CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE IMPUTACIÓN A LA SOCIEDAD MATRIZ DE LAS INFRACCIONES DE COMPETENCIA COMETIDAS POR SUS FILIALES

JESÚS ALFARO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

PATRICIA LIÑÁN

Abogada

Revista Española de Derecho Europeo 43
Julio-Septiembre 2012
págs. 229 a 250

SUMARIO: I. ALCANCE DEL TRABAJO. II. LA JUSTIFICACIÓN BASADA EN EL CONCEPTO DE EMPRESA. III. LA DETERMINACIÓN DEL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO DE LA FILIAL COMO ÚNICO CRITERIO. IV. UN PLANTEAMIENTO ALTERNATIVO: LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ POR EL HECHO AJENO BAJO LA DOCTRINA «RESPONDEAT SUPERIOR». V. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: El Tribunal de Justicia respalda la práctica de la Comisión Europea de hacer responsable de las infracciones de las normas europeas de competencia no sólo a la persona jurídica que la llevó a cabo sino también a su sociedad matriz cuando el comportamiento económico de aquella vino determinado por esta. El hecho de que la matriz ni siquiera conociera de la existencia de la infracción que comete su filial resulta irrelevante. La Comisión, además, presume que la matriz que tiene una participación cercana al 100% en una filial, determina su comportamiento económico, desplazando la (difícil) carga de probar lo contrario hacia la matriz. Este trabajo hace una revisión crítica de esta

ABSTRACT: The Court of Justice has backed the practice of the European Commission of making parent companies liable for competition rules infringements committed by their subsidiaries where the formers determine subsidiaries' economic behavior. The fact that the parent companies were unaware of the infringement committed becomes irrelevant. In addition, the Commission presumes that the parent company owning a stake holding close to 100% in a subsidiary does determine its economic behavior. In such a case, the (difficult) burden of proving the opposite is placed on the parent. This essay aims at critically reviewing this case law which appears to be excessively formalistic, ignorant of

construcción jurisprudencial que se nos presenta como excesivamente formalista, desconocedora de conceptos jurídicos básicos, además de ser poco respetuosa con el principio de culpabilidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la competencia, empresa, matriz, filial, principios, responsabilidad, culpabilidad, presunción, respondeat superior.

basic legal concepts and scarcely respectful of the culpability principle.

KEYWORDS: Competition Law, undertaking, parent, subsidiary, principles, liability, culpability, presumption, respondeat superior.

Fecha recepción original: 14 de junio de 2012
Fecha aceptación: 21 de junio de 2012

I. ALCANCE DEL TRABAJO

El Tribunal de Justicia («TJ») refrenda la práctica de la Comisión Europea de hacer responsable de una infracción de las normas de competencia no sólo a la sociedad que la cometió sino también a su matriz, independientemente de si esta tuvo participación en los hechos constitutivos de la infracción. Lo único que tiene que hacer la Comisión es demostrar que la matriz determinaba la política comercial de su filial, lo que, además, puede presumir lícitamente basándose exclusivamente en su participación accionarial.

Para el TJ, este planteamiento no vulnera el principio de responsabilidad personal según el cual no puede hacerse responsable a un sujeto por hechos ajenos porque, argumenta, las normas de competencia se dirigen a las «empresas», definidas como unidades económicas, y no a las personas físicas o jurídicas que las forman. No hay vulneración de este principio, concluye, porque quien responde, en Derecho de la competencia, es la empresa en su conjunto. Una vez se ha determinado que la infracción es imputable a una empresa, todas las personas que forman parte de ella pueden ser *responsables solidarias* del pago de la sanción que pudiera corresponder por la infracción, sin que con ello se vulnere el principio de responsabilidad personal. La Comisión, se dice, cuenta entonces con discrecionalidad para dirigir la decisión e imponer la sanción a la sociedad o sociedades infractoras y/o a cualquiera de las personas que, formando parte de la unidad económica, pudieran haber determinado el comportamiento económico de aquellas.

El razonamiento de la Comisión y de los dos tribunales es de un formalismo inaceptable, resulta incoherente pero, sobre todo, es jurídicamente incorrecto. Primero, porque **las empresas o «unidades económicas» no son sujetos de Derecho y, por tanto, no pueden responder**. Y segundo, porque sigue sin explicar **cómo puede hacerse responsable a una persona de una infracción en la que no ha participado** (principio de imputación personal de los hechos) o respecto de la que no ha incurrido en ningún tipo de culpa (principio de culpa en sentido estricto).

También nos plantea serias dudas el último paso dado por la jurisprudencia en la materia: **la presunción** de determinación del comportamiento económico de la filial **basada exclusivamente en la participación accionarial** que en ella

tiene la matriz. No sólo porque, como se viene señalando por buena parte de la doctrina, se trate de una presunción de culpabilidad que en la práctica es irrebatible y por tanto, difícilmente compatible con el derecho a la presunción de inocencia. También, porque creemos que carece de razón de ser.

Este trabajo no es un análisis exhaustivo de todas las cuestiones que suscita esta jurisprudencia. Nos centramos, por el contrario, en aquellos aspectos que nos resultan más criticables, empezando por el planteamiento de partida en torno al concepto de empresa para seguir con el empleo del criterio de la determinación del comportamiento de la filial como único para imputar a la matriz. Terminaremos con una propuesta alternativa que consideramos más coherente y respetuosa con el principio de culpabilidad.

II. LA JUSTIFICACIÓN BASADA EN EL CONCEPTO DE EMPRESA

El razonamiento del TJ parte de la premisa de que, en el Derecho de la competencia europeo, las responsables de las infracciones de las normas de competencia son las empresas y no las personas físicas o jurídicas que las conforman[1]. Esto es así, dice, porque las prohibiciones contenidas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») se dirigen expresamente a las empresas y no las personas. Al hacerse a la empresa responsable de la infracción, el TJ entiende que puede hacerse responsables a las personas físicas o jurídicas que forman la empresa o unidad económica sin vulnerar el principio de responsabilidad personal[2].

La premisa es errónea. La consecuencia que se extrae de ella, esto es, la irrelevancia de la participación o culpabilidad de la persona jurídica finalmente responsable de la infracción, también.

---

1. Tanto el TJ como el Tribunal General («TG») utilizan indistintamente los términos imputabilidad (de la infracción) y responsabilidad (por la infracción) pese a la importancia que la exactitud terminológica tiene para valorar correctamente la construcción que defienden. Desconocemos, por tanto, si lo que se pretende es que se puedan imputar los hechos cometidos por la filial a la empresa (imputabilidad), considerándose autora de los hechos, o, simplemente, se hace a la empresa responsable por los hechos cometidos por la filial (responsabilidad por hecho ajeno). La misma imprecisión se aprecia en cuanto a la relación filial–matriz: en ocasiones, se habla de imputar a la matriz la infracción cometida por la filial; en otros, la imposición de la sanción a la matriz se hace en su calidad de responsable por los hechos cometidos por la filial. Por ejemplo, en un mismo pronunciamiento (STJ, de 20.1.2011, as. General Química, SA y otros c. Comisión (C-90/09), apartados 37 y 40), el TJ habla primero de imputación de la infracción («el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz») para referirse, dos párrafos después, a la responsabilidad («la Comisión puede considerar que la sociedad matriz es responsable solidaria del pago de la multa impuesta a su filial»).
2. En palabras del TJ (sentencia de 29.9. 2011, as. Elf Aquitane c. Comisión (C-521/09 P), apartado 55: «En efecto, en tal situación, al formar parte la sociedad matriz y su filial de una misma unidad económica y constituir, por lo tanto, una única empresa en el sentido del artículo 81 CE, la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz, sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción (véanse las mencionadas sentencias Akzo Nobel y otros/Comisión, apartado 59, y General Química y otros/Comisión, apartado 38)».

A. Error en la premisa: las empresas no pueden ser responsables

La premisa es errónea porque las empresas carecen de personalidad jurídica y, por tanto, no pueden ser responsables de las infracciones cometidas por sus miembros. Tampoco en Derecho de la competencia. Precisamente, el hecho de que no puedan dirigirse los procedimientos ni las decisiones sancionadoras a la empresa y sea necesario la identificación de una persona física o jurídica destinataria de la decisión prueba que el ordenamiento jurídico europeo no pretende hacer responsable de las infracciones de estas normas a la empresa, entendida como unidad económica[3]. El artículo 299 TFUE, al regular la ejecutividad de los actos de las instituciones que imponen sanciones pecuniarias a terceros distintos de los Estados, se refiere específicamente a las «personas» como las destinatarias de los actos ejecutivos.

