incorporado a las mismas corresponda al usufructuario o al acreedor pignoraticio ex art. 67.1º y 72.1º LSA respectivamente—³²².

2.1.2.1.1.2. Control de hecho o minoritario

Junto a este supuesto de control interno de derecho el legislador español, siguiendo a la Séptima Directiva introdujo supuestos de control interno de hecho por una sola sociedad dominante en las letras b y d del párrafo 1º del artículo 42 Cdc.

Podrá considerarse sociedad controladora a la que poseyendo un porcentaje igual o menor al 50% de los derechos de voto existentes tenga reconocida en estatutos la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración o haya nombrado exclusivamente con sus votos —computados según las reglas del párrafo 2º— la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen el cargo en el momento en que deba determinarse la existencia del control y durante los dos ejercicios anteriores, salvo que la sociedad dominada esté vinculada a otra sociedad en alguno de los casos previstos en la letra a o b del párrafo 1º del artículo 42 Cdc. (42.1º d)³²³.

En estos casos nuestro ordenamiento reconoce la existencia de control independientemente de la cuantía de la participación de la dominante en el capital de la dominada³²⁴.

Al control social no puede llegarse en cambio a través de la acumulación de representaciones en Junta general³²⁵, ya que éstas se conceden

³²² Sobre estas cuestiones ver RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3335-3336.

³²³ Como indica la Comunicación sobre el concepto de concentración de 1998 en su punto 14 «Un accionista minoritario puede también ejercer el control exclusivo de hecho. Este es el caso, por ejemplo, cuando es muy probable que el accionista obtenga la mayoría en la Junta de accionistas ya que las restantes acciones están muy repartidas. Es poco probable que todos los pequeños accionistas estén presentes o representados en dicha Junta. Para determinar si existe o no control exclusivo se tendrá en cuenta la presencia de accionistas en años anteriores. Cuando, dado el número de accionistas presentes en la Junta General, un accionista minoritario tiene una mayoría estable de los votos en dicha reunión, se considera que ejerce el control exclusivo»

³²⁴ Como ya puso de relieve FONT I RIBAS, A. «La consolidación de las cuentas» en ROJO, A. (Dir.) «La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas», Madrid (Civitas), 1987 (pág. 302) en relación al Anteproyecto.

³²⁵ Sobre la representación en Junta general ver RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. «La representación de los accionistas en la Junta general de la Sociedad Anónima», Madrid (Civitas), 1990.

con carácter especial para cada Junta (artículo 106.2^º LSA) con lo que se carece del requisito de estabilidad necesario para afirmar la existencia de un grupo de control.

Con este sistema el grupo de accionistas que controlan la sociedad a través de la posesión de una minoría relevante de las acciones sociales, pueden constituir provisionales mayorías que les permitirán reforzar su posición de control de la sociedad en casos aislados³²⁶. Este sistema es de hecho muy usual en las sociedades anónimas con capital atomizado, permite a los propios administradores de la sociedad —que pueden solicitar públicamente la representación siguiendo las reglas del artículo 107 LSA— llegar a auto perpetuarse.

El control puede también ser reforzado a través de otras técnicas como la adquisición temporal de la titularidad de acciones a los efectos de Junta mediante operaciones de doble que permiten a quien se encuentra en posición de control disponer temporalmente de un mayor número de acciones de la sociedad controlada, o la emisión de acciones sin observar el principio de proporcionalidad entre el número de acciones y el número de votos que pueden ser emitidos en asamblea, prohibida en nuestro ordenamiento ex artículo 50.2^º LSA³²⁷.

2.1.2.1.2. Control directo y control indirecto

De otra parte el artículo 8 LDC no hace tampoco referencia al carácter directo o indirecto del control por lo que habrá que considerar existente el control, a efectos del precepto, en ambos casos.

Por control directo entendemos el poder de hecho que ostenta una sociedad que le permite determinar de modo duradero y general la gestión de otra sociedad, obtenido a través de la posesión directa de acciones o de participaciones de la misma, en tanto que por control indirecto entendemos el poder de hecho que ostenta una sociedad que le permite determinar, en modo duradero y general, la gestión de otra sociedad obtenido a través de la participación en el capital de una o varias sociedades intermedias que poseen acciones o participaciones de la sociedad indirectamente controlada³²⁸.

La diferencia entre control directo y control indirecto sobre el plano conceptual se encuentra por tanto en el hecho de que en el primer caso la

³²⁶ Sobre el tema Ver PASTERIS, C. «Il controllo nelle ...», ob. cit. pág. 8.

³²⁷ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3339.

³²⁸ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3339.

controladora posee las acciones o participaciones de la controlada, y en el segundo, son una o varias sociedades distintas de la controladora, pero controladas por ésta, las que poseen directamente las acciones o participaciones de la indirectamente controlada.

El control directo se establece cuando una entidad —entidad controladora directa— es la titular del paquete de control de una sociedad —sociedad controlada—. Limitándonos al supuesto de control interno de derecho, existirá control directo cuando una entidad pueda ejercitar la mayoría de los derechos de voto que pueden emitirse en la sociedad 50% + 1, independientemente de como esté compuesto el paquete de control, esto es del título jurídico —propiedad, usufructo, prenda u otros— que habilite al titular del paquete de control a ejercitar el derecho de voto.

Este control directo puede venir reforzado por participaciones en el capital de la controlada de las que sean titulares otras sociedades directa o indirectamente controladas por la sociedad controladora directa.

El control indirecto puede presentar dos modalidades. El control indirecto obtenido por una entidad —entidad controladora indirecta— a través de la participación de control que posee en una sociedad —sociedad controlada indirecta otra sociedad controlada poseedora de la participación de control— directa o indirectamente controlada por la primera. Así sucede, por ejemplo cuando la sociedad A es titular del 100% del capital de la sociedad B que a su vez es titular del 100% de la sociedad C.

Y el control indirecto obtenido por la entidad controladora indirecta a través de la suma de participaciones que en la sociedad controlada indirecta tienen sociedades controladas directa o indirectamente por la primera. La diferencia entre ambos supuestos estriba en que mientras que en el primero existen dos relaciones de control en cascada de modo que existe una sociedad con control directo y otra con control indirecto, en el segundo sólo existe control indirecto. En otros términos, entre las empresas titulares de las acciones o participaciones de la sociedad controlada indirectamente y ésta, no existirá en el segundo supuesto relación alguna de control. Así sucede cuando A es titular del 51% del capital de las sociedades B, C y D, que a su vez son titulares respectivamente de un 10%, un 25% y un 20% de la sociedad E³²⁹.

Junto a estos supuestos puros de control directo o indirecto, la realidad del tráfico presenta una multiplicidad de casos en los que la partici-

³²⁹ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3340.

pación de control estará constituida de forma mixta, esto es con participaciones directamente poseídas por la entidad controladora sumadas a participaciones poseídas por sociedades directa o indirectamente controladas por la entidad controladora³³⁰. Así sucede cuando A es titular del 100% de las acciones de B y ambas son respectivamente titulares del 30% y del 25% del capital de C.

La participación de control en una sociedad puede establecerse por tanto conjuntamente de forma directa e indirecta. A este supuesto se refiere el último párrafo del artículo 42.1º Cdc al establecer el sistema de cómputo de votos en los casos de consolidación de balances previstos en el artículo 42.1º Cdc.

Entre todos estos supuestos de control existe una identidad de razón. En todos ellos la gestión de la controlada puede ser influida de forma determinante, general y duradera por una persona o entidad que puede tener o no la condición de socio de aquélla. Todos estos supuestos constituyen el supuesto de hecho de las normas que vinculan efectos jurídicos a la existencia del control³³¹.

El fenómeno más importante, que se vincula al control indirecto, es la multiplicación de la capacidad de control de la controladora, entendiendo por capacidad de control las dimensiones del capital efectivamente sometidos a la voluntad de ésta. Este fenómeno está todavía más amplificado por la participación en cascada o piramidal. Así una sociedad de capital 100 puede controlar otras dos sociedades con capital 100 y 90 con sólo 51 y 46 respectivamente y a su vez estas sociedades pueden controlar cada una de ellas otras dos sociedades de capital 100 y 90, la primera y 90 y 80 respectivamente con una participación de 51 y 46 en el primer caso y de 46 y 41 en el segundo, y así sucesivamente hasta el punto en que el capital de la sociedad controladora inicial empleado en el control de derecho de otra sociedad de capital 100 sea 1 o incluso menor³³².

Se produce, de esta forma, una disminución del capital que necesita la primera controladora para controlar a la controlada según lo alejada que se encuentre en la pirámide aquélla de ésta y una ampliación de la capacidad de control de aquélla³³³.

³³⁰ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3340.

³³¹ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3341.

³³² Sobre el tema, ver BERLE, A.A.-MEANS, G.C. «Società per azioni...» ob. cit. pág. 72-74.

³³³ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3341-3342. La participación en cascada tendrá una gran influencia sobre la financiación de la sociedad, ya que podrá

2.1.2.2. Control externo

Además del control interno, esto es el control derivado de la posesión de cuotas de capital de la controlada, encontramos otras formas de control que no se adecúan a este esquema. Estas formas de control pueden existir tanto respecto de sociedades de capitales como de sociedades de personas o empresarios individuales, incluso respecto a cooperativas o fundaciones.

Podemos definir el control externo como el poder que posee una entidad que le permite determinar en modo duradero y general, la gestión de otra, obtenido a través de sistemas distintos de la posesión de acciones o participaciones de la misma³³⁴.

El control externo, puede dividirse en control contractual y control extracontractual.

La división se basa en dos criterios, primero, la inmisión o no en el nombramiento de los órganos administrativos de la sociedad. Así mientras que todas las formas de control externo extracontractual implican una inmisión en el nombramiento de los administradores de la controlada, el control externo contractual puede implicarlo o no. Segundo, la preexistencia o no de un vínculo contractual entre la sociedad controladora y la controlada, así en las relaciones de control externo contractual existirá siempre una relación contractual entre las dos sociedades de donde surge el control, mientras que en las relaciones de control externo extracontractual, esta relación contractual de la que se deriva el control no existirá³³⁵.

Las cuestiones relativas a la posibilidad de establecer el control a través de los contratos de cambio o la existencia de control extracontractual no tienen una solución pacífica en la doctrina. Por la negativa se ha argumentado la precariedad y aleatoriedad del control externo, y este ha estado concebido más como un medio de reforzar el control obtenido con las participaciones, o como un medio de ejercicio del control preexistente que como un medio para obtener el control³³⁶.

usarse muchas veces el mismo capital como base de crédito, tanto en la sociedad controladora como en la sociedad participada. Sobre el tema ver SCHNEIDER, U.H. «La disciplina nel finanziamento nel Konzern», Rivista delle Società, 1985 (pág. 1001).

³³⁴ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3342.

³³⁵ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3342.

³³⁶ Contra la concepción de los métodos que no implican participación en el capital como medio para obtener el control ver AZZINI, L. «I gruppi...», ob. cit. pág. 59-60; VANHAECKE, M. «Les groupes de...», ob. cit. (pág. 18 y 25 y ss.); CHAMPAUD,

Por la afirmativa se ha pronunciado una prestigiosa doctrina en base a la constatación de que es posible determinar la actividad de una sociedad sin ser socio de la misma³³⁷.

Será necesario preguntarse caso por caso sí y cuando nos encontremos delante de verdaderos modos de obtención del control al analizar los diversos mecanismos de control externo.

2.1.2.2.1. Control contractual

Al hablar de control contractual no nos referimos exclusivamente al control derivante de un contrato de dominación «Beherrschungsvertrag» o en general de un contrato de empresa típico del derecho de los «Konzern» alemanes³³⁸ sino de una realidad mucho más amplia que incluye éstos junto a otros contratos no de organización sino de cambio que unidos a particulares situaciones económicas pueden originar el control de una empresa respecto a otra.

2.1.2.2.1.1. Contratos de organización

La licitud de los contratos de dominación³³⁹ es dudosa en nuestro Derecho³⁴⁰. De otra parte en el propio ordenamiento alemán cuna de los

C. «Les méthodes des groupement des sociétés», Revue Trimestrielle du Droit Commercial, 1967 (pág. 1011 y ss.).

³³⁷ Por la afirmativa se ha pronunciado GUERRA, P. «La società di partecipazione», ob. cit. pág. 80 y ss.; SALANDRA, V. «I diritti degli azionisti...», ob. cit. pág. 353; PETITPIERRE-SAUVIN, A. «La cession de controle...», ob. cit. pág. 14; OZTEK, S. «La protection des actionnaires...» ob. cit. pág. 52; y ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 61-62.

³³⁸ El «Beherrschungsvertrag» está regulado en el parágrafo 291 y siguientes del la AktG alemana de 1965. Los contrato de dominación pertenecen en el derecho alemán a la categoría de los contratos de empresa «Unternehmensverträge». Sobre el contrato de dominación, ver KOPPENSTEINER, H.G. en «Kölner Kommentar...», ob. cit. pág. 4 y ss.; SCHMIDT, K. «Gesellschaftsrecht», Köln (Carl Heymanns), 1991, 2ª ed (pág. 794 y ss.); LUTTER, M. «Le droit des konzern en République Fédérale d'Allemagne, s'est il imposé dans les faits?», Droit et Pratique du Commerce International, 1976, pág. 308 y ss.; id. «Il gruppo d'impresa...», ob. cit. pág. 8 y ss.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. «Las uniones de empresas en la reforma alemana del derecho de sociedades por acciones», (Anuario de Derecho Civil), 1964 (pág. 402 y ss.); ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 63-65; y en especial EMMERICH, V. - SONNENSCHNEIN, J. «Konzernrecht» ob. cit. pág. 156 y ss.

³³⁹ SE.

³⁴⁰ En contra de la misma se pronunció en base al anteproyecto DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. «Las condiciones...», ob. cit. pág. 771 quién sin embargo advierte sobre el

mismos se discute si son fuente independiente de control o no. La posibilidad de que los contratos de dominación sean fuente autónoma de control no es pacífica en la doctrina³⁴¹. De hecho un sector de la misma considera que los contratos son sólo un complemento de una participación en el capital insuficiente por sí misma para atribuir el control³⁴², partiendo de la idea de que la estipulación de un contrato de dominación por la empresa dominada presupone que la dominante tenga ya una mayoría suficiente en el capital de la dominada como para hacer aprobar el acuerdo. Estos contratos son verdaderos contratos de organización³⁴³ que tienen un doble aspecto organizativo y obligacional.

En derecho alemán la sociedad anónima, comanditaria por acciones y por extensión una sociedad de responsabilidad limitada pueden concluir un contrato con otra empresa —cualquiera que sea su forma jurídica— en los términos del cual la primera se someten al control de la segunda. Esta posibilidad está expresamente admitida por el parágrafo 291 AktG que define los contratos de dominación como —contratos con los cuales una sociedad anónima o una sociedad comanditaria por acciones confía la propia dirección a otra empresa—.

La consecuencia de la estipulación de tales contratos será que los dirigentes de la sociedad dominante estarán autorizados para dar instrucciones a los dirigentes de la sociedad dominada en materia de gestión de la sociedad dominada. Estas instrucciones podrán ser de orden general o referirse a puntos específicos (308.1º AktG). Los dirigentes de las sociedades dominadas está obligados a seguir estas instrucciones aun en el caso en que la inmisión implique perjuicios económicos a la sociedad dominada (308.2º), y si los dirigentes de la sociedad dominada no siguen estas instrucciones, faltarán a sus obligaciones y podrán ser revocados inmediatamente³⁴⁴.

problema de la validez o invalidez en España de los contratos de dominación estipulados entre empresas dominantes de países como la República Federal Alemana que admiten su validez y empresas dominadas españolas.

³⁴¹ Una ordenación de esta discusión puede encontrarse en EMBID IRUJO, J.M. «Grupos de sociedades...» ob. cit. pág. 66, nota 95; que refleja las tres posiciones mantenidas sobre la cuestión en el Derecho alemán.

³⁴² EMBID IRUJO, J.M. «Grupos de sociedades...», ob. cit. pág. 67.

³⁴³ Sobre el contrato de organización, ver SCHMIDT, K. «Gesellschaftsrecht» ob. cit. pág. 794 y ss. y en España DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. «Concepto y significado institucional de los grupos de empresas», «Libro homenaje a ROCA SASTRE», Madrid, 1976, III (pág. 565 y ss.).

³⁴⁴ Sobre el tema ver LUTTER, M. «Il gruppo di impresa...», ob. cit. pág. 9; id. «Le droit des konzern...» ob. cit. pág. 309.

La sociedad dominante estará, por tanto, legitimada no sólo a dirigir la sociedad dependiente sino también a servirse del patrimonio de ésta en su propia ventaja o en su propio interés³⁴⁵. En modo tal que como afirma LUTTER³⁴⁶, «el principio de separación de los patrimonios —en razón del cual cada sociedad constituye una autónoma entidad patrimonial— y el principio de la conservación del capital sufren una derogación a favor de la sociedad dominante».

La estipulación y modificación del contrato de dominación es válida sólo si el contrato viene aprobado por la asamblea de la sociedad destinada a ser dominada, con una mayoría que represente el 75% del capital participante en la votación.

En los contratos de dominación puede incluso considerarse que no existe propiamente control puesto que la sociedad dominante expresa la propia voluntad en los límites derivantes del contrato y no influencia para nada la voluntad de la administrada³⁴⁷.

2.1.2.2.1.2. Contratos de cambio

El control contractual puede derivar también de un contrato que no tenga el carácter de contrato de empresa³⁴⁸. Para que surja el control en este segundo caso no basta la conclusión de un contrato de duración entre las partes sino que también es necesario que de la ejecución del mismo se derive una situación de dependencia económica de una sociedad frente a otra que permita a la primera determinar las decisiones de la segunda a través de la influencia ejercida sobre los órganos administrativos de ésta competentes para la gestión social³⁴⁹. En este caso la determinación de la existencia del control requerirá del TDC una valoración de las circunstancias de hecho del caso, sin que baste la apreciación de la existencia de un contrato de cambio de los que pueden generar una posición de control.

Para obtener un poder sobre una empresa en los términos antedichos no se necesitaría incidir directamente en la esfera organizativa de la so-

³⁴⁵ Parágrafo 291. 3ª AktG.

³⁴⁶ LUTTER, M. «I gruppi di imprese...» ob. cit. pág. 10.

³⁴⁷ Sobre el tema ver PASTERIS, C. «Il controllo nelle ...» ob. cit. pág. 47.

³⁴⁸ Sobre esta posibilidad, RUIZ PERIS, J.I. «Significado...» ob. cit., pág. 3345-48 y ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 67-70.

³⁴⁹ RUIZ PERIS, J.I. «Significado...» ob. cit., pág. 3345; ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 67. Esta posibilidad fue aceptada por la Comunicación sobre el concepto de concentración C 385, emanda de la Comisión (punto 9).

iedad a través de los medios jurídicos. De hecho se podría determinar las decisiones de la controlada a través de medios de hecho, que no serían otros que la influencia de la controladora sobre los órganos administrativos de la controlada hecha posible por la especial situación de sujeción económica o dependencia en la cual se encuentra la segunda como consecuencia de la ejecución del contrato. En modo que, sería perfectamente admisible, en principio, la existencia de control contractual como tipo autónomo de control.

Determinados contratos como los de agencia, financiación, suministro, concesión mercantil, franquicia, licencia de marca o de patente, o subcontratación pueden dar lugar unidos a las circunstancias económicas de las partes de los mismos y del mercado a verdaderas situaciones de dependencia en que una parte contractual poseerá un poder de hecho sobre la otra.

En particular, en el contrato de franquicia encontramos estipulaciones que permiten al franquiciador determinar la gestión del franquiciado, y controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en materia de gestión a través del poder de control sobre la ejecución del contrato que se otorga al franquiciador en éste tipo de contratos. Así mismo una gran parte de las inversiones realizadas por el franquiciado son únicamente aprovechables en tanto éste permanezca en la red³⁵⁰.

A diferencia de los otros supuestos de control, la dependencia de una empresa respecto a otra puede desaparecer aquí no sólo como consecuencia de la realización de actos jurídicos —ej. enajenación de parte o todo el paquete accionario del que es titular la empresa controladora— sino también por la modificación de las circunstancias económicas en que se mueven las partes —ej. aparición de un nuevo fabricante que realice encargos al subcontratista que posee una maquinaria altamente especializada que hasta el momento sólo podía ser utilizada para fabricar los elementos que integraban el producto terminado de un único fabricante en el mercado— Ello determina la posibilidad de una variación de la ostentación de la posición de control en el transcurso de la duración del contrato que es una característica propia de estos supuestos.

³⁵⁰ A favor de la existencia de control en determinados supuestos de contratos de franquicia se ha pronunciado EMBID IRUJO, J.M. «Grupos de sociedades...» ob. cit. pág. 66, nota 98. La existencia de control en casos de contratos de franquicia ha sido defendida por alguna sentencia de distrito norteamericana a efectos de aplicar el privilegio del grupo. Sobre la cuestión ver RUIZ PERIS, J.I. «El privilegio...», ob. cit. págs. 334 y ss.

Así, por ejemplo un franquiciador débil con un reducido capital puede ser controlado por su primer franquiciado económicamente más potente que él quién distribuye el noventa por cien de su producción, pero después de un período de expansión con la realización de múltiples contratos de franchising, y dada una especialización del primer franquiciado en la distribución de productos del franquiciador el signo del control puede cambiar.

La cuestión de la existencia de un control contractual como efecto indirecto de determinados contratos no organizativos ha sido especialmente debatida respecto a los contratos de financiación³⁵¹, argumentándose para negar la existencia de control en estos casos que el poder es siempre temporal, subordinado a la concreta conveniencia y a las posibilidades de la financiada o de las empresas en ella participantes que pueden entrometer del control a la financiadora con la extinción de la deuda.

Esta objeción puede superarse si tenemos en cuenta que el montante de la deuda acumulada puede llegar a ser tan grande que no permita a la financiada restituir el principal sin poner en peligro la subsistencia de la sociedad. En casos como éste la duración del control estará asegurada, nos encontraremos aquí en nuestra opinión frente a uno de aquellos contratos que son presupuesto del control junto a particulares circunstancias.

En otros casos como en los contratos de suministro pueden darse semejantes situaciones de dependencia —y en consecuencia posiciones de control—, cuando la empresa suministradora fabrica un único producto siendo el adquirente el único demandante del mismo en el mercado³⁵², o en el contrato de concesión mercantil ya que en consecuencia de la exclusiva asumida por el concesionario, éste crea una estructura organizativa no utilizable para otros fines³⁵³.

Otro supuesto que podemos encontrar comúnmente en la bibliografía en materia de control es el del contrato de agencia en donde puede considerarse que existe control en aquellos casos en los cuales la revocación del encargo podría hacer esfumar la actividad de la sociedad agen-

³⁵¹ En este sentido se pronunciaron BERLE, A.A.-MEANS, G.C., «Società per azioni...» ob. cit. pág. 69-70. En contra ver AZZINI, L. «I gruppi...», ob. cit. pág. 61.

³⁵² PASTERIS, C. «Il controllo nelle...» ob. cit. pág. 48; ABBADESSA, P. «I gruppi di società...» ob. cit. pág. 111.

³⁵³ PASTERIS, C. «Il controllo nelle...» ob. cit. pág. 48; EMBID IRUJO, J.M. «Grupos de sociedades...» ob. cit. pág. 66, nota 98.

te³⁵⁴. En cuanto a los contratos de licencia de patente y en general de licencia sobre bienes inmateriales que se basan en un derecho exclusivo de uso de la invención, creación o signo distintivo objeto del derecho de propiedad industrial, pueden darse situaciones de control cuando la producción de la empresa licenciataria no esté diversificada y no sea fácilmente convertible³⁵⁵.

Respecto a los contratos de subcontratación cabrá la existencia de control en aquellos casos en que la íntegra o la más importante parte de la producción de la subcontratada, dependa del encargo de la otra empresa³⁵⁶.

En definitiva, parece que existirá la posibilidad de obtener el control siempre que se de una posición de dependencia económica tal y como viene definida en los arts. 6 LDC y 16 LCD.

2.1.2.2.2. Control extracontractual

Podemos definir el control extracontractual, en el ámbito del control entre empresas, como el poder de hecho poseído por una empresa que le permite determinar, en modo duradero y general, la gestión de otra obtenido a través de sistemas distintos de la participación accionarial o de la estipulación de un contrato entre ambas³⁵⁷.

Esta definición aun siendo de carácter negativo nos parece la más adecuada para identificar los varios fenómenos que se integran en esta categoría.

El elemento común a todos los tipos de figuras encuadradas en este punto es que se refieren a la composición del órgano de administración de la empresa controlada.

La consideración de esta denominada técnica personal como un medio autónomo de obtención del control no es pacífica en la doctrina, y así un autorizado sector de la misma considera que esta técnica es un mero reflejo del control societario obtenido con anterioridad por medio del control interno o del control contractual³⁵⁸.

³⁵⁴ PASTERIS, C. «Il controllo nelle...» ob. cit. pág. 48; ABBADESSA, P. «I gruppi di società...» ob. cit. pág. 111.

³⁵⁵ ABBADESSA, P. «I gruppi di società...» ob. cit. pág. 111; OZTEK, S. «La protection des actionnaires...» ob. cit. pág. 54.

³⁵⁶ OZTEK, S. «La protection des actionnaires...» ob. cit. pág. 54.

³⁵⁷ RUIZ PERIS, J.I. «Significado...», ob. cit., pág. 3348-3352, y ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 70-75, denominándolo «control personal».

