

RESPONSABILIDAD DE LA FILIAL POR LOS DAÑOS
DERIVADOS DE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA
COMPETENCIA DE LA MATRIZ ¿ESTÁ EN JUEGO EL
PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO EUROPEO*

LIABILITY OF THE SUBSIDIARY FOR DAMAGES DERIVED
FOR ANTITRUST INFRINGEMENTS OF THE PARENT
COMPANY IS THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS
OF EUROPEAN LAW AT STAKE?

CARMEN HERRERO SUÁREZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

Recibido: 10.01.2021 / Aceptado: 14.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5963>

Resumen: Una de las cuestiones más controvertidas en relación a la aplicación de las normas de competencia a empresas pluricorporativas es la eventual utilización del principio de unidad económica como vía de extensión de responsabilidad entre las distintas sociedades. Actualmente, asistimos a una nueva inquietud que valora la extensión de responsabilidad aguas abajo, es decir, la posible legitimación pasiva de la filial para soportar el ejercicio de una acción *follow on* por una infracción cometida por su matriz y por la que ella no ha sido sancionada. La cuestión es objeto de un encendido debate doctrinal y judicial entre defensores de una responsabilidad del grupo como tal y posturas más apegadas a las categorías tradicionales de imputación de responsabilidad. El objeto de este trabajo es el examen de dicho debate y la valoración crítica de las diferentes posiciones y argumentos utilizados.

Palabras clave: daños, unidad económica, responsabilidad del grupo, matriz, filial.

Abstract: One of the most controversial issues in relation to the application of competition rules to multi-corporate companies is the eventual applicability of the principle of economic unity as a means of extending liability between the different companies that comprise it. Currently, we are witnessing a new concern that assesses the extension of downstream liability, that is, the possible passive standing of the subsidiary to support the exercise of a follow-on action for an infringement committed by its parent company and for which it has not been sanctioned. The issue is the subject of a heated doctrinal and judicial debate between defenders of group liability and positions more attached to the traditional categories of attribution of liability. The object of this paper is the examination of said debate and the critical assessment of the different positions and arguments used.

Keywords: damages, economic unit, group liability, parent company, subsidiary.

* Este trabajo se ha realizado al amparo del Proyecto de Investigación: “El impacto de la economía digital en el Derecho de la Competencia y la Distribución: del Big Data al Blockchain”, (RTI2018-094201-B-C22), del Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades.

Sumario: I. Panorámica: incremento de la aplicación privada y surgimiento de nuevas inquietudes. II. Trascendencia de la existencia de un grupo a efectos de aplicación de las normas de competencia. 1. El origen del problema: el concepto de unidad económica y sus implicaciones. 2. El grupo en el marco civil resarcitorio. A) ¿De dónde venimos? a) La responsabilidad civil de la matriz. b) La responsabilidad de la filial. B) ¿Hacia dónde vamos? *Biogaran* y *Skanska*. a) Caso *Biogaran*. b) Caso *Skanska*. C) ¿Responsabilidad del grupo? Sobre una posible extensión automática de responsabilidad entre matrices y filiales. III. Reflexiones finales... a la espera de la resolución de la cuestión prejudicial.

I. Panorámica: incremento de la aplicación privada y surgimiento de nuevas inquietudes

1. El proceso europeo de fomento de la aplicación privada del Derecho de la competencia, o, más concretamente, del ejercicio de acciones resarcitorias por los daños derivados de ilícitos competitivos iniciado veinte años atrás, parece estar empezando a dar sus frutos. La aprobación y transposición de la Directiva de daños¹ en los Estados miembros y el incremento en la sanción de determinados cárteles por parte de la Comisión europea de extensión global y gran trascendencia económica, ha conducido a una proliferación de las acciones de daños, fundamentalmente de seguimiento o *follow-on*, que se ha manifestado no solo en el creciente número de casos, sino en la extensión territorial de los mismos. Si tradicionalmente, las acciones resarcitorias se habían concentrado en Reino Unido, Holanda y Alemania, en los últimos años, en otros Estados miembros se ha producido un incremento muy significativo de casos².

2. En España, la aplicación privada del Derecho de la competencia ha sido, hasta fechas muy recientes, por razones normativas, pero también por la ausencia de una cultura social sobre los daños derivados de ilícitos anticompetitivos, prácticamente inexistente. De hecho, la inadecuada regulación prevista en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 determinó que las escasas pretensiones resarcitorias se plantearan al amparo de la Ley de Competencia Desleal de 1991. No obstante, en los últimos trece años, en paralelo al despegue del *private enforcement* europeo, se han venido produciendo una serie de modificaciones legislativas importantes que han favorecido un aumento significativo de las acciones de resarcimiento por lo daños causados por prácticas anticompetitivas³. En este momento, los

¹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, *relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea*, La Directiva fijaba como plazo máximo para su incorporación en los distintos ordenamientos nacionales, el 27 de diciembre de 2016. En España, tras una primera propuesta de ley de transposición de la Directiva (en adelante, PLTD) de 15 de enero de 2016, que desapareció completamente de la agenda parlamentaria, la transposición se llevó a cabo, con varios meses de retraso, mediante un Real Decreto de alcance general, Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, *por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores* (en adelante, RD).

² Vid., para un análisis de la evolución en el ejercicio de las acciones de seguimiento o *follow-on* en la Unión Europea desde 2000 hasta 2018, K. SAILER, *Update on the development of follow-on damages claims*, en www.econ-da.com. Para un análisis comparativo de la implementación de la Directiva en los distintos Estados miembros, vid. SOUSA FERRO/MARCOS/RODGER, *The EU Antitrust Directive. Transposition in Member States*, Oxford University Press, 2018.

³ Sobre la evolución de la aplicación privada en España, vid. *inter alia*, F. MARCOS, “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *Información Comercial Española*, ICE, núm.876, 2014, pp. 133 y ss.; IDEM: “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Global Competition Law Review*, vol. 182 (4), 2013, pp. 167 y ss.; DIÉZ ESTELLA/ESTRADA MERAY: “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de la jurisprudencia reciente”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, núm. 15, 2014, pp. 189 y ss.; P. YANES YANES, “Aplicación privada antitrust, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de siglo?”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, núm. 9, 2011, pp. 133 y ss.; H. BROKELMANN: “La Directiva de daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015; I. SANCHO GARGALLO: “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia”, *Indret*, núm.1, 2009, pp. 14 y ss.; SOPEÑA/MARTÍN, “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, 16, 2016, pp. 4 y ss.; A. TOBÍO RIVAS: “La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito antitrust: transposición de la Directiva 2014/104/UE”, *ADI*, 37, 2016-2017, pp. 83 y ss.

tribunales nacionales se enfrentan a una litigiosidad creciente por el ejercicio de acciones para la compensación de los daños causados por prácticas anticompetitivas. Si bien estas conductas se han proyectado en diversos sectores económicos (seguros, industrias lácteas, sobres electorales...⁴), sin duda, uno de los casos de mayor impacto económico y mediático de los últimos cuatro años lo constituye el conocido como “cártel de los camiones”. Recordemos que, en julio de 2016, la Comisión sancionó a cinco fabricantes de camiones: MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco y Daf, y un año más tarde a Scania, por coordinar los precios de los camiones de pesos medio y pesado y la manera de repercutir los costes para cumplir con los estándares medioambientales⁵. Las reclamaciones por los daños derivados de este cártel han alcanzado una dimensión y unas cifras hasta el momento, desconocidas en el marco de la aplicación privada del Derecho de la competencia en España, hasta el punto de que, con más de 3000 demandas planteadas cabe hablar de litigación masiva. Prácticamente, todos los juzgados mercantiles nacionales están conociendo, o han conocido, de acciones derivadas de este cartel⁶.