Cuando los artículos 101 y 102 TFUE se refieren a las empresas lo hace no como sujetos responsables de las infracciones que cometen las personas que lo integran sino como **causantes materiales de tales infracciones**. Con la referencia a la empresa, estos artículos reflejan la realidad económica de que los partícipes en el tráfico económico, que son los relevantes para el Derecho de competencia, pueden adoptar formas muy diversas e incluso carecer de personalidad jurídica. Las empresas, entendidas en sentido amplio, pueden ser infractoras de las normas de competencia porque pueden operar en el mercado aún careciendo de personalidad jurídica. Se trata, por tanto, de una noción económica de empresa, no jurídica.

Conviene que hagamos una aclaración: es posible que entidades sin personalidad jurídica sean sujetos obligados por las normas y que, por tanto, puedan ser infractores materiales de la misma (v. artículo 129 de nuestro Código Penal). En tales casos, el Derecho debe buscar soluciones para que se responda de estas infracciones. Una de estas opciones es hacer responsables a las personas físicas o jurídicas que lo integran[4]. Pero este no es el problema que solventa la jurisprudencia que analizamos porque recordemos que, en los supuestos que contempla este trabajo (infracciones cometidas por filiales de un grupo de sociedades), hay un causante material de la infracción que es una persona jurídica (la

3. HOFSTETTER K. y LUDESCHER M., «Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for "Best Practice Compliance". *World Competition* 33, no. 1 (2010), apartados 55-76: "The term 'economic unit' was transplanted uncritically into the law governing cartel fines. Pursuant to the ECJ, the concept of 'economic unit' serves as a criterion for attributing the responsibility of one company to another. The legal consequence of the existence of an 'economic unit' is, therefore, that one company can be obliged to pay a fine for another company (belonging to the same 'economic unit').11 In the context of corporate groups, this means that the parent company can be made jointly and severally liable for the fines imposed on subsidiaries"».
4. Por ejemplo, conforme a nuestra Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria («LGT») son obligados tributarios las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición. La LGT hace responsables solidarios de la deuda tributaria contraída por estos entes sin personalidad jurídica sus partícipes o cotitulares (art. 42.1).

filial). Es por tanto, a esta a la que se pueden y deben imputar estos hechos; y es, en principio, esta la que debe responder por esos hechos. El viaje de ida y vuelta que hace el Tribunal: imputar la infracción cometida por la filial a la empresa en su totalidad para luego hacer responsable de dicha infracción otra vez a la filial y/o a la matriz carece de sentido. Cuestión distinta, como veremos, es que por razones de oportunidad sea conveniente buscar a otros responsables solidarios o subsidiarios más solventes que la filial infractora, pero esto no requiere pasar por la imputación o la responsabilidad de la empresa.

La evolución jurisprudencial de la definición de empresa confirma nuestra tesis.

Efectivamente, no está de más recordar que la definición clásica de empresa no pone el acento en la idea de «unidad de decisión». La definición clásica se centra por el contrario en el concepto de actividad económica: cualquier persona o entidad, si lleva a cabo una actividad económica –esto es, si opera en el mercado– puede participar en una infracción de las normas de competencia. La forma jurídica es, a estos efectos, irrelevante. Así se dice, exactamente, en la sentencia Shell[5]:

> «(...) el apartado 1 del artículo 85 del Tratado se dirige **a entidades económicas**, cada una de las cuales consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera **un fin económico** determinado, **organización que puede participar en la comisión de una infracción** de las que contempla dicha norma»

La noción de la empresa como «unidad económica», sobre la que se hace descansar la justificación de la imputación a la matriz, se adopta por la jurisprudencia europea para resolver un grupo de problemas concreto relacionado con la doctrina del privilegio de grupo. Efectivamente, inicialmente se hace referencia a esta faceta interna de la empresa como unidad económica para concluir que los acuerdos alcanzados por personas físicas o jurídicas que, siendo jurídicamente independientes, están sometidas en la práctica a una unidad de decisión no pueden estar prohibidos bajo el artículo 101.1 TFUE porque falta el elemento de concurrencia de voluntades independientes necesario para la aplicación del artículo 101 TFUE[6].

---

5. STG, de 10.3.1992, as. Shell/Comisión (T-ll/89), apartado 311.
6. STJ, de 31.10.1974, as. Centrafarm y Peijper, (15/74) donde se explica que «el artículo 85 no se aplica cuando la concertación de que se trate la lleven a cabo empresas que pertenezcan a un mismo grupo como sociedad matriz y filial, y dichas empresas constituyan una unidad económica en cuyo interior la filial no disfrute de verdadera autonomía para determinar su línea de acción en el mercado». Posteriormente, STJ, de 12.7.1984, Hydrotherm (170/83), apartado 11; STG de 12.1.1995, as. Viho c. Comisión (T-102/92): «por no existir una concurrencia de voluntades económicamente independientes, las relaciones dentro de una unidad económica no pueden ser constitutivas de un acuerdo o de una práctica concertada entre empresas, restrictivos de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado». Estas sentencias, por cierto, se citan frecuentemente por los dos tribunales para fundar la teoría de la responsabilidad de la matriz basada en la unidad económica cuando, como hemos visto, resuelven un problema radicalmente distinto.

En definitiva, el concepto de empresa como unidad económica no justifica, tampoco a la vista de la jurisprudencia del TJ al respecto, que se haga responsable a la empresa y no a la persona o personas jurídicas autoras de la infracción que la conforman[7].

B. En todo caso, la imputación a la empresa no justifica que pueda responsabilizarse a la matriz

La teoría de la responsabilidad de la empresa no consigue explicar porqué, aun cuando admitiéramos que la responsabilidad de la matriz deriva de su condición de responsable solidaria de las infracciones imputadas a la empresa (es decir, al grupo), puede prescindirse de cualquier elemento de imputabilidad o culpabilidad a la hora de dirigirse contra esta matriz.

Bien al contrario, la realidad es que la responsabilidad última por las infracciones del Derecho de la competencia sigue correspondiendo a las personas físicas o jurídicas, siendo a ellas a las únicas que la Comisión puede dirigir una decisión sancionadora. Se nos antoja evidente que esta exigencia de responsabilidad deberá hacerse respetando los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia.

En conclusión, el hecho de que los artículos 101 y 102 TFUE se dirijan a las empresas, en todo caso, no resuelve la cuestión de si debe exigirse algún grado de participación en los hechos o algún tipo de culpabilidad por parte de la persona o personas que finalmente responderán de las conductas infractoras.

C. La necesidad de «culpabilidad» de la empresa

Haremos una observación adicional sobre la **responsabilidad de la empresa en su conjunto** por la conducta de las sociedades que lo integran.

En la deriva jurisprudencial sobre responsabilidad de la matriz, el TJ parece haber prescindido de cualquier requisito de participación en la comisión de la infracción o de culpabilidad para imputar a la empresa (grupo) cuando la infracción la ha cometido una persona jurídica (filial) dentro de ella. Esta forma de

7. No entramos a valorar en este trabajo la corrección o conveniencia de que el límite de las sanciones que puede imponerse a los responsables de las infracciones se calcule en función del volumen de facturación no de estos responsables sino del grupo (entendido como empresa) al que pertenecen. Pese a que la doctrina y la jurisprudencia tienden a vincular la cuestión de la responsabilidad con la del volumen de referencia para el cálculo de las sanciones, creemos que ambas cuestiones se pueden tratar de manera independiente. Efectivamente, el artículo 23 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16.12.2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado («Reglamento 1/2003»), establece, como límite para las sanciones por la infracción de los artículos 101 y 102 TFUE, el 10% del volumen de facturación no de los responsables sino de las «empresas». Que el Reglamento se refiera a la facturación de la empresa es suficiente para que pueda emplearse tal límite y no el del volumen de facturación de la infractora. Y ello independientemente de si la conducta puede imputarse al grupo o es una conducta exclusivamente imputable a la filial. Cuestión distinta es que, en este último caso, el cálculo concreto de la sanción (recuérdese que lo anterior es sólo un límite máximo) deba hacerse en función exclusivamente de las ventas de la filial porque así lo exige el principio de proporcionalidad.

proceder se compadece mal con la exigencia de culpabilidad que el artículo 23.2.a) del Reglamento 1/2003 establece. Particularmente cuando este artículo habla de «empresa»[8].