³⁵⁸ Sobre el tema ver PASTERIS, C. «Il controllo nelle...» ob. cit. pág. 53; ABBADESSA, P. «I gruppi di società...» ob. cit. pág. 112; EMBID IRUJO, J.M. «Los grupos de

Es evidente que las técnicas personales del control extracontractual pueden ser identificadas en muchos casos como mero reflejo de una situación de control preexistente y por tanto como técnicas de reforzamiento del control. Analizaremos algunas de aquellas técnicas y concretamente aquellas tres más frecuentemente citadas por la doctrina. Esto es el nombramiento de una persona jurídica como administrador de otra, el nombramiento de administradores sociales por un tercero extraño a la sociedad y, en fin la identidad entre los administradores de una pluralidad de sociedades.

Al hablar del nombramiento de una persona jurídica como administrador de otra hacemos referencia al caso en que una empresa —p. ej. una sociedad anónima— nombre a otra empresa —p. ej. otra sociedad anónima— como administrador único³⁵⁹. No hacemos referencia al hecho de que ésta sea nombrada miembro del Consejo de administración de la primera lo que no implicaría necesariamente la obtención del control por parte de la nombrada³⁶⁰ ya que podría estar en minoría en el Consejo. Si incluiremos en cambio el supuesto en que se le conceda el derecho a nombrar la mayoría de los miembros del Consejo de Administración.

La cuestión es determinar si es concebible que una empresa completamente independiente nombre administrador a otra empresa que no participe en el capital de la misma con una participación que le otorgue el control. En nuestra opinión esto sería perfectamente posible al menos en dos casos.

Primero cuando una empresa fuertemente endeudada busque evitar su desaparición a través de la sustracción a otra sociedad que no esté interesada en adquirir parte o la totalidad de su capital pero si en evitar la declaración en quiebra o la incursión en suspensión de pagos de la primera empresa —por ejemplo Entidad de Crédito acreedora—; Y segundo cuando una empresa busque alejarse de la órbita de control contractual de su controladora o del riesgo de ser controlada por otra, haciéndose controlar por una tercera, y ésta desee asegurar su control aunque sin asumir los riesgos que toda participación en el capital conlleva.

sociedades en la nueva ley brasileña de sociedades anónimas», R. D. M. 1979, pág. 468; id. «Grupos de sociedades...» ob. cit. pág. 37.

³⁵⁹ En este sentido también se pronuncia ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 70.

³⁶⁰ VANHAECKE, M., «Les groupes de...», ob. cit. (pág. 117).

En nuestra opinión es perfectamente posible hablar en estos casos de esta técnica como medio autónomo de control y afirmar así la existencia del control extracontractual³⁶¹.

Respecto al nombramiento de los administradores por un tercero extraño a la empresa hacemos referencia al caso en el cual la empresa confíe a otro el nombramiento de sus administradores o de la mayoría de los mismos. Eso implica la existencia de una clausura estatutaria, en el caso de las sociedades de capital, que prive a la Junta general de tal competencia, de carácter lícito en otros ordenamientos aunque no en el nuestro.

En una economía globalizada es posible que el control indirecto sobre una empresa española participada por otra extranjera corresponda a una tercera española o extranjera que controle a la anterior por medio de este sistema.

Podemos concebir respecto a la mayor o menor intensidad del control dos posibilidades. Que tanto el nombramiento como la revocación de los administradores vengan confiados al tercero. O que solamente el nombramiento venga confiado a aquél. El primer caso el control será evidentemente más fuerte que en el segundo.

Dos objeciones se han puesto a la consideración de esta técnica como un medio autónomo de control. La primera atiende al carácter de durabilidad esencial del control, así se ha argumentado que pudiendo, la cláusula que permite el nombramiento de los administradores de la sociedad por un tercero, ser siempre modificada por la Junta general —en el supuesto de sociedades de capital— no nos encontraremos frente a una relación duradera³⁶².

La segunda objeción se refiere a que la inclusión de una tal cláusula en los estatutos sociales implicaría, necesariamente, una posición de subordinación preexistente o cuanto menos en vía de constitución³⁶³. Ambos argumentos parecen fundados.

Al hablar de identidad entre los administradores de una pluralidad de sociedades como medio de control, hacemos referencia al caso en el cual la llamada identidad no tiene como causa el nombramiento de los administradores por un tercero extraño a la sociedad o el nombramiento como administrador de personas jurídicas. Este supuesto viene recogido en el art. 4 LMV según el cual se presumirá que existe en todo caso

³⁶¹ RUIZ PERIS, J.I. «Significado...», ob. cit., pág. 3349-3350.

³⁶² PASTERIS, C. «Il controllo nelle...» ob. cit. pág. 56-57.

unidad de decisión —y por tanto control— «cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta» independientemente de que estas sociedades sean o no titulares de participaciones en el capital de la sociedad dominada³⁶⁴.

En este supuesto de identidad de administradores de varias sociedades incluye también el artículo 4 LMV como se ve aquellos supuestos en que la coincidencia se produzca entre administradores de la sociedad que se considera dominada y altos directivos de la dominante o de otras sociedades dominadas por ésta.

La coincidencia de administradores entre dos sociedades permite, evidentemente, el control de una sobre la otra siempre que se observen dos condiciones. La primera el interés personal del (o de los) administrador (o administradores) sea claramente orientado hacia una de las dos (y caso de pluralidad de las identidades que los intereses de la pluralidad de los administradores sean homogéneos), y la segunda que la identidad se refiera al administrador único de la controlada o a un número de administradores que representen la mayoría del Consejo de Administración de la misma.

El argumento de que la identidad de los administradores no es más que el reflejo de la existencia de un control previo³⁶⁵, no parece tan sólido en este supuesto en un mercado como el nuestro en el cual las labores de administración de la sociedad son confiadas tantas veces a sujetos relacionados con otras empresas sobre todo cuando se trata de salvar una empresas con serios problemas para su subsistencia³⁶⁶. Cuestión distinta será la de la legalidad de la actuación de estos administradores en interés de tercero. Pero esto es una cuestión relativa al ejercicio del control o a la dirección unitaria según los casos y no a la existencia o no del control³⁶⁷.

³⁶³ PASTERIS, C. «Il controllo nelle...» ob. cit. pág. 56.

³⁶⁴ RUIZ PERIS, J.I. «Significado...», ob. cit., pág. 3351.

³⁶⁵ Sobre este argumento contrario a la consideración de esta técnica como un medio autónomo de control y sobre el anterior, ver PASTERIS, C. «Il controllo nelle...» ob. cit. pág. 53.

³⁶⁶ VANHAECKE expone un caso en el cual un sujeto sea socio de dos sociedades y administrador de las mismas de forma que se cree un vínculo personal entre ellas sin que exista una participación financiera entre ambas. VANHAECKE, M. «Les groupes de...», ob. cit. (pág. 144).

³⁶⁷ Sobre estas «uniones o conexiones personales» como medio de control personal, en especial en la experiencia estadounidense y alemana, ver ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Tomas de control...», pág. 71-75.

Por último, hay que citar aquí un supuesto de carácter mixto, el de la concertación entre un no socio y un socio de control de modo que el no socio posee el poder de control exclusivo mediatamente.

En nuestra opinión es perfectamente lícito afirmar la existencia de técnicas extracontractuales de control que no impliquen una participación en el capital de la controlada, y por tanto hablar de control externo. Todo ello sin olvidar que las mismas técnicas pueden ser usadas como medios de reforzamiento del control ya obtenido por otros medios³⁶⁸.

2.1.3. Control conjunto

Hasta aquí hemos hecho referencia al control exclusivo. Sin embargo en los últimos tiempos la doctrina y la práctica de la Comisión en materia de concentraciones ha dado carta de naturaleza a un tipo distinto de control denominado control conjunto o en común, caracterizado porque ninguna de las empresas controladoras posee por sí sola el poder de influir de forma determinante las decisiones de la empresa, sino que cada una de ellas posee un medio jurídico que le permite bloquear las principales decisiones de ésta si no son de su agrado, configurado a través de un derecho de veto o por la existencia de pactos parasociales o constitución de entidades que gestionan los valores que confieren los derechos de votos de los socios —voting trusts— o simplemente por las circunstancias específicas del caso que dan lugar al nacimiento del control en común. Se trata de casos en los cuales es necesario que se actúe el control por consenso de los socios de la sociedad controlada³⁶⁹, o en los que al menos es necesario el consenso de los socios que solo conjuntamente pueden bloquear las principales decisiones sociales de la controlada³⁷⁰. Analizaremos en primer lugar los supuestos de derecho de veto, para pasar luego al estudio de los restantes.

³⁶⁸ LIBONATI, B. «Holding ...» ob. cit. pág. 171 y ss.

³⁶⁹ Como afirma el punto 18 de la Comunicación sobre el concepto de concentración «...Existe control en común cuando los accionistas (empresas matrices) deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa controlada (empresa en participación)».

³⁷⁰ Así sucede cuando dos o más socios de entre los de la sociedad, tienen la posibilidad de bloquear las decisiones de la sociedad, pero solo pueden ejercer dicho poder actuando conjuntamente. En este solo serán entidades controladoras éstas y no los restantes socios que no participan de ese derecho. En este sentido se pronuncia también la Comunicación sobre el concepto de concentración cuyo punto 19 indica que el control común «También existe cuando dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa. En este contexto, "influencia decisiva" significa el poder de bloquear acciones que determinan la

2.1.3.1. Supuestos de derecho de veto

Situaciones de este tipo se producen cuando a falta de pactos estatutarios especiales exista una igualdad de derechos de voto entre dos únicos accionistas³⁷¹. A esta situación se suele equiparar aquella en que ambos socios pactan, o los estatutos sociales establecen, allí donde es lícito, que cada uno de los socios designará la mitad de los miembros de los órganos de decisión de la sociedad, sin que exista voto de calidad³⁷².

Pero no existirá en cambio cuando, a falta de disposiciones estatutarias especiales, el capital de la sociedad y los miembros del consejo de administración estén dividido en tres tercios pertenecientes a titulares distintos y no existan pactos específicos, puesto que en este caso la alianza de dos cualquiera de los socios. En este caso existen tres posibilidades distintas de alianza A con B, B con C y A con C que permitirán adoptar las decisiones sin que el tercero pueda bloquearlas. Como las alianzas pueden ser distintas para cada caso, ninguno de los tres socios tendrá propiamente un derecho de bloqueo y tampoco lo tendrán conjuntamente, puesto que nada les obliga a actuar de consumo³⁷³.

estrategia competitiva de una empresa. A diferencia del control exclusivo, que concede a un accionista dado el poder de determinar las decisiones estratégicas de una empresa, el control en común se caracteriza por la posibilidad de llegar a una situación de bloqueo a causa del poder que tienen las dos o más empresas matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas. Por consiguiente, estos accionistas deben llegar a un acuerdo común para establecer la política comercial de la empresa en participación».

³⁷¹ Como indica el punto 20 de la Comunicación sobre el concepto de concentración «La forma más clara de control en común se da cuando hay sólo dos empresas matrices que se reparte a partes iguales los derechos de voto de la empresa en participación. En este caso no es preciso que exista entre ellas un acuerdo formal. Sin embargo, cuando dicho acuerdo exista, debe ser conforme al principio de igualdad de las empresas matrices estableciendo, por ejemplo, que cada una de ellas tiene derecho al mismo número de representantes en los órganos de administración y que ningún miembro posee un voto de calidad» Ver en el mismo sentido el Asunto IV/M.272 Matra/CAP Gemini Sogeti de 17 de marzo de 1993.

³⁷² Punto 20 in fine de la Comunicación sobre el concepto de concentración. Como afirma el Punto 37 de la Comunicación «para que exista control en común, no puede concederse el voto de calidad a una sola de las empresas matrices. Sin embargo, sí puede existir dicho control cuando el voto de calidad únicamente puede ejercerse tras una serie de procedimientos de arbitraje y de tentativas de reconciliación o en un ámbito muy limitado». En el mismo sentido Asunto IV/M.425 - British Telecom/Banco Santander, de 28 de marzo de 1994.

³⁷³ Ver en este sentido el punto 35 de la comunicación sobre el concepto de concentración.

Si existiría en cambio control conjunto, en el caso expuesto en el párrafo anterior, si las decisiones de la Junta general y del órgano de administración tuvieran que ser adoptada con una mayoría del 75% de los votos. En este caso la falta de pronunciamiento favorable de uno de los socios o de los miembros del consejo de administración que lo representan en éste supondría la imposibilidad de adoptar el acuerdo, con lo que cualquiera de los socios tendría la posibilidad de bloquear las decisiones de la sociedad.

En los casos en que la sociedad tenga más de dos socios podrá estar también sometida a control conjunto si se reservan derechos de veto respecto a las principales³⁷⁴ decisiones relativas a la política comercial³⁷⁵, en favor de varios socios³⁷⁶. En general suele admitirse que existirá control conjunto tanto en el caso en que los derechos de veto consten en los estatutos de la sociedad o en la escritura como en el caso en que se trate

³⁷⁴ Como afirma el punto 23 de la Comunicación sobre el concepto de concentración «...la adquisición de control en común no exige que quien lo adquiere tenga la facultad de ejercer una influencia decisiva en el funcionamiento cotidiano de una empresa. Lo importante es que los derechos de veto permitan a las empresas matrices ejercer dicha influencia sobre la estrategia competitiva de la empresa en participación.».

³⁷⁵ Lo que es efectivamente relevante a este respecto, tal y como señala el punto 22 de la Comunicación sobre el concepto de concentración es que los derechos de veto deben referirse a la política comercial y no a otras cuestiones de la vida de la sociedad y deben ser mas completos que los concedidos a los accionistas minoritarios a fin de proteger sus intereses financieros como inversores. Como afirma el citado punto «Esta protección normal de los derechos de los accionistas minoritarios guarda relación con las decisiones que afectan a la esencia misma de la empresa en participación: modificaciones de los estatutos, aumento o reducción de capital, liquidación, etc. Un derecho de veto que, por ejemplo, impide la venta o el cierre de la empresa en participación, no confiere un control en común al accionista minoritario afectado». En el mismo sentido Asunto IV/M.062-Eridania/ISI de 30 de julio de 1991. Como continua diciendo el punto 22 de la citada comunicación «En cambio, los derechos de veto que dan lugar al control común se refieren habitualmente a decisiones y cuestiones tales como el presupuesto, el programa de actividad, las grandes inversiones o el nombramiento de altos directivos» sin que sea necesario que el derecho de veto se extienda a todos estos campos tal y como pone de manifiesto el punto 24 de la citada comunicación.

³⁷⁶ Como indica el punto 21 de la Comunicación sobre el concepto de concentración: «El control puede ser en común aun cuando no exista igualdad entre las dos empresas matrices en lo referente a los votos o a la representación en los órganos decisivos o cuando haya más de dos matrices. Este es el caso cuando los accionistas minoritarios tienen derechos suplementarios que les permiten vetar decisiones capitales para la estrategia competitiva de la empresa en participación», tal y como ya se estableció en el Asunto T-2/93 - Air France contra Comisión y también en el Asunto IV/M.0010-Conagra/Idea de 3 de mayo de 1991.

de pactos parasociales³⁷⁷. Si bien en el segundo caso los pactos no son oponibles a la sociedad y la decisión adoptada por ésta contra el derecho de veto sería legítima, las sanciones incorporadas al pacto parasocial suelen ser los suficientemente convincentes como para que este hecho se produzca en raras ocasiones. En estos casos los socios a los que se confiere el derecho de veto, todos o parte de los de la sociedad, son los que controlan conjuntamente la misma.

El derecho de veto en los ordenamientos con sistema dualista de administración de las sociedades puede establecerse fijando la competencia del órgano de control para determinadas decisiones siempre que los socios formen parte del quorum necesario para adoptar las decisiones, de modo que sin su presencia el órgano no pueda adoptarlas³⁷⁸.

En todo caso para que exista el control será necesario que exista el poder de influir de forma determinante, eficaz, duradera y estable en las decisiones de la controlada aunque dicho poder corresponda a una pluralidad de sujetos que deban ponerse de acuerdo para ejercerlo³⁷⁹.

En cuanto a la extensión relevante del derecho de veto hay que tener en cuenta que los derechos de veto deben referirse a las decisiones estratégicas sobre la política comercial de la empresa en participación y deben ser más completos que los derechos de veto generalmente concedidos a los accionistas minoritarios a fin de proteger sus intereses financieros como inversores de la empresa en participación³⁸⁰.

Para demostrar la existencia o no de control en común la Comisión considera que debe efectuarse una valoración global aunque un derecho de veto aislado suficientemente relevante puede ser suficiente para considerar que nos encontramos ante un caso de control en común. En todo caso el derecho de veto deberá referirse a la política o estrategia comercial, al presupuesto al programa de actividades, las grandes inversiones o el nombramiento de los altos directivos³⁸¹. Para reconocer la existencia de control en común, no será necesario que se posea derecho de veto respecto a todas los campos mencionados. Podrá bastar la existencia de

³⁷⁷ Punto 21 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

³⁷⁸ Punto 21 in fine de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

³⁷⁹ En la misma línea ver el punto 12 de la Comunicación sobre el concepto de concentración, en virtud del cual «En cuanto a la adquisición del control, éste puede ser exclusivo o en común. En ambos casos, el control se define como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa a través de derechos, contratos u otros medios...».

³⁸⁰ Punto 22 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

³⁸¹ Puntos 29 y 23 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

derecho de veto respecto a una o varias de éstos atendiendo a su contenido y a su importancia³⁸². En particular respecto al 8 LDC será preciso que se refiera a la política comercial y al sector de actividad en que se inscriba la decisión que conlleva la infracción de la norma.

La posesión de control en común no exige, en sede de concentraciones, que las dominantes tengan la facultad de ejercer una influencia decisiva en el funcionamiento cotidiano de una empresa³⁸³. A diferencia de ello en sede de aplicación del artículo 8 LDC si será preciso, en cambio, que las dominantes posean dicha facultad. Solo en este caso podrá fundarse posteriormente la imputación de la conducta por el ejercicio del control. La existencia de Derechos de veto en otros campos puede, en cambio, ser indicativa o reafirmar la convicción de la presencia de una relación de control relevante desde el punto de vista de la aplicación del artículo 8 LDC.

2.1.3.2. Ejercicio en común de los derechos de voto

El control conjunto puede también establecerse como consecuencia del ejercicio en común por varias empresas de los derechos de voto que les confieren sus participaciones en el capital de otra de modo que la suma de sus participaciones minoritarias y su actuación conjunta de modo estable les permita obtener el control³⁸⁴. La práctica societaria conoce la utilización para estos fines de los sindicatos de voto³⁸⁵. Pactos parasociales mediante los cuales un grupo de socios pueden obtener o mantener el control de una sociedad sindicando las acciones necesarias para obtener las mayorías precisas para detentar la posición de control. Estos pactos de naturaleza personal tienen eficacia solo entre las partes, y no frente a los terceros o frente a la sociedad³⁸⁶.

³⁸² Punto 24 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

³⁸³ Punto 23 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

³⁸⁴ Punto 30 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

³⁸⁵ Punto 30 de la Comunicación sobre el concepto de concentración. Sobre los sindicatos de voto ver VICENT CHULIÁ, F. «Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto» en «Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena», Madrid (Civitas), 1991, pág. 1203 y ss. en donde se recoge también la jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a la licitud de tales pactos.

³⁸⁶ Respecto a la imposibilidad de invocar los pactos frente a la sociedad ver en nuestra doctrina anterior a la reforma de 1989 -reproducibile tras la reforma URJA, R. «Comentario...» op. cit. vol. II, pág. 786-787.

La sola sanción jurídica que afecta a quien viola un pacto parasocial es la obligación de resarcimiento del daño causado —siempre que no se hayan pactado especiales cláusulas penales—, no pudiendo el partícipe del pacto compeler al copartícipe a votar en la forma decidida, siendo perfectamente válido el voto emitido que sea contrario a cuanto se haya decidido en el seno del sindicato accionario. La violación del pacto del sindicato no dará lugar, por tanto, a ninguna impugnación de las deliberaciones de la Junta³⁸⁷.

Nuestro Ordenamiento reconoce esta forma de control interno de derecho poseído por varios titulares al establecer que éste existirá cuando una entidad pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios de la mayoría de los derechos de voto.

El control interno puede ser alcanzado también en los países anglosajones por un colectivo de sujetos a través del *voting trust*³⁸⁸. A través de este contrato uno o varios accionistas de una sociedad, transmiten la titularidad de sus acciones a un tercero «trustee» con la carga de administrarlas en favor de un sujeto, el llamado beneficiario, que puede ser uno de los propios transmitentes o un tercero, recibiendo el beneficiario certificados de participación en el «trust». El sistema puede ser usado también para mantener el control ya existente sobre uno o varias sociedades consiguiendo beneficios fiscales o para iniciar un proceso de concentración empresarial³⁸⁹.

Pueden sin embargo existir otros supuestos como la concertación *de facto* que, pese a su carácter excepcional puede llegar a producirse cuando las empresas tengan importantes intereses comunes y no deseen perjudicarse mutuamente al ejercer sus derechos sobre la empresa en participación³⁹⁰. El control en común puede igualmente reconocerse en aquellos

³⁸⁷ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3338. En contra de la opinión expresada en el texto, ver AZZINI, L. «I gruppi aziendali», ob. cit. pág. 64, quien configura el sindicato de voto como un modo de adquisición y de conservación del control. Sobre el tema ver también BERLE, A.A.-MEANS, G.C. «Società per azioni...», ob. cit. pág. 76.

³⁸⁸ Punto 31 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

³⁸⁹ RUIZ PERIS, J.I. «Significado.....», ob. cit., pág. 3338. Para ulteriores precisiones respecto al contrato fiduciario conocido en los ordenamientos anglosajones como trust ver FRANCESCHELLI, R. «Il Trust nel Diritto Inglese», Padova (Cedam), 1935; o más recientemente PETTIT, P.H. «Equity and the Law of Trusts», London (Butterworths) 1984.

³⁹⁰ Punto 32 de la Comunicación sobre el concepto de concentración. En el caso de que se adquieran participaciones minoritarias, la existencia previa de vínculos entre los accionistas minoritarios o la adquisición de las participaciones mediante una acción concertada constituirán indicadores de dicho interés común. (Punto 33).

casos en que cada empresa aporte una contribución esencial para el funcionamiento de la empresa en participación (por ejemplo, tecnologías específicas, know-how local o acuerdos de suministro), en cuyo caso las empresas solo pueden explotar conjuntamente la empresa en participación si se ponen de acuerdo sobre las decisiones estratégicas más importantes, aunque no se hayan previsto explícitamente derechos de veto³⁹¹.

2.1.4. Control de una única empresa mediante derecho de bloqueo

Un caso especial es aquél en el que un único socio puede vetar las decisiones estratégicas de la empresa, pero no imponer por sí mismo tales decisiones. Así sucede, por ejemplo en los casos en que, a falta de pactos estatutarios específicos, un accionista es titular del 50% de los derechos de voto de la sociedad y ha nombrado solamente el 50% de los miembros del órgano de administración, o cuando la adopción de decisiones estratégicas está sujeta a un quorum que confiere en la práctica el derecho de veto al accionista minoritario³⁹².

En este caso el nivel de influencia del socio único es perfectamente equiparable al de la pluralidad de socios que controlan en común la sociedad³⁹³, por lo que debe considerarse a empresa socia como empresa controladora a los efectos del artículo 8 LDC. El socio puede bloquear la adopción de decisiones estratégicas, aunque no puede imponerlas. En todo caso existe el poder de influir de forma determinante, eficaz, duradera y estable en las decisiones de la controlada.

2.1.5. Control a través de personas que actúan en concierto

Un último caso es aquél en el que la empresa sobre la cual se plantea la cuestión de la imputación solo pueda controlar la empresa infractora a través de la participación que tengan otras personas físicas o jurídicas

³⁹¹ Punto 34 de la Comunicación sobre el concepto de concentración, que indica además que «...cuanto mayor sea el número de empresas matrices, menos probable será que se dé esta situación.»

³⁹² Punto 39 de la Comunicación sobre el concepto de concentración, que no hace referencia, sin embargo, a la necesidad de que en el primer caso, el socio titular del 50% del capital solo haya elegido a la mitad de los miembros del órgano de administración, ya que si ha elegido a la mayoría estaremos ante un caso de control exclusivo.

³⁹³ En el mismo sentido ver el punto 39 de la Comunicación.

que actúen en concierto con ella. En estos casos hay que tener en cuenta que el requisito establecido en el precepto es el control y no la titularidad de un determinado paquete de acciones o de un número concreto de participaciones. Por lo que comprobado que los otros sujetos actúan en concierto con la empresa en cuestión habrá que considerar a ésta como controladora³⁹⁴.

2.2. Significado del requisito de que el comportamiento económico de una empresa sea determinado por otra

2.2.1. Comportamiento económico

Por comportamiento económico a los efectos del artículo 8 LDC hay que entender aquellos actos u omisiones de la controlada realizados en el mercado con fines concurrenciales³⁹⁵. En efecto aunque el término comportamiento económico incluye comportamientos referidos a la esfera interna de la empresa controlada, como los relativos a la organización interna o la financiación, solo serán relevantes desde la perspectiva de la competencia aquellos comportamientos que se realicen en el mercado. Deberá ser por tanto un comportamiento apto para desarrollar en el mercado la actividad propia de la empresa que implica la ejecución de su objeto. Un comportamiento que tenga reflejo respecto a quienes constituyan sus clientes. La realización en el mercado del comportamiento exige que siendo la empresa controlada oferente o demandante de bienes o servicios el comportamiento tenga reflejo sobre aquellos demandantes que adquieren sus productos o contratan sus servicios o respecto a aquellos oferentes a los que ella adquiere sus productos o contrata sus servicios y ello independientemente del carácter horizontal o vertical de la conducta que implique la infracción de las normas de competencia.