3. Este incremento de acciones resarcitorias, ha puesto de manifiesto la complejidad de algunas de las cuestiones que pueden plantearse en estos procedimientos, que afectan desde la determinación de la jurisdicción competente y derecho aplicable a determinados aspectos procesales (notificaciones, costas, acceso a pruebas, etc.) y sustantivos (naturaleza solidaria o fragmentaria de la deuda, viabilidad del argumento de repercusión de costes o *passing-on*, prescripción de la acción, problemas asociados a la cuantificación del daño...). Junto a los problemas clásicos, el aumento de casos ha originado el nacimiento de nuevas inquietudes, despertando el interés doctrinal y jurisprudencial sobre cuestiones que, hasta el momento, habían recibido poca o ninguna atención en la práctica. Algunas de estas se articulan en torno a la legitimación, tanto activa, con problemas asociados, por ejemplo, a la cesión por parte de las víctimas del derecho al resarcimiento, como pasiva, en relación a la delimitación del círculo de posibles demandados. Especialmente problemática se revela la integración subjetiva de la *litis* en el caso de los grupos de sociedades. En este terreno, están apareciendo nuevos perfiles o facetas de un debate ya antiguo que tiene su origen en el concepto de empresa destinataria de las prohibiciones de comportamientos anticompetitivos, utilizado en los Tratados -y reproducido en los ordenamientos jurídicos nacionales- como “unidad económica independiente”. Esta noción de naturaleza económica ha de ser encajada en los moldes que delimitan la personalidad jurídica en los distintos Estados miembros y conciliada con los principios nacionales de separación corporativa y responsabilidad personal.

4. Una de las cuestiones más controvertidas en relación a la aplicación de las normas de competencia a empresas pluricorporativas es la eventual aplicabilidad del principio de unidad económica como vía de extensión de responsabilidad entre las distintas sociedades o corporaciones que lo integran. Planteada inicialmente en el marco del Derecho administrativo sancionador, la discusión se ha trasladado al ámbito del ejercicio de acciones resarcitorias y, hasta muy recientemente, se ha centrado en su viabilidad para fundamentar una posible extensión de responsabilidad de la filial a la matriz. Ahora se está planteando una nueva inquietud, que valora la extensión de responsabilidad aguas abajo, es decir, la posible legitimación pasiva de la filial para soportar el ejercicio de una acción *follow on* por una infracción anticompetitiva cometida por su matriz y por la que ella no ha sido sancionada.

5. En principio, parece que, el interés principal de los afectados o víctimas de un cartel residiría en la posibilidad de acceder a la matriz, es decir, en intentar responsabilizarla por los actos de la filial, accediendo así a un patrimonio, y a unas posibilidades de resarcimiento, presuntamente mayores (*deep pockets*). ¿Por qué puede revestir interés la situación inversa, es decir, extender a la filial la responsabili-

⁴ Vid. F. MARCOS, “Antitrust Damages’ claims in Spain”, 2020, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3728742.

⁵ Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, At. 39824, *Trucks*.

⁶ Vid. F. MARCOS, “El cálculo de los daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones (2018)” e IDEM: “¿Cuántas víctimas del cártel de los fabricantes de camiones hay en España? (2019)”, disponibles en <https://almacendederecho.org>.

dad por los actos ilícitos de sus matrices? Si bien se han alegado diversas razones⁷, a nuestro juicio, esta extensión aguas abajo tiene interés, fundamentalmente a efectos procesales. La dirección de la acción contra la empresa filial, puede considerarse, concretamente, como mecanismo de selección de una determinada jurisdicción para entablar las acciones de daños, ya sea porque se considera que ésta puede ser más favorable para la estimación de las pretensiones resarcitorias (caso *Provimi*⁸ que tendremos ocasión de analizar posteriormente) o bien, como forma de abaratamiento de los costes del proceso (por ejemplo, de los gastos de traducción de notificaciones y demandas, necesarias en los casos en que las demandadas tengan su domicilio social en el extranjero⁹).

6. Esta preocupación no es meramente teórica y encontramos numerosos ejemplos en la práctica. Las acciones derivadas del cartel de los camiones son buena muestra, ya que existen multitud de pretensiones resarcitorias por parte de los distintos afectados dirigidas, tanto contra los seis fabricantes sancionados por la Comisión, como contra las filiales españolas encargadas de la distribución de los vehículos e incluso, contra sus proveedores de servicios financieros. Planteada inicialmente la cuestión en procedimientos previos de acceso a pruebas o información, numerosos pronunciamientos judiciales abordan de manera directa la trascendencia de la existencia de un grupo a efectos de legitimación pasiva con resultados contradictorios. La cuestión debatida no es pacífica entre los Juzgados de lo Mercantil que se han pronunciado sobre esta problemática en situaciones análogas, de manera que algunos de ellos aprecian la falta de legitimación y otros, por el contrario sostienen que cabe extender a la filial la responsabilidad por la conducta de la matriz. A día de hoy, no obstante, la línea judicial mayoritaria parece ser la primera ya que diversos pronunciamientos en primera instancia que reconocían la legitimación pasiva de la filial han sido revocados en apelación. Precisamente, la falta de legitimación pasiva del demandado constituye hasta la fecha el principal motivo de desestimación de las reclamaciones de daños¹⁰. De hecho, la dificultad que entraña, la falta de respuestas contundentes y unánimes y la inexistencia de una línea de razonamiento uniforme han determinado que la controversia en torno a la posibilidad de demandar civilmente a una filial no sancionada por las infracciones cometidas por su matriz haya sido

⁷ En este sentido, C. KERSTING propone una serie de razones -débiles a nuestro juicio- por las que puede revestir interés la posibilidad de extender la responsabilidad de matriz a filial o a otra sociedad hermana (*sister company*). Entre ellas, garantizar el acceso de los acreedores de la sociedad matriz a todos los activos de las sociedades filiales y equiparar su posición con la de los propios acreedores de estas “ya que si no, se encontrarían en una situación de desventaja, especialmente en los casos en los que la matriz no es la única propietaria de la filial”. No entendemos bien este argumento, que parece desconocer, que, precisamente la división de activos es una de las principales finalidades perseguidas con la creación de un grupo de sociedades y, por lo tanto, la diferenciación de acreedores de unas y otras sociedades. Tampoco consideramos relevantes otras posibles justificaciones como la trascendencia de la extensión de responsabilidad a la filial en relación a una posible desinversión de estas empresas. ¿La responsabilidad con arreglo al Derecho de la competencia influirá significativamente en el precio de compra o requerirá la fijación de previsiones en los acuerdos de venta y compra respectivamente? o, la referencia a situaciones claramente puntuales o excepcionales, como que una filial inocente haya sido demandada por error, por ejemplo, debido a un cambio de nombre en el grupo, y la acción contra la filial infractora haya prescrito mientras. Vid. C. KERSTING, “Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law”, 2019, p. 7.

⁸ *Provimi Ltd v Aventis Animal Nutrition SA and others*, 2002/470, High Court 2003, 2 All ER 683.

⁹ En el ámbito intracomunitario, las cuestiones relativas al idioma en el que ha de ser redactada la demanda y otros documentos judiciales o extrajudiciales se contemplan en el artículo 8 del *Reglamento 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil*. En primer lugar, los documentos se notifican mediante una serie de formularios o anexos formales recogidos en el Reglamento, esta solicitud de notificación debe redactarse en la lengua oficial del Estado miembro requerido. Por lo que a los documentos a notificar se refiere, no deben ser objeto de legalización o trámite equivalente, pero sí deben remitirse traducidos a la lengua oficial del Estado miembro requerido o bien a una lengua que el destinatario entienda. Finalmente, en relación a la traducción de los anexos a la demanda u otros documentos, (*ad.ex.* informe pericial) el TJUE en su Sentencia de 8 de mayo de 2008, en el caso *Michael Weiss*, ha indicado que el destinatario de un escrito de demanda que debe notificarse o trasladarse no tiene derecho a negarse a aceptar dicho documento, siempre que éste coloque al destinatario en condiciones de hacer valer sus derechos en el procedimiento judicial en el Estado miembro de origen, y ello a pesar de que los anexos constituidos por documentos acreditativos no estén redactados en la lengua del Estado miembro requerido, pero tengan una función meramente probatoria y no resulten indispensables para comprender el objeto y causa de la demanda.

¹⁰ Vid. F. MARCOS, “Primeras sentencias de las Audiencias Provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *RCD*, núm. 26, 2020.

planteada como cuestión prejudicial ante el TJUE, por la Sección 15ª de la AP de Barcelona mediante un Auto de 24 de octubre de 2019.