El TJ no puede pretender que este principio de culpabilidad quede cubierto con su exigencia al causante de la infracción (la filial, en nuestro caso). También debería exigirse su concurrencia para imputar los hechos o hacer responsable al grupo entero de los comportamientos de la filial.

Discusión distinta, que abordaremos en apartados posteriores, es qué debe entenderse por culpabilidad a los efectos del Derecho administrativo sancionador y, en particular, del Derecho de la competencia

III. LA DETERMINACIÓN DEL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO DE LA FILIAL COMO ÚNICO CRITERIO

A. La incoherencia del planteamiento

Como hemos dicho, una vez responsabilizada la empresa entendida como unidad de decisión (esto es, «grupo» a los efectos que analizamos) de la infracción cometida por alguna de las personas que la conforman, la Comisión se ve obligada a seleccionar a una o varias de estas personas (sociedades) contra las que dirigir el procedimiento administrativo y a las que hacer destinatarias de la decisión sancionadora[9].

Siguiendo con la tesis de la responsabilidad de la empresa, la Comisión parece que puede elegir entre cualquiera de las personas jurídicas que forman parte del grupo, porque todas forman parte de esa unidad económica y, por tanto, pueden responder solidariamente de las infracciones cometidas en la empresa.

Lo que dice entonces la Comisión y aplauden los tribunales es que puede responder la filial o filiales autoras de la infracción, pero también la matriz siempre que aquellas no actuaran autónomamente:

> «Por lo que se refiere a la cuestión de identificar en qué circunstancias una persona jurídica que no es la autora de la infracción puede, no obstante, ser sancionada, se deriva de una reiterada jurisprudencia que ***el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz***, ***en particular cuando***, aunque tenga personalidad jurídica separada, ***esa filial no determina de manera autónoma***

8. Recordemos que este artículo 23.2.a) dice que «Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, **de forma deliberada o por negligencia** (...) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado». Recordemos también que debe aplicarse e interpretarse de conformidad con los derechos fundamentales y los principios reconocidos, en particular, por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Considerando 37).
9. El Reglamento 1/2003 ha optado por no hacer responsables a los particulares de las infracciones de competencia. La solución en los ordenamientos jurídicos nacionales puede diferir. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC») establece la posibilidad de que las personas físicas sean sujetos infractores (art. 61) y prevé la responsabilidad solidaria de los directivos de las sociedades infractoras (art. 62).

> ***su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz***, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, antes citada, apartado 58 y jurisprudencia citada)».

Hasta ahí, el razonamiento es impecable y no hace sino configurar la responsabilidad de la matriz como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno: la matriz responde porque la filial está bajo su «control» (lo veremos en el Apartado IV).

El problema es que el TJ se empeña en volver a la idea de la unidad económica o de decisión: la matriz responde de la actuación de la filial porque ambas forman parte de una misma unidad económica:

> *En efecto, en tal situación*, **al formar parte la sociedad matriz y su filial de una misma unidad económica y constituir, por lo tanto, una única empresa** *en el sentido del artículo 81 CE*, **la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz, sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción** *(véase, en este sentido, la sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, antes citada, apartado 59)*.

El objetivo (declarado) al reintroducir la cuestión de la unidad económica es que sea innecesario demostrar cualquier «implicación personal» de la matriz en la infracción.

Este planteamiento es incoherente y, además, no consigue el objetivo perseguido (el de hacer innecesario cualquier elemento de conexión entre la conducta de la matriz y la infracción, para exigir su responsabilidad).

Es incoherente porque si, como acabamos de ver, la responsabilidad de la matiz se hace derivar exclusivamente de que forma, junto con la filial, una unidad económica la pregunta inmediata es: ¿y a todas las demás sociedades del grupo? Si éstas constituyen una unidad económica con la filial que ha participado en el cártel, ¿por qué no se hace responsable también a todas las demás filiales del grupo? Y, además, revela una ignorancia notable acerca de los grupos de sociedades. Estos se definen, normalmente, como un conjunto de sociedades que actúan bajo una unidad económica, es decir, que tienen centralizadas determinadas políticas, normalmente y como mínimo, la financiera pero, a veces, la comercial, la de recursos humanos, la de provisión de insumos etc. Es decir, que hay grupos más centralizados y grupos menos centralizados. En función del grado de centralización, la matriz determina las decisiones de la filial en más o menos ámbitos. Un cierto grado de autonomía de la filial existe prácticamente siempre, sobre todo, cuando se trata de filiales que desarrollan un determinado objeto social o que están activas en un ámbito geográfico específico. En definitiva, se está pidiendo a la matriz de un grupo **que demuestre que su filial no forma parte de su grupo**[10].

10. En este mismo sentido, ATLEE L., BOTTEMAN Y., JOSHUA J., «Cartels and Leniency», *The European Antitrust Review* 2012. «But the beauty (for the Commission) of making the concept of undertaking' the focal point is that it not only provides the logic for making 100 per cent control the sole condition for the presumption of decisive influence (see above), it also ensures that the presumption is in reality impossible to rebut in the

Y, en todo caso, es ineficaz porque sigue sin entenderse que el hecho de que matriz y filial formen parte de una empresa o unidad económica deba excluir *per se* la necesidad de demostrar la participación de la matriz en la conducta infractora para hacer a esta responsable de la sanción que corresponda.

Llegados a este punto, debemos señalar que la sentencia ICI, relativa al famoso asunto Materias Colorantes, que suele citarse por los tribunales europeos como originaria de la jurisprudencia que analizamos es, en realidad, perfectamente coincidente con nuestra tesis a favor de la exigencia de algún grado de culpabilidad. Dice que la matriz puede ser responsable de las actuaciones de la filial («el hecho de que la filial tenga personalidad jurídica distinta no basta para descartar la posibilidad de imputar su comportamiento a la sociedad matriz») y que la separación formal entre estas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, no obsta a la unidad de su comportamiento en el mercado a efectos de aplicación de las normas sobre la Competencia[11]. Pero lo que no dice es que la matriz deba ser responsable de conducta de la filial exclusivamente porque ambas pertenezcan a la misma unidad económica, empresa o grupo. Bien al contrario, **el pronunciamiento exige claramente una vinculación de la matriz con los hechos imputados a la sociedad filial**. Por supuesto, se requiere, como premisa, que la matriz pudiera determinar el comportamiento económico de la filial en general. Insistimos, como premisa. Pero lo relevante es que se den *«determinadas circunstancias»* que evidencien (si se quiere, indiciariamente) que la matriz pudo tener efectivamente una participación en los hechos constitutivos de la infracción (en aquel caso, en la concertación de precios de los colorantes a nivel europeo)[12].

---

context of the operations and organization of a modern integrated industrial group. In effect, the holding company of an undertaking (or firm' in economic parlance) is placed in the existential dilemma of having to demonstrate – by cogent evidence'– that it and its subsidiaries did not constitute a single economic unit and thus a single undertaking».

11. STJ, de 14.7.1972, as. ICI c. Comisión (48/69), apartados 132 a 137. En el mismo sentido debe leerse la STJ, de 6.4.1995, as BPB Industries c. Comisión (C– 310/93), en las que el TJ, desestima el motivo de anulación invocado por BPB contra la imputación al grupo de participación de sus dos filiales en Irlanda del Norte en un cártel de placas de yeso remitiéndose a las Conclusiones del Abogado General P. LEGER en el asunto (Conclusiones presentadas el 13.12.1994). Como se deduce de las conclusiones, el motivo para considerar al grupo responsable de la conducta de sus filiales en Irlanda del no es sólo la unidad de decisión sino el hecho de que, dadas las características del mercado del yeso en Irlanda del Norte, el abuso se considerara cometido directamente por BPB Norte (no así en Reino Unido, donde la misma conducta sólo se imputa a la filial infractora).

12. Trascribimos los apartados relevantes (136 a 140) sobre esas determinadas circunstancias que permiten imputar a la matriz la responsabilidad de sus filiales:
«Considerando que es notorio que la demandante poseía a la sazón la totalidad o, en todo caso, la mayoría del capital de las filiales mencionadas;
que la demandante podía influir de forma determinante sobre la política de precios de venta de sus filiales en el mercado común y que de hecho hizo uso de dicha facultad con ocasión de los tres aumentos de precios de que se trata;
que, en efecto, los télex relativos al aumento de 1964, que la demandante había enviado a sus filiales en el mercado común, fijaban a sus destinatarias de modo imperativo los

En definitiva, lo que la matriz debería demostrar no es que no influye en las decisiones de la filial. Eso está implícito en el propio hecho de formar un grupo de sociedades. Lo que debería demostrar es que **no influyó en la decisión de la filial de participar en el cártel** o, si se quiere, no tomó las medidas adecuadas para impedir (culpa in vigilando) que la filial participara en el cártel.