³⁹⁴ En el mismo sentido puede verse el punto 10 de la Comunicación sobre el concepto de concentración ya citada, de acuerdo con el cual «Pueden darse situaciones excepcionales en que el titular legítimo de una participación de control no sea la misma persona o empresa que tenga el poder real para ejercer los derechos resultantes de su participación. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una empresa se vale de otra persona o empresa, a pesar de ser esta última la titular legítima de los derechos. En este caso, el control lo adquiere la empresa que esté detrás de la operación y que tiene de hecho el poder de controlar la empresa objeto de la operación...».

³⁹⁵ Sobre estas cuestiones ver MASSAGUER, J. «Comentario a la Ley de Competencia Desleal», Madrid (Civitas) 1999, págs. 120 y ss. y BERCOVITZ, A. (coord.) «La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991», Madrid (Cámara de Comercio e Industria), 1991. Ver igualmente MENÉNDEZ, A. «La competencia desleal», Madrid (Civitas) 1988.

En efecto tanto en uno como en otro caso el comportamiento económico relevante debe referirse a quienes constituyen la contraparte en el mercado. Así cuando se produce un cartel horizontal de precios el comportamiento económico relevante es la fijación de precios respecto a los potenciales adquirentes de los bienes o servicios que ofrecen. Mercado las empresas que participan en el cartel. Igualmente sucede en los casos en que el objeto del acuerdo sea el reparto de fuentes de aprovisionamiento. En el caso de las restricciones verticales o de los comportamientos abusivos el comportamiento económico relevante se refiere igualmente a quienes contratan con la empresa en que abusa de la posición de dominio o de la posición de dependencia en que se encuentra otra empresa respecto a ella. También en los casos de actos de competencia desleal que falsean sensiblemente la competencia el comportamiento económico se refiere a la contraparte contractual. Así por ejemplo en un caso de denigración, confusión o violación de normas, el mensaje denigratorio, la confusión o la violación de normas son comportamientos económicos cuya finalidad es obtener un efecto respecto a los posibles contratantes.

Siguiendo a MASSAGUER³⁹⁶ podemos considerar que el comportamiento económico realizado en el mercado poseerá finalidad concurrencial cuando esté orientado a influir en la estructura del mercado, en la posición competitiva de la propia empresa o de otras en el mercado o sea apto para condicionar el intercambio de bienes o servicios en el mercado.

La determinación de la finalidad concurrencial del comportamiento económico debe realizarse atendiendo a criterios objetivos siendo indiferente la voluntad del actor. Ello se deduce claramente del hecho de que tanto la LDC (artículos 1, 6, 7, 14 y 19) como la LCD (art. 5 aplicable en relación con el 7 LDC) extiendan su aplicación a todos los actos que producen efectos anticompetitivos en el mercado independientemente de la voluntad del agente.

La presunción *iuris tantum* de la finalidad concurrencial del acto cuando por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero contenida en el artículo 2.2 LCD solo será directamente aplicable respecto a los actos de competencia desleal que falseen la competencia.

³⁹⁶ MASSAGUER, J. «Comentario...» op. cit., pág. 122.

2.2.2. Determinación del comportamiento económico

La imputación a la controladora de la conducta de la controlada exige de acuerdo con el artículo 8 LDC que el comportamiento económico relevante de ésta sea determinado por aquélla. Ello nos lleva a plantearnos en que consiste la determinación del comportamiento económico ajeno, cuando podrá considerarse cumplido este requisito y como podrá probarse su existencia.

Entre los significados que la Real Academia de la Lengua Española otorga al verbo determinar se incluye el de hacer tomar una resolución. Determinar el comportamiento económico relevante ajeno es por tanto hacer tomar resoluciones a terceros que configuren su propio comportamiento económico en el mercado con fines concurrenciales.

Tratándose de empresas la resolución deberá ser adoptada por la persona física empresario o por los órganos que crean la voluntad de la entidad titular de la empresa.

Centrándonos en el segundo supuesto la resolución deberá ser adoptada por los órganos de administración y en ocasiones por los órganos de representación cuando dichas entidades tengan base personal.

Determinar implica también que la resolución sea hecha adoptar por un tercero, siendo indiferente la condición de éste. Respecto a la aplicación del artículo 8 LDC el hecho de determinar el comportamiento económico relevante de una empresa solo dará lugar a la imputación cuando el tercero sea una empresa y controle a la empresa que adopte la resolución. La determinación relevante se configura de este modo como ejercicio del control, esto es como ejercicio del poder que permite a una empresa influir de modo decisivo en la formación de la voluntad de otra de modo estable y duradero.

Es necesario señalar, con carácter preliminar, que la exigencia de control no implica que el ejercicio del control deba ser llevado a cabo por el sujeto que lo posee, bastará con que exista independientemente de que sea ejercitado por éste o por alguna de las entidades pertenecientes al grupo³⁹⁷.

El medio habitual de ejercicio del control consiste en impartir instrucciones al órgano encargado de adoptar la decisión en la entidad titu-

³⁹⁷ Ver en este sentido la STPI de 20 de marzo de 2002 en el caso «HFB Holding» en que una persona física controlaba un grupo de sociedades y el control sobre las participantes era ejercido por otras sociedades pertenecientes al grupo.

lar de la empresa controlada, que generalmente es, como hemos visto, el órgano de administración.

Ello no implica que no existan otros medios de determinar el comportamiento de la controlada que no impliquen impartir instrucciones concretas respecto a un comportamiento específico. El hecho de que la infracción derive del cumplimiento de la controlada de instrucciones genéricas de política comercial que exigen la comisión de la infracción resulta suficiente siempre que se demuestre que la única vía para lograr el cumplimiento de las instrucciones generales hacía imprescindible la comisión de la infracción y que la controladora conocía o no podía ignorar que así fuera.

La prueba de la existencia de instrucciones específicas o genéricas puede resultar muy compleja aunque podrá ser realizada por cualquier medio de prueba que el Derecho reconoce incluyendo la valoración de indicios.

Es por ello por lo que parece conveniente analizar si existen otros criterios que nos permitan construir una presunción *iuris tantum*, que debería ser sancionada legalmente en su caso, en base a la existencia de otros datos de más fácil comprobación. Para ello orientaremos nuestra investigación al Derecho de grupos.

Bajo el término grupo se reúnen estructuras jurídicas y económicas muy variadas. Frente a casos en que la empresa principal del grupo puede actuar como una sociedad de cartera propiamente dicha —*holding* pura— que es propietaria de las acciones de las empresas filiales —entidades operativas—, en otros, la empresa principal ejerce la actividad principal del grupo —*holding* mixta—, mientras que los otros sectores están constituidos legalmente como filiales autónomas.

El grupo puede estar organizado en distintos sectores comerciales que pueden tener la condición jurídica de sociedades de cartera intermedias, las cuales, a su vez, tienen sus propias filiales directas o indirectas, o bien de divisiones sin personalidad jurídica propia.

Aun cuando la administración principal de una división constituya una filial distinta, puede que no posea directamente los activos o incluso las acciones de las distintas filiales aun cuando controle su funcionamiento y su gestión.

En algunos grupos, las distintas entidades configuran un conjunto de órganos de una única unidad empresarial en otros las entidades se comportan de modo destacadamente independiente estando sometidas a un control por la delimitación de la actividad que realizan, el mercado al que se dirigen y los resultados que obtienen.

En algunos supuestos se trata de sociedades participadas totalmente por la matriz, mientras que en otros se minimiza de forma deliberada la participación entre las compañías del grupo.

Aunque como hemos dicho hasta el momento el hecho de que la filial pertenezca a un grupo, aun de estructura centralizada, no es suficiente para imputar la responsabilidad de la controlada a la controladora, no lo es menos que la comprobación de la existencia de dirección unitaria y de un fuerte grado de centralización entre la controladora y controlada son hechos suficientemente relevantes como para fundar una presunción y trasladar la carga de la prueba respecto a la autonomía de la controlada a la hora de adoptar decisiones a controladora y controlada. Solo destruida la presunción cabría exigir la prueba de que la concreta instrucción fue impartida o de que la infracción era consecuencia imprescindible de las instrucciones generales de política comercial impartidas por la controladora y de que ésta, al menos, debía conocerlo.

Junto a ello analizaremos también el valor que haya de darse a la titularidad del 100 por 100 del capital de una filial o un porcentaje con una diferencia *de minimis* respecto al 100 por 100 a la hora de fundar una presunción.

2.2.3. Determinación del comportamiento económico y dirección unitaria

La dirección unitaria es uno de los elementos característicos del grupo de sociedades y como tal se encuentra reconocido en la mayoría de los ordenamientos o de los proyectos de normativa que regulan el fenómeno de los grupos³⁹⁸.

La noción de la dirección unitaria ha sido una de las nociones más oscuras en el ámbito del derecho de los grupos de sociedades, siendo su

³⁹⁸ Ver en este sentido el párrafo 18 AktG 1965, del artículo 492 del Código de sociedades comerciales portugués, los artículos 3 e 4 de la primera y segunda proposición de ley Cousté respectivamente, el artículo 223.1º del proyecto de estatuto para una sociedad anónima europea y el artículo 13 de la última versión del proyecto de novena directiva comunitaria en la materia. Una excepción a esta práctica definitoria la encontramos en el Derecho brasileño concretamente en el artículo 265 de la ley brasileña de sociedades anónimas de 1976, que no menciona expresamente la dirección unitaria si bien tal y como afirma EMBID IRUJO, J.M. «Los grupos de sociedades en la nueva...» ob. cit. pág. 472, presupone la misma de modo implícito. Respecto al ordenamiento suizo DRUEY, J.N. «El Derecho de grupos suizo», Derecho de Sociedades, 1994, pág. 157 y ss. (157) haciendo referencia en particular al artículo 663 e) párrafo 1º del Código de Obligaciones.

significado discutido en la doctrina y jurisprudencia.

La dificultad de encontrar una definición reside en tres hechos. El primero consiste en que la definición debe incluir la totalidad de los diversos fenómenos que existen en el ámbito de los grupos. Esto es debe afrontar fenómenos tan diversos de actuación unitaria como los que se producen como consecuencia de las relaciones de control propias de los grupos por subordinación y de las relaciones de coordinación propias de los grupos por coordinación.

El segundo, es que la definición debería estar fundada sobre nociones que hagan referencia a fenómenos fácilmente verificables.

Y el tercero es la ausencia de definiciones legales del fenómeno, tanto en los ordenamientos que han dado una disciplina orgánica a los grupos como el alemán —que establece un sistema de doble presunción—, el brasileño o el portugués, como en aquellos que tienen solamente una disciplina fragmentaria sobre la cuestión.

En modo general se puede decir que existe dirección unitaria cuando un sujeto titular de un poder de determinar la orientación económica, la política y la gestión de varias sociedades, coordina la actividad de aquellas en función de objetivos generales previamente definidos³⁹⁹.

La característica esencial de la dirección unitaria es que la empresa integrante del grupo pierde su autonomía, su capacidad para decidir autónomamente su política empresarial⁴⁰⁰, en modo que a la empresa que controla o coordina el grupo, o al órgano sin personalidad jurídica creado para tal fin le es atribuido un poder de planificación y decisión respecto a todas las empresas integradas en el grupo⁴⁰¹.

La función de la dirección unitaria sería la de mantener la cohesión del grupo, definir su política económica y distribuir las funciones entre las diversas sociedades integrantes del mismo⁴⁰².

La dirección unitaria puede tener distintos grados de intensidad, sin dejar de ser considerada como tal. Concretamente la dirección unitaria se puede manifestar en la determinación de una política general, dejando a las sociedades integrantes del grupo una amplia libertad en el cam-

³⁹⁹ En este sentido ver OZTEK, S. «La protection des actionnaires...», ob. cit. pág. 55.

⁴⁰⁰ FONT RIBAS, A. «Algunes reflexions...», ob. cit. pág. 836.

⁴⁰¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. «Concepto y significado institucional...» ob. cit. p. 558.

⁴⁰² DUQUE DOMÍNGUEZ, J. «Concepto y significado institucional...» ob. cit. p. 534-535.

po comercial o al revés puede llegar a imponer las mismas reglas rígidas de gestión interviniendo detalladamente en su actividad⁴⁰³.

Los criterios sobre la noción de dirección unitaria expuestos por la doctrina pueden ser reagrupados en dos posiciones. Una que tiene una concepción restringida según la cual solo se puede hablar de dirección unitaria cuando ésta se extiende a todos los sectores de la actividad de las sociedades integradas en el grupo.

Otra concepción más amplia, según la cual para poder hablar de dirección unitaria es suficiente la realización de un mera coordinación de la actividad de las empresas integradas en el grupo referida a las cuestiones más importantes de la política empresarial de las mismas.

La dirección unitaria implica, en todo caso, que una serie de competencias propias, según nuestro ordenamiento societario, de las entidades integradas en el grupo y necesarias para decidir la política empresarial de las mismas son ejercitadas por la controladora, por quién coordina el grupo por coordinación o por el órgano sin personalidad jurídica creado al efecto.

Todo esto nos plantea el problema de determinar cuales serán las competencias cuyo ejercicio, por parte de la controladora o de otros entes u órganos antedichos, constituirá el contenido mínimo de la dirección unitaria.

Si hacemos el análisis desde un punto de vista económico de los diversos sectores o ámbitos de decisión que existen en la empresa, podemos distinguir cinco: financiación, personal, suministros, producción y ventas, incluyendo en esta última publicidad y marketing. La cuestión estriba en determinar a cuales de estos sectores deberá referirse necesariamente las instrucciones o directivas para que podamos hablar de dirección unitaria.

La doctrina es unánime al señalar que el sector financiación integra el contenido mínimo de la dirección unitaria⁴⁰⁴. La atribución a la cabeza de grupo o al órgano sin personalidad jurídica que desarrolla las funciones de tal, de la competencia para planificar las necesidades futuras de capital y su cobertura, así como para controlar y administrar las exis-

⁴⁰³ OZTEK, S. «La protection des actionnaires externes...» ob. cit. p. 57; KEUTGEN, G. «Le droit des groupes...» ob. cit. pág. 202; FONT RIBAS, A. «Algunas reflexions...» ob. cit. pág. 836.

⁴⁰⁴ En este sentido ver OZTEK, S. «La protection des actionnaires externes...» ob. cit. pág. 60; PETITPIERRE-SAUVIN, A. «Les groupes de sociétés», ob. cit. pág. 12 y ss; SINA Y, R. «Expérience allemande et proposition de société anonyme européenne», en «Droit des groupes de sociétés. Analyse-Propositions», pág. 44. EMBID IRUJO, J.M. «Grupos de sociedades...» ob. cit. pág. 156.

tencias financieras, constituye sin duda parte del contenido mínimo de la dirección unitaria.

No hablamos por tanto de la dependencia financiera, que si bien puede ser considerada como un elemento indicador de la existencia de un grupo —ya que en muchos casos las sociedades que tienen por objeto principal el crédito conceden créditos importantes a sociedades cuya administración no les es totalmente extraña— no tiene ninguna vinculación con el fenómeno de la dirección unitaria.

Afirmado el carácter necesario de la coordinación en materias financieras como elemento integrador del contenido mínimo de la dirección unitaria queda preguntarse si será también suficiente la presencia de tal coordinación para afirmar la existencia de dirección unitaria.

La doctrina en este punto está dividida. De una parte un cierto sector doctrinal afirma que la coordinación de las sociedades integrantes de grupo en el campo financiero es suficiente para que se admita que exista dirección unitaria sin que debamos preguntarnos si los otros sectores de la actividad empresarial de la sociedad integrante del grupo están sometidos a la dirección centralizada⁴⁰⁵. De otra se afirma que junto a la coordinación financiera debe concurrir cuanto menos una cierta coordinación en materia de personal, concretamente con referencia a la elección de los dirigentes superiores de las sociedades integradas en el grupo⁴⁰⁶, en cuanto estos sujetos son aquellos que pueden garantizar la actividad de la dirección unitaria.

Respecto a los sectores de suministro producción y venta, la doctrina da menos importancia a estos en orden a la determinación del contenido mínimo de dirección unitaria⁴⁰⁷. Si bien es evidente que la dirección del grupo podrá asumir competencias en cada uno de estos sectores, en modo que según el número de sectores en los cuales se realice la coordinación y según la intensidad alcanzada en la misma nos encontraremos frente a un grupo con estructura centralizada o descentralizada⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Sobre la cuestión ver OZTEK, S. «La protection des actionnaires externes...» ob. cit. pág. 60.

⁴⁰⁶ Sobre la cuestión ver PETITPIERRE-SAUVIN, A. «Groupes de sociétés», ob. cit. pág. 12; EMBID IRUJO, J.M. «Grupos de sociedades...» ob. cit. pág. 157; id. «Regulación mercantil...» ob. cit. pág. 5; PAVONE LA ROSA, A. «Controllo e gruppo...» ob. cit. pág. 21.

⁴⁰⁷ Sobre el punto ver por todos EMBID IRUJO, J.M. «Grupos de sociedades...» ob. cit. pág. 157.

⁴⁰⁸ Sobre la distinción entre grupo de estructura centralizada y grupo de estructura descentralizada y su relevancia jurídica ver EMBID IRUJO, J.M. «Grupos de sociedades...» ob. cit. pág. 158.

La dirección unitaria se configura como el ejercicio de un poder o como el efecto de un acuerdo. En los grupos por subordinación, la coordinación de la actividad de las empresas integrantes del grupo, en la cual se sustancia la dirección unitaria, tiene necesidad de una relación de poder para explicarse. Sin una relación de poder subyacente en el grupo entre la cabeza de grupo u órgano sin personalidad jurídica y las sociedades integrantes del grupo no sería posible, para aquéllas, coordinar la actividad de éstas. En este modo se plantea el problema de distinción entre la dirección unitaria y ejercicio del control del cual nos ocuparemos en el punto siguiente.

En fin la coordinación de la actividad de las sociedades integrantes de un grupo debe obedecer a un plan genérico o a una estrategia global para que podamos decir que nos encontramos frente a una situación de dirección unitaria⁴⁰⁹.

De otra parte la dirección unitaria viene ejercida en los grupos tanto por entidades dotadas de personalidad jurídica o por personas físicas, como por órganos sin personalidad jurídica creados expresamente como «estado mayor» u órgano de dirección de grupo.

Estos órganos tienen una composición heterogénea si bien por regla general son constituidos por el titular del paquete de control de la sociedad del cabeza de grupo o sus representantes y sus hombres de confianza que algunas veces coinciden con los administradores de las sociedades integrantes del grupo⁴¹⁰.

En conclusión en base a todo lo que hemos expuesto podemos definir la dirección unitaria, en el ámbito de los grupos de sociedades como el ejercicio del poder de coordinar la política empresarial de una pluralidad de sociedades jurídicamente autónomas en orden a la consecución de un plan global previamente establecido, ejercitado por una entidad o persona física (cabeza de grupo) o por un órgano sin personalidad jurídica creado *ad hoc* para asumir tal competencia.

Para fundar la presunción de que la conducta de la controlada ha sido determinada por la controladora no bastará, tal y como hemos visto, la constatación de la existencia de dirección unitaria o de un grupo centralizado. En cambio cuando se constate la existencia de dirección unitaria respecto a la política comercial y de suministros así como res-

⁴⁰⁹ Ver en este sentido PETITPIERRE-SAUVIN, A. «Groupes de sociétés...» ob. cit. pág. 11.

⁴¹⁰ Sobre la cuestión ver por todos OZTEK, S. «La protection des actionnaires externes...» ob. cit. pág. 60.

pecto al marketing de la empresa y nos encontremos en presencia de un grupo fuertemente centralizado en el que no solo la política general sino las decisiones empresariales más relevantes sean adoptadas con participación de la dirección del grupo si que parece que podremos fundar tal presunción, sobre todo en aquéllos casos en que pueda comprobarse que existe un interés común entre controladora y controlada en la infracción o que este beneficia a la controladora y no a la controlada.

2.2.4. Valor de la titularidad del 100 por 100 del capital de una filial

Como hemos visto en el primer capítulo, la cuestión del valor que debe darse a la titularidad del 100 por 100 del capital de una filial es cuestión que ha dado lugar a diversos pronunciamientos en el ámbito del Derecho comunitario. La posición de la Comisión y la línea mayoritaria de las sentencias tienden a considerar que en estos casos debe presumirse la existencia de ejercicio de control⁴¹¹ y que corresponde en ellos a la dominante probar que la filial actúa fijando de modo autónomo su línea de actuación en el mercado⁴¹². Solo tal prueba desvirtuaría la presunción y obligaría a la Comisión o al TDC a probar la existencia de ejercicio de control. Cuando la autonomía en la fijación de la línea de actuación en el mercado por parte de la filial puede ser reconocida y no se puede probar la existencia de ejercicio de control la conducta de la filial no se imputa a la matriz. En todo caso no se trata de una regla de imputación *per se* y en la práctica totalidad de los casos podemos encontrar que las decisiones de la Comisión contienen elementos de prueba del ejercicio del control en estos casos. Por su parte el TDC, tal y como

⁴¹¹ Un ejemplo de la posición de la Comisión podemos encontrarlo en el Considerando 77 de la STPI de 14 de mayo de 1998 en el caso «Stora» en el que se recoge la interpretación que realiza la Comisión del caso fundándose en el caso «AEG», «Shell» y «BPB». De acuerdo con la misma «en el caso de una filial controlada al 100%, la Comisión está perfectamente legitimada para dirigir la Decisión, como en el caso de autos, a la sociedad matriz. En semejante caso, se presume el control de la sociedad matriz sobre la política comercial.»

⁴¹² Esta es la construcción más habitual en las sentencias del TJ y del TPI, como por ejemplo en los casos «AEG» o «Stora» en los que, junto a otros elementos de hecho que confirmaban el ejercicio del control o el conocimiento de la dominante de los actos de la dominada, se toma en consideración que la matriz no había negado que podía ejercer una influencia determinante en la política comercial de la filial o no había aportado ningún elemento de prueba que demostrara autonomía de la filial.

hemos visto, ha tendido de modo más extremo en algunas de sus resoluciones a aplicar este criterio como regla *per se* de imputación.

La aplicación de como regla *per se* no parece admisible en sede de Derecho administrativo sancionador en el que deben probarse todos los elementos constitutivos del tipo a diferencia de cuanto sucede respecto al privilegio del grupo⁴¹³.

En cuanto al nacimiento de la presunción en los supuestos en que existe una diferencia *de minimis* respecto al 100 por 100 existe una tendencia cada vez más consolidada en este sentido.

⁴¹³ Ver respecto a la cuestión RUIZ PERIS, J.I. «El privilegio del grupo», Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

Capítulo 4

LA CONSECUENCIA JURÍDICA: LA IMPUTACIÓN DE LA CONDUCTA

La consecuencia jurídica derivada de los presupuestos que configuran el supuesto de hecho del artículo 8 LDC es la imputación. Analizaremos seguidamente cual es la conducta imputable, el significado de la imputación, su fundamento, el sujeto al que se imputa la conducta y sus efectos.

I. CONDUCTA IMPUTABLE

De acuerdo con lo previsto en el artículo 8 LDC son imputables a la controladora las conductas previstas en la propia Ley. La ausencia de limitación a las conductas prohibidas en la sección primera del capítulo primero de la Ley —colusorias, abusivas y desleales— plantea la cuestión de si el precepto será únicamente aplicable respecto a las mismas o también extenderá su ámbito de aplicación a las conductas objeto de control. Es cierto que en estos casos no existe una verdadera prohibición pero no lo es menos que una empresa está sometida a especiales obligaciones en estos casos previstas por la LDC cuyo incumplimiento genera responsabilidad. Así sucede con la infracción del deber de notificar previamente la concentración al Servicio de Defensa de la Competencia de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14.1 LDC que podrá ser sancionada con multa de hasta 30.000 euros —antiguos 5.000.000 de pesetas— que podrá ser ampliada en 12.000 euros diarios —2.000.000 millones de antiguas pesetas— por cada día de retraso en la notificación cuando ésta haya sido requerida por el SDC (art. 18 LDC).

La ubicación del precepto en la sección primera del capítulo primero de la Ley, su referencia al término «conductas» que titula la sección, «de las conductas prohibidas y autorizadas» y aun el origen histórico de la doctrina de la imputación parecen militar a favor de una interpretación restrictiva que limite la aplicación a las conductas enumeradas en la sección primera. Además podría argumentarse que la finalidad del precepto es declarar la corresponsabilidad respecto a conductas que afecten la competencia en el mercado y no respecto a la infracción de normas

administrativas de procedimiento. En todo caso en la literalidad del precepto cabe la segunda interpretación sin forzar su sentido y sin realizar ningún tipo de interpretación extensiva.

La conducta de la controlada que se imputa en el mercado deberá constituir un comportamiento económico en el mercado con fines concurrenciales que se configure como una infracción de las prohibiciones contenidas en el artículo 1, 6 o 7 LDC, esto es como una conducta colusoria, abusiva o desleal. La conducta deberá cumplir los requisitos establecidos en estos preceptos. Pero también respecto a esto se aplicará la doctrina de la unidad económica. El cumplimiento viene referido a la empresa por lo que el cumplimiento de algunos elementos del tipo por una entidad y de otros por otras entidades que conformen con aquélla una única unidad económica tendrá como consecuencia de la totalidad de aquéllos se considere imputable a la única empresa.