7. A la espera de que el TJUE se pronuncie, sí es cierto que en pronunciamientos recientes, como el caso *Skanska*¹¹, que tendremos ocasión de examinar más adelante, se observa una línea aperturista, tendente a extender la competencia comunitaria en materia de aplicación privada. Pese a ello, la posición del Tribunal dista de ser clara y unívoca, por el contrario, en atención a las aguas pantanosas en las que se mueve, que afectan a principios cuya delimitación, a día de hoy, corresponde a los Estados miembros, como el principio de separación corporativa o de responsabilidad personal, la postura defendida en materia de extensión de responsabilidad (tanto civil como administrativa) es, a nuestro juicio, deliberadamente ambigua y, consiguientemente, confusa.

8. También en el ámbito doctrinal, asistimos a un encarecido debate con posiciones enfrentadas. Frente a los defensores de interpretaciones restrictivas, más apegadas a los principios generales nacionales en materia de responsabilidad y del derecho de grupos, existen otras que instan a superar las categorías tradicionales de imputación de la responsabilidad a efectos de la aplicación de las normas de competencia y que, en su planteamiento más ambicioso, extienden la responsabilidad a todas las sociedades integrantes del grupo, rechazando la trascendencia de la existencia de personalidades jurídicas independientes -reconocidas por las normativas internas- dentro del grupo. Sobre la base de la aplicación de la doctrina de la unidad económica y la eficacia del Derecho comunitario se sostiene la imputación automática de las acciones de cualquiera de las entidades que forman el grupo a todas las otras sociedades integrantes que formen una única empresa con arreglo al artículo 101 TFUE.

9. El objetivo de este trabajo es, precisamente, introducirnos en este debate que se proyecta sobre normas y principios procesales y civiles no armonizados, analizando los intereses afectados y los argumentos utilizados en apoyo de las distintas posiciones y proponiendo una solución que los concilie. A efectos de enmarcar esta cuestión y los problemas que plantea, es conveniente revisar de forma muy somera la trascendencia que, desde la perspectiva del Derecho de la competencia puede tener la existencia de un grupo de sociedades, con especial atención en lo que ha sido hasta el momento -y se prevé será, su papel en el marco de la aplicación privada de las normas de competencia.

II. Trascendencia de la existencia de un grupo a efectos de aplicación de las normas de competencia

1. El origen del problema: el concepto de unidad económica y sus implicaciones

10. En numerosas ocasiones, las sociedades no operan en el mercado de forma aislada o autónoma, sino integrándose en entidades más complejas en el seno de las cuales se adoptan las decisiones económicas, es decir, en grupos. Los grupos constituyen una estrategia de racionalización organizativa de la empresa en mercados extensos y complejos, que facilita la diversificación de riesgos, la especialización de actividades y la adopción de formas de organización flexibles y descentralizadas. Se trata ésta de una fenomenología dentro de las vinculaciones empresariales, caracterizada por la existencia de sociedades jurídicamente independientes que se agrupan bajo una dirección económica unitaria. Así pues, las sociedades que forman parte del grupo conservan su propia independencia jurídica, desde una perspectiva organizativa y patrimonial, pero actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa¹². Estas características están especialmente presentes en los denominados grupos de subordinación, en

¹¹ STJUE 14 marzo 2019, C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros*, ECLI:EU:C:2019:204.

¹² Vid. C. PAZ ARES, "Uniones de empresas y grupos de sociedades", en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil I*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 1334-1335.

el que las diversas sociedades se hallan sometidas a una dirección única de la sociedad (matriz) que se considera dominante sobre las restantes sociedades (dependientes o filiales), que pierden o limitan así su autonomía organizativa y patrimonial¹³.

11. Precisamente, la existencia de una unidad económica entre las entidades que actúan en el mercado determina que, en determinadas ocasiones excepcionales, la independencia entre ellas ceda en atención a dicha vinculación y que, la separación formal pierda su trascendencia también desde una perspectiva jurídica.

12. Las implicaciones, tanto sustantivas como procesales, que pueden derivarse de la aplicación de este principio de unidad económica son de muy diversa naturaleza, en función de cuáles sean los concretos efectos jurídicos anudados a la consideración de una única unidad económica. En este sentido, puede ser utilizado para imputar a las sociedades del grupo (matrices o filiales) responsabilidad por las conductas cometidas por otras sociedades integrantes del mismo (corresponsabilidad o extensión de la responsabilidad). Igualmente, puede servir de base para descartar la aplicación de normas cuya ratio ontológica exige precisamente, la separación económica y no la mera separación jurídico-formal¹⁴

13. En el marco del Derecho de la competencia también se ha planteado, principalmente en lo que se refiere a su aplicación en sede administrativa, la necesidad de tomar en consideración los efectos jurídicos que pueden derivarse de la pertenencia de una sociedad a una “unidad económica”. Así, los destinatarios de las prohibiciones de acuerdos restrictivos y prácticas abusivas son las “empresas”, noción que, tal y como resulta de la práctica de la Comisión y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia requiere la concurrencia de dos elementos: realización de una actividad económica en el mercado y autonomía o independencia económica¹⁵. Este segundo requisito, base de la teoría o doctrina de la unidad económica (*single economic entity*), con arreglo a la cual el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta esté constituida por varias personas jurídicas tiene, precisamente, entre sus proyecciones más importantes, los grupos de sociedades. En este sentido, la aplicación de esta teoría, determinará, pese a que la existencia de los grupos de sociedades no se encontrara prevista expresamente en los Tratados, su entrada en la aplicación de la normas de competencia, obteniendo diferentes respuestas en función de cuáles sean los intereses tutelados por la normativa concurrencial.

14. En primer lugar, la presencia de una única unidad económica, ha sido utilizada como “escudo” para proteger actividades intracorporativas de injerencias innecesarias del Derecho de la competencia. En este sentido, la presencia de un grupo se tiene en cuenta a los efectos de apreciación de la existencia o no de una infracción. Se trata del conocido como *privilegio de grupo* que determina la inaplicación de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia a los celebrados entre los miembros de un grupo empresarial. Es un supuesto, como indicábamos anteriormente, determinado por la propia ratio ontológica o finalidad de la norma. Dicha prohibición requiere como presupuesto de hecho la separación económica entre las distintas entidades que coluden, de tal modo que si no existe independencia económica entre matrices y filiales no puede aplicarse la norma. Los acuerdos entre enti-

¹³ Si bien es cierto que el elemento definitorio del grupo es la existencia de una unidad de decisión económica, con la centralización de determinadas políticas como la financiera, en la práctica, el grado de autonomía e independencia de las filiales puede variar enormemente, existiendo grupos más o menos centralizados en función del campo de libertad concedido en otras políticas empresariales, como la comercial. Vid. J. GUTIÉRREZ GILSANZ, “La responsabilidad de la matriz por las infracciones de Derecho de la competencia cometidas por sus filiales”, *RDM*, núm. 242, 2014, pp. 284-285.

¹⁴ La doctrina recoge entre estos supuestos la inaplicación de las reglas de tercería cambiaría en los casos en los que el título es transmitido por la matriz a su filial –excepción de tráfico-. Vid. C. PAZ ARES: “El sistema de las excepciones cambiarias”, *RDM*, núm. 178, 1985; J. ALFARO: “Lecciones. Personalidad jurídica y levantamiento del velo (i)”, 2015, en <https://almacenederecho.org>.

¹⁵ Vid. *in extenso*, A. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust europeo. Tomo I. Parte general. La competencia*, Colex, Madrid, 2009, pp. 171 y ss.

dades formalmente diferenciadas pero económicamente dependientes serían meros acuerdos internos de organización empresarial y reparto de funciones dentro de una misma empresa¹⁶.

15. Pero las autoridades de competencia también han recurrido a la unidad económica como “espada”, para eliminar los velos corporativos determinados por los derechos nacionales¹⁷. Así, en primer lugar, como mecanismo de cómputo, la pertenencia de una sociedad a un grupo, también ha sido tenida en cuenta para determinar el volumen de negocios relevante a efectos de aplicación de diversos parámetros del Derecho de la competencia, mediante la *suma de las magnitudes* de las distintas entidades integrantes del grupo. La finalidad perseguida en estos casos es la **determinación del poder real de mercado** de un grupo de entidades formalmente diferenciadas pero sujetas a una única voluntad económica. La necesidad de ponderar este poder de mercado real se plantea en sede de control de concentraciones, abuso de posición dominante y en el ámbito de determinación o cálculo de sanciones¹⁸.