B. La indeterminación del criterio

El problema que se deriva de la sujeción exclusiva de la responsabilidad de la matriz al criterio relativo a la determinación de la política comercial de la filial (también referido en algunos pronunciamientos como la capacidad de ejercer una influencia determinante sobre la filial) se ve agravado por la indefinición sobre cómo debe aplicarse e interpretarse.

Un problema previo al de la definición del concepto de influencia determinante es que, para empezar, se le reconoce a la Comisión un margen sorprendentemente amplio de discrecionalidad a la hora de decidir si la matriz es responsable de las infracciones de la filial[13]. Efectivamente, parece que puede decidir no hacer responsable a la matriz aún cuando reúna los requisitos para ello (esto es, aún cuando pueda determinar la política comercial de las filiales) por razones de oportunidad[14].

---

precios y demás condiciones de venta que éstas debían aplicar a sus clientes;
que, a falta de indicación en contrario, hay que pensar que con ocasión de los aumentos de 1965 y de 1967 la demandante no actuó de forma distinta en las relaciones con sus filiales establecidas en el mercado común;
que, en tales circunstancias, la separación formal entre estas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, no obsta a la unidad de su comportamiento en el mercado a efectos de aplicación de las normas sobre la competencia.»

13. V. la STJ, de 11.12.2007, as. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c.ETI y ETI c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (C-280/06), asunto Tabaco italiano, donde se introduce, en relación con el criterio de la determinación de la política comercial de las compañías, un nuevo concepto cuando se trata de compañías dependientes del Estado. Se señala que la conducta de una compañía (desaparecida) puede imputarse a otra (que no ha dejado de existir) cuando ambas dependen del Estado si se demuestra que se encontraban **«bajo la tutela»** de la autoridad pública.

14. V. al respecto la STJ, de 24.9.2009, as. ac. Erste Group y otros c. Comisión (C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P), relativa al cártel de los bancos austriacos conocido como Club Lombard. Aunque la cuestión de la selección de la sociedad responsable se plantea en relación con un problema de sucesión de empresas, las apreciaciones del TJ sobre la discrecionalidad de la Comisión a la hora de seleccionar al responsable de la infracción son válidas. Lo que dice el TJ es que la Comisión podía lícitamente imputar a la filial participante en el cártel, GiroCredit, en lugar de a su matriz entonces (Grupo BA), sin necesidad de comprobar si esta determinaba entonces el comportamiento de aquella. Como consecuencia de la imputación de la filial, su actual matriz (la recurrente, Erste Group), podía ser la responsable de la conducta de la filial «por su condición de causahabiente» (apartado 85). Cierto es, y se señala en la sentencia, que en este caso particular, Erste también participó en el cártel por lo que cuando adquirió GiroCredit ya sabía que esta última podía ser objeto de un procedimiento de infracción (apartado 83). No obstante, dada la forma en la que la sentencia está redactada, esta última circunstancia parece no ser decisiva para la conclusión anterior.

Aparentemente, esta discrecionalidad se la otorga el artículo 23.1 del Reglamento 1/2003 aunque, en nuestra opinión, esta es una interpretación forzada dado que sólo se lee allí que la Comisión *puede* imponer multas, sin que haya referencia de ningún tipo a quienes pueden o deben ser los destinatarios de esas multas[15].

El segundo problema es que en absoluto queda claro a qué se refiere la Comisión (y la jurisprudencia que la respalda) con la referencia a la determinación de la política comercial o a la influencia determinante. Sólo sabemos que la definición se ha ido ampliando, pero desconocemos qué diferencias existen entre esta definición y la relevante a la hora de determinar la existencia de una empresa[16]. También sabemos, desde hace poco, que al menos el TG está abierto

---

Otro asunto que pone de relieve los contornos difusos del criterio de la determinación de la política comercial (y de lo injusta que puede resultar su aplicación por los tribunales) es el caso ThyssenKrupp (STJ, de de 14 de julio de 2005, as. ThyssenKrupp Stainless GmbH c. Comisión (C-65/02 P y C-73/02 P). Lo curioso de este caso es que la recurrente defendía que debía habérsele imputado a ella la responsabilidad de las infracciones cometidas por sus filiales. La razón es que, al no haberlo hecho así, la Comisión había puesto una multa a tanto alzado a cada una de ellas, en lugar de una común al grupo. Llamativamente, el grado de prueba que se exige, en esta ocasión, para acreditar que las filiales actuaban autónomamente desciende hasta el punto de que el TJ considera suficiente prueba que las filiales no negaran que actuasen de manera autónoma a lo largo de toda la duración de la práctica colusoria.

15. La Abogada General Kokkot infiere, de la discrecionalidad de la Comisión para imponer multas, la discrecionalidad para seleccionar a los destinatarios de las mismas, con el único requisito del respeto al principio de igualdad de trato (dentro, eso sí, de un mismo asunto). Conclusiones as Alliance One International y Standard Commercial Tobacco c. Comisión (C-628/10 P) presentadas el 12.1.2012 (sobre el caso Tabaco crudo).

16. De hecho, la jurisprudencia en la materia muestra es incongruente a la hora de conjugar los dos criterios de pertenencia a la empresa y la responsabilidad de la matriz por la conducta de la filial. Por ejemplo, en el asunto Knauf (STJ, de 1.7.2010, Knauf c. Comisión (as. C-407/08 P), se hace un análisis en dos fases. Primero, se debía determinar si el grupo Knauf era una empresa a efectos del Derecho de la competencia. Lo que se analiza es si las diversas sociedades participadas por la familia Knauf constituyen una «unidad económica» Determinada la existencia de empresa (esto es, de un grupo), había que identificar qué sociedad de las tres que se encontraban en la cúspide del grupo debía ser responsable de la infracción impuesta a una de las sociedades filiales por su participación en un cártel de paneles de yeso. En la selección de la sociedad matriz responsable, el TJ busca a aquella que efectivamente determinara el comportamiento económico de la filial responsable. El criterio de determinación de la política comercial, en este caso, diverge manifiestamente del que se emplea para determinar la existencia de unidad económica (porque no hubiera servido para distinguir a la matriz responsable de las tres que se encontraban a la cabeza del grupo, al ser todas constitutivas de una unidad económica). Así, el TJ se ve obligado a dar relevancia a la participación efectiva por la matriz en el mercado de paneles de yeso afectado por la infracción. Por el contrario, hay otras muchas sentencias, ya tratadas aquí, en las que el análisis de la pertenencia a la unidad económica (grupo) y de la relación entre matriz y filial (sobre si una determina el comportamiento de la otra) se confunden.

a considerar influencia determinante la que ejercen las matrices sobre una *joint venture*[17]. Pero poco más.

Lejos de ayudar a solventar el problema de la indefinición (y de la inseguridad que genera en una cuestión que acaba siendo tan trascendental), el TJ ha reconocido a la Comisión una amplia discrecionalidad también a la hora de valorar las circunstancias relevantes para concluir si una matriz determina la política comercial de sus sociedades filiales. Efectivamente, dice abiertamente que no es posible dar una respuesta concreta a la pregunta de qué criterios son relevantes al respecto sino que

> «deben tomarse en consideración todos los elementos pertinentes relativos a los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que la unen a la sociedad del mismo grupo que ha sido considerada responsable de las conductas de dicho grupo los cuales pueden variar según el caso y, por lo tanto, no pueden ser objeto de una enumeración exhaustiva»[18].

En definitiva, existe un elevado grado de inseguridad jurídica respecto a las circunstancias en las que una matriz puede ser responsable de las infracciones cometidas por su filial, debido a la amplitud de la discrecionalidad otorgada a la Comisión en la selección de los responsables y a la indefinición del criterio relativo a la determinación de la política comercial, clave para la imputación de tal responsabilidad[19]. A lo que se se suma la circunstancia de que, en casación, sólo puede realizarse excepcionalmente una revisión de la valoración de estos elementos (hechos) que haya llevado a cabo el TG[20].