Junto a los actos u omisiones con trascendencia externa en el mercado debe incluirse igualmente en la noción de conducta relevante los actos preparatorios tal y como han venido aceptando la jurisprudencia comunitaria y la práctica de la Comisión.

La conducta debe poder producir además efectos sensibles en el mercado cuando se trate de una conducta colusoria (arts. 1.3 y 36 bis 1 LDC) o abusiva (art. 36 bis 1 LDC)

La conducta colusoria será relevante independientemente de que los efectos lleguen a producirse o al configurarse la infracción de las normas de defensa de la competencia como un ilícito de peligro (art. 1.1 LDC).

II. SIGNIFICADO DE LA IMPUTACIÓN

El texto legal nos plantea la cuestión del significado que debemos dar al término imputación en este precepto. El concepto de imputación no está legalmente definido. De acuerdo con el Diccionario de la real Academia Española imputar significa atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprochable.

El término es intensamente utilizado en el ámbito del Derecho penal en un doble sentido, en relación a la capacidad del sujeto al que se pretende atribuir un hecho —imputación subjetiva— y respecto a las relaciones de causalidad entre un sujeto y un hecho delictivo —imputación objetiva—.

En este segundo sentido ha sido también desarrollado en el ámbito del Derecho civil⁴¹⁴. En definitiva la imputación implica la atribución de una conducta a un sujeto. A través de la técnica jurídica de la imputación se atribuye un acto a un sujeto como propio.

En principio una consecuencia jurídica solo puede ser imputada o atribuida a un sujeto de derecho cuando este cumple por sí mismo todos los elementos del tipo, o si se prefiere del supuesto de hecho de la norma. Así sucede por ejemplo con el administrador único de una sociedad anónima que produce con su actuación un daño al patrimonio de la sociedad. Sólo si el administrador cumple por sí mismo con todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo señalados en los párrafos 1 y 2 del art. 133.1^º, nacerá la responsabilidad.

Sin embargo nuestro ordenamiento admite supuestos en que se atribuyen consecuencias jurídicas a un sujeto distinto de aquél que realiza la conducta —responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones, prevista en el art. 1903 Cc.—, o en los que se imputa la consecuencia a un sujeto que por sí solo no cumple el elemento integrante del supuesto de hecho, pero que junto con otros que tampoco lo cumplen aisladamente cumplen conjuntamente con tal requisito —así sucede en materia de concentración de empresas o de abuso de posición de dominio en que para determinar la cuota de mercado o el volumen global de ventas en España que hacen nacer la posibilidad de controlar la operación de concentración o la posición de dominio habrá que tener en cuenta, no sólo la cuota de mercado o la cifra de ventas de las empresas partícipes, sino también las de los integrantes de los grupos de empresas dominados por éstas (art. 14 en relación con el 15.2^º segundo párrafo LDC).

La imputación se configura de este modo como una técnica auxiliar que permite a través de la visión de conjunto del cumplimiento de los diferentes elementos del supuesto de hecho de un precepto realizados por distintos sujetos de derecho atribuir a uno, varios o todos ellos las consecuencias jurídicas previstas.

En definitiva permite —a través de la norma de imputación— atribuir las consecuencias jurídicas previstas en otra norma a un sujeto cuando

⁴¹⁴ En nuestro país puede verse el trabajo de PANTALEÓN PRIETO, F. «Causalidad e imputación objetiva», en «Centenario del Código civil», II, Madrid 1991, pág. 1561 y ss.

éste por sí mismo —si no existiera la norma de imputación— no cumpliría con todos los elementos del tipo que permitirían —sin norma de imputación— atribuirle las consecuencias jurídicas previstas por la norma afectada.

La imputación como técnica de extensión de la atribución de consecuencias jurídicas a sujetos de derecho presupone la existencia de una norma de imputación y de una norma afectada, ésta es la norma cuyo supuesto de hecho no llega a cumplirse por el imputado como consecuencia de la aplicación de la norma de imputación. Aquélla es la norma que establece la imputación del sujeto de derecho cuya conducta era deficiente.

En nuestro caso la norma de imputación es el mismo artículo 8 LDC, en tanto que son normas afectadas el artículo 1,6 y 7 LDC en cuanto establecen las conductas declaradas ilícitas por la LDC cuya comisión dará lugar al nacimiento de consecuencias jurídicas.

III. FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN

La imputación no es una técnica de atribución formal. Por ello para que se le atribuyan a un sujeto las consecuencias jurídicas previstas en un precepto a pesar de que él por sí mismo no cumple todos los elementos integrantes del tipo es necesaria una justificación material. La declaración de responsabilidad, la imputación de las consecuencias jurídicas no es ni puede ser la fundamentación de la propia imputación⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Respecto a los diferentes fundamentos de la imputación de responsabilidad a la dominante utilizados por la doctrina ver la excelente sistematización sintética de GIRGADO PERANDONES, P. «La responsabilidad...», op. cit. págs. 99 y ss. Respecto al artículo 8 LDC el citado autor parece inclinarse por una aplicación de la antigua doctrina alemana, todavía muy utilizada, que distingue entre los actos realizados en la esfera interna y en la esfera externa del grupo. Dicha teoría ha sido muy criticada en los últimos tiempos en Alemania ya que como indicamos en otro lugar RUIZ PERIS, J.I. «El Privilegio...» op. cit. pág. 79 en cuanto tal doctrina que supone la visión clásica de la cuestión en el Derecho alemán que asumíamos como predominante en el análisis del concepto de empresa en el Derecho de defensa de la competencia y que no citábamos expresamente en el texto, «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». En aquél momento defendíamos el carácter polisémico de los términos

El fundamento de la imputación estriba, en el caso en que nos ocupamos en la efectiva coautoría por parte de la dominante del hecho a través del mecanismo de la inducción que se configura como un comportamiento típicamente doloso. La controladora a través del ejercicio de la influencia dominante derivada del poder de control induce a la controlada a realizar la conducta como consecuencia de las instrucciones impartidas o del seguimiento por aquélla de las instrucciones genéricas que conllevan necesariamente la realización de la conducta infractora, y por ello se le pueden imputar las consecuencias del mismo.

Se trata de un supuesto de inducción a la infracción de una norma imperativa, entendiéndose por inducción un comportamiento dirigido a hacer surgir o reforzar en otro u propósito jurídico juzgado desfavorablemente por el ordenamiento e idóneo para lograr su objetivo⁴¹⁶, que

«unidad económica» en la práctica de los órganos administrativos y jurisdiccionales comunitarios en aplicación del Derecho de defensa de la competencia entendida como regla para determinar el destinatario de las normas y regla para establecer consecuencias jurídicas indepedientemente de la personalidad separada de quienes la constituyen. De acuerdo con lo allí expuesto págs. 79-80 «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 porqué ser idénticos en estos tres últimos casos, sino que pueden variar atendiendo a la función que cumpla la aplicación del principio de unidad económica.» En efecto lo relevante para que una «unidad económica» pueda ser considerada destinatario de las normas es que pueda ser reconocida en el mercado como un conjunto organizado de capital y trabajo dirigido a la producción o mediación de bienes y servicios para el mercado y dotado de autonomía e la determinación de su línea de actuación en el mercado. Ello es independiente del hecho de que respecto a la condición de destinatario de la decisión sea conveniente que éste esté dotado de personalidad jurídica para facilitar la notificación, ejecución de sanciones, y ejercicio de acciones privadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales, en cambio la determinación de los efectos de la apreciación de la existencia de una «unidad económica» respecto a la agregación de magnitudes, el privilegio del grupo o la imputación de responsabilidad a la dominante obedece a sus propias reglas. La agregación se producirá por la simple apreciación de la existencia de control, la aplicación del privilegio del grupo exige la constatación de la existencia de unidad de propiedad e interés, la imputación de responsabilidad la existencia de control y la comprobación de su ejercicio. En ninguno de estos tres casos es necesario demostrar que las entidades implicadas constituyen una única «unidad económica» en el primer sentido, esto es una única empresa.

⁴¹⁶ ZICCARDI, F. «L'induzione all'inadempimento», Milan (Giuffrè) 1979, pág. 175.

genera responsabilidad y al que son aplicables las reglas de la coautoría. La consecuencia de esta afirmación es que la imputación de la responsabilidad a la controladora se realizará por hecho propio y no por hecho ajeno.

La actuación de la controladora al impartir las instrucciones hace urgir o refuerza el propósito de la controlada de realizar la conducta infractora, como consecuencia de los vínculos económicos que las unen la instrucción resulta un medio idóneo para lograr su objetivo.

La inducción se configura como un comportamiento esencialmente doloso, por lo que habrá que probar que concurre tal requisito. Para ello será preciso distinguir entre elementos que son representados y queridos de elementos que solo constituyen objeto de representación⁴¹⁷.

El primero de estos elementos es la conducta ilícita que debe poner en práctica la controlada. La controladora deberá representarse y querer su propia conducta consistente en impartir instrucciones que hagan nacer o refuercen la decisión de realizar la conducta infractora por parte de la controlada. La norma legal infringida por la controlada deberá ser objeto de representación por la controladora pero obviamente no tendrá que ser querida. Igualmente deberá ser objeto de representación el evento configurado como modificación de la realidad causada por la conducta, esto es la infracción, aunque no será necesario que sea querido. En consecuencia no será necesario que la controladora posea la absoluta seguridad respecto de la realización de la conducta infractora, sino que será suficiente que al impartir la instrucción, que es la conducta querida, se represente que producirá con probabilidad la decisión de la controlada.

El nexa causal entre la conducta de la controladora y de la controlada existirá cuando en ausencia de la instrucción la conducta infractora de la controlada no se habría puesto en práctica.

De otra parte será necesario el cumplimiento de la instrucción por parte de la controlada. La imputación de la conducta a la controladora no exigirá, en cambio, la participación directa de la controladora en la conducta infractora puesta en práctica por la controlada.

IV. SUJETO IMPUTADO

El sujeto imputado debe ser una empresa entendido como unidad económica que decide de forma autónoma su línea de actuación en el

⁴¹⁷ ZICCARDI, F. «L'induzione...» op. cit. pág. 192.

mercado independientemente de que tenga personalidad jurídica única o no. Puede considerarse imputado a la dominante a una o varias de las sociedades pertenecientes al grupo o al propio grupo⁴¹⁸. Debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto de la infracción de que se trate⁴¹⁹. La imputación al grupo tiene relevancia como veremos desde la perspectiva de la fijación de la cuantía de la sanción.

Conviene, en cambio, que el sujeto destinatario de la decisión o resolución de imputación tenga personalidad jurídica.

Aunque el Derecho de la competencia no siempre toma en cuenta la distinta personalidad jurídica de las entidades a la hora de determinar la existencia de una infracción a estos efectos, en particular respecto al ejercicio de acciones ejecutivas o de acciones de responsabilidad civil ante los órganos jurisdiccionales, resulta conveniente que el destinatario tenga personalidad jurídica. Por ello suele declararse responsable solidariamente a la dominante. Pese a ello existen supuestos en los que ésta no puede ser reconocida o en los que no posee la condición de empresa —persona física que controla un grupo y al que no puede atribuirse la condición de empresa⁴²⁰— en estos casos puede considerarse que el su-

⁴¹⁸ Considerando 527 de la STPI de 20 de marzo de 2002 en el caso «HFB Holding» de acuerdo con el cual: «... en el presente asunto, se plantea una situación en la que las sociedades Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen actuaban como órganos auxiliares del grupo *de facto* Henss/Isoplus y estaban obligadas a atender a las directrices impartidas por su dirección única, sin poder adoptar en el mercado una conducta independiente. Resulta obvio que, en tales circunstancias, cada una de estas sociedades puede ser considerada responsable solidaria de la infracción imputada al grupo Henss/Isoplus, que es la empresa personalmente autora de la infracción contemplada en el artículo 85 del Tratado.»

⁴¹⁹ Considerando 66 de la STPI de 20 de marzo de 2002 en el caso «HFB Holding», de acuerdo con el cual «En contra de lo que alegan las demandantes, no es preciso que la entidad económica calificada de «grupo» tenga personalidad jurídica propia. En efecto, en el contexto del Derecho de la competencia, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas...». En el mismo sentido ver el Considerando 11 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, (Rcc. p. 2999).

⁴²⁰ Hay que señalar en este tema la cada vez mayor tendencia en el ámbito comunitario a hacer equivaler la posición jurídica de una persona física que controla al menos una empresa distinta de aquella involucrada en la conducta prohibida o sometida a control con la posición jurídica de una empresa. En este sentido señalar que el artículo 3.1. b) del Reglamento 139/2004 equipara a efectos de control de concentraciones «la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas».

jeto al que se declara responsable solidariamente puede ser una o varias de las sociedades que integran el grupo.

Así respecto al primer caso se ha señalado en sede comunitaria que en una situación en la que, debido a la composición familiar del grupo y a la dispersión de sus acciones, es imposible o excesivamente difícil identificar a la persona jurídica que está a la cabeza del grupo y a la que, como responsable de la coordinación de la acción de éste, hubiesen podido imputarse las infracciones cometidas por sus diversas sociedades integrantes, la Comisión puede considerar que las filiales son responsables solidarias de todas las actuaciones del grupo, con el fin de evitar que la separación formal entre estas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pueda obstar a la constatación de la unidad de su comportamiento en el mercado a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia⁴²¹.

En cuanto al segundo se ha establecido que al no haber al frente del grupo una persona jurídica a la que, como responsable de la coordinación de la acción de éste, sea posible imputar las infracciones cometidas por sus diversas sociedades integrantes, la Comisión puede considerar responsables solidarias de todas las actuaciones del grupo a las sociedades que lo integraban, con el fin de evitar que la separación formal entre estas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pudiese obstar a la constatación de la unidad de su comportamiento en el mercado a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia⁴²².

La cuestión del sujeto imputado tiene que ver con el hecho de que en determinados grupos descentralizados la dirección del grupo no coincide con la entidad o entidades que directa o indirectamente ostentan el control sobre aquella que realiza en la materialidad de los hechos el acto lesivo a la competencia.

El problema se puede plantear cuando la dirección de un determinado sector de actividad es encargada por la entidad dominante a otro miembro del grupo que no tiene relación de control con la dominada. La cuestión en este punto es determinar a quién deberán imputarse las consecuencias jurídicas derivadas de la acción de la entidad operativa miembro del grupo.

De un lado, la entidad que imparte las instrucciones es la que efectivamente induce, de otro, dicha entidad actúa ejercitando el control que ostenta la entidad dominante sobre la operativa en el mercado. De la

⁴²¹ Considerando 526 de la STPI de 20 de marzo de 2002 en el caso «HFB Holding» de
⁴²² Considerando 66 de la STPI de 20 de marzo de 2002 en el caso «HFB Holding».

experiencia comunitaria se deduce que deberían imputarse a la entidad que impartió la orden. Pero esta solución contradice el texto legal del artículo 8 LDC que solo establece la posibilidad de que se impute el acto a la «empresa controladora», esto es a la persona o entidad dominante, si tener en cuenta los vínculos existentes entre dos entidades pertenecientes al mismo grupo o sometidas al control de una misma persona o entidad.

A nuestro juicio siendo el fundamento material de la imputación la coautoría no puede sostenerse la conclusión de que la dominante verá como se le imputan las consecuencias de los actos de la dominada cuando no impartió instrucción alguna. Quién debería ser imputado es la entidad que induce efectivamente a la sociedad operativa a realizar el acto lesivo de la competencia, pero si ésta no tiene relación de control con la dominada no podría serlo bajo la regla del artículo 8 LDC.

Para resolver este problema puede aceptarse, siguiendo la estela comunitaria, una formulación en base al cual los actos podrán imputarse a la entidad inductora cuando ésta haga uso del poder de control acumulado en uno o varios miembros del grupo para imponer la instrucción. En estos casos la entidad inductora— que en todo caso es coautora— podrá ser considerada «controladora» a los efectos de aplicación del precepto.

El segundo problema se plantea en los casos en que el órgano directivo del grupo del que parta la instrucción sea un órgano mixto formado por administradores y representantes de alguna o algunas de las entidades pertenecientes al grupo. En estos casos estos sujetos actúan como representantes de sus respectivas entidades y en ejercicio del poder de control ostentado por ellas o por el conjunto de las sociedades integradas en el grupo. Por ello podrá imputársele el acto realizado por la dominada a todas las sociedades representadas en el órgano que adoptó la decisión, ya que todas ellas podrán ser consideradas «controladoras» en cuanto ejercitan el poder de control.

En el caso en que el control ostentado por una o varias empresas pertenecientes a un grupo sea ejercido por un órgano sin personalidad jurídica compuesto por sujetos que no representen directamente a todas o algunas de las entidades pertenecientes al grupo, los actos serán imputables a todas ellas. Esta regla de salvaguardia no debe ser aplicada directamente en todos los casos, en tutela de los intereses de los socios minoritarios y acreedores de las entidades pertenecientes al grupo que no tuvieron nada que ver con la adopción de la decisión.

A igual conclusión podemos llegar aplicando la doctrina de la unidad económica. Dado que quien debe determinar la conducta es así mismo una empresa, y que la noción de empresa debe ser interpretada en el

mismo sentido en la LDC, se abre la posibilidad de aplicar el precepto a varias entidades que constituyan una única empresa. Esto es a aquellos casos en que el control es poseído por una entidad y ejercido por otra cuando ambas puedan considerarse como una única unidad económica en el mercado que fija su línea de actuación en el mercado. Ello implica que en estos casos ambas entidades podrán ser declaradas corresponsables.

Igualmente permite incluir aquéllos supuestos en que el control sea poseído por una entidad perteneciente a un grupo, o por el efecto acumulado de la participación o de los contratos o situaciones de hecho que vienen referidas a varias de ellas y ejercido por un órgano sin personalidad jurídica no integrado en ninguna de las entidades que conforman el grupo. En estos casos podrá declararse corresponsable a todas las entidades del grupo que conformen una única unidad económica o aun al grupo en si este constituye una única unidad económica a los efectos del comportamiento.

Cuando quien determine la conducta sea una empresa controlada conjuntamente, habrá que en principio considerar responsables a todos los miembros de la misma que poseían el control conjunto salvo que medien causas de justificación respecto a alguno de ellos.

También hay que señalar que le sujeto imputado p

Por supuesto no será posible imputar conductas de la controladora a la controlada en virtud del artículo 8 LDC⁴²³.

V. SUJETO CUYA CONDUCTA SE IMPUTA

De acuerdo con la referencia a la «empresa controlada» contenida en el artículo 8 LDC el sujeto imputado debería ser igualmente una unidad económica que decide de forma autónoma su línea de actuación en el mercado, independientemente de que tenga o no personalidad jurídica. Pero ello no es así dado que el fundamento de la imputación es precisamente el reconocimiento de la unidad económica entre el sujeto de dere-

⁴²³ Coincidimos en ello con la Resolución del TDC de 12 de febrero de 2003 en el caso «Cementos Zierbana», (AC 2003/866) de acuerdo con cuyo Fundamento de Derecho Segundo *in fine* establece que «Además, el artículo 8 LDC —en el que se dice que las conductas de una empresa son también imputables a la empresa que la controla— se aplica en sentido ascendente imputando a la matriz una conducta de la filial, pero no en sentido descendente imputando también a las filiales por una conducta decidida y realizada por las empresas que la controlan.»

cho cuya conducta se imputa y el sujeto de derecho imputado fundado en el control y su ejercicio, tal y como hemos visto. El sujeto cuya conducta se imputa será por tanto una entidad o un conjunto organizado de sujetos al que el ordenamiento no reconozca personalidad jurídica única que no necesariamente constituye una unidad económica que fije de modo autónomo su línea de actuación en el mercado. Esto es, podrá ser un sujeto que en ningún caso constituya una unidad económica que fije de modo autónomo su línea de actuación en el mercado, *alter ego*⁴²⁴, o un sujeto en el que se pueda reconocer que constituye una unidad económica que fija de forma autónoma su línea de actuación en el mercado, pero que respecto al concreto caso no lo hace por lo que se convierte, a efectos de la decisión adoptada o puesta en práctica, en una unidad económica con quién la controla e imparte instrucciones.

Por ello convendría en este sentido modificar el texto del artículo 8 LDC para clarificar su contenido, al menos respecto a la controlada, dándole un tono impersonal con referencia a la controlante y la controlada y no a la empresa controlante y a la empresa controlada.

No se puede compartir por ello la doctrina sentada por el TDC en su Resolución de 12 de febrero de 2003 en el caso «Cementos Zierbana»⁴²⁵, de acuerdo con cuyo Fundamento de Derecho Segundo «la autonomía de comportamiento de la filial es el elemento fundamental que hay que valorar para determinar los sujetos activos de las conductas restrictivas de la competencia, siendo ineludible aclarar si el concierto de voluntades ha sido impuesto por las sociedades matrices o no. En este caso, es patente que la actuación presuntamente anticompetitiva ha sido impuesta por los dos únicos accionistas por lo que, no existiendo autonomía real de comportamiento de la filial, se debe desestimar el recurso»⁴²⁶.

⁴²⁴ Así por solo citar la Decisión de la Comisión, de 13 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/C/33.833 -cartoncillo) Diario Oficial n.º L 243 de 19/09/1994 p. 0001-0078, en su Considerando 174.

⁴²⁵ AC 2003/866.

⁴²⁶ En el caso el TDC aprobó el sobreseimiento parcial del expediente respecto a la sociedad controlada, una filial conjunta, de las empresas que habían realizado el acuerdo, que constituía el instrumento de ejecución del mismo, y que realizó diversos actos de ejecución el acuerdo que impidieron el asentamiento de la denunciante en el mercado alegando que las principales decisiones de la controlada fueron adoptadas por las controlantes conjuntas. (Antecedente de Hecho Primero que recoge el Pliego de Concreción de Hechos del SDC y Fundamento de Derecho Segundo respecto a la posición del TDC). De acuerdo con la posición del SDC «al ser Lemona y FYM las únicas propietarias de IDC, ésta se limitó a poner en práctica el acuerdo presuntamente restrictivo adoptado por sus matrices ya que no tenía otra alternativa.»

Hay que señalar, otra vez, que el sujeto cuya conducta se imputa debe haber participado en alguno de los elementos que conforman el acuerdo, práctica concertada o conscientemente paralela, en la conducta abusiva o en la desleal siguiendo las instrucciones de la controlante con la que conforma una unidad económica. Siempre que la actuación de la controlada sea relevante desde la perspectiva de la infracción de la prohibición deberá ser imputada incluso en los casos en que constituya un *alter ego* de la controlada. En otro caso podría calcularse indebidamente la sanción, en atención a la cuota de mercado o volumen de negocio.

Baste por citar como ejemplo de esta doctrina generalmente aceptada en el ámbito comunitario la Decisión de la Comisión, de 13 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/C/33.833 — cartoncillo)⁴²⁷ que en su Considerando 174 afirma que Finnboard, que había sido quien había realizado todos los actos de participación directa en el acuerdo horizontal de precios, es una *alter ego* de sus cuatro grupos miembros, por lo que en el artículo 3 v. imputa la responsabilidad a Finnboard y a los grupos miembros de modo conjunto y solidario. El recurso contra esta decisión fue desestimado por la STPI de 14 de mayo de 1998 en cuyos considerandos 28, 36 y 44 se insiste en la idea de que Finnboard era un *alter ego* de sus miembros. Finalmente el TJ en su sentencia de 16 de noviembre de 2000 desestimó en su totalidad el Recurso de Casación afirmando precisamente en su Considerando 36 que «Finnboard estaba obligada a atenerse a las directrices impartidas por cada una de las recurrentes y no podía adoptar en el mercado una conducta independiente de cada una de ellas, de forma que constituía en realidad una unidad económica con cada una de sus sociedades miembros productoras de cartoncillo.»

En todo caso el artículo 8 LDC no funda la imputación cuando el acuerdo restrictivo ha sido adoptado por las direcciones de las dominantes o de los grupos. En estos casos pueden darse tres situaciones que participen las propias entidades dominantes representadas por sus administradores o directivos o que participen miembros de la dirección del grupo que configuran un órgano de dirección no personalizado sin contar con la condición de directivos de la dominante, o aún directivos de las sociedades objeto de control.

La imputación, en todos estos casos, procede de la participación directa de estas personas que representan la voluntad del grupo como conjunto de entidades que actúan bajo una dirección única y no de la imputación

⁴²⁷ Diario Oficial nº L 243 de 19/09/1994 p. 0001-0078.

tación de la conducta de la controlada. Cuestión distinta será que en estos casos se impute a la dominante o al grupo las conductas de ejecución de los acuerdos llevadas a cabo por las controladas siguiendo las instrucciones de la controladora en aplicación del artículo 8 LDC.

Esta distinción no siempre aparece claramente en la doctrina del TDC. Un supuesto de especial confusión puede observarse en la Resolución del TDC en el caso «PRISA» de 18 de abril de 2001⁴²⁸ en la que el TDC usa el artículo 8 LDC para imputar a los Grupos PRISA y GODO un acuerdo restrictivo celebrado entre las direcciones de ambos grupos que afectaba a diversas entidades integradas en ellos sometidas a su control⁴²⁹.

El acuerdo estuvo limitado a un período corto de tiempo —22 de julio de 1992 a 3 de noviembre de 1993— y culminó con la operación de concentración Unión Radio que, tras ser notificada al Servicio, fue autorizada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994, con determinadas condiciones, aunque fue posteriormente anulado por el Tribunal Supremo⁴³⁰.

El TDC imputó la conducta, en virtud del artículo 8 LDC, a los dos grupos sin imponer sanciones atendiendo a las circunstancias del caso.