16. Finalmente, en su manifestación más controvertida, el principio de unidad económica se ha utilizado por la Comisión y los Tribunales europeos **como fundamento de extensión de responsabilidad entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo**. Más concretamente, el recurso a la doctrina de la unidad económica ha servido para articular una suerte de **responsabilidad parental** (*parental liability*) que determina la imputación a la sociedad matriz de un acto anticompetitivo realizado por la sociedad filial. La legislación comunitaria no contenía norma alguna en la que se estableciera dicha responsabilidad¹⁹. Sin embargo, esta posibilidad surge, a partir de la aplicación por parte de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia de las prohibiciones contenidas en los actuales arts. 101 y 102 TFUE con arreglo a unas líneas argumentales no exentas de altibajos, que han desatado fuertes críticas doctrinales²⁰.

17. Se imputan los actos de una entidad a otra jurídicamente independiente que no los ha realizado, esto es, que no ha cumplido directamente, alguno o ninguno de los elementos del supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias se le imputan. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria de las infracciones de la normativa de competencia es solidariamente responsable, en el caso de los grupos de sociedades, tanto la filial infractora como su matriz aunque ésta no hubiera participado en el ilícito competitivo.

18. Para ello, tradicionalmente lo relevante y, por consiguiente, lo que, en principio, debía acreditarse es que la matriz había ejercido una *influencia determinante* en el comportamiento desarrollado por la filial en el mercado. Posteriormente, la Comisión y el Tribunal de Justicia darán un paso más presumiendo la existencia de dicha influencia en aquellos casos en los que la matriz es titular del 100%

¹⁶ Vid. *in extenso*, J. I. RUIZ PERIS, *El privilegio del grupo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹⁷ Vid. B. CORTESE, “Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability”, *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, *Law International*, 2014, pp. 74 y ss.

¹⁸ La Directiva (UE) 2019/1 de 11 de diciembre de 2018, *encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior*, establece en su artículo 13.5, la obligación de los Estados miembros de asegurar que se aplique el concepto de empresa a efectos de imponer multas a sociedades matrices y a sucesores legales y económicos de empresas. La Directiva busca así armonizar esta solución, eliminando la reticencia de algunos tribunales nacionales a extender la responsabilidad por las infracciones de las normas de competencia (nacionales pero también europeas) cometidas por las filiales a las matrices. Vid. RODGER/SOUSA FERRO/MARCOS: “A panacea for competition law damages actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU Antitrust damages directive in sixteen member States”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, XX (X), 2019, p.3.

¹⁹ Esta “responsabilidad parental” sí se encuentra expresamente prevista en la legislación española, que recoge en el artículo 61.2 LDC, con una redacción ciertamente poco afortunada, “la imputabilidad de la actuación de una empresa (¿persona?) a las empresas (¿?) o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”.

²⁰ Vid. *inter alia*, J. ALFARO/P. LIÑÁN, “Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 43, 2012, pp. 229; B. CORTESE, “Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability”, *cit.*; S. THOMAS, “Guilty of a Fault that one has not Committed .The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2626057>.

del capital de la filial o de un porcentaje similar o controla el 100% de los derechos de voto²¹. De este modo, será a la sociedad matriz a quien corresponderá acreditar que no ha influido en la práctica anti-competitiva llevada a cabo por la filial infractora para quedar exonerada de responsabilidad. Presunción que en la práctica es casi imposible desvirtuar, dando lugar así, en estos casos y a pesar de la reticencia de Comisión y Tribunal a reconocerlo, a una suerte de responsabilidad objetiva de la matriz. Se hace responder a la matriz en base a su participación accionarial, es decir, a criterios meramente estructurales, con independencia de su efectiva implicación o no en la conducta anticompetitiva de la filial.

19. Compartimos las críticas sobre la inconsistencia de este razonamiento, el recurso a la “unidad económica” y a la “empresa” como mecanismo automático (y objetivo) de extensión de responsabilidad constituye una interpretación forzada del Tratado²² y tiene mal acomodo con los principios generales de imputación de responsabilidad, no encontrándose justificado, a nuestro juicio, por el principio de efectividad y efecto útil del Derecho comunitario. Por supuesto que puede ser importante, en aras a esa efectividad que la sanción alcance a la sociedad más solvente, previniéndose el traspaso patrimonial entre sociedades para no hacer frente al pago de las multas y garantizándose el efecto disuasorio de las prohibiciones. No es que no quepa la posibilidad de hacer responder a una sociedad, en este caso la matriz, por el comportamiento de otra sociedad del grupo, el problema es el camino seguido para llegar a esta consecuencia, que excede principios, por el momento, infranqueables (a menos que el legislador comunitario intervenga).

20. De hecho, este mismo resultado puede lograrse en aplicación de los principios y reglas clásicas de imputación de responsabilidad. Estos supuestos de imputación de responsabilidad a la sociedad matriz por conductas en las que no ha participado se fundamentan en la idea de control pero, para que pueda imputarse a la matriz responsabilidad por la conducta ilícita de su filial, y en respeto a los principios de culpabilidad y responsabilidad personal- no basta con que ambas pertenezcan al mismo grupo, sino que es necesario un comportamiento culpable o negligente de la matriz, una vinculación de la matriz con los hechos imputados a la sociedad filial. En este sentido, la matriz puede responder cuando hubiere participado en la conducta anticompetitiva de que se trate, bien directamente o bien indirectamente, impartiendo instrucciones o condicionando de cualquier otro modo el comportamiento de la filial en el mercado. La imputación se justifica en la falta de autonomía de la entidad filial o dependiente que actúa siguiendo las instrucciones de la matriz. Esta dependencia permite deslindar así, autoría del hecho ilícito y responsabilidad por el mismo, debiendo imputarse éste no sólo al autor material sino al autor “intelectual”.

21. Si no ha participado directamente, ni ha condicionado el comportamiento de la filial en el mercado, que ha actuado de manera totalmente autónoma, podría ser declarada responsable si se considera que ha infringido un deber de cuidado, que le obliga a garantizar un desarrollo ordenado y respetuoso con la ley de la actividad relativa al tráfico de empresas. Es decir, sería una suerte de responsabilidad *in vigilando*, también denominada organizativa o empresarial. La matriz respondería así cuando conociendo –o debiendo haber conocido- la conducta anticompetitiva de la filial no haya tomado las medidas necesarias para evitar que pusiera en práctica dicha conducta (importancia de los programas de *compliance*) o que continuara desarrollándola.

²¹ Vid. STJUE de 27 de enero de 2021, Goldamn Sachs v. Comisión, Asunto C-595/18.

²² C. CAUFMANN, “Civil Law Liability of Parent Companies for Infringements of EU Competition Law by Their Subsidiaries”, 2019, disponible en <https://ssrn.com/abstract/143331083>, habla de utilización “esquizofrénica” del término empresa, dado que: la infracción es cometida por una empresa que no coincide necesariamente con una persona jurídica (o natural), pero, no obstante, la conducta infractora ha de imputarse una o más personas jurídicas (o naturales) a efectos de exigibilidad de la multa y comunicación del pliego de cargos. De hecho, primero se examina si la entidad, por ejemplo una persona jurídica directamente involucrada en la infracción, forma parte de una empresa. Si es así, la empresa es responsable de la infracción. Posteriormente, la infracción se atribuye a una o más personas jurídicas, a menudo la persona jurídica infractora y la entidad paraguas (matriz). La imputación a la entidad jurídica paraguas es posible si forma parte del misma empresa que la entidad infractora. El criterio para el vínculo entre, por un lado, la infracción y la empresa y, por otro lado, la empresa y el destinatario del pliego de cargos y la multa es siempre ser “parte de la misma empresa”.