---

17. STG, de 2.2.2012, Ei Du Pont de Nemours c. Comisión (as. T-76/08). Lo especial del caso es que la Comisión imputó a las dos matrices de una filial común (joint-venture) al 50% que era la que había participado en el cártel. El TG comienza recordando la doctrina sobre la imputación de la matriz. A partir de ahí, hay dudas acerca de qué pruebas son suficientes para refutar la presunción y cuándo hay que considerar que la filial actúa autónomamente en el mercado. Dice el TG que «para imputar la conducta de una filial a la matriz, la Comisión no puede limitarse a probar que la matriz está en condiciones de ejercer una influencia decisiva sobre la conducta de la filial, sino que ha de comprobar también **si tal influencia se ejerció efectivamente»** (y cita la Sentencia *AEG-Telefunken* que veremos después que no dice lo que el TG pretende). Dada la forma en que las matrices controlaban la filial, resulta fácil para el TG desestimar el motivo: las matrices habían constituido un comité que dirigía la actividad de la filial, de forma que era muy difícil afirmar que ésta actuaba de forma autónoma en el mercado.
18. Por todas, STJ, de 10.9.2009, Akzo Nobel NV y otros c. Comisión (C-97/08 P), apartado 74.
19. V. en esta misma línea, SVETLICINII A. y SAD N. «Parental Liability for the Antitrust Infringements of Subsidiaries: A rebuttable presumption or probatio diabolica?» *European Law Reporter* nº 10, 2011.
20. STJ, de 28.6.2005, as. ac. Dansk Rørindustri A/S y otros c. Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P), relativa al cártel danés de los tubos de calefacción: «unas consideraciones (.) destinadas a demostrar la existencia de una unidad económica, se basan en una serie de constataciones de carácter fáctico que no pueden discutirse en el marco de un recurso de casación, salvo en caso de desnaturalización de los hechos pertinentes o de las pruebas sometidos al Tribunal de Primera Instancia, o cuando la inexactitud material de las comprobaciones del Tribunal de Primera Instancia se desprenda de los documentos aportados a los autos (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Metsä-Serla y otros/Comisión, apartado 37, y Mag Instrument/OAMI, apartados 39 y 76).

C. La presunción basada en la participación del 100%

Como hemos adelantado, la jurisprudencia sobre la responsabilidad matriz-filial culmina con la confirmación, definitiva a partir de la sentencia Akzo Nobel[21], de que la Comisión puede lícitamente presumir que una matriz deter-

21. Las SSTJ, de 25.10.1983, AEG-Telefunken c. Comisión (107/82) y de 16.11.2000, Stora Kopparbergs Bergslags c. Comisión (C-286/98 P) suelen citarse como precedentes de la confirmación por el TJ de la validez de la presunción basada en la participación accionarial.
Sin embargo, la sentencia AEG-Telefunken el TJ no trataba de la posibilidad de imputar a una sociedad matriz una infracción cometida por su filial sobre la base de la determinación de la política comercial, sino que la cuestión se refería a la prueba de la participación de dicha sociedad matriz en una infracción Además de la participación accionarial, existían «determinadas circunstancias» (en el sentido de la jurisprudencia ICI) que permitían presumir la participación de la matriz AEG en la infracción (dado que era parte de los contratos cuya legalidad se enjuiciaba y participaba en la ejecución de los mismos).
En cuanto a la sentencia Stora, la imputación de la matriz no se basó exclusivamente en la participación del 100% que Stora Enso tenía en tres sociedades que efectivamente habían participado en el famoso Cártel del cartoncillo. En la sentencia, además de la participación accionarial, se hacer referencia al hecho de que la propia matriz no había negado su capacidad de determinar la política comercial de sus filiales., además de que, durante el procedimiento, esta y sus filiales se habían presentado como una única empresa (v., en contra de nuestra interpretación, la STJ de 29.3.2011, as Ac. Arcelor Mittal Luxembourg SA c. Comisión y Comisión c. Arcelor Mitttal (C-201/09 P y C-216/09 P) en la que defiende la procedencia de remitirse a la sentencia Stora como precedente de la admisión de la presunción en los siguientes términos (apartado 99): «...el Tribunal de Justicia mencionó únicamente estas circunstancias a efectos de exponer todos los elementos en los que el Tribunal de Primera Instancia había basado su razonamiento, y no para subordinar la aplicación de la presunción mencionada en el apartado 97 de la presente sentencia a la aportación de indicios complementarios sobre el ejercicio efectivo de una influencia por parte de la sociedad matriz (sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, antes citada, apartado 62)».
A estos pronunciamientos, siguieron otros en los que se hacía referencia inequívocamente a la necesidad de que la conclusión de que la matriz determinaba el comportamiento de la filial no se basara exclusivamente en la participación accionarial
Es el caso de la STG de 15 de septiembre de 2005, asunto T-325/01, DaimlerChrysler AG, c. Comisión («asunto Mercedes Benz»), relativo a acuerdos verticales. En este asunto, la Comisión Europea declaró que Mercedes-Benz había infringido el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, bien directamente o bien a través de sus filiales belga y española, al adoptar medidas para restringir el comercio paralelo y al participar en acuerdos para limitar la concesión de descuentos en Bélgica. Mercedes Benz reprocha a la Comisión que le imputase el comportamiento de MBBel, su filial en Bélgica, con el único argumento de que su participación en dicha filial se aproximaba al 100%. Aunque la sentencia hacer referencia a la posibilidad de que la posesión del 100% del capital social baste para acreditar la influencia decisiva, lo cierto es que en este caso la sociedad no había negado tal influencia decisiva sobre sus filiales y, además, durante el procedimiento se había presentado como interlocutor de aquellas. Curiosamente, según recoge la sentencia la Comisión habría reconocido que la participación del 100% era insuficiente (**«si bien la posesión del 100% del capital no permite por sí sola imputar la responsabilidad a la sociedad matriz»**).
En sentido similar, se pronuncia la sentencia Dansk Rørindustri, antes citada (apartados 118 a 120).

mina la política comercial de su filial cuando participa con un 100% (o casi) en ella[22].

Varios pronunciamientos posteriores han conformado la admisibilidad de esta presunción[23] y, a la vista de la rotundidad con la que lo

22. Un breve resumen de los hechos en la sentencia Akzo Nobel, antes citada: la Comisión Europea había declarado, mediante decisión de 9 de diciembre de 2004 que, entre otras, cinco sociedades pertenecientes al grupo Akzo Nobel habían infringido el artículo 81 CE al participar en un cártel en el mercado del cloruro de colina (utilizado principalmente como aditivo alimentario en la industria de la alimentación animal). La Comisión Europea consideró que Akzo Nobel, la sociedad matriz que participa en el 100% del capital de sus filiales destinatarias de la Decisión controvertida, del grupo, constituía una unidad económica con las demás personas jurídicas del grupo Akzo Nobel destinatarias de la decisión y que esa unidad económica había participado en la práctica colusoria, a pesar de que la sociedad matriz no hubiera participado por sí misma. Las sociedades del grupo Akzo Nobel recurrieron ante el TG esa Decisión al considerar que habían probado que las filiales de Akzo Nobel determinaban su política comercial por sí mismas y que, por tanto, correspondía a la Comisión probar que dicha sociedad había ejercido una influencia determinante en su política comercial.
El TG primero y el de Justicia después confirmaron la validez de la presunción. Este es el apartado (61) relevante: «En estas circunstancias, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de ésta para presumir que aquélla ejerce una influencia decisiva sobre la política comercial de esa filial. Consecuentemente, la Comisión podrá considerar que la sociedad matriz es responsable solidariamente del pago de la multa impuesta a su filial, excepto si tal sociedad matriz, a la que corresponde desvirtuar dicha presunción, aporta suficientes elementos probatorios para demostrar que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia Stora, apartado 29)».
A diferencia de los casos citados por la propia sentencia y tratados en la nota al pie anterior; en este, la participación del 100% se convirtió efectivamente en el único motivo por el que la matriz (Azko Nobel) tuvo que responder por la participación de sus filiales en un cártel en el mercado del cloruro de colina.

