

## La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales: la presunción *iuris tantum*

Callol, Coca & Asociados

Abogados

Diario La Ley, Nº 8984, Sección Tribuna, 22 de Mayo de 2017, Editorial Wolters Kluwer

### Comentarios

El Derecho de la Competencia se caracteriza por la utilización legislativa y jurisprudencial de numerosos conceptos de naturaleza económica junto con otros de naturaleza jurídica. A este respecto, el concepto de «empresa» que utiliza esta rama jurídica no se corresponde con el concepto de «sociedad» utilizado por el Derecho mercantil, sino que se trata de una unidad económica de decisión, incluyendo a todo el conglomerado de entidades sometidas a un mismo control. (1) El concepto de «empresa» se asemeja más al de «grupo» sometido a unidad de decisión (2), pero nada que ver con el concepto de «grupo» a efectos fiscales.

De este concepto de empresa deriva la práctica de las autoridades de competencia de atribuir a la sociedad matriz de un grupo la responsabilidad por las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por sus filiales. De esta práctica se derivan dos consecuencias para la empresa matriz:

- (i) La imputación a la matriz de la autoría o coautoría de las prácticas anticompetitivas realizadas por sus filiales.
- (ii) La responsabilidad solidaria para ambas sociedades en relación con el pago de las sanciones impuestas a las filiales.

A nivel comunitario, esta facultad es fruto de una construcción jurisprudencial, elaborada por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto *ICI*, en que se vinculó la responsabilidad de la matriz a la falta de autonomía de la filial con respecto a aquella. (3) Para poder imputar a la sociedad matriz de un grupo por las prácticas anticompetitivas realizadas por sus filiales se exigía que, además de existir control accionarial, este control hubiera sido efectivamente realizado por la matriz. Es decir, la Comisión debía comprobar que la sociedad matriz ejercía efectivamente control sobre su filial y que la actuación de la filial no había sido una conducta autónoma. Pero poco tiempo después, el Tribunal de Justicia afirmaba que la prueba de este ejercicio de control efectivo no era exigible en caso de acreditarse que la matriz poseía el 100% (o una cantidad aproximada) del capital social de la filial infractora. (4) Esto es, que en los casos en los que una sociedad matriz posee la totalidad del capital social de su filial, se presume que la primera ejerce efectivamente el control sobre la segunda, recayendo sobre la matriz la carga de la prueba, aportando pruebas de la autonomía de su filial para desvirtuar esta presunción *iuris tantum*. No obstante, en los casos en los que la participación de la matriz no sea de la totalidad del capital social de la filial corresponderá a la Autoridad de Competencia probar la influencia decisiva de la primera sobre la segunda.

Los tribunales comunitarios han anulado en ocasiones las sanciones a las matrices por las prácticas ilícitas de sus filiales

Aunque la dificultad para rebatir dicha presunción ha sido frecuentemente alegada, el Tribunal de Justicia ha declarado que esta dificultad no implica que dicha presunción sea irrefutable. De esta manera, los tribunales comunitarios han estimado en ocasiones los recursos interpuestos por las sociedades matrices sancionadas por las prácticas ilícitas realizadas por sus filiales, anulando decisiones de la Comisión:

- En el asunto *Cártel de peróxidos* (5), el Tribunal General anula la decisión de la Comisión al considerar que la empresa matriz había demostrado la inexistencia de influencia decisiva sobre la filial y que la Comisión había aplicado automáticamente la presunción sin haber analizado las pruebas de descargo aportadas por la empresa. La

matriz intentó desvirtuar la presunción alegando que: (i) ninguno de sus directivos estaba en el comité de dirección de la filial, (ii) la filial disponía de sus propios servicios (comerciales, informáticos y contables, de *marketing* y de recursos humanos), (iii) la filial pagaba a la matriz por la prestación de algunos servicios, (iv) la filial desarrollaba proyectos comerciales propios y fijaba sus precios, y que (v) la actividad empresarial de la filial era muy diferente a otras actividades del grupo, entre otras afirmaciones. El Tribunal establecía que, cuando las matrices aporten pruebas para desvirtuar la presunción *iuris tantum*, la Comisión está obligada a analizarlas y refutarlas de manera convincente si pretende mantener la imputación. El Tribunal afirma asimismo que, a la hora de sancionar a la matriz por la actuación de la filial, deben tenerse en cuenta los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a ambas sociedades.

— En el asunto *Koninklijke* (6) , El Tribunal General anula la decisión de la Comisión en la que ésta sancionaba a una matriz por participar en un cártel cuando las prácticas anticompetitivas habían sido realizadas por su filial sin haber demostrado que la matriz poseía el 100% del capital social de su filial, o que había ejercido una influencia decisiva en su comportamiento anticompetitivo.