2. El grupo en el marco civil resarcitorio

A) ¿De dónde venimos?

a) La responsabilidad civil de la matriz

22. Por lo que a la **aplicación privada** de las normas de Derecho de la competencia se refiere y, particularmente, en relación al ejercicio de acciones resarcitorias derivadas de ilícitos *antitrust*, la pertenencia de la entidad infractora a un grupo de sociedades ha sido una cuestión discutida entre bambalinas²³. De hecho, el principio de unidad económica a efectos de determinación del alcance subjetivo de la responsabilidad civil no se ha tenido en cuenta de manera específica en la Directiva de daños. El artículo 1 se limita a establecer que: “cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una **empresa o una asociación de empresas** pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la **empresa o asociación**”, pero no indica contra que personas legales o jurídicas puede entablarse dicha acción. En su considerando 11, la Directiva abre la puerta a que, en aras a la competencia compartida reconocida ya en el caso *Manfredi*²⁴, un Estado pueda aplicar sus normas nacionales sobre imputabilidad, adecuación o culpabilidad, siempre que estas se ajusten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los principios de efectividad y equivalencia, y a la propia Directiva.

23. La mayoría de los Estados miembros han optado por no incluir expresamente en sus propuestas de transposición la responsabilidad civil de la matriz por las conductas ilícitas de sus filiales (así, Alemania, Irlanda, Italia y Finlandia), o, a lo sumo, reproduciendo en sus normas internas la intencionada vaguedad de la Directiva, se limitan a señalar la responsabilidad de la “empresa” infractora, y dejan en manos de los jueces y tribunales nacionales la concreción de su alcance y la determinación del alcance subjetivo de la responsabilidad (así, Holanda, Bélgica, Luxemburgo)²⁵.

24. No obstante, otros países como Portugal²⁶ o España sí que han ido en este punto más allá de lo exigido por la Directiva y han establecido expresamente un régimen de comunicación de responsabilidad de filial a matriz de forma paralela al descrito en el ámbito administrativo que resultarían así alineados. En el caso español, esta responsabilidad (exclusivamente) parental se contempla en el nuevo artículo 71.2 de la LDC, que, con cierta imprecisión terminológica, establece que (...) “la actuación de una **empresa** es también imputable a las **empresas o personas** que la controlan, “excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”.

²³ Pese a la existencia de algunos pronunciamientos pre-Directiva del TJUE en el marco de acciones de resarcimiento derivadas de los daños causados por el cártel de los ascensores, no se deduce de ellos una posición clara respecto a la imputación de responsabilidad civil entre las sociedades pertenecientes a un grupo (STJUE, de 3 de septiembre de 2009, *Papierfabrik August Koehler AG, Bolloré SA, Distribuidora Vizcaína de Papeles, S.L./Comisión*, Asuntos C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P; STJUE de 18 de julio de 2013, *Schindler Holding y otros/Comisión*, Asunto C-501/11). Vid., un comentario de estas sentencias, en CAUFMANN, *cit.*, pp. 11 y ss.

²⁴ Sentencia TJ de 13 de julio de 2006 (C-295/04 a C-298/04), *Manfredi*, 62. “Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)”.

²⁵ Vid. RODGER/SOUSA FERRO/MARCOS: “A panacea for competition law damages actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU Antitrust damages directive in sixteen member States”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, XX (X), 2019, pp.3-4; C. CAUFFMAN: “Civil Law Liability of Parent Companies for Infringements of EU Competition Law by Their Subsidiaries”, *cit.*

²⁶ Vid. M. SOUSA FERRO, “The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States – Portugal” en SOUSA FERRO/MARCOS/RODGER, *The EU Antitrust Directive. Transposition in Member States*, Oxford University Press, 2018.

25. Obviamente, con anterioridad al reconocimiento expreso de extensión de responsabilidad de la matriz a la filial previsto en la normativa de transposición, el principio de unidad económica reconocido a nivel administrativo tenía una trascendencia indirecta en los procesos civiles, ya que su aplicación para determinar los sujetos responsables de la infracción de competencia en el procedimiento administrativo, facilitaba el ejercicio de una posterior acción de seguimiento o *follow-on* contra todas las empresas (matrices o filiales) que hubieran sido consideradas infractoras por la autoridad de competencia, en aplicación de las reglas generales de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC (ya se tratará de culpa *in operando* o *in vigilando*). En el caso de que no existiera esa decisión administrativa previa, la determinación de la responsabilidad civil de la matriz por las actuaciones anticompetitivas de sus filiales, debía a nuestro juicio determinarse con arreglo a los mismos criterios que exigen una participación (directa o indirecta) de la matriz en la conducta o la infracción de un deber de cuidado o control.

26. Ante la ausencia de una disposición legal *ad hoc*, los tribunales de los Estados miembros de la UE se ha pronunciado en diversos sentidos. Así, *ad ex.*, en Alemania, decisiones del LG Berlín y del LG Düsseldorf han sido contrarias al reconocimiento de una responsabilidad civil del grupo de sociedades por infracción de las normas del Derecho de la competencia²⁷; mientras que los tribunales ingleses²⁸ y austríacos²⁹ han sido favorables a la posibilidad de responsabilizar a la sociedad matriz por los actos anticompetitivos realizados por las filiales del grupo.

b) La responsabilidad de la filial

27. Más compleja resulta la posibilidad de un **levantamiento del velo inverso o de una extensión de la responsabilidad aguas abajo**, es decir, de hacer responder a la filial de las actuaciones ilícitas realizadas por su sociedad matriz. La traslación de responsabilidad de la matriz a la filial suele apoyarse en la idea de que esta, al formar parte de la misma unidad económica, es instrumentalizada por la matriz para ejecutar y desarrollar la conducta anticompetitiva. La responsabilidad de la filial podría encajar en los moldes propios de la cooperación o contribución al daño, es decir, la responsabilidad se basa en un hecho propio consistente en haber contribuido a la infracción directa realizada por un tercero. Así, en principio, podría incurrir en responsabilidad contributiva si, con conocimiento o posibilidad de conocimiento de la actividad infractora induce, causa o contribuye materialmente a dicha conducta.

28. Esta situación no está contemplada en la normativa europea ni ha sido planteada tampoco en la práctica decisonal de la Comisión o del TJUE. Tampoco se prevé en las legislaciones nacionales de trasposición de la Directiva que, como hemos visto, a lo sumo se limitan a reconocer una suerte de responsabilidad parental o aguas arriba³⁰.

²⁷ Sentencia LG Berlin 6 agosto 2013, 16 O 193/11; sentencia LG Düsseldorf 8 septiembre 2016, 37 O 27/11 (Kart), *WuW*, 2017, p. 106 - Fahrtreppenkartell.

²⁸ *Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated & ors*, Case No. 1241/5/7/15(T), 2016.

²⁹ Auto ÖOGH 2 agosto 2012, 4 Ob 46/12 m, *WuW*, 2013, 313, § 7.4 - Debitkarten.

³⁰ La posibilidad de imputación de responsabilidad a la filial por las prácticas ilícitas de la matriz sí se ha contemplando en **otros ámbitos de ejercicio de acciones de responsabilidad civil extracontractual**. Así, por ejemplo, en la Sentencia del TS de 4 de abril de 2016, en el caso *Google*, así como en algunos pronunciamientos de tribunales inferiores se contemplan determinados supuestos en los que se ha reconocido la corresponsabilidad de la empresa filial por las conductas de su matriz y, por tanto, su legitimación pasiva en un proceso civil resarcitorio. En el primer caso la Sala de lo Civil del TS confirma la legitimación pasiva de Google Spain, filial española de la sociedad norteamericana Google, Inc., en el marco de un proceso civil de protección de derechos fundamentales. El Tribunal defiende la responsabilidad de la filial en el tratamiento de los datos contenidos en el buscador. Concretamente, considera que la actividad publicitaria que la filial española tenía encomendada está intrínsecamente vinculada con la actividad de gestión del motor de búsqueda realizada por la matriz, de tal modo que se puede concluir que ambas pueden ser consideradas como responsables del tratamiento de datos personales y, por tanto, la filial está legitimada para ser parte demandada en los litigios seguidos en España. Finalmente, el Tribunal en apoyo del reconocimiento de legitimación pasiva, recurre a otros argumentos desligados de la naturaleza de la actividad realizada por cada una de las empresas del grupo y centrados en la efectividad de las normas europeas y nacionales sobre protección de datos articuladas en tutela de los derechos fundamentales (en este caso, derecho al intimidad y al honor) y en la limitada capacidad de reacción