23. Es el caso de la sentencia Arcelor Mittal antes citada. También de las SSTJ de 29.9.2011, as. Arkema SA c. Comisión (C-520/09 P) y Elf Aquitaine, antes citada, sobre la responsabilidad de las matrices por la participación de sus respectivas sociedades filiales en un cártel relativo al ácido monocloroacético.
El TG tampoco se ha desviado de esta línea (v. al respecto la STG de 16.6.2011, as. L'Air liquide c. Comisión Europea (T-185/06).
V., en contra la STG, de 26.4. 2007, as. Bolloré y otros c Comisión (C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P., que el TG olvida citar en su repaso sobre sus propios precedentes en la materia, y en cuyo párrafo 132 puede leerse:«A este respecto, **la posesión de la totalidad del capital del filial, pese a constituir un fuerte indicio de que la sociedad matriz dispone de capacidad para influir decisivamente en el comportamiento de su filial en el mercado, no basta por sí solo para permitir imputar a la matriz la responsabilidad del comportamiento de la filial** (véanse, en este sentido, la sentencia Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, citada en el apartado 131 supra, apartados 27 a 29, y las conclusiones del Abogado General Mischo en el asunto en que se dictó dicha sentencia, Rec. p. I-9928, puntos 17 a 62). Junto al porcentaje de participación **sigue siendo necesario un elemento adicional, que puede no obstante consistir en indicios**. No es imprescindible que dicho elemento adicional sea una prueba de que la matriz impartió efectivamente a su filial instrucciones de participar en la práctica colusoria (véanse, en este sentido, las citadas conclusiones, puntos 40, 48 y 51)».

han hecho, es poco probable que se revise a corto plazo la postura al respecto[24].

No obstante, y pese a que la cuestión ya ha sido ampliamente tratada tanto en los diversos procedimientos judiciales ante el TJ como por la doctrina, no podemos dejar de insistir: el TJ no puede discutir seriamente la afirmación de que la presunción basada en el 100% de participación de la matriz en la filial es una presunción de culpabilidad cuando lo cierto es que lleva automáticamente, salvo prueba en contrario, a la responsabilidad de la matriz por la infracción en cuestión. Y el hecho de que se trate de una presunción *iuris tantum* no altera esta conclusión, por más que insista en ello el TJ[25].

No cabe duda que el establecimiento de una presunción *iuris et de iure* en este punto hubiera resultado manifiestamente contrario al principio de presunción de inocencia. Pero de ahí no se puede inferir lo contrario: esto es que el hecho de que la presunción sea rebatible lo haga automáticamente compatible con el principio de presunción de inocencia.

Debe recordarse aquí que el principio de presunción de inocencia tienen una faceta procesal fundamental, relacionada con las reglas de la carga de la prueba, que exige que **quien acusa aporte las pruebas sobre las que se sustenta tal acusación**. La inversión de la carga de la prueba que supone la presunción *iuris tantum* basada en el 100% de participación accionarial es, de entrada, una excepción al principio de presunción de inocencia[26].

---

24. Existen, a la fecha de elaboración de este trabajo, varios asuntos pendientes en los que aparecen invocados motivos relacionados con la responsabilidad de la matriz por actos de la filial. Así, citamos, los recursos de casación en el asunto Alliance One International, cuyas Conclusiones ya se han tratado, o en los asuntos C-36/12 P, contra la STG de 16.11.2011 as. Álvarez c. Comisión (T-78/06), C-421/11 P, contra la STG, Total y Elf Aquitaine c. Comisión (as.T-206/06); o C-253/11 P contra la STG, de 3.3.2011, as. ac. Areva y otros/Comisión (T-117/07 y T-121/07).
25. Como señala el Abogado General Bot en sus Conclusiones en el asunto Arcelor Mittal, antes citado, presentadas el 26.10.2010, (apartado 213), «Creo que la presunción en cuestión debe, en cada caso, corroborarse con otros elementos de hecho que prueben el ejercicio de una influencia decisiva de la sociedad matriz en su filial. Esto permitiría evitar que se tienda, automáticamente, a fundamentar la responsabilidad de las sociedades matrices únicamente en la posesión del capital. Esto animaría a las autoridades a las que incumbe la potestad sancionadora a proceder, en cada caso, a una apreciación matizada de los vínculos económicos, jurídicos y organizativos que unen a la sociedad matriz con su filial. En el caso de una filial participada al 100%, la carga de la prueba que incumbe a la Comisión debe ser menos gravosa que la que le incumbe en el caso de una filial participada al 70%, pero sin llegar a suprimirse».
26. NIETO A. en Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid 1993. p. 332: «Concebida la presunción de inocencia como un derecho a ser asegurado en ella (un derecho subjetivo que es, además, de naturaleza fundamental): en la palabras de la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1990 comporta: 1º Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada, 2º Que la carga de la prueba corresponde a quien acusa sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, 3º Y que cualquier insuficiencia en las pruebas practicadas, libremente valoradas por el organismo sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio».

Aún admitiendo la posibilidad de inversión de la carga de la prueba (que debe ser absolutamente excepcional en los procedimientos administrativos sancionadores), en nuestra opinión, no hay ninguna razón que justifique tal inversión del *onus probandi*. En particular, no hay razones de facilidad y disponibilidad de la prueba que exijan tal inversión (más bien al contrario, porque lo que se obliga a acreditar a las matrices es un hecho negativo).

La vulneración del principio de presunción de inocencia es aún más evidente si la prueba para destruir la presunción de culpabilidad es no ya más difícil para el acusado sino, como en el caso que nos ocupa, imposible prácticamente.

Efectivamente, al margen del problema de fondo de que se exige probar a una matriz que no es una matriz, la práctica demuestra que las empresas no consiguen rebatir efectivamente la presunción salvo en casos excepcionalísimos. Un repaso a la última jurisprudencia permite observar las numerosas ocasiones en las que las empresas han fracasado a la hora de rebatir la presunción con argumentos que, en principio, parecen del todo razonables. La jurisprudencia sólo está abierta a entender rebatida la presunción en circunstancias excepcionales. Se citan tres como ejemplo en la sentencia Azko Nobel. A saber, que la matriz sea una pura *holding* financiera; que la participación del 100% haya sido por un corto periodo de tiempo o que existan límites legales al ejercicio de influencia decisiva[27]. Lo dicho, casos absolutamente excepcionales[28].

---

27. V. al respecto ATLEE, V. L., BOTTEMAN Y. y JOSHUA, J. *op. cit*. V. igualmente las circunstancias tan particulares de la STG, 16.6.2011, as. ac. Gosselin c. Comisión (T-208/08 y T-209/08) en la que efectivamente se considera que la matriz (una fundación, cuya calificación como empresa, es incluso objeto de discusión) ha conseguido desvirtuar la presunción de determinación de la política comercial de la filial infractora, entre otras cuestiones, porque sólo podía influir en la Junta de Accionistas y esta no se había reunido antes de la infracción (participación en un cártel de servicios de mudanzas).

28. Al menos, a partir del asunto Air Liquide, antes citado, cabe exigir a la Comisión que exponga las razones por las que considera que las pruebas de descargo aportadas por la matriz no son suficientes para destruir la presunción basada en la participación del 100%. No es suficiente que la Comisión haga referencia a otros indicios de la determinación de la política comercial de las filiales. Tiene que refutar expresamente los alegados de contrario por los expedientados.

    Posteriormente, en el asunto General Química, el TJ anuló la sentencia del TG al no haber motivado suficientemente porqué las pruebas de descargo aportadas por la matriz recurrente eran insuficientes para rebatir la presunción basada en la participación accionarial (STJ, de 20.1.2011, antes citada). Dice el TJ que el TG estaba obligado a tomar en consideración y analizar concretamente los elementos aportados por las recurrentes para probar que General Química («GQ») aplicaba de forma autónoma su política comercial con el fin de comprobar si la Comisión había incurrido en un error de apreciación al considerar que estas pruebas no servían para demostrar que, en este caso concreto, esta filial no formaba con Repsol Química («RQ») una única unidad económica. En el mismo sentido se había expresado el Abogado General J. MAZÁK en sus Conclusiones, presentadas el 14.7.2010, apartado. *50:* «A mi juicio, el Tribunal de Primera Instancia, al limitarse a hacer referencia a la jurisprudencia, no ha realizado un análisis, siquiera somero, de la cuestión de si las pruebas concretas aportadas en primera instancia por las recurrentes podían desvirtuar la presunción en cuestión». La sentencia del TG también se anuló por no estar suficientemente motivada en otro as-

En definitiva, la presunción basada en el 100% se muestra como una opción carente de peso suficiente para justifica una excepción al principio de presunción de inocencia[29].

IV. UN PLANTEAMIENTO ALTERNATIVO: LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ POR EL HECHO AJENO BAJO LA DOCTRINA «RESPONDEAT SUPERIOR»

Volvamos al principio. Deberíamos estar de acuerdo con que la persona física o jurídica destinataria de una decisión por la que se sanciona una infracción de competencia debería ser, *prima facie*, la filial que comete el hecho infractor. No obstante, admitimos que puede haber razones, fundamentalmente de solvencia (*«deep pocket approach»*), que hagan aconsejable, dirigir la decisión a otras sociedades del grupo, además o en sustitución de las filiales.