De acuerdo con la Resolución el 22 de julio de 1992 el Grupo PRISA y el Grupo GODO acordaron, entre otras cosas:

- a) Establecer un pacto sobre el futuro de la presencia de Inversiones Godó, SA en Antena 3 Radio, SA, tendente al mantenimiento del Grupo Godó en todas las actividades multimedia.
- b) La creación de nuevas sociedades de servicios periodísticos para el desarrollo de proyectos de prensa escrita.
- c) El establecimiento de un compromiso mutuo mediante el cual el Grupo Godó y el Grupo PRISA tendrían un derecho de participación

⁴²⁸ Fundamento de Derecho Sexto de la Resolución del TDC de 18 de abril de 2001, en el caso «PRISA» (AC 2001/1537). Resolución recurrida ante la Audiencia Nacional.

⁴²⁹ La resolución solo aborda las cuestiones relativas a los acuerdos restrictivos de la competencia, las que hacen referencia a las posibles conductas abusivas o desteales fueron planteadas al Servicio de Defensa de la Competencia en la denuncia original procediéndose a sobreseer el expediente respecto a las mismas por Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia por el que se sobresee parcialmente el expediente. La decisión del SDC fue recurrida ante el TDC que por Resolución del TDC de 29 de abril de 1997 (JUR 2002/239053) desestimó el recurso. La Resolución del TDC fue recurrida ante la Audiencia Nacional que por Sentencia de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2001/71603) la revocó.

⁴³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 de la Sala 3ª, Sección 3ª en el caso PRISA (RJ 2001/450)

preferente en las nuevas actividades que en medios de comunicación abordaran ambos Grupos por separado en el futuro.

d) Para el seguimiento de estos acuerdos se crearía un Comité paritario que garantizara el buen fin de los mismos.

En el comunicado de prensa posterior a la firma del acuerdo se señalaba por su parte que:

- El acuerdo no suponía ningún cambio en el accionariado de Antena 3 Radio, SA, dado que la participación de Inversiones Godó, SA permanecía inalterada.
- Ambas partes mantenían el firme compromiso de potenciar la personalidad, la autonomía y el perfil de programación de Antena 3 Radio, SA, en abierta competencia con el resto de las cadenas radiofónicas.
- Mantenían asimismo la decisión de llevar a cabo una gestión transparente, en defensa de los derechos de los oyentes y de los anunciantes.

El acuerdo se celebró entre las direcciones de ambos grupos y, caso de ser considerado restrictivo, no precisaba el empleo de la regla del artículo 8 LDC para imputar la infracción del artículo 1 LDC a los grupos. De hecho el artículo 8 LDC no era aplicable respecto a esta cuestión.

Posteriormente al citado acuerdo y tras una serie de transmisiones de acciones, el Grupo PRISA se convirtió indirectamente en accionista minoritario de Antena 3 Radio, SA.

El 23 de diciembre de 1992 Antena 3 de Radio, SA y Gerencia de Medios, SA, sociedad controlada mayoritariamente por PROFISA que pertenecía a Promotora de Publicaciones, SL, que a su vez poseía la mayoría de capital de Promotora de Informaciones, SA—PRISA—, firmaron un contrato de comisión mercantil por el que se encomendaba el mandato y representación exclusiva, para todo el ámbito nacional, a Gerencia de Medios, SA, para que esta sociedad, en nombre y por cuenta de Antena 3 Radio, SA y conforme a sus instrucciones, gestionara y negociara, en el mercado publicitario, la contratación de patrocinadores, anuncios, *spots* publicitarios, etc. para sus espacios de programación radiofónica emitidos o transmitidos por sus emisoras pertenecientes a la cadena Antena 3, incluyendo publicidad distribuida.

La sociedad Gerencia de Medios, SA ya gestionaba en exclusiva la publicidad de la SER para sus espacios de programación radiofónica emitidos o transmitidos por sus emisoras pertenecientes a: Cadena Convencional Cadena 40 principales, Cadena Dial, Cadena Minuto.

El 1 de enero de 1993, Antena 3 Radio, SA y Promotora de Televisión y Radio, SA (participada mayoritariamente por Antena 3 Radio,

SA) que explotaban la cadena Radio 80 por un lado, y la SER y Comunicación Radiofónica, SA (CORASA) (participada mayoritariamente por la SER) que explotaban Cadena Minuto por otro, suscribieron un convenio de programación, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80. CORASA era titular de las marcas y rótulos M-80, M-80 Serie Oro y Cadena M-80, la cadena la controlaba el Comité de Cadena controlado a su vez por la SER y la gestión económica y contable de la cadena M-80 era llevada por CORASA.

La estipulación octava de dicho convenio fijaba las condiciones de contratación de publicidad para las emisiones de la Cadena M-80. La publicidad que se emitiera así como sus tarifas, serían controladas por la dirección de la Cadena, no teniendo las emisoras afiliadas a la Cadena libertad para elegir ni su publicidad ni sus tarifas».

El 29 de noviembre de 1993 la SER y A3R notificaron voluntariamente la operación de concentración de ambas cadenas mediante la cesión de su gestión conjunta a Unión Radio, SA por un período de diez años prorrogables. Dicha notificación dio lugar al expediente C-13/1993, Unión Radio y al Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994, por el que no se opuso a la concentración cuya autorización se subordinó al cumplimiento de determinadas condiciones. Dicho Acuerdo fue recurrido ante el Tribunal Supremo que dictó Sentencia el 9 de junio de 2000 de la Sala 3ª, Sección 3ª, anulándolo⁴³¹.

⁴³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 de la Sala 3ª, Sección 3ª en el caso PRISA (RJ 2001/450) que anuló un acuerdo de concentración adoptado por el Consejo de Ministros entre los Grupos PRISA y GODO, atendiendo a la vulneración de la letra e) de la disposición adicional sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (declarada en vigor por la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril [RCL 1998, 1056 y 1694], General de Telecomunicaciones., de acuerdo con la cual «una persona física o jurídica no podrá participar mayoritariamente en más de una sociedad concesionaria cuando exploten servicios de radiodifusión sonora que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura». Aunque en el caso no surgió —por usar el término empleado por la sentencia— exactamente la situación jurídica prevista en ella, puesto que no existió formalmente una misma persona que pasara a ser partícipe mayoritario directo en más de una sociedad concesionaria; el Tribunal realizando una interpretación teleológica de la norma, de acuerdo con la finalidad perseguida por la misma, equiparó a este supuesto el del caso, atendiendo a la acumulación en un grupo del poder de control de la toma de decisiones en los órganos de administración de tales sociedades como consecuencia de los efectos derivados de los negocios estipulados para instrumentar la concentración, atendiendo al amplísimo ámbito al que se extiende la gestión que asume Unión Radio y ceden la SER y A3, que abarcaba la estrategia empresarial, la política comercial, la selección del personal, la administra-

Si todas estas conductas realizadas por las sociedades controladas son consideradas elementos integrantes del ilícito, si precisan en cambio el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 8 LDC para su imputación a los dos grupos, esto es la existencia de control y su ejercicio.

Las relaciones de control entre los principales actores eran evidentes en 1992 de acuerdo con la Resolución: el grupo PRISA, poseía el 96,25% del capital de la SER, y adquirió el 48,95% de Inversiones GODO, pasó a ser también accionista mayoritario de Paltrieva al aumentar su participación en esta sociedad hasta el 51% del capital, haciéndose de este modo con el control de Antena 3 Radio.

Existen además datos en la resolución que revelan el cumplimiento del acuerdo por las filiales, así el nombramiento de diversas personas del equipo directivo de la SER como nuevos gestores de Antena 3, o la comercialización conjunta de la publicidad por Gestora de Medios, SA, sociedad controlada mayoritariamente por PROFISA que a su vez está participada al 100% por Promotora de Publicaciones, SL, que posee el 73,08% de PRISA.

Lo antedicho y el hecho de que el día 24 de julio de 1992 el señor C., alto directivo del Grupo PRISA, en conexión múltiple a través de los

ción —gestión administrativa, contable y financiera de las sociedades, administración de la facturación publicitaria, gestión de cobros, pagos y control de impagados—, la promoción—incluyendo la gestión para ambas sociedades, de todas las campañas de publicidad y promoción, tanto institucional como de producto—, la informática, la de asesoría jurídica, la de auditoría, y la de gestión inmobiliaria; y, entre ellas, algunas tan significativas como la elaboración de planes a corto, medio y largo plazo, referidos a los productos, proveedores, inversiones y financiación; el diseño y gestión de la política comercial, con fijación de las tarifas de publicidad; la selección del personal directivo; la gestión de las campañas de publicidad y promoción, tanto institucional como de producto; o la gestión de los recursos inmobiliarios; la irrelevancia, en ese contexto, de que tanto la SER como A3 conserven su autonomía en materia de programación, pues en palabras del propio TDC ello no es significativo, ya que es sabido que la programación resulta en buena medida condicionada por la gestión económica; la participación mayoritaria, de un 80%, que Prisa tiene en quien asume, Unión Radio, esa ampísimas gestión, condicionante de la programación; y el acuerdo de voto conjunto entre Paltrieva, perteneciente al Grupo PRISA e Inversiones Godó, para actuar en el seno de los órganos de A3 de común acuerdo en todos los temas relacionados, directa o indirectamente, con el proyecto de gestión conjunta objeto del acuerdo suscrito entre los Grupos Prisa y Godó, actuación conjunta denominado «entre accionistas de Antena 3 de Radio, SA», ya que por este medio el participe mayoritario en la sociedad de gestión, Prisa, se asegura también, en cuanto participe mayoritario de uno de aquellos accionistas firmantes del acuerdo, Paltrieva, SA, que el gestor con facultades tan amplias e influyentes no ha de recibir desde el gestionado decisiones en las que no esté conforme Prisa.

circuitos microfónicos se dirige a todos los directores de emisoras de Antena 3 para comunicarles la nueva estrategia empresarial, que fueron impartidas instrucciones a Antena 3 para el cumplimiento del acuerdo.

El 18 de enero de 1993, mediante un contrato de cuenta en participación, se produce la unión entre las cadenas de emisoras «Radio 80» (perteneciente a la empresa Promotora de TV y Radio, SA, del Grupo Antena 3) y «Radio Minuto» (perteneciente a la sociedad CORASA del Grupo PRISA).

Además, para evitar la dualidad de emisoras que esta fusión produce, algunas emisoras de la Cadena Radio 80 en determinados ámbitos territoriales se reconvierten y pasan a emitir la programación convencional de la SER.

A juicio del Tribunal todos estos datos reflejan la existencia de una operación compleja, en la que se superponen los elementos concentrativos y concertativos —respecto a los que la Resolución no se pronuncia reservando su valoración al momento procesal oportuno—, pero en la que, si bien el proceso concluyó con la puesta en funcionamiento de una empresa común, se inició con el primer acuerdo de actuación conjunta entre los dos principales competidores en el mercado de la radio comercial —que supuso desde la cooperación de elementos tan decisivos como que el equipo directivo de la SER se hiciera en pocas semanas con la gestión al máximo nivel de A3R hasta el cambio de la estrategia empresarial—.

A juicio del TDC se reforzó el proceso mediante la entrega de la gestión y el control de la variable estratégica del mismo, que es la publicidad, precisamente de forma exclusiva y a quien era el principal competidor; y concluyó con el convenio de programación —en lo que a este expediente se refiere— que se sustentaba en una gestión económica de las dos cadenas ya concertada.

Por lo que el TDC considera que los acuerdos imputados constituyen una conducta colusoria entre empresas competidoras, incurso en la prohibición del artículo 1.1 LDC, al resultar evidente su objeto restrictivo de la competencia y su efecto de coordinar el interés conjunto de empresas anteriormente competidoras, que dicha Ley también prohíbe.

El TDC considera que son responsables de las infracciones precedentes en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 LDC Son responsables de la infracción precedente el Grupo PRISA, como entidad que controlaba: Promotora de Informaciones, SA, Paltrieva, SA, Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, SA, Sociedad Española de Radiodifusión, SA, Gerencia de Medios, SA y Comunicación Radiofónica, SA;

y el Grupo GODO, como entidad que controlaba: Serec, SA, Inversiones Godó, SA, Antena 3 de Radio, SA, Talleres de Imprenta, SA y Promotora de Televisión y Radio, SA. Como hemos visto la Resolución aporta elementos respecto a la existencia de control y a su ejercicio. Aunque el TDC no impone sanciones, como hemos venido diciendo, la imputación de la conducta tendrá relevancia en materia de responsabilidad civil.

Por último señalar que en algunas ocasiones el sujeto cuya conducta se imputa tiene personalidad jurídica distinta del que participó en la conducta infractora. Así sucede cuando se ha producido una sucesión universal como consecuencia de un proceso de fusión, escisión, aportación a capital de una empresa, así como en los casos de adquisición de activos en los que pueda reconocerse el conjunto organizado de elementos materiales y personales que constituyan la empresa que realizó la conducta infractora, tal y como viene reconociendo la jurisprudencia comunitaria⁴³².

VI. EFECTOS DE LA IMPUTACIÓN

De acuerdo con el artículo 8 LDC «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». El texto del precepto nos permite extraer dos conclusiones respecto a los efectos de la imputación.

Primera que a diferencia de otros preceptos del ordenamiento que imputan a un sujeto alguna o alguna de las consecuencias jurídicas derivadas de las conductas de otro —p. ej. art. 1903 Cc— el precepto en estudio imputa a un sujeto la conducta realizada por otro, si bien sólo respecto a las consecuencias jurídicas previstas en la LDC —en este sentido hay que entender los términos «a los efectos de la aplicación de esta Ley»—, con lo que en consecuencia no le serán imputables los posibles efectos penales⁴³³ de la conducta, dado además el carácter de ley

⁴³² Ver en este sentido STJ de 7 de enero de 2004 en el caso «Aalborg Portland» y STJCE de 16 de septiembre de 1975 en el caso «Suiker Unie» (Rec. p. 1663) y de 28 de marzo de 1984, en los casos acumulados «CRAM y Rheinink» (Rec. p. 1679), STJ de 8 de julio de 1999 en el caso «Anic».

⁴³³ Respecto a los efectos penales de las conductas anticompetitivas ver FERNÁNDEZ, C. -PARET, J.M.- VENTURA, M. «¿Pueden ir a prisión los directivos españoles por la comisión de conductas anticompetitivas llevadas a cabo por su empresa?» Gaceta

ordinaria de la LDC, sin necesidad de ulteriores consideraciones al principio de culpabilidad que rigen en nuestro sistema penal y a la bondad o maldad de la responsabilidad por hecho de otro o al sistema de imputación objetiva. Tan solo el cumplimiento por parte de la dominante de los requisitos propios de la categoría penal de la inducción respecto a la comisión del tipo penal podría permitir considerarla como coautora.

La norma de defensa de la competencia delimita de esta forma el ámbito de la imputación. Parece, por tanto, que cabrá imputar a la empresa controladora todas las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de la LDC como consecuencia de la conducta realizada por la controlada.

Es cierto que, teniendo en cuenta el título del precepto «corresponsabilidad de las empresas controladoras»—, podría postularse que las consecuencias jurídicas atribuibles a la empresa controladora vendrían limitadas a la corresponsabilidad con la controlada respecto a las sanciones por los actos realizados por ésta (art. 10 y 11 LDC) y a la responsabilidad civil por daño (art. 13.2º LDC) derivada; pero no lo es menos que podría perfectamente atribuirse este título a que la corresponsabilidad es la consecuencia más importante de los efectos de la imputación de la conducta a la empresa controladora sin que ello implique excluir otras consecuencias jurídicas derivadas de la LDC.

Así por ejemplo tras la correspondiente intimación de cesación del TDC dirigida a la controladora ésta vendría obligada a ejercer el control con la finalidad de que la controlada deje de realizar la conducta

Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia 2002, n. 218, págs. 35 y ss. Es relevante igualmente en esta sede la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la presunción de inocencia y las pruebas presuntivas del procedimiento administrativo. De acuerdo con la STC 76/1990, de 26 de abril «la presunción de inocencia reconocida en el art. 24.2 de la Constitución comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias; 1.ª, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos; 2.ª, sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediatez del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3.ª de dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4.ª, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del órgano judicial, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración. A la luz de esta doctrina constitucional, no es admisible que el proceso penal pueda resultar condicionado por una presunción previa derivada del procedimiento administrativo...».

infractora. Y de otra parte la controladora podría ser obligada por el TDC a la remoción de los efectos producidos por la conducta de la controlada ex art. 9 LDC, siguiendo de esta forma la línea marcada por la jurisprudencia comunitaria en la materia.

Segunda, la inclusión del término «también» nos indica claramente que la imputación de las conductas a la empresa controladora no exime a la empresa controlada que es la que ha realizado la conducta infractora, en modo tal que a ésta continuará imputándosele la conducta ilícita. Se tratará de una extensión no de una sustitución, que dará lugar, entre otros efectos a la responsabilidad solidaria entre dominante y dominada al igual que sucede en el ordenamiento comunitario.

Esto no ha sido, sin embargo, bien entendido por los órganos de defensa de la competencia españoles. Así en el Pliego de Concreción de cargos del Servicio de Defensa de la Competencia en el caso CEPSA se afirma que la imputación a la controladora y conseqüentemente la corresponsabilidad de ésta solo abarca aquellas conductas que no queden cubiertas por la responsabilidad directa de la controlada, doctrina que dejaría desprotegidos en los supuestos de insolvencia o insuficiencia de medios de la controlada tanto a la Administración como a los posibles reclamantes de indemnizaciones por daños sufridos como consecuencia de la infracción⁴³⁴. Desde una perspectiva procedimental hay que añadir que parece conveniente que el potencial corresponsable sea considerado imputado en el procedimiento desde su inicio para evitar posibles alegaciones de indefensión. Pese a ello el Tribunal de Defensa de la Competencia viene considerando que la extensión de la imputación al corresponsable en la Providencia de Admisión a Trámite, Prueba y Vista que inicia su actuación en el procedimiento es suficiente para evitar la indefensión⁴³⁵.

⁴³⁴ En efecto si leemos el Antecedente de Hecho Segundo in fine de la Resolución de 30 de mayo de 2001 en el caso CEPSA (AC 2001/2305) que recoge el citado texto podremos leer que según el SDC «Considerando que este expediente se incoó (sic) tanto contra Cepsa Estaciones de Servicio, SA como contra Compañía Española de Petróleos, SA y teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 8 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, relativo a la corresponsabilidad de las empresas controladoras, las imputaciones a la primera se entenderá se refieren a la Compañía Española de Petróleos, SA en todos aquellos ámbitos no cubiertos por la responsabilidad directa de Cepsa Estaciones de Servicio, SA». Cuestión que resuelve correctamente el TDC en el Fundamento de Derecho décimo de la Resolución imputando la conducta de la controlada a la controladora que poseía el 99,99 por 100 del capital de aquélla e imponiendo la sanción conjunta y solidariamente a ambas entidades.

⁴³⁵ Fundamento de Derecho Primero de la Resolución de 16 de julio de 2002 en el caso «REPSOL» (AC 2002/1447), dictada respecto al expediente 523/2001 del Tribunal

1. Las concretas consecuencias jurídicas derivadas de la imputación

Las consecuencias jurídicas previstas en la LDC respecto a aquella empresa que realice una conducta sancionada en ella son, como hemos visto, de variada naturaleza, podemos distinguir dos grupos. Aquellas que entrañan la responsabilidad de la empresa infractora —ex art. 10, 11 y 18 LDC— y aquellas que prevén otro tipo de consecuencias jurídicas que no entrañan, al menos en principio, la responsabilidad patrimonial de la controlada —cesación y remoción—.

1.1. Responsabilidad administrativa

En cuanto a la responsabilidad administrativa nada parece impedir la atribución a la controladora de la responsabilidad patrimonial por las sanciones a las que se haya hecho acreedora con su conducta la controlada tanto si se trata de una multa impuesta por el Gobierno ex art. 18 LDC a las empresas afectadas en una operación de concentración como de las multas sancionadoras o coercitivas impuestas por el TDC ex art. 10 y 11 LDC, siguiendo con ello la práctica comunitaria.

Aunque para determinar la importancia de la restricción deberán tomarse en cuenta en este caso la cifra de mercado de la empresa controladora y de la controlada así como de todas las controladas por aquélla directa o indirectamente, una vez determinada la cuantía de la sanción esta no debe ser duplicada por el hecho de que el destinatario de la decisión o resolución sean las dos entidades. Esta cuestión parece haber planteado algunas dudas al TDC.

y 2109/99 del Servicio. La cuestión de la indefensión fue también puesta de relieve en la Resolución CEPSA citada en la nota anterior. El TDC vino a afirmar, con dudosa doctrina, que el hecho de poseer un control casi total de la controlada vendría a evitar la indefensión aunque no se hubiera imputado formalmente a la misma, criterio éste que no podemos compartir en aras a la seguridad jurídica y los derechos de la defensa. En efecto en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución podemos leer que «En cuanto a la indefinición de la situación de la Compañía Española de Petróleos, SA, basta recordar que el artículo 8 de la LDC, expresamente dispone 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...» por lo que estando CEPSA participada en el 99,99% por la Compañía Española de Petróleos, SA, como se ha expresado en los Hechos Probados, es clara la situación procesal de ésta, siendo rechazable por ello, sin necesidad de mayores argumentaciones esta alegación de las imputadas.»

En efecto en su Resolución en el caso Líneas Aéreas el TDC estableció que no debía imponer directamente sanción alguna a IBERIA que controlaba «Viva Air» que había participado en el acuerdo «por ecuanimidad al no merecer dicho grupo mayor sanción que los demás»⁴³⁶. Este proceder no parece correcto. El TDC debía haber determinado la sanción imputable al grupo, atendiendo a la sanción que correspondía a la filial que participaba en el acuerdo y al volumen general del grupo, uniéndole, en su caso, la que correspondiera por la responsabilidad directa de la controladora. Pero en todo caso lo que es claro es que el hecho de que se impute la responsabilidad a la controladora no implica, por sí mismo, que deba incrementarse la cuantía de la sanción.

En el primer caso el Gobierno ex art. 18 LDC está legitimado para imponer una multa de hasta el 10 por 100 del volumen de ventas en España a cada una de las empresas afectadas. En el segundo caso el TDC puede imponer multas sancionadoras de hasta 900.000 euros (150.000.000 millones de antiguas pesetas), cuantía que puede incrementarse hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal (art. 10 LDC), o multas coercitivas de 60,10 a 3.005,06 euros al día con el fin de obligarlas: a la cesación de una acción que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley, a la remoción de los efectos distorsionadores de las condiciones de competencia provocados por una infracción, al cumplimiento de los compromisos adoptados por dichos sujetos en el marco de un acuerdo de terminación convencional del

⁴³⁶ Fundamento de Derecho Noveno de la Resolución de 23 de diciembre de 1999 en el caso Líneas Aéreas (AC 1999/2420) en el que podemos leer que «Por otra parte, teniendo en cuenta que el artículo 8 establece que las conductas de una empresa son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta, el Tribunal entiende que «Iberia» es responsable de la conducta imputada a «Viva Air». Ponderando todas estas circunstancias, el Tribunal estima que por adoptar el acuerdo, de fecha 26 de junio de 1997, de las bases de cotización a los operadores turísticos para la temporada 1997/1998, que infringe lo dispuesto en el art. 1.1 LDC, al tener por objeto y poder tener el efecto de limitar la competencia en el mercado nacional de los vuelos chárter, son responsables como autoras las compañías «Viva Air», «Iberia» como su principal accionista, «Futura», «Spanair» y «Air Europa», debiendo imponérseles la sanción de quince millones de pesetas a cada una de ellas con excepción de «Iberia», por ecuanimidad al no merecer dicho grupo mayor sanción que las demás.» En este caso también estaba comprobada la existencia de ejercicio del control en el caso ya que de acuerdo con el Pliego de Concreción de Hechos del SDC recogido en el Antecedente de Hecho Quinto de la Resolución «Iberia es responsable de la gestión comercial de Viva Air».

procedimiento, o al cumplimiento del deber de publicar la resolución o del pago del coste de la misma en el BOE en uno o varios diarios de ámbito nacional y de las provincias donde tengan el domicilio o realicen las prácticas las personas o empresas sancionadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.5 LDC (art. 11 LDC). En todos estos casos la controladora deberá responder de dichas cantidades.

Esta regla plantea algunas interesantes cuestiones en aquellos casos en que se imputa la responsabilidad al grupo y se hace destinatario de la decisión a la matriz o en ausencia de matriz —grupo controlado por una persona física— a varias sociedades del mismo. De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, en estos casos el límite máximo del 10% del volumen de negocios previsto en dicha disposición debe calcularse tomando como base el volumen de negocios acumulado de todas las sociedades que constituyen la «entidad» económica que actúa como «empresa»⁴³⁷.

Los problemas de la posible distribución interna de la sanción no son competencia del Tribunal, tal y como éste mismo estableció el TDC en su posterior resolución de 12 de mayo de 1995⁴³⁸.

1.2. Consecuencias jurídicas que no entrañan responsabilidad patrimonial directa

Junto a las consecuencias jurídicas que implican una responsabilidad patrimonial, la LDC establece otras que en línea de principio no la

⁴³⁷ De acuerdo con el considerando 528 de la STPI de 20 de marzo de 2002 en el caso «HFB Holding»: «en lo que respecta a la aplicación del límite máximo del 10% del volumen de negocios previsto en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n. 17, el hecho de que se considere a varias sociedades solidariamente responsables del pago de una multa no implica que, para cada una de las sociedades corresponsables, el importe de la multa deba limitarse a un 10% del volumen de negocios obtenido por dicha sociedad en el último ejercicio. En efecto, el límite máximo del 10% del volumen de negocios previsto en dicha disposición debe calcularse tomando como base el volumen de negocios acumulado de todas las sociedades que constituyen la entidad económica que actúa como «empresa» a efectos del artículo 85 del Tratado.» Por su parte el Considerando 529 in fine afirma que «en el caso de una «empresa» constituida por un grupo de sociedades que actúan como una sola entidad económica, únicamente el volumen de negocios acumulado de las sociedades que la componen puede constituir una indicación de la dimensión y de la potencia económica de dicha empresa.»