29. Sí vamos a encontrar algunos ejemplos en la práctica de los Estados miembros.

30. En este sentido, los **tribunales franceses** han valorado, en el caso *JCB Service*, la posibilidad de que se declare responsables civilmente de los daños causados por una práctica colusoria a filiales no condenadas por la infracción. La Comisión sancionó a la sociedad inglesa, JBS Service Ltd., por infringir las disposiciones del art. 101 TFUE mediante la conclusión con los concesionarios de acuerdos de compartimentación de los mercados nacionales. o prácticas concertadas, cuyo objeto era restringir la competencia dentro del Mercado común con el fin de compartimentar los mercados nacionales. La sociedad francesa Central Parts demandó por daños y perjuicios a la matriz, única sociedad condenada por la Comisión, y a dos de sus filiales, que respondieron alegando su falta de legitimación pasiva. La sentencia de la Cour de cassation de 6 de octubre de 2015³¹, rechazó los argumentos de las filiales y declaró que: *Primero*: Visto que los tribunales comunitarios habían confirmado la Decisión de la Comisión, cuya parte dispositiva establecía que JCB Service y sus filiales habían infringido el art. 101 TFUE, y que las sociedades JCB Sales y JC Bramford Excavators eran las principales sociedades de explotación contempladas, en tanto que filiales de JCB Service, por las decisiones comunitarias, el hecho de que ellas no hayan sido condenadas por las decisiones comunitarias no prohíbe a la jurisdicción nacional apreciar, a la luz de la información que se le haya presentado, en particular decisiones comunitarias, los elementos de su comportamiento constitutivos de una infracción, sin que esto signifique que se infrinja por el tribunal nacional el efecto relativo de la autoridad de cosa juzgada, la primacía de las decisiones de la Comisión Europea proclamada por el art. 16 del Reglamento 1/2003 y el derecho a un proceso justo. *Segundo*: Esa infracción puede consistir en participar en el cumplimiento de la política comercial anticompetitiva de la sociedad matriz que se encuentra a la cabeza del grupo de sociedades al que pertenecen sus filiales. En concreto, los tribunales comunitarios encontraron, por un lado, que la política comercial de la empresa matriz JCB Service era desalentar las exportaciones paralelas, prohibiendo a sus filiales de Reino Unido e Irlanda la venta de sus productos al extranjero y pidiéndoles que le remitiesen toda demanda

frente a las vulneraciones por parte de las personas físicas afectadas si se rechazara dicha legitimación. En este último sentido, se hace referencia a la dificultad de identificación de las funciones de las distintas sociedades integrantes del grupo y de los costes económicos y temporales que tendrían que afrontar los afectados de exigirse la demanda y tramitación del caso en EE.UU.

La sentencia nº 217/2012, del Juzgado de Primera Instancia, nº 90 de Madrid, *Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE) c. Grünenthal Pharma S.A.*, resuelve la acción de responsabilidad extracontractual derivada de los daños causados por determinados medicamentos que incorporaban el principio activo Talidomida comercializados para paliar mareos y náuseas durante el embarazo. La asociación de perjudicados planteó la demanda contra la filial en España (Grünenthal SA) del laboratorio farmacéutico alemán, Grünenthal GmbH, que había desarrollado y patentado dicho principio activo. El tribunal de instancia desatiende los argumentos de falta de legitimación pasiva de la filial que alegaba su condición de mera distribuidora del producto y se limita a señalar la pertenencia de la demandada a un grupo de sociedades. Se realiza una interpretación expansiva del principio de unidad económica de la que parece deducirse una imputación natural o innata de responsabilidad a la empresa filial por el mero hecho de pertenecer al grupo sin requerir ninguna cualificación o requisito adicional para desconocer la personalidad jurídica y patrimonial independiente de la filial. Ahora bien, desde una perspectiva sustantiva, el tribunal afirma –si bien sin citar su apoyo normativo o jurisprudencial– la responsabilidad de la filial frente al usuario en relación a la bondad de los productos distribuidos al tratarse del “último eslabón en la cadena de fabricación, promoción, distribución de los productos fabricados por la matriz” que además conocía de la existencia de dichos defectos y pese a ello los comercializó.

¿Se deduce de estos casos que la mera pertenencia de una sociedad a un grupo es un fundamento suficiente de imputación de responsabilidad? Creemos que no. La extensión de responsabilidad de la matriz a las filiales por la conducta ilícita de la primera dependerá –tal y como se deduce del pronunciamiento del TS en el caso Google– del **grado de implicación o participación de esta en el hecho ilícito**.

En relación con el razonamiento en los casos de la *Talidomida* se plantean en un supuesto de responsabilidad extracontractual muy específico y dotado de principios propios, como es la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En realidad, la atribución de responsabilidad a la filial en estos casos no constituye verdaderamente, un supuesto de extensión de la responsabilidad de la matriz sobre la base del principio de unidad económica, sino la aplicación del artículo 146 TRLCyU que, en materia de responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, establece la responsabilidad –propia– del proveedor o distribuidor, “cuando hubiera suministrado el producto a sabiendas de ese defecto”. En el caso de la *Talidomida*, el tribunal alega el conocimiento del defecto por parte del distribuidor que es lo que determina, en último término, la exigencia de responsabilidad con independencia de que, en este caso, la entidad encargada de colocar el producto en el mercado tuviera la condición de filial de la empresa fabricante. Un distribuidor independiente de los productos defectuosos, por tanto, de conocer el defecto, hubiera debido responder igualmente.

³¹ Chambre commerciale, financière et économique, nº 871 de 6 octubre 2015 (13-24.854), ECLI:FR:CCASS:2015:CO00871.

dudosa para que les dijese si debían entregar o no, y, por otro lado, que las sociedades JCB Sales y JC Bramford Excavators, en tanto que filiales de JCB Service, notificaban a los distribuidores los acuerdos de distribución fraudulentos por orden de JCB Service, aplicaban las consignas de su política comercial y contribuían a la realización de las infracciones de prácticas concertadas, cuyo objeto era restringir la competencia en el interior del Mercado común.

31. También en la **jurisprudencia inglesa**, encontramos algunas situaciones en las que se ha recurrido al principio de unidad económica de forma inversa (*extensión de responsabilidad de matriz a filial*) en el ejercicio de una acción de daños, fundamentalmente a efectos de determinación del foro. Se trata de una serie de casos en los que se demanda a las filiales inglesas de empresas cartelistas de otras nacionalidades con la finalidad de arrastrar al foro inglés las demandas. Filiales que no habían sido sancionadas por la Comisión Europea en sus decisiones prohibitivas. El célebre –y controvertido– caso **Provimi Ltd. v. Aventis Animal Nutrition** (*cit.*) es una muestra de esta utilización. Este caso se planteó como una acción *follow-on* a raíz del cártel de las vitaminas de 2001, del que formaban parte los laboratorios Roche (Suiza), Aventis (Francia) y BASF (Alemania). La empresa Provimi quería demandar en los tribunales de Inglaterra y Gales, y para ello lo que hizo fue demandar a la filial británica de Roche (Roche UK Limited), utilizándola, como permite actualmente el artículo 8 del Reglamento de Bruselas Bis, como ancla para arrastrar a los tribunales ingleses al resto de entidades corporativas del grupo Roche que no estaban establecidas en Inglaterra y en Gales. Roche UK no había sido sancionada por la Comisión.

32. La legitimación pasiva de la filial en este proceso civil de resarcimiento se justificó precisamente y **únicamente** en este principio de existencia de una única unidad económica y en el concepto de empresa relevante a efectos de aplicación de las normas de competencia. El hecho de que la filial demandada hubiera distribuido el producto objeto del cártel fue considerado suficiente por el Tribunal para considerarla responsable por la conducta de las matrices, sin necesidad de que se acreditara el conocimiento de la existencia de esa infracción. Es más, dicho conocimiento se presumió en base a la pertenencia de la filial al grupo Roche. De acuerdo con el tribunal, la mera pertenencia de una filial a un grupo permite deducir el conocimiento de las infracciones cometidas por otras entidades del grupo (el tribunal llega a hablar de “una única mente”).