En cambio, en otras resoluciones, los Tribunales comunitarios, aún sin haber rechazado la presunción aplicada por la Comisión, ha matizado dicha presunción:

— En el asunto *General Química* (7) , el Tribunal de Justicia estima el recurso interpuesto por las empresas contra la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia pero confirma la decisión de la Comisión Europea y establece que el hecho de que la empresa matriz no conociera de la actuación anticompetitiva de su filial y de que, al momento de conocerla, ordenara a ésta ponerle fin, no desvirtúa la presunción de que ejerce influencia decisiva sobre la misma.

— En el asunto *Tomkins* (8) , el Tribunal General reduce la cuantía de las multas impuestas a las sociedades, argumentando que, al no considerar a la empresa matriz responsable de la práctica colusoria por su participación directa, sino como sociedad matriz de la empresa que participó en dicha práctica, la responsabilidad de la empresa matriz no puede ser mayor que la atribuida a la filial.

— Recientemente, en el asunto *Toshiba* (9) , el Tribunal de Justicia confirma las multas interpuestas tanto a la filial como a sus dos matrices conjuntamente, pero establece que el mero hecho de que la empresa matriz no haya hecho uso nunca de su derecho de veto no desvirtúa la presunción de que ha podido ejercer influencia decisiva sobre su filial.

A nivel nacional, esta facultad es reconocida por la propia Ley de Defensa de la Competencia (**LDC**) en su art. 61.2 (LA LEY 7240/2007). Este régimen, no obstante, supone la presunción de falta de autonomía de la filial cualquiera que sea la naturaleza del control, y no únicamente cuando la matriz posea el 100% del capital social de la filial. Además, la actual Autoridad de Competencia en España [Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**)] debe demostrar únicamente que la matriz está en disposición de ejercer un control decisivo sobre su filial, pero no necesariamente que este control decisivo se ha producido efectivamente para el asunto en cuestión.

Esto hace que la CNMC cuente con una facultad mayor a la hora de imputar la responsabilidad a las empresas matrices por las actuaciones anticompetitivas de sus filiales y que, además, sea más difícil desvirtuar esta presunción por parte de las empresas sancionadas. De las sentencias estudiadas para la elaboración del presente escrito, únicamente dos sentencias de la Audiencia Nacional (que fueron posteriormente anuladas por el Tribunal Supremo) y una sentencia del Tribunal Supremo han estimado los recursos interpuestos por las matrices sancionadas y han anulado la decisión de la CNMC:

— La Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 2013 (10) , estima el recurso interpuesto por la empresa matriz sancionada por la CNMC por las prácticas anticompetitivas realizadas por su filial por los siguientes motivos:

(a) Las empresas se dedican a actividades diferentes: la matriz al transporte marítimo y aéreo y la filial al transporte terrestre. Este hecho impide una comunicación de responsabilidades cuando todo el procedimiento sancionador ha tenido por objeto la responsabilidad contraída en el ámbito de una actividad concreta (en este caso, el transporte terrestre).

(b) El hecho de que las empresas compartan la misma sede social, los mismos accionistas y la

misma estructura y composición de Consejos de Administración y, en la época objeto de las actuaciones ilícitas, incluso el mismo Director General, justifica sin lugar a dudas una misma dirección económica, pero la jurisprudencia también considera que la mera existencia de un grupo empresarial no justifica una responsabilidad solidaria entre las empresas que lo integran (STS de 31 de marzo de 2008).

**(c)** Que el Director General se presentara en las reuniones con otra empresa como director del grupo, o que las empresas compartan una misma logística y aduanas, o que puedan existir sinergias que beneficien a ambas empresas, son datos que por sí solos son insuficientes para declarar la responsabilidad solidaria de la hoy recurrente por la actuación desarrollada por la otra empresa del grupo en el sector concreto en que se desarrollaban las prácticas anticompetitivas.

En definitiva, establece que sería necesaria una mayor comunicación de intereses y vínculos entre los dos sectores empresariales en los que actúan ambas empresas para justificar la existencia de una responsabilidad solidaria.

Esta Sentencia fue anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 (LA LEY 21442/2016) (11) , que establece que la empresa matriz era infractora directa y a título personal, y no por derivación solidaria de responsabilidad.