⁴³⁸ Resolución dictada por el TDC en el caso FRINT, cit. BOMEH, 1995, pág. 4365 y ss.

suponen como la cesación en la realización de la conducta ilícita⁴³⁹. A tenor de lo dispuesto en el artículo 9 LDC quienes realicen actos que violen las prohibiciones contenidas en los artículos 1, 6 y 7 LDC pueden ser requeridos por el TDC para que cesen en los mismos. La conducta que debe cesar es la de la empresa infractora, esto es, en el supuesto que nos ocupa el de la empresa controlada que es la que realiza las conductas en la realidad del tráfico.

A primera vista podría pensarse que solo a ella podría ir dirigida la intimación del TDC y consiguientemente que solo la controlada estaría obligada a la cesación de la conducta que al fin y al cabo ella misma realiza. A nuestro juicio del juego del artículo 9 y 8 LDC cabe y es postulable una interpretación alternativa. El artículo 9 LDC permite al TDC dirigir la intimación contra quienes «realicen» los actos. Y si bien directamente es la controlada quien los realiza, indirectamente es la controladora quien a través del ejercicio del poder de control influye decisivamente en la controlada determinando la realización por ésta de la conducta ilícita.

Como el artículo 8 LDC establece que las conductas de la empresa controlada son imputables a la empresa que la controla siempre que se den los requisitos previstos en el mismo, cabe concluir que la controladora deberá ser considerada como sujeto que realiza los actos a los efectos de aplicación del artículo 9 LDC.

En consecuencia la intimación del TDC podrá ir dirigida a las dos empresas, controladora y controlada, si bien con un contenido distinto. En el caso de la controlada —que realiza directamente el acto se tratará de una simple intimación de cesación, pero en el caso de la controlada que determina con el ejercicio de su influencia dominante el comporta-

⁴³⁹ Hay que tener la aplicación del artículo 8 tiene efectos respecto al criterio identidad de sujeto a efectos de apreciar la violación del principio «non bis in idem». En particular apreció la identidad subjetiva respecto a las resoluciones relativas a dos expedientes en el primero de los cuales el SDC había imputado a controlante y controlada en tanto que en el segundo a tan solo a la controlada, aunque el TDC extendió la imputación a la controlante. En ambos casos los sujetos eran, por tanto, los mismos. Fundamento de Derecho Primero de la Resolución de 16 de julio de 2002 en el caso «REPSOL» (AC 2002/1447), dictada respecto al expediente 523/2001 del Tribunal y 2109/99 del Servicio. Lo curioso del caso es que la Resolución del TDC de 11 de julio de 2001 (AC 2002/579) había imputado la conducta a la controladora (REPSOL S.A.) sin hacer mención alguna a los requisitos de imputación ni al artículo 8 LDC, práctica que no parece aceptable en orden a la seguridad jurídica y la tutela de los derechos de la defensa ya que deja sin motivación en la resolución la imputación de una conducta que acarrea consecuencias sancionatorias.

miento económico de la controlada, el contenido de la intimación será el de que ejerza su influencia sobre la controlada para que ésta deje realizar el acto ilícito.

Si la empresa controlada no cesa de realizar el acto pese a la intimación del TDC éste podrá imponer a aquélla y a la controlada las multas coercitivas diarias previstas en el artículo 11 LDC.

La controladora sólo podrá eximirse de la intimación cuando demuestre que la empresa que actuó originariamente bajo su influencia dominante, no se encuentra actualmente controlada por ella, por lo que sería imposible para la antigua controladora cumplir con el contenido de la cesación ordenada por el TDC.

La intimación de remoción de los efectos de la conducta restrictiva podrá dirigirse igualmente tanto a la sociedad controlada como a la controladora o a ambas conjuntamente en la línea argumental hasta aquí desarrollada.

2. Efectos de la imputación respecto a la responsabilidad civil

Uno de los instrumentos más eficientes para lograr la preservación de una competencia eficaz en el mercado son las acciones ejercidas por los particulares lesionados por los actos contrarios a la competencia⁴⁴⁰. La demostrada utilidad en ordenamientos como el norteamericano de dichas acciones⁴⁴¹, no exenta de problemas, y en particular de la tendencia al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción⁴⁴² obedece a varias razones: la posibilidad de dirigir la acción por parte del demandante, la existencia de «treble damages» esto es la posibilidad de percibir por este concepto hasta tres veces el

⁴⁴⁰ Como indica el TJ en el Considerando 27 de la STJ de 20 de septiembre de 2001 en el caso «Courage» «un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad.»

⁴⁴¹ Alrededor del 90 por 100 de los casos norteamericanos por violación de las normas antitrust proceden de acciones de particulares. HOVENKAMP, H. «Federal Antitrust Policy», St Paul, (West Publishing Co.) 1994, pág. 542.

⁴⁴² Respecto a los problemas planteados por la acción indemnizatoria en España ver Para la visión italiana de la cuestión ver TOFFOLETTO, A. «Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust», Milan (Giuffrè) 1996.

valor de los daños y perjuicios sufridos, de acuerdo con la sección 4 de la Clayton Act⁴⁴³, la rapidez de la acción que no depende de un pronunciamiento administrativo previo y la posibilidad de ejercer acciones de clase por los consumidores.

Ninguna de estas condiciones se cumple, tal y como veremos, en el ordenamiento español, con lo que la indemnización de los daños y perjuicios causados⁴⁴⁴ no cumple función alguna en la preservación de una competencia eficaz en el mercado y en muchas ocasiones resulta realmente tardía.

La cuestión de la indemnización de los daños y perjuicios causados no entra dentro de la competencia de los órganos comunitarios⁴⁴⁵, tampoco entra en el ámbito de competencia del TDC, por lo que tanto en los casos comunitarios como en los nacionales es cuestión que deben resolver los Tribunales de los Estados miembros⁴⁴⁶.

Estos están obligados a tutelar los derechos de los particulares derivados de las disposiciones comunitarias⁴⁴⁷ y el efecto útil de las prohibi-

⁴⁴³ 15 U.S.C.A. § 15 de acuerdo con la cual «Cualquier persona dañada en su negocio o propiedad por razón de algo prohibido en las leyes de defensa de la competencia puede reclamar... y debe recobrar tres veces los daños... sufridos y... unos honorarios legales razonables», —la traducción un tanto libre es propia—

⁴⁴⁴ Respecto a la indemnización de daños y perjuicios por infracción de las normas de defensa de la competencia en nuestro país ver PEÑA LÓPEZ, F. «La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust», Granada (Comares) 2000.

⁴⁴⁵ De acuerdo con una constante y reiterada jurisprudencia comunitaria «incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares» (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 19).

⁴⁴⁶ Como reiteradamente ha indicado el TJ «ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)» (véase la sentencia de 10 de julio de 1997, Palmisani, C-261/95, Rec. p. I-4025, apartado 27).

⁴⁴⁷ El Tribunal de Justicia ha declarado en múltiples ocasiones que «los artículos 85, apartado 1, del Tratado (actualmente 81.1) y 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE) pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares y que

ciones establecidas en los artículos 81 y 82 del Tratado⁴⁴⁸, así como a decidir sobre las consecuencias privadas de la infracción de acuerdo con el artículo 13.2 LDC.

La ausencia de competencia de los Tribunales comunitarios sobre la cuestión produce como consecuencia que no exista un cuerpo de doctrina jurisprudencial o administrativa al respecto que permita guiar a los órganos jurisdiccionales españoles respecto a esta cuestión.

La cuestión de la responsabilidad civil derivada del ilícito nos interesa aquí, porque la imputación de la conducta a la controladora de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 LDC tiene reflejo respecto al tema, aunque la imputación de la conducta a la dominante no tiene reflejo sobre los elementos constitutivos de la infracción dañosa —conducta, daño y nexo de causalidad—, salvo en lo que se refiere a la autoría. En cuanto al dolo o culpa necesarios para que surja la responsabilidad ex artículo 1902 Cc o 18.5 LCD, la conducta del imputado que fundamenta la imputación—inducción al incumplimiento— tiene, como vimos, carácter esencialmente doloso.

La imputación da lugar a la consideración de la controladora como actor y normalmente como destinatario de la decisión o la resolución y abre la vía para ejercer acciones de responsabilidad civil contra ella independientemente de que consideremos que, en el ámbito nacional, es un efecto directo de la imputación o un efecto reflejo de la misma.

A nuestro juicio la imputación de responsabilidad se produce en el ámbito de la declaración de la ilicitud de la conducta y podrá ser realizada por quien sea competente para ello. Esto es por los órganos de defensa de la competencia, pero también por los órganos jurisdiccionales competentes para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado. En el ámbito nacional la exigencia con carácter prejudicial de la firmeza de la declaración administrativa previa de la ilicitud de la conducta veda, en cambio, la aplicación directa del artículo 8 LDC por la jurisdicción civil en

dichos artículos crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar» (véanse las sentencias de 30 de enero de 1974, BRT y SABAM, denominada «BRT 1», 127/73, Rec. p. 51, apartado 16, y de 18 de marzo de 1997, Guérin automobiles/Comisión, C-282/95 P, Rec. p. I-1503, apartado 39).

⁴⁴⁸ Como afirma el Considerando 26 de la STJ de 20 de septiembre de 2001 en el caso «Courage» «La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia».

particular en aquellos casos en que se pretenda obtener el resarcimiento de daños recurriendo directamente al 1902 Cc, a los preceptos de la Ley de Competencia Desleal que regulan conductas coincidentes con las que infringen las prohibiciones de las normas de defensa de la competencia, o directamente a la violación de normas⁴⁴⁹. Tan solo una construcción jurisdiccional autónoma de la doctrina de la imputación de responsabilidad a la dominante por «unidad económica» desarrollada por los Tribunales nacionales independientemente de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, permitiría obtener un resultado equivalente.

La responsabilidad civil será declarada por sentencia judicial emitida por el órgano jurisdiccional competente —material. Esto nos plantea un grave problema. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2, 6º letra f) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴⁴⁹ La prejudicialidad administrativa establecida por el artículo 13.2 respecto a la acción de indemnización de daños y perjuicios ha tratado de ser salvada en un meritorio esfuerzo doctrinal por la vía del recurso directo al 1.902 del Código civil, ver SORIANO GARCÍA, J.E. «Derecho Público de la Competencia», Madrid (Marcial Pons) 1998, de la posibilidad de ejercer acciones civiles de competencia desleal en aquellos supuestos en que la conducta que infringe las normas de defensa de la competencia —casos de actos desleales que falsean la competencia ex artículo 7 LDC o de doble regulación como sucede con el abuso de dependencia económica del artículo 6.1 b LDC y 16. 2 LCD, así como casos de venta a pérdidas con finalidad predatoria del artículo 17. 2 c LCD— o mas generalmente recurriendo a la consideración de que los actos que infringen las normas de defensa de la competencia pueden ser considerados actos desleales por violación de normas en virtud de lo dispuesto en el artículo 15.2 LCD, ver (ALFARO AGUILA-REAL, J. «Competencia desleal por infracción de normas», Revista de Derecho Mercantil, 1991, págs. 704-705, FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. «Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia» Anuario de Derecho Civil, 1997 (pág. 228), RODRÍGUEZ DÍAZ, I. «El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», 2003 n. 228, págs. 32 y ss.

En todos estos casos se plantea un problema común desde la perspectiva de la aplicación del artículo 8 LDC y es que la competencia para imputar la responsabilidad a la dominante de acuerdo con el mismo corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia. El recurso a estas vías solo permitirá la imputación a la dominante bajo la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica que analizamos en el Capítulo 1, lo que debería implicar la imposibilidad de establecer la imputación de la dominante en la mayoría de los casos. La única vía para salvar este obstáculo sería que los órganos jurisdiccionales mercantiles o civiles llamados a establecer la indemnización de daños y perjuicios pudieran desarrollar una doctrina propia de imputación por unidad económica en materia de responsabilidad civil, tomando como fundamento la doctrina que hemos venido exponiendo en sede de defensa de la competencia.

Modificada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal los juzgados de lo mercantil conocerán de «cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil», respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado, nada se dice en cambio respecto de las acciones de responsabilidad civil por daños y perjuicios derivadas de una infracción de la LDC.

Este precepto supone la adaptación del ordenamiento español a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado⁴⁵⁰ de acuerdo con el cual «Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado.»

En efecto, tal y como afirma la Exposición de Motivos del Reglamento «Los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones. La función de los órganos jurisdiccionales nacionales es, a este respecto, complementaria de la de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Es conveniente, por tanto, facultarlos para aplicar plenamente los artículos 81 y 82 del Tratado»⁴⁵¹.

La mención, en la norma española, a «cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil», debe interpretarse, por tanto, en el sentido de considerar competentes a los juzgados de lo mercantil respecto a la resolución de las pretensiones de indemnización derivadas de la infracción de las normas de Defensa de la Competencia, solución ésta además aconsejada por motivos de economía procesal y satisfacción del usuario de la justicia que, además, evita las dilaciones indebidas que se producirían en el caso en que la competencia en esta materia hubiera sido atribuida a los Juzgados de Primera Instancia, con lo que hubiera debido esperarse a la firmeza de la sentencia que declarara la comisión del ilícito para poder ejercer la acción indemnizatoria.

Pero en línea de principio —esto es a salvo de las posibles modificaciones que puedan producirse hasta la entrada en vigor de los juzgados de lo mercantil como consecuencia de la adaptación plena del ordena-

⁴⁵⁰ DOCE L 1 de 4 de enero de 2003, pág. 1 y ss.

⁴⁵¹ Punto 7.

miento español al Reglamento 1/2003 de la Comisión—, y ante la ausencia de competencia expresa señalada a los Juzgados de lo mercantil, los de Primera Instancia serían competentes para conocer las acciones de indemnización de los daños derivados de la infracción de las normas nacionales de defensa de la competencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de acuerdo con el cual los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil, en primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta ley a otros juzgados o tribunales.

Esta solución no parece plenamente satisfactoria dada la mayor especialización de los juzgados de lo mercantil respecto a estas cuestiones y en particular respecto a los criterios para determinar la cuantía de la indemnización en este tipo de casos. Por ello sería conveniente la inclusión de este tipo de procesos en la competencia de los juzgados de lo mercantil.

En cuanto a la competencia territorial, ésta se regirá de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 50 y 51 LEC, a través del correspondiente juicio ordinario o verbal por razón de cuantía (arts. 249 y 250 LEC), que exigirá la previa firmeza en vía administrativa y en su caso jurisdiccional de la declaración de la ilicitud de los actos realizados por la controlada (art. 13.2º LDC).

Centrándonos en la cuestión de la prejudicialidad el artículo 13 LDC establece, como hemos visto, una relación de prejudicialidad entre la resolución de un órgano administrativo con funciones pseudojurisdiccionales y la sentencia civil de daños⁴⁵², o atendiendo a que la resolución del TDC es recurrible por vía contencioso administrativa ante la Audiencia nacional y en casación ante el Tribunal Supremo, entre la sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa y la sentencia civil por el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la conducta ilícita que tengan su origen en la LDC.

En particular, quien haya sufrido los daños como consecuencia de la conducta ilícita desarrollada por la controlada no podrá ejercer la acción civil de resarcimiento hasta que no gane firmeza la declaración administrativa de la ilicitud de la conducta.

⁴⁵² En cuanto a la prejudicialidad penal respecto al procedimiento administrativo en virtud del artículo 55 LDC como medio de preservar la vigencia del principio «non bis in idem», ver ARMENGOL I GASULL, O. «La prejudicialidad penal en la Ley de Defensa de la Competencia», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia 2000, n. 206, págs. 101 y ss.

Pese a que la prejudicialidad administrativa afecta exclusivamente a los casos de los que es competente el Tribunal de Defensa de la Competencia y no a aquéllos en que la competencia sea de la Comisión el Tribunal Supremo en su sentencia en el caso «CAMPESA» de 30 de diciembre de 1993⁴⁵³ ha extendido erróneamente este requisito a los casos comunitarios⁴⁵⁴.

La sentencia fue dictada estando en vigor todavía la Ley de represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. Pero dada la identidad de solución respecto a la cuestión de la prejudicialidad entre el artículo 6 LRPRC y el 13.2 LDC su doctrina puede considerarse aplicable a la nueva Ley.

De acuerdo con el Fundamento Tercero de la Sentencia «En cuanto a las pretensiones indemnizatorias... si bien es cierto que, de acuerdo con el art. 6 de la Ley de 20-7-1963, corresponde su conocimiento a los órganos jurisdiccionales del orden civil, es menester que el ejercicio de esas acciones de resarcimiento haya sido precedido de una resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia (en su caso, de la decisión de la Comisión de la Comunidad Económica Europea) en que se haya declarado la existencia de las prácticas restrictivas de las competencias prohibidas, de las que nacen los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pide constituyendo, por tanto, esa resolución un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción indemnizatoria cuya falta impide a los Juzgados y Tribunales entrar en el conocimiento de las mismas, sin que sea admisible la interposición de demandas «ad cautelam» y para el caso de que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de esas prácticas restrictivas prohibidas.»

La consecuencia de esta doctrina es la total ausencia de sentencias relativas a la indemnización de los daños causados por la infracción de las normas de defensa de la competencia en España y la absoluta inoperatividad del sistema español de indemnización de daños y perjuicios en esta materia en perjuicio de los lesionados que deben soportar pacientemente el daño del infractor, o iniciar un procedimiento que puede concluir nueve años después, y de la economía general que no obtiene el beneficio respecto a la preservación de la competencia eficaz en el mercado que derivaría del ejercicio de estas acciones.

⁴⁵³ RJ 1993/9902

⁴⁵⁴ Respecto a la sentencia CAMPESA y sus consecuencias ver MEDRANO IRAZOLA, S. «El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideración del debate y contribución a la búsqueda de soluciones», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, 2000, n. 210, págs. 11 y ss.

La exigencia de esperar a la firmeza en vía administrativa o contencioso administrativa puede suponer una dilación cuya necesidad solo podría justificarse en virtud de la necesaria especialización a la hora de determinar la existencia de la conducta ilícita en una materia compleja como la de defensa de la competencia propia de un sistema como el nuestro en el que se encarga el control de las restricciones de la competencia o de los abusos de la posición de dominio a un órgano especializado, distinto de aquél que debe resolver acerca de la existencia de los daños y de la indemnización correspondiente a quien los ha sufrido.

La existencia de un órgano único y especializado supondría una doble ventaja al evitar, al menos en línea de principio, resoluciones contradictorias y permitir que las decisiones sean adoptadas por sujetos dotados de la conveniente formación, acrecentando de las dos formas la seguridad jurídica de las empresas lo que parece justificar en este caso la dilación producida por tal prejudicialidad.

Esta supuesta ventaja se diluye en cambio si tenemos en cuenta la creación de los juzgados de lo mercantil que van a entender de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado y la posibilidad que el artículo 13.3 ofrece al TDC de actuar como *amicus curiae* en los casos de indemnización por daños y perjuicios derivados de la infracción de normas de defensa de la competencia.

De acuerdo con el citado precepto «El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá, cuando le sea requerido por órgano judicial competente, emitir un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la presente Ley deban satisfacer a los denunciantes y terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas.»

La colaboración entre la Comisión y los tribunales nacionales en esta materia está asegurada a través del artículo 14 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo de acuerdo con cuyo número 1 «En el marco de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que ésta les remita la información que obre en su poder o les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias.»

En estas condiciones parece difícil sostener las ventajas de la prejudicialidad administrativa.

Pero es que además de la demostrada empíricamente inadaptación de nuestro sistema a la protección de los legítimos intereses de la econo-

mía general, de los consumidores y de los competidores el sistema plantea algunos problemas graves, entre ellos el de su constitucionalidad.

En efecto, la prejudicialidad implica que en los casos de acuerdos de menor importancia (arts 1.3 y 36 bis 1 LDC)⁴⁵⁵ el Servicio de Defensa de la Competencia está habilitado a no iniciar el procedimiento y éste o el propio Tribunal de Defensa de la competencia pueden sobreseer el expediente. En los casos de conductas abusivas que no produzcan un efecto significativo respecto a las condiciones de competencia el art. 36 bis 1 LDC⁴⁵⁶ habilita al Servicio a no iniciar el procedimiento.

Estas normas se justifican por criterios de oportunidad y no de legalidad. Se trata de centrar el trabajo de los órganos de defensa de la competencia en las infracciones que afectan en mayor medida a la competencia dirigiendo sus escasos medios a la investigación y persecución de estas conductas y liberándolos de emplearlos en asuntos de poca trascendencia.

Si los poderes citados de los órganos de defensa de la competencia están plenamente justificados. La consecuencia que producen al poner estos preceptos en relación con el artículo 13.2 LDC no lo está. En efecto en estos casos no se producirá resolución alguna administrativa sobre el fondo del asunto. Con lo que quién haya sufrido un daño como consecuencia de una conducta presuntamente infractora no podrá acudir a la jurisdicción civil, produciéndose una verdadera denegación de justicia en violación de lo dispuesto en el artículo 24. 1 de la Constitución Española de acuerdo con el cual «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.»

De otra parte la eliminación de la prejudicialidad en esta materia produciría una cierta despolitización en la aplicación del Derecho de defensa de la competencia del todo punto recomendable y favorecería una mayor jurisdiccionalización del mismo.

La acción de reclamación de daños y perjuicios deberá ser entablada por el demandante frente a la empresa controlada y a la controladora, ya que caso de entablarla exclusivamente contra la controlada no podrá

⁴⁵⁵ De acuerdo con el artículo 1.3 LDC «3. Los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.»

⁴⁵⁶ De acuerdo con el artículo 36 bis 1 «El Servicio de Defensa de la Competencia podrá: a) Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 que, por su escasa importancia, no afecten de manera significativa a las condiciones de competencia.»

traer a la controladora al proceso con posterioridad si no es dirigiendo una posterior demanda a ésta y acumulando los autos el tiempo y forma procesalmente previsto para ello. Si se demanda exclusivamente a la controlada el demandante correrá el riesgo de que obtenida sentencia favorable a su pretensión y negado el cumplimiento voluntario por la empresa controlada tras realizar la correspondiente ejecución de sentencia encuentre un patrimonio empresarial insuficiente para satisfacer su crédito lo que le obligaría a iniciar un nuevo juicio declarativo para poder cobrar del patrimonio de la controladora. El demandante deberá acompañar a la demanda la resolución del TDC en que se declara ilícita la conducta realizada por la empresa controlada devenida firme junto con la sentencia de lo contencioso administrativo⁴⁵⁷ caso de que se haya recurrido la resolución del TDC.

En efecto, aunque una posible reclamación de daños y perjuicios fundada en motivos distintos de la ilicitud de los actos prohibidos por la LDC queda siempre abierta, en virtud de lo dispuesto en los artículos 13.1º LDC, 1102, 1902 del Código civil, la Ley exige como condición de procedibilidad que cualquier acción de daños y perjuicios fundada en la LDC la firmeza en vía administrativa o contenciosa de la decisión del TDC declarando la ilicitud del acto.

Esta solución no deja de plantear problemas como los relativos a la valoración que el juez civil deberá dar al acto administrativo de declaración de la ilicitud de la conducta del demandado en daños y perjuicios.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.3 LEC el tribunal civil quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial.

El demandante deberá probar, ante el juez civil, el daño sufrido y el nexo de causalidad entre la conducta de la controlada —declarada ilícita por el TDC— y el daño. No será necesario que pruebe nuevamente los elementos que integran el presupuesto de hecho de aplicación de la norma de imputación prevista en el artículo 8 LDC, esto es el carácter de empresa de la empresa infractora y de la empresa controladora, la existencia de relación de control y la determinación por la controladora del comportamiento económico de la controlada a través del ejercicio de la influencia dominante por parte de aquella, cuestiones sobre las cuales el órgano jurisdiccional civil está vinculado por la resolución administrativa devenida firme.

⁴⁵⁷ Ver art. 49 LDC y 25 RD 157/92, de 21 de febrero (BOE núm 52, del 29), que se remite al artículo 49 de la Ley 16/89.

Otra solución que permitiera la apreciación por parte del órgano jurisdiccional civil de la existencia en el caso de los elementos de hecho que integran el supuesto de hecho de la norma de defensa de la competencia infringida, sería contraria al artículo 42.3 LEC y prolongaría el proceso.

La presentación de la demanda plantea peculiares problemas en aquellos casos en que la empresa controlada o controladora no tenga personalidad jurídica única—grupo de empresas, en los que existirá la personalidad jurídica de cada una de las empresas miembros, o sociedades en formación o irregulares, en las que existirá la personalidad jurídica de los miembros que componen su base personal—, existiendo en estos casos un verdadero supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

En el caso de las sociedades irregulares o en formación parece claro que tendrán capacidad para ser parte en el proceso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6. 2 LEC de acuerdo con el cual «...podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.» Por ellas comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros. (art. 7.7 LEC).

En el caso en que el demandado sea un grupo nos encontraremos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.2 LEC en virtud del cual «Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.»

Habrá que demandar por tanto a todos los miembros del grupo. Los codemandados podrán estar representados procesalmente por una única representación —abogado y procurador— o por varios, rigiéndose el juicio por las normas ordinarias de las distintas clases de procesos civiles.