La conveniencia u oportunidad de hacer responsable de un acto ilícito a una persona distinta del que los ha causado no es en absoluto desconocida para

---

pecto: las razones en las que se basó para llegar a la conclusión de que la comunicación por la que la matriz (RQ) ordenaba a GQ que cesara cualquier práctica que pudiera constituir una infracción de las normas de la competencia bastaba por sí sola para probar que RQ ejercía una influencia decisiva sobre la política de GQ no sólo en el mercado, sino también en lo que se refiere a la conducta infractora. No obstante, de poco le sirvió a los recurrentes la anulación, dado que el TJ entró a conocer del recurso contra la Decisión de la Comisión desestimándolo en aplicación estricta, como hemos tenido la ocasión de ver anteriormente, de la jurisprudencia que aquí analizamos.

29. Por lo demás, la presunción se muestra caprichosa. Un buen ejemplo es la reciente sentencia del TG en el asunto FLSmidth (STG, de 6.3.2012, as. FLSmidth & Co. A/S c. Comisión (T-65/06), que pone de manifiesto lo injusto que puede llegar a resultar que la presunción sólo opere con el 100% (o casi). Si es del 60%, la presunción no juega. Es ridículo, porque es evidente que con el 60%, también se está en condiciones de controlar la conducta de la filial en la misma medida –prácticamente– que si se tiene un 100%. Pero cuando el punto de partida es equivocado (que las infracciones las cometen y son imputables a las "empresas" y no a los sujetos de Derecho, o sea, a los individuos o las personas jurídicas), cualquier consecuencia es posible. En el caso, había un consejero de la filial que lo era también de la matriz lo que es suficiente para que el TG deniegue la autonomía de la filial. Sorprendentemente, sin embargo, en relación con los años en los que la matriz no había ostentado el 100%, sino sólo el 60%, y aunque también en esos años la matriz tenía un consejero en la filial, la Comisión pierde: no ha probado que la matriz al 60% ejerciera una influencia decisiva sobre la filial. La razón: corresponde a la Comisión la carga de la prueba y no es suficiente para levantar tal carga que el Sr. T ocupara un puesto en el consejo de la filial y, a la vez, fuera consejero de la matriz («It is not established that they had the power to impose actual control on the board as a whole»).
Obsérvese que el TG aplica, en relación con la participación del 60%, ortodoxamente las reglas generalmente aplicables en cualquier procedimiento penal o de responsabilidad civil para determinar si es imputable a alguien una infracción –o un daño– cometida por otro. Exigiendo la *culpa in vigilando*.
En realidad, parece haber pesado en la Sentencia el hecho de que el 40% restante seguía en manos de otro grupo empresarial –Saint-Gobain– que había designado al consejero-delegado de la filial y que, durante el tiempo que siguió en el capital de la filial, tendría atribuida la gestión. Aunque este argumento es atendible, no elimina la contradicción jurisprudencial.

el Derecho. La responsabilidad por hecho ajeno o vicaria es comúnmente admitida en todos los ordenamientos jurídicos modernos[30].

Los casos más frecuentes de responsabilidad vicarial son los que resultan de la aplicación del principio *respondeat superior* (típicamente, responsabilidad del empleador por las actuaciones del empleado; también del padre por los hechos de sus hijos), reconocido tanto en los sistemas de Derecho Civil como bajo el *Common Law*.

Este principio fundamentalmente desarrollado en Derecho de daños, también ha tenido su aplicación en el ámbito del Derecho administrativo sancionador con los límites que ahora veremos[31]. Igualmente, en el ámbito del Derecho penal, se admite en una buena parte de los ordenamientos jurídicos europeos la responsabilidad de la persona jurídica por hecho ajeno[32].

Aunque, como decíamos, los casos típicos son aquellos en los que el garante es una persona jurídica y el agente es un empleado suyo, no hay obstáculo para extender la aplicación de esta doctrina a las relaciones societarias intragrupo (empresa, a nuestros efectos). De hecho, sin movernos de España, tam-

30. «Las personas físicas responden por su propia conducta negligente y dañina. Pero, con frecuencia –con frecuencia mucho mayor– las personas físicas y jurídicas responden por el hecho de otro, es decir, por la conducta negligente y dañina de un tercero vinculado con el responsable por una relación de agencia, dependencia u otras similares determinadas por la ley o por el case law. Se habla entonces de responsabilidad vicaria o por el hecho de otro (Respondeat Superior). Las mayores solvencia y capacidad de afrontar los costes de transacción de quien ha de responder por el hecho ajeno justifican que lo haga antes que el causante del daño o en lugar suyo». SALVADOR CORDECH, P., GÓMEZ LIGÜERRE C. I, RUIZ GARCIA J. A., RUBÍ PUIG A. y PIÑEIRO SALGUERO J. «Respondeat Superior I» en *www.indret.com*, 2002.

31. Sin ir más lejos, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («LRJPAC»), establece la responsabilidad solidaria o subsidiaria por infracciones ajenas (eso sí, condicionada al incumplimiento de las normas de prevención de tales infracciones ajenas y a su previsión legal expresa) en los siguientes términos «Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores».

32. Así es en España, tras la última modificación del Código Penal que ha supuesto la consideración de las personas jurídicas como responsables penalmente (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal). Esta modificación se debe a la incorporación de varias Directivas y Decisiones-marco europeas. Entre ellas, citamos a modo de ejemplo la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, DO n° L 192 de 31/07/2003 p. 0054-0056. Basándose en estas normas europeas, el Código Penal establece dos tipos de responsabilidades, la derivada de la actuación ilícita de los directivos de la compañía actuando con poderes de representación en aprovechamiento de esta (*Vorstand*, en Derecho Alemán) y la que resulta de cualquier ilícito cometido por un empleado siempre que hubiera por parte de la empresa culpa in vigilando (o, si se quiere, en el ámbito de la empresa: culpa organizativa).

bién encontramos casos de responsabilidad de la matriz por hechos de la filial o filiales que, en parte, descansan en esta doctrina (por ejemplo, en el ámbito del Derecho laboral).

En definitiva, la doctrina *respondeat superior* podría justificar la exigencia de responsabilidad a la matriz con la actuación de las filiales. De hecho, permite llegar a la conclusión de que la matriz es responsable de los ilícitos cometidos por sus filiales, directamente, sin necesidad de entrar en los líos argumentales en torno al concepto de empresa. **La matriz responde porque controla a la filial. E interesa que responda, porque es más solvente que la filial**.

La única objeción a esta manera de enfocar la cuestión de la responsabilidad de las infracciones cometidas por filiales dentro de un grupo es que no prejuzga la cuestión que más parece interesar a la Comisión y al TJ, la de no tener que exigir no ya algún grado de implicación en los hechos (principio de imputabilidad) sino, ni siquiera, de algún grado de culpabilidad a la matriz que permita la imputación objetiva de los hechos cometidos por su filial (principio culpabilidad en sentido estricto o de dolo o culpa)[33].

Efectivamente, recurriendo de nuevo a conceptos bien establecidos y comunes al Derecho de daños, también aplicables en Derecho penal y administrativo sancionador, el problema esencial que no solventaba la construcción jurisprudencial que analizamos y que tampoco se resuelve automáticamente bajo la doctrina *respondeat superior* es que, para poder hacer responsable a una persona por una conducta antijurídica (propia o ajena), no basta con la comisión del hecho típico y antijurídico sino que es necesario que exista un elemento que permita la imputación objetiva de la conducta (dolo, culpa, responsabilidad objetiva). El TJ ha obviado pronunciarse al respecto, dando un salto desde la afirmación de la imputación de la comisión de la infracción (a la filial causante de la infracción y a la matriz, por el mero hecho de formar parte de una misma unidad económica) hasta la responsabilidad por tal infracción de la matriz, sin pronunciarse expresamente sobre el criterio de imputación (culpabilidad, responsabilidad objetiva).