33. Otro caso inglés en el que se recurre a una argumentación análoga es **Toshiba Carrier**³², en el marco del cártel de las tuberías de cobre y, más recientemente, aunque con un nivel de exigencia algo mayor en relación a la valoración de la implicación de la filial no sancionada en la conducta prohibida, el caso **Vattenfall**³³ en el mercado de cables.

34. La validez de estos casos y la excesiva expansión de responsabilidad que se deduce de esa línea de razonamiento ha sido cuestionada por el propio Tribunal de Apelación en el caso **Cooper c. Shell**³⁴, en el que se establece que si bien la posibilidad de que una matriz sea considerada responsable por los hechos de su filial se fundamenta en el hecho de que se presume que la matriz puede ejercer una influencia decisiva sobre las acciones de la filial, no puede encontrarse fundamentación en el proceso inverso, responsabilizar a una filial por las acciones de la matriz, o de otra filial. La Comisión no multa a todas las personas –físicas o jurídicas– que forman parte de una misma unidad económica, es decir, de una misma empresa, sino sólo a aquéllas que son directa o indirectamente responsables. Lo contrario podría dar lugar a situaciones en las que se exija responsabilidad a una filial del grupo que no opere en el mercado del producto cartelizado, sino en mercados de bienes totalmente distintos.

35. En **España**, esta cuestión ha sido abordada recientemente, en el marco de los daños derivados del cártel de los camiones, encontrándonos soluciones muy dispares en los juzgados sobre la

³² *Toshiba Carrier UK Ltd v KME Yorkshire Ltd*, HC09C04733, High Court of Justice, 2011, EWHC 2665 (Ch).

³³ *Vattenfall AB and others v Prysmian SPA and others* [2018] EWHC 1694 (Ch).

³⁴ *Cooper Tire & Rubber Company Europe Ltd v. Shell Chemicals UK*, Case NoA3/2009/2487, 2010 EWCA Civ 864.

legitimación pasiva de la filial o filiales españolas de las empresas sancionadas por la Comisión. Si bien las posturas en los Juzgados Mercantiles distan de ser uniformes, reconociéndose o denegándose la legitimación pasiva de las filiales, sobre la base eso sí de argumentos más o menos desarrollados, la línea mayoritaria se inclina por el rechazo de esa legitimación, es más, en los casos en que esta había sido reconocida en primera instancia, ha sido rechazada posteriormente en apelación.

36. En este sentido, si bien la mayoría de sentencias han desestimado las demandas contra la filial por falta de legitimación pasiva³⁵, sí se observa una línea “mediterránea” más proclive a sostener la legitimación pasiva de la filial. Así, por ejemplo, la **sentencia de 15 de octubre de 2018, del Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Murcia**, anulada posteriormente por Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de junio de 2019³⁶.

37. Mucho más extensa en su desarrollo argumental resulta la **sentencia del Juzgado núm. 3 de Valencia de 20 de febrero de 2019**³⁷. Razonamiento que es reiterado en la **sentencia de 7 de mayo de 2019**. En ellas se defiende la legitimación pasiva de la filial (en este caso, filiales participadas al 100% por la matriz) recurriendo a la teoría de la unidad económica y al principio de efectividad del Derecho comunitario, así como a algunas licencias creativas, como las “acciones follow-on especiales”, e invitando a la superación de “las categorías clásicas de imputación de acuerdo con los principios de personalidad propios de las legislaciones nacionales”. Fundamentalmente, tres órdenes de argumentos avalan el reconocimiento de la legitimación pasiva. Las filiales deben responder porque son un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la libre competencia. La falta de reconocimiento de esta legitimación pondría en entredicho el principio de efectividad del derecho europeo al pleno resarcimiento y además, esta solución se encuentra en consonancia con la jurisprudencia del TS en materia de imputación objetiva de la responsabilidad civil en el seno de grupos de sociedades. Estos razonamientos (que tendremos ocasión de valorar más adelante) no convencen a la **Audiencia Provincial de Valencia**, que procede a desestimar las demandas por falta de legitimación pasiva de la filial³⁸.

38. Ante esta situación de ausencia de consenso, la Audiencia Provincial de Barcelona, ante la que ha sido apelada la Sentencia del Juzgado núm.3 de Barcelona de 23 de enero de 2019, que rechaza la legislación pasiva de la filial³⁹, ha optado por plantear una cuestión prejudicial al TJUE mediante un Auto de 24 de octubre de 2019⁴⁰, concretada en cuatro preguntas específicas⁴¹:

“A) ¿Justifica la doctrina de la unidad económica que emana de la doctrina del propio Tribunal Europeo la extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial o bien tal doctrina solo es de aplicación para extender la responsabilidad de las filiales a la matriz?

³⁵ Vid. en detalle, las sentencias recogidas en F. MARCOS, “Responsabilidad de las filiales por daños causados por los fabricantes en el cartel de los camiones”, (noviembre 2019) en <https://almacendederecho.org>.

³⁶ Sentencia de la AP de Murcia de 27 de junio de 2019, *Explotaciones Agrícolas Blasco SL v. Volvo Group España S.A.*

³⁷ Este mismo Juzgado ya había anticipado una postura favorable a la toma en consideración de la existencia de un grupo económico en la aplicación de las normas de competencia en el **Auto de 4 de octubre de 2018**, en el que se reconoce la legitimación pasiva de la filial española de Volvo (no sancionada en el cártel) para ser considerada como solicitada en relación al procedimiento de acceso a pruebas previsto en el nuevo art.283 bis LEC. Se recurre, para ello, a mi juicio, en este caso acertadamente, al principio de unidad económica del grupo (a estos efectos “exclusivamente” procesales) así como a los principios de efectividad y equivalencia comunitarios. La filial está obligada a cooperar, facilitando el acceso a la información, cuando esté en condiciones de procurar dicho acceso de manera inmediata y eficaz.

³⁸ Vid. Sentencia de la AP de Valencia de 5 de diciembre de 2019, *JAR v. Man Truck & Bus Iberia S.A.*; Sentencia de la AP de Valencia de 20 de enero de 2020, *CSM & Divesa SL & Mercedes Benz España*.

³⁹ Sentencia del Juzgado Mercantil núm.3 de Barcelona de 23 de enero de 2019, *Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*.

⁴⁰ Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (España) el 3 diciembre 2019, *Sumal, S.L. / Mercedes Benz Trucks España, S.L.*, DOUE C 87 de 16 marzo 2020

⁴¹ Vid. un comentario del auto, en F. MARCOS: “Responsabilidad de las filiales por daños causados por los fabricantes en el cartel de los camiones”, *cit.*, y una valoración crítica sobre la oportunidad y fundamento de esta cuestión prejudicial en E. ARNALDOS: “Sobre la legitimación pasiva de la filial en ilícitos antitrust cometidos por la matriz”, julio 2020, en <https://almacendederecho.org>.

B) ¿La extensión del concepto de unidad económica debe hacerse en el ámbito de las relaciones intra grupo exclusivamente atendiendo a factores de control o puede fundarse también en otros criterios, entre ellos que la filial se haya podido beneficiar de los actos de infracción?

C) Caso de admitirse la posibilidad de extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial, ¿cuáles serían los requisitos que la harían posible?

D) Caso de que la respuesta a las preguntas anteriores sea favorable a aceptar la extensión de la responsabilidad a las filiales por actos de las matrices, ¿resultaría compatible con esa doctrina comunitaria una norma nacional como el art. 71.2 de la Ley de Defensa de la Competencia que únicamente contempla la posibilidad de extender la responsabilidad de la filial a la matriz y siempre que exista una situación de control de la matriz sobre la filial?"