La sentencia dictada por el órgano jurisdiccional civil fijará la indemnización que deba recibir el demandante aplicando los criterios generales de determinación. Esta cuestión plantea peculiares problemas respecto a la cuantificación de los daños en materia de defensa de la competencia cuyo estudio excede la finalidad de esta monografía.

Tanto la empresa controladora como la empresa controlada son solidariamente responsables puesto que a ambas se imputa la conducta realizada por la primera de ellas (art. 8 LDC).

Un particular problema en este punto se pondrá cuando la empresa controladora o controlada no tenga personalidad jurídica única. En estos casos —grupos, sociedad irregular, sociedad en formación y comunidad de bienes— el patrimonio común de la empresa sin personalidad jurídica responderá solidariamente mientras que el patrimonio de cada uno de los sujetos que conforman la base personal de la empresa sin personalidad jurídica responderá de acuerdo con las reglas del negocio que los une.

Distinguiendo los supuestos. En el caso de que la empresa controladora o controlada sea una comunidad de bienes el patrimonio que pertenece pro indiviso a los comuneros responderá íntegramente de la deuda, si bien los comuneros lo harán con arreglo a sus respectivas cuotas que se presumen iguales (art. 393 C.c.).

Cuando se trate de una sociedad irregular de las previstas en el artículo 16 LSA⁴⁵⁸ habrá que distinguir según el objeto social establecido en los estatutos sociales tenga carácter mercantil o civil. En el primer caso regirán las normas de la sociedad colectiva, con lo que junto al patrimonio social responderá solidariamente el patrimonio de los socios colectivos (art. 127 C.d.c.) si bien estos gozaran del beneficio de excusión (art. 237 C.d.c., previsto por el Código en sede de liquidación pero aplicable igualmente en los supuestos en los que el acreedor se dirija contra el socio en una situación de normalidad societaria).

En el segundo responderá solidariamente el patrimonio social pero al regirse la sociedad irregular por las reglas de la sociedad civil los socios no serán solidariamente responsables ex art. 1698 C.c. que establece expresamente que «los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad», si bien las pérdidas se repartirán en conformidad a lo pactado —en escritura pública si se aportaron inmuebles o derechos reales a la sociedad (art. 1667C.c.)— por los socios o a falta de pacto, en la misma proporción en que se hubiere pactado el reparto de ganancias, o en caso de que tampoco se hubiera pactado este extremo en proporción a la aportación realizada (art. 1689 C.c.).

Si la empresa controladora o controlada se trata de una sociedad en formación de las previstas en el artículo 15 LSA⁴⁵⁹ responderán solida-

⁴⁵⁸ Para mayor profundización en el régimen previsto en el art. 16 ver FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. «La sociedad anónima irregular», en «Derecho de Sociedades Anónimas. I La Fundación», Madrid (Civitas), 1991, pág. 613 y ss.

⁴⁵⁹ Para mayor profundización en el régimen previsto en el art. 15 ver ALONSO UREBA, A. «La sociedad en formación», en «Derecho de Sociedades Anónimas. I La Fundación», Madrid (Civitas), 1991, pág. 519 y ss.

riamente los que hubiesen celebrado dichos actos en nombre de la sociedad en formación, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad (art. 15.1º).

Tanto el acto restrictivo realizado por la empresa controlada como el ejercicio de la influencia dominante por la controladora constituyen en su caso un acto o contrato celebrado en nombre de la sociedad por quien puede obligar a la misma en el ámbito de las relaciones jurídico-societarias externas cumpliendo de esta forma los requisitos para que nazca la responsabilidad del que actuó⁴⁶⁰. Si el acto restrictivo realizado por la empresa controlada —p. ej. acuerdo horizontal de fijación de precios— o la determinación del comportamiento económico de la sociedad controlada a través del ejercicio de la influencia dominante por parte de la empresa controladora haya sido realizado en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, la sociedad en formación responderá solidariamente con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios y los socios solo responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar (art. 15.2º LSA).

Las reglas de los artículos 15 y 16 LSA son aplicables a las supuestos de sociedad en formación y sociedad irregular cuando el tipo elegido en la escritura pública es una sociedad de responsabilidad limitada (art. 6 LSRL) o una Sociedad Comanditaria por Acciones (art. 152 C.d.c.).

Si se trata de una sociedad cooperativa en constitución rigen las reglas del artículo 10 LGC que tiene carácter de norma básica a efectos de la competencia de desarrollo legislativo que tienen atribuidas determinadas Comunidades Autónomas en materia de Cooperativas (Disposición Final Primera 2.). En todo caso serán solidariamente responsables los que hubiesen celebrado acto o contrato (art. 10 2º LGC). Cuando exista escritura de constitución y haya transcurrido un año desde su otorgamiento responderán además solidariamente los bienes aportados a la Cooperativa y sus frutos (art. 10.2º párrafo tercero LGC).

En el caso de que la empresa controlada o controladora sea un grupo de sociedades —por ejemplo restricción en la que participe el grupo de sociedades como única empresa junto con otras empresas independientes— o —imputación a un grupo de sociedades que constituye una única unidad económica de un acto restrictivo realizado por una empresa

⁴⁶⁰ Respecto a estos requisitos ver ALONSO UREBA, A. «La sociedad...», op. cit. pág. 582-583.

(sociedad, agrupación sin personalidad jurídica o grupo) que controla sin que pueda considerarse que forma parte del grupo ni que forman una única unidad económica, como consecuencia de que la influencia dominante fue ejercida en nombre del grupo por la sociedad dominante, por una sociedad dominada, por un colectivo sin personalidad jurídica formado por administradores de las distintas sociedades integradas en el grupo por subordinación sin que todos ellos lo sean de la empresa dominante, o en supuestos en que el grupo que controla la empresa infractora sea un grupo por coordinación— la determinación de la responsabilidad deberá realizarse con carácter solidario en el patrimonio de la empresa controlada o controladora, esto es al patrimonio de todas las empresas integrantes del grupo.

Aquí se plantea la interesante cuestión de determinar si en el caso en que se trate de un grupo por subordinación la dominante será libre de imputar la deuda nacida de la responsabilidad a una o varias empresas integradas en el grupo o deberá repartirse entre todas ellas en base a criterios objetivos. Dada la independencia jurídica de los sujetos dotados de personalidad jurídica en nuestro Derecho, la obligación de quienes los administran cuando se trata de personas jurídicas de velar por su interés, y la falta de reconocimiento en nuestro sistema de un poder de dirección de la dominante respecto a las sociedades dominadas, parece que habrá que concluir que esta no podrá imputar a las dominadas arbitrariamente las deudas derivadas de la responsabilidad, lo que supone indirectamente un mecanismo de tutela de los accionistas externos al grupo de control y de los acreedores de la sociedad dominada.

Si todas las empresas integradas en el grupo de empresas responderán solidariamente de la integridad de la deuda, aquella que haya pagado podrá repetir de las demás con arreglo al criterio objetivo que sirva determinar el reparto de la responsabilidad entre las empresas integrantes. El problema se plantea a la hora de determinar el criterio que deberá seguirse para distribuir la responsabilidad en el seno del grupo. Si el grupo es la empresa controlada, parece que el criterio será el de la participación en el acto que determina la infracción. Si el grupo es la empresa controladora el de la participación en la determinación de la conducta de la controlada. Como en ambos casos para ser considerado una única empresa el grupo debe de poder ser considerado una única unidad económica parece lo razonable considerar que será al patrimonio de la dominante a la que habrá que imputar la integridad de la deuda independientemente de que la influencia fuera ejercida por la propia dominante o por una empresa dominada integrada en el grupo, ya que la base de la

consideración del grupo en estos casos como una única unidad económica estriba en la falta de autonomía de decisión de las empresas que lo componen.

La sentencia que contenga la condena servirá como título de ejecución frente a la empresa demandada dotada de personalidad jurídica o frente a los distintos sujetos de derecho que conforman la base personal de las empresas carentes de personalidad jurídica.

LISTADO DE RESOLUCIONES QUE CONTIENEN DOCTRINA APLICABLE EN ESPAÑA

II. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

I. Decisiones de la Comisión

- Decisión de 18 de junio de 1969 en el caso «Christiani-Nielsen» (JOCE. Serie L, n.165 de 5 de julio de 1969).
- Decisión de 24 de julio de 1969 en el caso «Materias Colorantes» (JOCE L 195, de 7 de agosto de 1969).
- Decisión de 14 de diciembre de 1972 en el caso «Zoja» (JOCE L 299, de 31 de diciembre de 1972) NOTA: VER PÁG 22
- Decisión de 17 de diciembre de 1975 en el caso «Chiquita» (DOCE L 95, de 1976).
- Decisión de 2 de diciembre de 1975 en el caso «AOIP/Beyrard» (JOCE 1976 L 6/8)
- Decisión de 26 de julio de 1976 en el caso «Reuter/BASF» (DOCE 1976 L 254/40).
- Decisión de 19 de abril de 1977 en el caso «BP» (DOCE L 117, de 1977).
- Decisión de 21 de diciembre de 1977 en el caso «Especias» (JOCE L 53, de 1978).
- Decisión de 10 de enero de 1979 en el caso «Vaessen/Moris» (JOCE 1979 L 19/32).
- Decisión de 25 de noviembre de 1980 en el caso «Johnson and Jonson» (JOCE L 377, de 1980).
- Decisión de 29 de octubre de 1981 en el caso «GVL» (DOCE 1981 L 370/49).
- Decisión de 27 de noviembre de 1981 en el caso «Moët Chandon» (JOCE L 94, de 1982).
- Decisión de 6 de enero de 1982, en el caso «AEG-Telefunken», nº 82/267/CEE (JOCE L 117, pág. 15).
- Decisión de 12 de diciembre de 1983 en el caso «Nutricia» (JOCE 1983 L 376/22).
- Decisión de 23 de julio de 1984 en el caso «Flachglas/Benelux» (Abl.1984 L212)
- Decisión 11 de julio de 1985 en el caso «Remia c. Comisión» (Asunto 42/84).
- Decisión 23 de noviembre de 1984 en el caso «Peróxigenos» (JOCE L 35, de 7 de febrero de 1985).
- Decisión en el caso «P & I Clubs» (DOCE 1985 L 376/2).
- Decisión de 23 de abril de 1986 en el caso Polipropileno (JOCE L 230, de 18 de agosto de 1986).
- Decisión de 5 de diciembre de 1988, en el caso «BPB», nº 89/22/CEE de la Comisión, (DOCE L 10, de 1989, pág. 50; corrección de errores en DOCE L 52, de 1989).
- Decisión de 2 de agosto de 1989, en el caso «Mallas electrosoldadas» (DOCE 1989 L260/39).
- Decisión 21 de diciembre de 1988, en el caso «PVC» (DOCE 1989 L 74/1).
- Decisión en el caso «LDPE» (DOCE 1989 L 74/21).
- Decisión de 3 de mayo de 1991, en el caso «Conagra/Idea» (Asunto IV/M.0010).
- Decisión de 30 de julio de 1991, en el caso «Eridania/ISI» (Asunto IV/M.062).
- Decisión de 15 de julio de 1992 en el caso «Viho I» (JOCE L 233, de 15 de agosto de 1992).

- Decisión de 17 de marzo de 1993, en el caso «Matra/CAP Gemini Sogeti» (Asunto IV/M.272).
 Decisión en el caso «Air France contra Comisión» (Asunto T-2/93).
 Decisión de 28 de marzo de 1994, en el caso «British Telecom/Banco Santander» (Asunto IV/M.425).
 Decisión de 13 de julio de 1994, en el caso «Finnboard».
 Decisión de 1 de septiembre de 1994 en el caso «Tractebel/Distrigaz II».
 Decisión de 12 de mayo de 1995 en el caso «Colegio de agentes de la propiedad industrial» (nº 95/198/CE).
 Decisión de 28 de enero de 1998 en el caso «Volkswagen AG».

2. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

- Resolución del TDC de 14 de junio de 1984 (JTDC 1981-85, nº 289).
 Resolución del TDC de 20 de noviembre de 1984 (JTDC 1981-85, nº 295).
 Resolución del TDC de 24 de agosto de 1990, caso «AMIAVE I».
 Resolución del TDC de 8 de julio de 1991, caso «AMIAVE II».
 Resolución del TDC de 21 de septiembre de 1993, caso «Marmoristas de Fuengirola».
 Resolución del TDC de 30 de octubre de 1993, caso «EMORVISA».
 Resolución del TDC de 7 de diciembre de 1994, caso «Asociaciones médicas».
 Resolución del TDC de 12 de mayo de 1995, caso «FRINT».
 Resolución del TDC de 28 de septiembre de 1995.
 Resolución del TDC de 16 de septiembre de 1996, caso «Pan de Barcelona».
 Resolución del TDC de 24 de abril de 1997, caso «Ambulancias Girona».
 Resolución del TDC de 29 de abril de 1997, caso «PRISA» (JUR 2002/239053).
 Resolución del TDC de 30 de diciembre de 1997, caso «Funerarias de Madrid 2».
 Resolución del TDC de 23 de diciembre de 1999, caso «Líneas Aéreas» (AC 1999/2420).
 Resolución del TDC de 18 de abril de 2001, caso «PRISA» (AC 2001/1537).
 Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001, caso «CEPSA» (AC 2001/2305).
 Resolución del TDC de 11 de julio de 2001, caso «REPSOL» (AC 2002/579).
 Resolución del TDC de 16 de julio de 2002, caso «REPSOL» (AC 2002/1447).

I. RESOLUCIONES JUDICIALES

1. Tribunales comunitarios

1.1. Tribunal de Justicia

- STJCE de 25 de noviembre de 1971, caso «Beguelin Import».
 STJCE de 14 de julio de 1972, caso «Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión».
 STJCE de 14 de julio de 1972, caso «J.R. Geigy AG contra Comisión».
 STJCE de 14 de julio de 1972, caso «Sandoz AG contra Comisión».
 STJCE de 21 de febrero de 1973, caso «Continental Can».
 STJCE 6 de marzo de 1974, caso ZOJA.
 STJCE de 16 de diciembre de 1975, en el caso «Suiker Unie»
 Sentencias en el caso «Van Landewyck» Rec. 1980
 STJCE de 26 de noviembre de 1981, caso «Michel c. Parlamento»

- STJCE Asunto 170/83, caso «Hydrotherm Gerätebau GmbH c. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. scs».
 STJCE de 25 de octubre de 1983, caso «Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contra Comisión».
 STJCE de 28 de marzo de 1984, en los casos acumulados «CRAM y Rheinzink» (Rec. pág. 1679).
 STJCE de 20 de septiembre de 1988, caso «Gebroeders Beentjes BV contra Estado de los Países Bajos».
 STJCE de 13 de noviembre de 1990, caso «Marleasing»
 STJCE de 10 de marzo de 1992, caso «Shell».
 STJ de 19 de febrero de 1994, caso «SAT Fluggesellschaft c. Eurocontrol».
 STJ de 19 de mayo de 1994, caso «Air France contra Comisión».
 STJ de 14 de julio de 1994, caso «Herlitz AG contra Comisión».
 STJ de 14 de julio de 1994, caso «Dori».
 STJ de 14 de julio de 1994, caso «Parker Pen Ltd. contra Comisión».
 STJ de 15 de junio de 1994, caso «Comisión c. BASF y otros».
 STJ de 6 de abril de 1995, caso «BBP» (Rec. 1995).
 STJ de 8 de julio de 1999 en el caso «Anic».
 STJ de 16 de noviembre de 2000, caso «Metsä-Serla Oy y otros contra Comisión».
 STJ de 20 de septiembre de 2001 en el caso «Courage»
 STJ de 7 de enero de 2004 en el caso «Aalborg Portland».

1.2. Tribunal de Primera Instancia

- STPI de 1 de abril de 1993, caso «BPB Industries plc y British Gypsum Limited c. Comisión».
 STPI de 14 de mayo de 1998, caso «Metsä-Serla Oy y otros contra Comisión».
 STPI de 14 de mayo de 1998 en el caso «Stora»
 STPI de 20 de abril de 1999 en el caso «PVC».
 STPI de 6 de julio de 2000, caso «Volkswagen contra Comisión».
 STPI de 20 de marzo de 2002 en el caso «HFB Holding».
 STPI de 11 de diciembre de 2003 en el caso «Minoan».

2. Tribunales Nacionales

2.1. Tribunal Constitucional

- STC nº 71/80 de 30 de noviembre.
 STC nº 80/83 de 23 de marzo.
 STC nº 88/86 de 1 de julio.
 STC nº 76/1990, de 26 de abril

2.2. Tribunal Supremo

- STS de 13 de noviembre de 1963 (RAJ 4570/63).
 STS de 23 de diciembre de 1978 (RAJ 331/79).
 STS de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800)
 STS de 20 de junio de 1991 (RJ 1991, 4526)
 STS de 13 de febrero de 1992 (RAJ 842/92).
 STS de 30 de diciembre de 1993 caso «CAMPSA» (RJ 1993/9902)

STS de 20 de mayo de 1996, caso «Alconza».

2.3. Audiencia Nacional

SAN de 21 de junio, caso «SARRIO» (nº 378/95).

SAN de 15 de septiembre de 2000, en el caso «PRISA» (JUR 2001/71603).

2.4. Audiencias Provinciales

SAP Murcia núm. 144/2002 (Sección 4ª), de 13 abril (AC 2002/1397)

BIBLIOGRAFÍA

- ABBADESSA, P. «I gruppi di società nel diritto italiano» in «I gruppi di società», Bologna (Il Mulino), 1982.
- ALESSI, R. - OLIVIERI, G. «La disciplina della concorrenza e del mercato», Torino (G. Giappichelli), 1991.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. «Competencia desleal por infracción de normas», Revista de Derecho Mercantil, 1991.
- ALONSO UREBA, A. «La Competencia», RDM 1981, pág. 287 y ss.
- ALONSO UREBA, A. «La sociedad en formación», en «Derecho de Sociedades Anónimas. I La Fundación», Madrid (Civitas), 1991, pág. 519 y ss. AREEDA, P. «Antitrust Law», Boston/Toronto, (Little, Brown and Company), 1986-91.
- ANGEL YAGÜEZ, R. de «La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia», Madrid (Civitas) 1995
- ANGEL YAGÜEZ, R. de «La responsabilidad civil», Bilbao (Universidad de Deusto) 1988.
- AREAN LALÍN, M. «La indemnización de daños y perjuicios por violación del derecho antitrust», La Ley 1985-4, págs. 251 y ss.
- ARHEL, P. «Dimension internationale du Droit de la concurrence», Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne», 1997, págs. 492 y ss.
- ARMENGOL I GASULL, O. «La prejudicialidad penal en la Ley de Defensa de la Competencia», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia 2000, n. 206, págs. 101 y ss.
- AZZINI, L. «I gruppi aziendali», Milán (Giuffrè), 1975
- BAÑO LEON, J. M. «Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia», Madrid (1996).
- 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.
- BAUDENBACHER, C.-BESSER, S., «Gesamteuropäische Konvergenzentwicklungen im Kartellrecht», Wirtschaft und Wettbewerb 1997, pág. 681 y ss.
- BELLAMY, C.-CHILD, G. «Derecho de la competencia en el Mercado Común», Madrid (Civitas), 1992.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M^h P., «Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria», Pamplona, 1997.
- BERCOVITZ, A.- SENEN, G. «Comentario a la ley Española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia», Madrid (Sociedad de Estudios y Publicaciones), 1963.
- BERCOVITZ, A. «Asociaciones y uniones de empresas y prácticas restrictivas de la competencia», Madrid (Sociedad de Estudios y Publicaciones), 1969.
- BERCOVITZ, A. «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en «Tratado de Derecho Comunitario Europeo», Madrid (Civitas), 1986, vol. II, pág. 327 y ss.
- BERCOVITZ, A. (coord.) «La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991», Madrid (Cámara de Comercio e Industria), 1991.

- BERCOVITZ, A. «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal» en BERCOVITZ, A. (coord.) «La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991», Madrid (Cámara de Comercio e Industria), 1991, págs. 13 y ss.
- BERENGUER, L. PETITBÓ, A. «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», Anuario de Derecho de la Competencia 1998, págs. 25 y ss.
- BERCOVITZ, A. «Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial», Pamplona (Aranzadi) 2002.
- BERLE, A.-MEANS, G. «The Modern Corporation and Private Property» New York (Brace & World), 1932.
- BERLE, A.A.-MEANS, G.C. «Società per azioni e proprietà privata», Torino (Einaudi), 1966 (pág. 69)
- 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.
- BERLIN, D. - CALVET, H. «Concentrations», Revue Trimestrielle de Droit Europeen 1996, pág. 333 y ss.
- BIENAYMÉ, A. «L'application de l'article 82 du Traité de Rome dans la decision «Continental Can» Revue Trimestrielle de Droit Europeen, 1972, pág. 69 y ss.
- 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.
- BOLDO RODA, C. «Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español», Pamplona (Aranzadi) 1997.
- BOUTARD LABARDE, M.C. - CANIVET, G. «Droit français de la concurrence», Paris (LGDJ) 1994.
- BROSETA PONT, M. «La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil», Madrid (Tecnos) 1965.
- BROSETA PONT, M., «Manual de Derecho Mercantil», Madrid (Tecnos), 1993-4, 9ª y 10ª ed.
- BROSETA PONT, M.- MARTÍNEZ SANZ, F. «Manual de Derecho mercantil», Madrid (Tecnos), 2003, 11ª ed.
- BUIJS, C. «Anmerkung zum Urteil AEG» en Common Market Law Review, 1984, pág. 557 y ss.
- BUXBAUM, R.M.- HERTIG, G.- HIRSCH, A.- HOPT, K.J. (Hrsg.) «European Economic and Business Law», Berlin/New York (Walter de Gruyter), 1996.
- CHAMPAUD, C. «Les méthodes des groupement des sociétés», Revue Trimestrielle du Droit Commercial, 1967 (pág. 1011 y ss.).
- COMPTON, N. «Early History of Stock Ownership by Corporations» 9 George Washington L. Rev. 125,131 (1940).
- DERINGER, A. «Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Kommentar (Art. 85-94 EWGV), Düsseldorf 1962.
- DONATIVI, V. «Impresa e gruppo nella legge antitrust», Milano (Giuffrè) 1996.
- DRUEY, J.N. «El Derecho de grupos suizo», Derecho de Sociedades, 1994, pág. 157 y ss

- DUMEY, R. «L'infliction d'amendes dans le droit communautaire de la concurrence» Gazette du Palais, 1975, pág. 314 y ss.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. «Las uniones de empresas en la reforma alemana del derecho de sociedades por acciones», (Anuario de Derecho Civil), 1964 (pág. 402 y ss)
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. «Concepto y significado institucional de los grupos de empresas», «Libro homenaje a ROCA SASTRE», Madrid, 1976, III (pág. 565 y ss).
- 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.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. «Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales» en «La reforma del derecho español de sociedades de capital» Madrid (CNRPME, CNM,FDUCM), 1987, pág. 737 y s. (pág. 773, esquema nº 2).
- DUQUE, J.-RUIZ PERIS, J.I. «Los grupos en el ordenamiento jurídico» en BAREA-JULIÁ-MONZÓN (dir) «Grupos empresariales de la economía social en España» Ciriéc 1999, págs. 99 y ss.
- EMBID IRUJO, J.M. «Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña de sociedades anónimas», R. D. M. 1979, pág. 468
- 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, pág. 100 y ss.
- EMBID IRUJO, J.M. «Grupos de sociedades y accionistas minoritarios, la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo», Madrid (Ministerio de Justicia), 1987.
- EMBID IRUJO, JM. «Concentración de empresas y Derecho de cooperativas», Universidad de Murcia 1991.
- EMMERICH, V.-SONNENSCHNEIN, J. «Konzernrecht», München (Beck), 1993, 5ª ed.
- EMMERICH, V. «Kartellrecht», München (Beck), 1994, 7ª de.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. «Os grupos de sociedades» Coimbra (Almedina), 1993.
- ENGRACIA ANTUNES, J. «Liability of Corporate Groups» Kluwer Law and Taxation Publishers (Deventer Boston), 1994, pág. 414.
- ESTEVAN DE QUESADA, C. «Tomas de control y medidas defensivas: la compra de acciones propias como defensa» Pamplona (Aranzadi) 2002.
- FARNSWORTH, E.A. «An Introduction to the Legal System of the United States», New York (Oceana), 1996. 3ª ed.
- FERNÁNDEZ, C.-PARET, J.M.-VENTURA, M. ¿Pueden ir a prisión los directivos españoles por la comisión de conductas anticompetitivas llevadas a cabo por su empresa? Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia 2002, n. 218, págs. 35 y ss.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro «Grupos de empresas de base contractual y Derecho de la competencia», en «Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero», vol. V, pág. 5357 y ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. «La sociedad anónima irregular», en «Derecho de Sociedades Anónimas. I La Fundación», Madrid (Civitas), 1991, pág. 613 y ss.

- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.-CALVO CARAVACA, A. L. «Derecho mercantil internacional», Madrid (Tecnos), 1995, 2ª ed.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. «Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia» Anuario de Derecho Civil, 1997.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C. «Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos», Revista de Derecho Mercantil, 1965, pág. 7 y ss.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J.L. «Fundamentos de Derecho Mercantil», Madrid (Edersa), 1991, (pág. 58).
- FERRI, G. «Concetto di controllo e di gruppo», en «Disciplina giuridica del gruppo di imprese», Milano (Giuffrè), 1982 (pág. 71)
- FIKENTSCHER, W. «Wirtschaftsrecht», München (Beck's) 1983.
- FINZI, E «Società controllate» in Rivista di Diritto Commerciale e delle Obbligazioni, 1932, I, págs. 462 y ss.
- FOCSANEANU, L. «La concurrence à l'intérieure des groupes de sociétés. Réflexions sur l'attestation négative Christiani 7 Nielsen» Rêvue du Marché Commun 1970, pág. 32 y ss.
- FOCSANEANU, L. «Concurrence et groupes de sociétés», Revue Marché Commun, 1970, pág. 512 y ss.
- FOCSANEANU, L. «L'article 86 du Traité de Rome et la décision «Continental Can Company» de la Commission de la CEE», en JCP 1972, I, 2452.
- FONT GALAN, J. I. «La libre competencia en la Comunidad Europea», Zaragoza (Real Colegio de España), 1986.
- FONT GALÁN, J.I. «Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de Prácticas restrictivas de la Competencia» Revista de Derecho Mercantil, 1977, págs. 519 y ss.
- FONT GALAN, J.I. «Constitución económica y Derecho de la competencia», Madrid (Tecnos), 1987.
- FONT GALAN, J.I. «El concepto de empresa relevante en el derecho de la competencia de la Comunidad Europea. Exposición y Crítica», Noticias CEE, 1987, nº 29, pág. 39 y ss.
- FONT GALAN, J.I. «La empresa en el Derecho Mercantil» en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (Coord.) «Derecho Mercantil» Barcelona (Ariel) 1992, 2ª ed. (pág. 47-63).
- FONT RIBAS, A. «La consolidación de las cuentas» en ROJO, A. (Dir.) «La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas», Madrid (Civitas), 1987.
- FONT RIBAS, A. «Mercado común y distribución: la distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios», 1987.
- FONT RIBAS, A. «Algunes reflexions alentorn dels grups de societats», Revista Jurídica de Catalunya, pág. 836.
- FRANCESCHELLI, R. «Il Trust nel Diritto Inglese», Padova (Cedam), 1935.
- GALAN CORONA, E. «La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia» ADI 1975, pág. 4 y ss.
- GALAN CORONA, E. «Acuerdos restrictivos de la competencia», Madrid (Montecorvo), 1977.
- GALGANO, F. «Principio di maggioranza», «Materiali per una storia della cultura giuridica», a cura di TARELLO, XII, 2, 1982, pág. 291 y ss.
- GALGANO, F. «La società per azioni», Padova, 1984 (CEDAM) (pág. 32 y ss).
- 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, 7ª y 8ª ed.
- GARRIGUES, J. «Curso de Derecho Mercantil», Madrid (Aguirre) 1972, 6ª ed., corregida y puesta al día por BERCOVITZ, A. (pág. 159-170).
- GIRGADO PERANDONES, P. «La empresa de grupo y el derecho de sociedades», Granada (Comares) 2001.
- GIRGADO PERANDONES, P. «La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo», Madrid (Marcial Pons) 2002.
- GUERRA, P. «La società di partecipazione», ob. cit. pág. 80 y ss.
- GLEISS, A. -HIRSCH, M. «Kommentar zum EG-Kartellrecht», Heidelberg (Recht und Wirtschaft), 1993, 4ª ed, puesta al día por HIRSCH, M y BURKERT, T.
- GÓMEZ SEGADE, 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.
- GÓMEZ SEGADE, J.A. «La nueva ley de defensa de la competencia», 13, ADI, 1989-90, pág. 579 y ss.
- GONDRA, J.M. «Derecho Mercantil», Madrid, 1.992.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F. «Grupos paritarios de cooperativas de crédito y prácticas restrictivas de la competencia» Derecho de los Negocios, febrero 2001, págs. 1 y ss.
- GÖTZ, H.-RIEGER, H. «Das Verhältnis von Kartell- und Konzernrecht», JuS 1968, pág. 393 y ss.
- GRANDPIERRE, W. «Wettbewerbsbeschränkungen zwischen verbundenen Unternehmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», Diss. Marburg, 1972.
- GUARDANS CAMBÓ, I. «Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero», Pamplona (Aranzadi) 1992.
- HANDLER, M. «Reforming the Antitrust Laws» 82 Col. L. Rev. 1287, 1290-1997 (1982).
- HARDING, C. «The Use of Fines as a sanction in EEC-Competition Law» en Common Market Law Review 1979, pág. 591 y ss.
- HARMS, W. «Intra-Enterprise Conspiracy Doctrine? Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Auslegung des Art 85 EWG», Europarecht, 1966, pág. 230 y ss.
- HARMS, W. «Konzerne im Recht der wettbewerbsbeschränkungen. Eine wirtschafts- und gesellschaftsrechtliche Untersuchung», Köln, Berlin, 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, Berlin, München, 1976.
- HAYNANN, M. «Extraterritoriale Wirkungen des EWG Wettbewerbsrechts», Baden, 1974.

- HOOREMAN, D. «La décision BP Netherland» de la Commission des Communautés européennes et l'article 82 du Traité de Rome» en Recueil Dalloz Sirey, 19, 1978, Chronique, pág. 114 y ss.
- HOVENKAMP, H. «Federal Antitrust Policy», St Paul, (West Publishing Co.) 1994, pág. 542.
- HUBER, U. «Konzerninterne Vereinbarungen im EWG- Kartellrecht nach der kommissionsentscheidung im Fall Christiani & Nielsen» Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters» (AWD), 1969, pág. 429 y ss.
- HURTADO COBLES, J. «La doctrina del levantamiento del velo societario: estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales», Barcelona (Atelier) 2000.
- IMMENGA, U - MESTMÄCKER, E.J. «GWB Kommentar», München (Beck), 1992, 2ª ed y 2001, 3ª ed.
- IMMENGA, U «El Mercado y el Derecho: estudios de derecho de la competencia», Valencia (Tirant lo Blanch) 2001.
- JACQUEMIN, A. «Application to Foreign Firms of European Rules on Competition», The Antitrust Bulletin 1974, pág. 157 y ss.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (Coord.), Derecho Mercantil, 3ª 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, pág. 427 y ss.
- JORDANO FRAGA, F. «La responsabilidad contractual», Madrid (Civitas) 1987.
- KELSEN, H. «Teoría generale del diritto e dello stato», Milano (Giuffré), 1964 5ª ed. (pág. 291).
- KEMPF, D. G. Jr. «Bathub Conspiracies: Has Seagram Distilled a More Potent Brew?», 24 Bus. Law. 173 (1968).
- KEUTGEN, G. «Le droit des groupes de sociétés dans la CEE » Bruxelles (Bruyant) 1973.
- 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», Berlin (Duncker & Humblot), 1984.
- KOPPENSTEINER, H.G. «International Enterprises under the Antitrust Law of the European Economic Community» Journal of World Trade Law 1975, pág. 287 y ss.
- KOPPENSTEINER, H.G. en «Kölner Kommentar zum Aktiengesetz» Köln (Carl Heymanns), 1987, 2ª ed. Band 6, pág. 4 y ss.
- KORAH, V. «Istituto Chimioterapico Italiano and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the EEC» Common Market Law Review, 1974, pág. 248 y ss.
- LANGEN, E.-BUNTE, J. «Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht» Berlin (Lutherland), 1994, 7ª ed.
- LANGER, L. «Der Begriff Unternehmen im GWB», Diss. Berlin, 1978.
- LARENZ, K. «Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung», Leipzig, 1927.

- LECLERC, S. «Les communications de la Commission et le Marché Intérieur», Cahiers de Droit Européen, 1998, pág. 161 y ss.
- LENZ, O. (Hrsg.) «EG-Vertrag Kommentar», Köln/Basel/Wien (Bundesanzeiger/Helbing & Lichtenhahn/Ueberreuter), 1994.
- LIBONATI, B. «Holding e investment trusts», Milano (Giuffré) 1959.
- LIBONATI, B. «Il gruppo insolvente», Firenze (Nardini), 1981
- LIPOWSKY, U. «Die Zurechnung von Wettbewerbsverstößen zwischen verbundenen Unternehmen im EWG-Wettbewerbsrecht. Eine Untersuchung der Spruchpraxis von Kommission und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften von 1971-1984».
- LLOBREGAT HURTADO, M.L. «Temas de Propiedad Industrial», Madrid, 2002.
- LUTTER, M. «Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro del diritto europeo», Rivista delle Società, 1974, pág. 8 y ss.
- LUTTER, M. «Le droit des Konzern en République Fédérale d'Allemagne, s'est il imposé dans les faits?», Droit et Pratique du Commerce International, 1976, pág. 308 y ss.
- LUTTER, M. «La Responsabilité civile dans les groupes de sociétés» puede verse en Revue des Sociétés 1981, págs. 697 y ss.
- LUTTER, M. «Die zivilrechtlicher Haftung in der Unternehmensgruppe» 11 ZGR (1982) 244 y ss.
- MACH, O «L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence», Genève (Georg), 1974.
- MARCHETTI, P. «Commentario breve al diritto della concorrenza : antitrust, concorrenza sleale, pubblicità, marchi, diritto d'autore», Padova (CEDAM), 1997.
- MASSAGUER, J. «Comentario a la Ley de Competencia Desleal», Madrid (Civitas) 1999, págs. 120 y ss.
- MEDRANO IRAZOLA, S. «El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideración del debate y contribución a la búsqueda de soluciones», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, 2000, n. 210, págs. 11 y ss.
- MENÉNDEZ, A. «La competencia desleal», Madrid (Civitas) 1988.
- MESTMÄCKER, E.J. «Europäisches Wettbewerbsrecht», München (Beck's) 1974.
- MIETHKE, J. «Der Konzern und das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen», Diss. Kiel, 1964.
- MIGNOLIA-ROSSI, G. (a cura di) «I Gruppi di Società», Milano (Giuffré), 1996.
- MIRANDA SERRANO, L.M. «Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español», Madrid (La Ley), 1994.
- MOUSSERON, J.M. - SELINSKY, V. «Le droit français nouveau de la concurrence», Paris (Litec), 1988.
- MÜLLER-HENNEBERG, H. y SCHWARTZ, G. «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar», Köln -Berlin (Karl Heymanns), 1958.
- MÜLLER, H. - GIESSLER, P. - SCHOLZ, U. «Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», Frankfurt, 1981, 4ª ed.
- NOTARI, M. La nozione di «controllo nella disciplina antitrust», Milano (Giuffré), 1996.
- ORTIZ, L.-PASCUAL, A. «Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación.», Madrid (Dykinson) 2002.

- OZTEK, S. «La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés par une société holding», Lausanne (Univ. Lausanne), 1982 (pág. 52).
- PANTALEÓN PRIETO, F. «Causalidad e imputación objetiva», en «Centenario del Código civil», II, Madrid 1991, pág. 1561 y ss.
- PARDOLESI, R. «Veil piercing e analisi economica del diritto» en «Responsabilità limitata e gruppi di società», Milano (Giuffrè) 1987, págs. 137 y ss.
- PARDOLESI, R. «Il Foro Italiano», 1995, IV, col. 84.
- PASTERIS, C. «Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche», Milano (Giuffrè) 1957.
- PAVONE LA ROSA, A. «Controllo e gruppo nella fenomenologia dei collegamenti societari» (Diritti Fallimentari e delle Società), 1985.
- PEÑA LÓPEZ, F. «La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust», Granada (Comares) 2000.
- PETTIT, P.H. «Equity and the Law of Trusts», London (Butterworths) 1984.
- PETITPIERRE-SAUVIN, A. «La cession de controle...», ob. cit. pág. 14.
- PICONE, P. «La applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il Diritto internazionale», en A.A.V.V. «Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel Diritto interno e internazionale», Padova (CEDAM), 1989, pág. 81 y ss.
- POHLMANN, P. «Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 1996», pág. 307 y s.
- POWEL, F. «Parent and Subsidiary Corporations», Chicago 1931.
- REICH, N. Mercado y derecho: teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana, 1985.
- ROBINSON, E. «The Holding Corporation» Yale L. Rev., 1910, vol. 18, pág. 390 y ss.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. «La representación de los accionistas en la Junta general de la Sociedad Anónima», Madrid (Civitas), 1990.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, I. «El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», 2003 n. 228, págs. 32 y ss.
- ROSSI, G. «Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa», Milán, (Giuffrè), 1967 (pág. 1 y ss).
- RUIZ PERIS, J.I. «Notas sobre la nueva ley de defensa de la competencia», La Ley Legislación, 1989, noviembre, pág. 71 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, pág. 6433 y ss.
- RUIZ PERIS, J.I. «Significado del control empresarial en el Derecho español» en «Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont», Valencia (Tirant lo Blanch) 1991, Tomo III, págs. 3.315 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, pág. 8 y ss.
- RUIZ PERIS, J.I. «El privilegio del grupo», Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.
- RUIZ PERIS, J.I. «Grupo y área de consolidación en el Código de Comercio» Revista de Derecho Bancario y Bursátil nº 92, 2003, págs. 255 y ss.

- SACRISTÁN REPRESA, M. «El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas», Revista de Derecho Mercantil, 1982, págs. 375 y ss.
- SALANDRA, V. «I diritti degli azionisti di minoranza nelle società controllate» en Rivista di Diritto Commerciale, 1935, II, págs 352 y ss.
- SALVADOR ROLDÁN, R. «La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, 2003, págs. 71 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de Derecho Mercantil, 20ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «El Proyecto de Ley de Represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia», RDM 1963, pág. 307 y ss.
- SCHMIDT, K. «Unternehmen und Abhängigkeit. Begriffsvielfalt und Begriffseinheit in Kartell- und Konzernrecht», ZGR 1980, pág. 277.
- SCHMIDT, K. «Gesellschaftsrecht», Köln (Carl Heymanns), 1991, 2ª ed.
- SCHNEIDER, U.H. «La disciplina nel finanziamento nel Konzern», Rivista delle Società, 1985 (pág. 1001).
- SCHMIDT, K. «Zum Haftungsdurchgriff wegen Sphärenvermischung und zur Haftungsverfassung im GmbH-Konzern» BB (1985), págs. 2074 y ss.
- SEAVOY, R. «The Origins of American Business Corporation 1784-1855», Connecticut/London (Greenwood Press), 1982.
- SINAY, R. «Expérience allemande et proposition de société anonyme européenne», en «Droit des groupes de sociétés. Analyse-Propositions», pág. 44.
- SIRAGUSA, M. -SUBIOTTO, R. «Le contrôle des opérations de concentration entre entreprises au niveau européen: une première analyse pratique», Revue Trimestrielle de Droit Européen 1992, pág. 51 y ss.
- SORIANO GARCÍA, J.E. «Derecho Público de la Competencia», Madrid (Marcial Pons) 1998.
- 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, pág. 2193 y ss.
- STORCK, M. «Définition légale du contrôle d'une société en droit français», (Revue des Sociétés), 1986 (pág. 394).
- TOBÍO RIVAS, A.M. «El anteproyecto de ley de defensa de la competencia», 12 ADI 1987-88, pág. 623 y ss.
- TOFFOLETTO, A. «Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust», Milan (Giuffrè) 1996.
- 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, pág. 400 y ss.
- 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).
- URIA, R. «Derecho Mercantil», Madrid (Marcial Pons) 1994, 21ª ed. (pág. 37-39).
- VANHAEBCKE, M., «Les groupes de sociétés», Paris (LGDJ) 1962.
- VICENT CHULIÁ, F. «Concentración y unión de empresas ante el derecho español» Madrid (Confederación Española de Cajas de Ahorros), 1971.

- VICENT CHULIÁ, F., Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Barcelona (Bosch), 1991, 3ª ed.
- VICENT CHULIÁ, F. «Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto» en Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena», Madrid (Civitas), 1991.
- VICENT CHULIÁ, F. Introducción al Derecho Mercantil, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- VICIANO PASTOR, J. «Libre competencia e intervención pública en la economía (Art. 2, apartado 1º de la ley 16-1989 de Defensa de la Competencia)», Valencia (Tirant lo Blanch), 1994.
- VON GAMM, O.F. Frhr. «Kartellrecht- Kommentar einschließlich art. 85 EWGV», Köln. Berlin, Bonn, München, 1979.
- WILLIS, E. I.-PITOFISKY, R. «Antitrust Consequences of Using Corporate Subsidiaries» 43 N.Y.U.L.Rev. 20 (1968).
- WALBROEK, M.-FRIGNANI, A. «Derecho europeo de la competencia», Barcelona (Bosch), 1998.
- WISH, R. «Competition Law, 3ª ed. Londres- Edimburgo, 1993.
- ZACHMANN, J. «Le contrôle communautaire des concentrations», Paris (LGDJ), 1994.
- ZEITLER, G. «Der Konzernrabatt» WuW 1959, pág. 621 y ss.
- ZICCARDI, F. «L'induzione all'inadempimento», Milan (Giuffrè) 1979, pág. 175.

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN

1. EL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA
Teresa Marín García de Leonardo
2. EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Javier Plaza Penadés
3. ENAJENACIÓN DE TERRENOS NO EDIFICABLES Y EDIFICIOS FUERA DE ORDENACIÓN
María Jesús Montfort Ferrero
4. EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS
Susana Navas Navarro
5. EL PACTO DE CONCRECIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LA HIPOTECA
Xavier Cecchini Rosell
6. ADQUIRENTES, SUBADQUIRENTES Y RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA
Juan Manuel Abril Campoy
7. FORMACIÓN Y DEFORMACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE OBRAS O SERVICIOS
Judith Solé Resina
8. LA TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: UNA REALIDAD DE NUESTRO TIEMPO
Teresa Marín García de Leonardo
9. LA SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA
Rafael Verdera Server
10. LA COMPRAVENTA A PLAZOS DE UN BIEN GANANCIAL
Adela Serra Rodríguez
11. EFECTOS CIVILES DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL
Carmen López Beltrán de Heredia
12. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ
Mª Luisa Atienza Navarro
13. LA CARACTERIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL Y SU DIFERENCIA CON LA COMUNIDAD DE BIENES
Isaac Tena Plazuelo
14. LA MULTIPROPIEDAD
Fabio Arrivas
15. DESLINDE DE COSTAS
Fabiola Meco Tébar
16. LA PARTICIPACIÓN DE LA HERENCIA Y SU IMPUGNACIÓN POR LESIÓN
José Mª Cutilas Torns
17. EL SEGURO MÚLTIPLE
Juan Bataller Grau
18. CATERING: SUS FORMAS CONTRACTUALES
Susana Navas Navarro
19. LA FIANZA ARRENDATICIA
Carlos Manuel Díez Soto
20. LOS PARTICULARES EFECTOS DE LA «APARIENCIA» EN EL ÁMBITO DE LAS SERVIDUMBRES
M. Nélida Tur Faúndez
21. ALIMENTOS ENTRE PARIENTES Y SUBSIDIARIEDAD DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
Jordi Ribot Igualada
22. GASTOS REPERCUTIBLES SOBRE LOS ARRENDATARIOS EN LOS CONTRATOS ANTERIORES A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS
Leonor Aguilar Ruiz
23. EL COMODATO MODAL Y SU DISTINCIÓN CON EL ARRENDAMIENTO
Isabel Rabanete Martínez
24. LA HIPOTECA A FAVOR DE DOS O MÁS ACREEDORES
Rafael Verdera Server
25. DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO SEPARADO DE HECHO
Javier Plaza Penadés
26. ERROR Y RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO
José R. de Vorda y Beamonte
27. LA APORTACIÓN A SOCIEDAD DE VIVIENDA ARRENDADA COMO SUPUESTO DEL DERECHO DE RETRACTO LEGAL DEL ARRENDATARIO
Mª del Rosario Díaz Romero
28. LA FORMA VOLUNTARIA DEL CONTRATO
Cecilia Gómez-Salvago Sánchez
29. ANCHURA Y NECESIDAD DE LAS SERVIDUMBRES DE PASO ENTRE FINCAS RÚSTICAS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA
Juan Manuel Badenas Carpio
30. LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIAS DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SRL
Ana Isabel Lois Caballé
31. LA TUTELA ESPECIAL DE LOS HIJOS EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS CRISIS MATRIMONIALES: EL INTERÉS PROTEGIDO
Santiago Salazar Bort
32. LA CLÁUSULA «POR SÍ O POR PERSONA QUE SE DESIGNARÁ»
Xavier Cecchini Rosell
33. RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES POR LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES DE UN CÓNYUGE
Javier Barceló Doménech
34. LAS VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES
Francisco de P. Blasco Gascó
35. LOS LEGADOS PECUNIARIOS
Pedro Grimalt Servera
36. LA DONACIÓN CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN
Jorge Sirvent García
37. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR RUINA DE EDIFICIOS
Pedro J. Femenía López
38. LA PRESUNCIÓN MUCIANA CONCURSAL: EL ARTÍCULO 1442 CC
Clara I. Asua González

39. CONVENIO CONCURSAL Y FIANZA. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA
José Machado Plazas
40. LA REALIZACIÓN DE OBRAS POR LA COMUNIDAD EN LOS ELEMENTOS O SERVICIOS COMUNES DEL EDIFICIO
M. del Carmen Pastor Álvarez
41. TITULARES DE LOS BIENES DE LA PERSONALIDAD: LEGITIMACIÓN PARA DEFENDERLOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY 1/1982
Carmen García Pérez
42. REVERSIÓN EXPROPIATORIA. UNA REFLEXIÓN, EN LA PERSPECTIVA CIVILISTA
Germán de Castro Vitores
43. LAS ACCIONES DE LIBERACIÓN Y COBERTURA EN LA FIANZA
Carmen Arijá Soutullo
44. LA REIVINDICACIÓN DE LOS BIENES CULTURALES MUEBLES ILEGALMENTE EXPORTADOS
Paloma López-Carceller Martínez
45. LA FECHA DE RETROACCIÓN
Javier Gutiérrez Gilsanz
46. LA ACCIÓN DE RESCISIÓN POR FRAUDE A LOS DERECHOS DEL CONSORTE EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: EL ART. 1391 CC
M^a Eugenia Rodríguez Martínez
47. EL FIADOR HIPOTECARIO
Iris Beluche Rincón
48. LA OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA
Xavier Cecchini Rosell
49. RESPONSABILIDAD Y RIESGO CONTRACTUAL: NORMAS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA, SOBRE VENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS E INCOTERMS 2000
Juan A. Tamayo Carmona
50. DE NUEVO SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS COMUNITARIOS EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL
Esther Gómez Calle
51. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LAS COSAS EN EL DERECHO ITALIANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL
Lorenzo Mezzasoma
52. EL SUPUESTO DE HECHO DEL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO EN EL ARTÍCULO 763 LEC 1/2000
María José Santos Morón
53. EL TERCER ADQUIRENTE DE BIENES HIPOTECADOS
Carmen Arijá Soutullo
54. LA OBLIGACIÓN DE GUARDA DEL VENDEDOR
María Rosa Navarrete Cano
55. LA OBRA COLECTIVA
Enric Bataller i Ruiz
56. EL CONTRATO DE COMODATO
Inmaculada Vivas Tesón
57. OBLIGACIONES PROPTER REM HOY: LOS GASTOS COMUNES EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL
Isabel Sierra Pérez
58. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONTRATO: PRESUPUESTOS Y LÍMITES DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL
Eduardo Vázquez de Castro
59. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO DE FAMILIA DE CATALUNYA
M^a del Carmen Geta-Alonso y Calera
60. ALCANCE DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CIVIL EXTERNA
José Manuel de Torres Perea
61. LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL
Jorge Sirvent García
62. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE UNIONES DE HECHO
M^a Eugenia Rodríguez Martínez
63. LA PRENDA DE VALORES ANOTADOS EN CUENTA: CONSTITUCIÓN Y EFECTOS
Sandra Camacho Clavijo
64. LA AMENAZA DE INCUMPLIR UN CONTRATO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO
Pedro del Olmo García
65. LA PROTECCIÓN DEL TURISTA COMO CONSUMIDOR
José Ángel Torres Lana
M^a Nélida Tur Faúndez
Joan David Janer Torrens
66. PROCEDIMIENTOS CONCURSALES COMUNITARIOS
M^a José Verdú Cañete
67. DERECHO EUROPEO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FABRICANTE
Miguel Ruiz Muñoz
68. EL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS
Carolina Mesa Marrero
69. LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS
María Cruz Moreno
70. DECLARACIÓN DE CONCURSO E INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA UNILATERAL POR LOS ACREEDORES
Francisco de P. Blasco Gascó
71. ESTRUCTURA BÁSICA DEL PRÉSTAMO DE DINERO
Xabier Basozabal Arrue
72. LA CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES
Begoña Ribera Blanes
73. EL SUBARRIENDO EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS
M^a Eugenia Rodríguez Martínez

La responsabilidad de la dominante en defensa de la competencia es una de las cuestiones más candentes en la actualidad. La importante jurisprudencia comunitaria y nacional en los últimos tres años ha puesto de manifiesto la necesidad de una reflexión profunda al respecto. El libro contiene un análisis detallado y sistemático tanto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia y resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia como de los fundamentos, requisitos de aplicación y límites de la responsabilidad e incluye un análisis exhaustivo de los requisitos de aplicación del artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia española.

Juan Ignacio Ruiz Peris es un reputado especialista en materia de defensa de la competencia, autor también del "Privilegio del Grupo", publicado en esta misma editorial.

La colección «Privado» es una ambiciosa iniciativa de la Editorial «Tirant lo blanch» y un equipo de expertos que puntualmente acercan al profesional en la materia temas de interés y actualidad en el complejo mundo del Derecho Privado.

ISBN 84-8456-120-8



9 788484 561200



tirant lo blanch
"colección privado"

74