En puridad, el TJ podría haber dicho que la matriz responde objetivamente, es decir, sin necesidad de ningún tipo de culpa (porque finalmente esto es lo que está ocurriendo a día de hoy en aplicación de esta construcción jurisprudencial). Al menos, hubiera sido un planteamiento jurídicamente más honesto

33. La Abogado General J. Kokkot en sus Conclusiones en el asunto Alliance One International (apartado1), antes citada, se acerca, aunque muy tímidamente a este enfoque: «Los padres responden por los actos de sus hijos» –este viejo aforismo parece confirmarse en los asuntos en materia de competencia–. En efecto, son muchos los casos en los que en el marco de un expediente sancionador de prácticas colusorias no se imputa la responsabilidad únicamente a las empresas directamente implicadas en el cártel, sino también a sus sociedades matrices. Este modo de proceder permite tener debidamente en consideración la capacidad financiera global del grupo de sociedades partícipe en el respectivo cártel a efectos del cálculo de la multa. Además, se incrementa la probabilidad de solvencia del deudor, con independencia de eventuales desplazamientos de activos en el seno del grupo de empresas afectado».

y coherente y, en principio, no del todo insensato: la responsabilidad vicaria objetiva tampoco es desconocida (en el Derecho anglosajón se establece con carácter general en materia de daños; en Derecho continental se hace en los casos específicamente previstos por el legislador)[34].

Sin embargo, el TJ se ha apresurado a negar expresamente que estuviera efectivamente consagrando una responsabilidad objetiva (*«strict liability»*) de la matriz por las actuaciones de la filial[35]:

Estas son las probables razones que llevan al TJ a negar la responsabilidad objetiva:

–A diferencia de otras áreas del Derecho, en materia penal o cuasipenal, el recurso a la responsabilidad objetiva debe ser excepcional.

En nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, es indiscutible que el artículo 25.1 de la Constitución y el artículo 130 LRJPAC exigen culpa para responsabilizar a una persona de un ilícito (penal o administrativo)[36]. En Europa, con carácter general, también se ha excluido la responsabilidad objetiva pura[37].

–El artículo 23.2.a) del Reglamento 1/2003, antes citado, excluye expresamente la responsabilidad objetiva exigiendo culpa o negligencia para imponer sanciones por infracción de las normas de competencia.

---

34. SALVADOR CORDECH y GÓMEZ LIGÜERRE. lo explican de otro modo: «En el sistema español de responsabilidad por hecho de otro el responsable no es ajeno a la causación del daño. Por el contrario, la Ley presume su participación en el mismo a través de una conducta negligente consistente en no haber evitado, debiendo hacerlo, el daño. Con otras palabras, no existe responsabilidad por hecho ajeno sino, más bien, un verdadero caso de responsabilidad por hecho propio (Barceló Doménech, (1995), p. 195) o, mejor dicho, responsabilidad de la organización de la que se es titular. La responsabilidad por hecho ajeno ya no es un reproche sino una garantía legal en favor de las víctimas que asume quien decide participar en el tráfico conforme a alguno de los roles previstos legalmente». SALVADOR CORDECH P. y GÓMEZ LIGÜERRE C. I. «Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización» en *www.indret.com*, 2002.
35. El TJ en la sentencia Akzo Nobel (párr. 77), tras exponer la doctrina basada en la empresa, «(...) en dicho contexto, no puede considerarse que la responsabilidad de la sociedad matriz es una responsabilidad objetiva» Y la Abogado General Kokkot en las Conclusiones del asunto Alliance One, antes citada (párr. 226): «Esta forma de responsabilidad de la sociedad matriz por actividades colusorias tampoco tiene nada que ver con una responsabilidad objetiva ("strict liability")».
36. Nuestro Tribunal Constitucional dice en su sentencia de 16 de febrero de 1990: «Exigencia de culpabilidad en la infracción y presunción de inocencia suponen una barrera infranqueable a normas infraconstitucionales que establezcan supuestos de responsabilidad por una infracción al margen de la propia conducta personal. (...) Tales exigencias se oponen a criterios de responsabilidad establecida en razón de previsiones estrictamente objetivas».
37. Anteriormente (v. nota al pie) nos referíamos a las normas europeas relativas a la responsabilidad penal de la persona jurídica que han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico con la reforma del Código Penal. Como veíamos, estas normas europeas requieren una conexión entre los hechos ilícitos y la responsabilidad de la persona jurídica (el supuesto de la representación en aprovechamiento de la empresa o la culpa in vigilando).

Como decíamos en relación a la responsabilidad de la empresa en su conjunto, no creemos que la exigencia de este artículo 23 quede satisfecha con la culpa o negligencia del causante de la acción antijurídica (filial), sino que también debe poder identificarse algún comportamiento de la matriz que indique una actuación culposa.

Y compartimos estas razones, de manera que nos resulta evidente que, aunque a la matriz se le pueda imputar la conducta ilícita de la filial pese a no haber participado en ella (*respondeat superior* porque la matriz controla a la filial), se sigue necesitando algún elemento de culpabilidad.

Cuestión distinta es que la culpabilidad, como requisito de la imputación objetiva de las infracciones a las personas jurídicas en los procedimientos administrativos sancionadores, no tenga que ser necesariamente interpretada en el mismo sentido que la exigida en el caso de las personas físicas[38]. Probablemente, sea **suficiente** con que exista un comportamiento negligente en el control de la actividad de la matriz (*culpa in vigilando* o, si se quiere, culpabilidad organizativa o empresarial)[39]. De lo que no nos cabe duda es de que debe ser

38. Como explica nuestro Tribunal Constitucional (Auto 193/2007, de 26 de marzo de 2007): «En cuanto a la infracción del principio de culpabilidad en el procedimiento administrativo sancionador (art. 25.1 CE) por la imposición a la recurrente, como responsable solidaria, de una sanción económica por unos hechos en los que no intervino, debemos recordar que este Tribunal tiene declarado para el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas que, aunque no se suprime el elemento subjetivo de la culpa, el mismo se debe aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. "Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma" (STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

39. V. al respecto HOFSTETTER, *op. cit.* Los autores analizan la cuestión de la culpabilidad por infracciones de competencia (aunque en relación a la responsabilidad de la sociedad respecto de la conducta de sus empleados). Critican lo que entienden que es la consagración, por el TJ, de una responsabilidad objetiva, fundada en la versión radical del principio Respondeat del Derecho Norteamericano. Proponen, a cambio, que la sociedad sólo pueda ser responsable de las conductas de sus empleados si existe culpa («responsabilidad por deficiencias organizativas»). A contrario, cuando no hay participación de los directivos y se han adoptado todas las medidas para impedir la infracción, la filial debería ser exonerada de cualquier responsabilidad por las infracciones cometidas por sus empleados. Las medidas para evitar la infracción pueden concretarse en la exigencia de estrictos planes de cumplimiento.
Como se verá, el planteamiento es, en realidad, muy similar al adoptado en el Derecho Penal español tras la incorporación de las personas jurídicas como responsables penales (insistimos, transponiendo normas de la UE inspiradas a su vez en el Derecho alemán), incluida la propuesta de la adopción de programas de cumplimiento (aunque nuestro Código Penal la configura como una mera atenuante).

el mínimo exigible en Derecho de la competencia europeo para poder responsabilizar a personas jurídicas (sociedades) por las infracciones de competencia cometidas por otras personas bajo su control.

V. CONCLUSIÓN

Como en otras ocasiones, el Tribunal de Justicia ha decidido optar, de entre todas las posibles, por la interpretación menos respetuosa con los derechos de los administrados, haciendo que personas jurídicas deban responder de ilícitos en los que no han tenido ningún tipo de participación. En este caso, con el añadido de que no existen razones vinculadas a los objetivos perseguidos por la política de la Comisión en la aplicación de las normas de competencia (garantizar el efecto disuasorio de las multas, fundamentalmente) que justifiquen la excepción a principios, reconocidos en algunos ordenamientos como derechos fundamentales, tan importantes como el de culpabilidad o el de presunción de inocencia.

Un planteamiento más acorde con estos principios habría llevado a interpretar las disposiciones del TFUE y el derecho derivado en función de estos principios y no al revés. Este planteamiento no habría excluido la posible responsabilidad de la matriz por las infracciones de competencia de su filial pero habría requerido la prueba por la Comisión, aún indiciaria, de algún tipo de implicación de la matriz en los hechos constitutivos de la infracción (como en el asunto ICI) o, al menos, algún tipo de culpa in vigilando como responsable de hecho ajeno.

Y, desde luego, una postura más respetuosa con el principio de presunción de inocencia exigiría suprimir la presunción basada en la participación del 100% de la matriz en la filial en la medida en que supone hacer automáticamente responsable a aquella. Debería ser la Comisión, previo acotamiento y concreción de qué significa la «influencia determinante» a estos efectos, la que probara los hechos (y los elementos de culpabilidad) que llevan a responsabilizar a la sociedad matriz de la infractora.