— La sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2014 (LA LEY 46918/2014) (12) , estima el recurso interpuesto por la empresa matriz sancionada por la CNMC por las prácticas anticompetitivas realizadas por su filial en base a que la empresa matriz, una vez adquirió a las filiales infractoras, llevó a cabo un proceso de reorganización que culminó con la salida de las dos personas que habían tenido un papel decisivo en el cártel como representantes de las empresas infractoras, y donde tuvo lugar la entrada del nuevo equipo en la filial española.

Esta sentencia fue anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015 (LA LEY 196284/2015). (13)

— La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2016 (LA LEY 349/2016) (14) , estima el recurso interpuesto por la empresa matriz sancionada por la CNMC por las prácticas anticompetitivas realizadas por su filial, anulando la sentencia de la Audiencia Nacional en lo que respecta a la imputación a la matriz por el único motivo de incongruencia omisiva por parte de la Audiencia Nacional en la imputación a la empresa matriz. No obstante, confirma la resolución de la CNC en todos sus aspectos (incluido el de la imputación a la empresa matriz). En esta Sentencia se argumenta por parte de la empresa matriz que ha sufrido indefensión por no haberle sido comunicada ninguna actuación administrativa en relación con la incoación del expediente sancionador contra su filial. Este argumento fue inadmitido por parte del Tribunal basándose en jurisprudencia anterior.

Para sintetizar, los requisitos exigidos para que pueda presumirse la responsabilidad de la matriz por parte de la autoridad de competencia son:

**(i)** Que se trate de empresas que constituyan una unidad económica, es decir, empresas unidas por vínculos contractuales, financieros o personales.

**(ii)** Que exista una relación de control, de hecho o de derecho, por parte de una de ellas (matriz) sobre otra (filial) de modo que la primera tenga la capacidad de ejercer una influencia decisiva sobre la segunda. La prueba de este control podrá realizarse de manera positiva (demostrando que la matriz posee la totalidad o una parte significativa del capital social de la filial, que existen administradores comunes, u otro tipo de vínculos) o negativa (demostrando que la filial carece de independencia decisoria).

**(iii)** Que la autoría del comportamiento anticompetitivo se atribuya al grupo en su conjunto, estableciéndose responsabilidad solidaria en cuanto al pago de la sanción impuesta. En caso de pluralidad de sociedades matrices que controlen a una sociedad filial, las autoridades de competencia podrán imputar solamente a una de las dos co-matrices.

Por otro lado, en cuanto a la atribución a la empresa matriz de la

En España, en el régimen actual, sólo bajo circunstancias extraordinarias es posible perforar el velo empresarial y encontrar una empresa matriz responsable del daño causado por la empresa filial

responsabilidad civil por los daños causados a terceros por las prácticas anticompetitivas realizadas por sus filiales, hay que distinguir dos situaciones: (i) en la decisión se condena expresamente a la matriz como coautora de la conducta anticompetitiva; (ii) en la decisión se establece simplemente la responsabilidad solidaria de la matriz y la filial para el pago de la sanción impuesta por las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo únicamente por la filial. En el primer supuesto, los perjudicados podrán reclamar los daños producidos derivados de dichas prácticas anticompetitivas por la vía civil, mientras que en el segundo supuesto, es dudosa la

posibilidad de reclamar los daños ante la sociedad matriz, sobre la cual no se ha sido declarada responsabilidad directa en cuanto a la conducta.

En España, aunque la fecha límite para trasponer la Directiva comunitaria de daños y perjuicios por prácticas contrarias al Derecho de la Competencia (**Directiva**) (15) expiraba el 27 de diciembre de 2016, el Gobierno todavía no ha introducido el contenido de la misma al ordenamiento interno. No obstante, el Ministerio de Justicia ha publicado una propuesta para la implementación de dicha Directiva al ordenamiento español (**Propuesta**). Una presunción relevante prevista en la Propuesta es la responsabilidad de las sociedades matrices por los daños causados por sus filiales, salvo cuando la conducta económica de una empresa no venga determinada por su sociedad matriz. (16) Por lo tanto, la presunción refutable generalmente aplicable a la responsabilidad también se aplicará en casos de daños. La extensión de dicha presunción a reclamaciones por daños extracontractuales no está prevista actualmente en España. Bajo el régimen actual, sólo bajo circunstancias extraordinarias es posible perforar el velo empresarial y encontrar una empresa matriz responsable del daño causado por la empresa filial. En particular, de conformidad con la jurisprudencia se requiere la concurrencia de mala fe. (17)

Asimismo, es de interés el supuesto en que una Autoridad de Competencia sanciona por prácticas competitivas a otra empresa que, sin ser la empresa matriz, haya podido influir en las decisiones estratégicas de la empresa infractora:

**(i) Empresa hermana.** Se trata del supuesto en el que dos empresas hermanas (dependientes de la misma sociedad matriz) son sancionadas solidariamente por las prácticas anticompetitivas realizadas por una de ellas. Para que las sociedades llamadas hermanas puedan ser consideradas responsables solidariamente, no es suficiente que estén participadas por la misma persona o personas, sino que es preciso demostrar además la existencia de una unidad económica de la que deriva la determinación del comportamiento económico en el mercado. Según la jurisprudencia comunitaria, es esencial a los efectos de determinar que dos empresas hermanas forman una sola unidad económica, que una persona (titular de las participaciones sociales de ambas empresas hermanas) desempeñe en ambas empresas funciones esenciales en los órganos de dirección de dichas sociedades y que las ejerza de forma efectiva en la práctica anticompetitiva concreta. (18)

**(ii) Empresa inversora.** Este es el caso del banco de inversiones Goldman Sachs, sancionado solidariamente junto con la empresa fabricante de cable Prysmian en el asunto *Cables de Energía*. (19) Goldman Sachs fue sancionada por la Comisión Europea con una multa superior a 37 millones de euros solidariamente con la filial infractora de Prysmian y Prysmian S.p.A. (empresa matriz) por las conductas anticompetitivas realizadas por la filial. La Comisión Europea afirmó que Goldman Sachs ejerció control sobre la filial infractora durante al menos dos años, nombró a miembros del Consejo que aprobaron importantes decisiones estratégicas relativas a los negocios de Prysmian. (20) Goldman Sachs ha recurrido recientemente dicha decisión ante el Tribunal General de la UE afirmando que su relación con Prysmian es puramente financiera y de inversión. Afirma que su relación es propia de un banco inversor y no de una empresa matriz, por lo que no puede ser sancionada por los actos anticompetitivos realizados por la empresa beneficiaria. (21) Se trata del primer caso en el que la Comisión Europea aplica la presunción de influencia decisiva sobre un banco inversor que no posee el 100% del capital social de la filial infractora.

(1) STJUE 170/83, Hydrotherm, apartado 11. Establece que en el Derecho de la competencia el término empresa designa a una unidad económica, con independencia de que dicha unidad legalmente consista en varias personas, físicas o jurídicas.

- 
- (2) Art. 42 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885).
- 
- (3) STJUE 48/69, Imperial Chemical Industries c. Comisión.
- 
- (4) STJUE 107/82, AEG Telefunken c. Comisión.
- 
- (5) STGUE de 16 de junio de 2011, en el asunto T-196/06, Cártel de peróxidos.
- 
- (6) STGUE de 15 de septiembre de 2011, en el asunto T-234/07, Koninklijke.
- 
- (7) STJUE de 20 de enero de 2011 (LA LEY 57/2011), en el asunto C-90/09 P, General Química.
- 
- (8) STGUE de 24 de marzo de 2011, en el asunto T-382/06, Tomkins.
- 
- (9) STJUE de 18 de enero de 2017, en el asunto C-623/15 P, Toshiba Corp.
- 
- (10) SAN de 14 de octubre de 2013, recurso número 28/2012 (LA LEY 157318/2013), (FD quinto).
- 
- (11) STS de 1 de abril de 2014 (LA LEY 21442/2016), recurso número 3691/2013 (FD tercero).
- 
- (12) SAN de 15 de abril de 2014, recurso número 572/2010 (LA LEY 46918/2014) (FD noveno).
- 
- (13) STS de 16 de diciembre de 2015, recurso número 1973/2014 (LA LEY 196284/2015) (FD).
- 
- (14) STS de 18 de enero de 2016, recurso número 2359/2013 (LA LEY 349/2016).
- 
- (15) Directiva 2014/104/EU (LA LEY 18555/2014), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014.
- 
- (16) Art. 71 de la LDC, de acuerdo con la Propuesta.
- 
- (17) Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006, recurso número 665/2006.
- 
- (18) Ver STGUE de 27 de septiembre de 2006 (LA LEY 319907/2006), en el asunto T-43/02, Jungbunzlauer; STJUE de 28 de junio de 2005 (LA LEY 311822/2005), en los asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P y otros; y STJUE de 2 de octubre de 2003, en el asunto C-196/99 P, Aristrain/Comisión.
- 
- (19) Decisión de la Comisión Europea de 2 de abril de 2014, en el asunto Cables de Energía.
- 
- (20) <https://www.bloomberg.com/news/articles/2014-04-02/goldman-sachs-to-nexans-fined-by-eu-for-power-cable-cartel>
- 
- (21) <http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=876732&siteid=190&rdir=1>
-