B) ¿Hacia dónde vamos? *Biogaran* y *Skanska*

39. La cuestión, por tanto, de la posible extensión de responsabilidad de matriz a filial permanece, de momento, abierta. La ausencia de legislación comunitaria que aborde de manera expresa la responsabilidad del grupo en el marco del Derecho de la competencia, augura que la respuesta a los distintos interrogantes habrá de producirse, como hasta ahora, por vía judicial. De hecho, en dos sentencias recientes, el Tribunal General y el TJUE respectivamente, se han pronunciado sobre algunos supuestos, que sin constituir exactamente la situación aquí analizada, se sitúan en sus aledaños -de hecho, han sido utilizadas por partidarios del reconocimiento de legitimación pasiva de las filiales- y pueden aportar alguna orientación sobre posibles pronunciamientos futuros. El primer caso, si hace referencia a la imputación de responsabilidad entre matrices y filiales en el seno de un grupo de empresas, pero se trata de responsabilidad administrativa. El segundo, por el contrario, se enmarca en la aplicación privada, pero no se refiere a la responsabilidad dentro de un grupo, sino a una situación de reestructuración y sucesión empresarial.

a) Caso *Biogaran*⁴²

40. Esta sentencia tiene su origen en el recurso interpuesto contra la Decisión de la Comisión sobre la anticompetitividad de diversos acuerdos de transacción en materia de patentes propiedad de la empresa farmacéutica francesa Servier⁴³. El grupo Servier sociedad matriz, Servier SAS, tras expirar, a lo largo de la década del 2000, la patente del perindopril, medicamento utilizado principalmente para combatir la hipertensión y la insuficiencia cardíaca, solicitó una nueva patente ante la OEP sobre el ingrediente farmacéutico activo del perindopril, la eburmina y sus procesos de fabricación. A raíz de unos litigios en los que se impugnaba la validez de esa patente, Servier SAS celebró con varias sociedades de genéricos —Niche, Unichem (sociedad matriz de Niche), Matrix (posteriormente Mylan Laboratories), Teva, Krka y Lupin— diversos acuerdos de transacción mediante los que cada una de esas sociedades se comprometía, entre otras cosas, a no entrar en el mercado y a no impugnar dicha patente. Biogaran, filial propiedad al 100% de Servier SAS, concluyó asimismo un acuerdo de licencia y de suministro con Niche⁴⁴.

41. La Comisión consideró que dichos acuerdos constituían restricciones de la competencia por el objeto y por el efecto. Asimismo concluyó que Servier había ejecutado, mediante dichos acuerdos, una estrategia de exclusión constitutiva de un abuso de posición dominante. Uno de los destinatarios de la decisión fue Biogaran, filial 100% de Servier, que fue considerada responsable solidaria junto a Servier del pago de una multa por la infracción resultante del acuerdo de transacción entre Servier y Niche.

42. Biogaran recurrió la decisión ante el TG, alegando, entre otros motivos, que la Comisión la había declarado, erróneamente, culpable por una infracción cometida por su matriz.

⁴² Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2018, *Biogaran c. Comisión Europea*, Asunto T-677/14.

⁴³ Decisión de la Comisión de 9 de julio de 2014, AT. 39612, *Perindopril (Servier)*.

⁴⁴ Vid. un desarrollo del contenido del acuerdo, párrafos 27 a 29.

43. ¿Estamos ante un escenario de extensión de responsabilidad, -en este caso administrativa- a una filial por la conducta anticompetitiva realizada por su matriz?

44. La sentencia no resulta todo lo clara que cabría esperar y, como parece ser ya la tónica cuando se encuentra implicado un grupo de sociedades y entra en juego la doctrina de la unidad económica, se generan más interrogantes que respuestas. Así, se insinúa pero no se concreta, se lanza una afirmación para, acto seguido, desmentirla o, al menos, matizarla. De hecho, la sentencia puede ser utilizada en apoyo de sus tesis, tanto por partidarios como por detractores del reconocimiento de la legitimación pasiva de la filial por las conductas anticompetitivas de su matriz.

45. Así, en primer lugar, el TG deslinda el alcance del caso, rechazando que se esté imputando a la filial la responsabilidad por los actos de la sociedad matriz. La responsabilidad de Biogaran obedece a su *participación directa* en la infracción cometida por Servier. Concretamente, mediante la realización, el mismo día en que se celebra el acuerdo de transacción entre Servier y Niche, del acuerdo de licencia y suministro. Este acuerdo, carece de cualquier justificación comercial y solo puede ser explicado como parte de un esquema anticompetitivo general que, pese a constituir un acto jurídico diferenciado, no puede examinarse con independencia de la transacción. La única finalidad del acuerdo era transferir fondos a Niche como contrapartida adicional de los compromisos asumidos por esta en la transacción con Servier. La conducta anticompetitiva se concreta, así, en la realización de dos contratos: un contrato de transacción celebrado por la matriz y un contrato de licencia y suministro realizado por la filial, con la finalidad de impedir la entrada de un competidor en el mercado del perindopril. El compromiso de Niche fue posible mediante un incentivo que adoptó la forma, por un lado, de un pago por Servier en el marco de la transacción y por otro, de un pago complementario efectuado directamente por Biogaran.

46. Tanto Servier como Biogaran perseguían el mismo objetivo, su conducta estuvo unida y se comportaron como una única entidad económica, no solamente en el mercado, *sino también a efectos de la infracción*. Realizaron conjuntamente la infracción, de ahí que quepa hacerles responder solidariamente del pago de la multa. El TG recurre de nuevo al concepto de empresa y a la teoría de la unidad económica para justificar que la responsabilidad se imputara solidariamente a las dos entidades jurídicas: matriz y filial. Ahora bien, pese a que el lenguaje utilizado no es claro, el tribunal no considera que la conducta anticompetitiva de la matriz haya sido imputada a la filial al formar parte de la misma unidad económica, es decir, una extensión de responsabilidad aguas abajo⁴⁵. Al contrario, en su razonamiento parece ceñirse a la responsabilidad parental consagrada en el ámbito europeo, es decir, está partiendo de la responsabilidad de la matriz por los actos de la filial, a la que hay que añadir también la participación directa (y, por tanto responsabilidad propia) de la matriz en la infracción⁴⁶.

47. Pero el Tribunal va un paso más allá, realizando un análisis sobre las circunstancias y factores que posibilitan la imputación a una filial de los actos realizados por la sociedad matriz. Concretamente, reflexiona sobre la necesidad de conocimiento por parte de la filial del carácter anticompetitivo de la conducta de la matriz y sobre el alcance de la implicación de la filial en dicha conducta.

⁴⁵ Sin perjuicio, de que algunos de los razonamientos recogidos puedan resultar equívocos, en relación, a una posible imputación a la filial de la conducta de la matriz, así, *ad.ex.*, (par.216) “... La Comisión podía considerar legítimamente, con arreglo al concepto de empresa, que Servier y Biogaran eran responsables solidarias de la conducta que se les reprochó, por suponer que los actos que cometieron una y otra los cometió una única empresa”

⁴⁶ Vid., párrafo 218. (...) *En efecto, si es posible imputar a una sociedad matriz la responsabilidad de una infracción cometida por su filial y, en consecuencia, considerar a ambas sociedades responsables solidarias de la infracción cometida por la empresa que constituyen, sin violar el principio de responsabilidad personal, lo mismo sucede a fortiori, cuando la infracción cometida por la entidad económica que constituye una sociedad matriz y su filial resulta del concurso de las conductas de esas dos sociedades (...)*. Vid, igualmente, párrafo 226 (...) que ciñe el análisis de los problemas derivados de la exigencia de conocimiento de la anticompetitividad de una conducta al riesgo de conductas de elusión de responsabilidad por parte de la matriz.

48. Para considerar a un sujeto responsable por una infracción única y continua en el marco del artículo 101 TFUE, se requiere el conocimiento (probado o presunto) de las conductas infractoras de los demás participantes en la infracción. Pero el TG considera que esta regla general ha de ser matizada en su aplicación en el seno de una empresa policorporativa. La consciencia o el conocimiento que tiene una parte de estar participando en una infracción no puede interpretarse de la misma manera cuando las partes implicadas son matriz y filial. Así, el Tribunal General afirma que es posible que una filial (al menos, una filial participada al 100% por la matriz) pueda ser considerada responsable de una infracción incluso en ausencia del conocimiento exigido habitualmente para imputar una infracción. Este conocimiento por parte de la filial de los objetivos de la matriz lo deduciría del hecho de que la filial, sobre la que la matriz ejerce una influencia decisiva, actúa bajo la dirección y control de esta (párrafos 222 a 225). ¿No se requiere en estos casos el consentimiento o este se presume de los vínculos estructurales? Y, de ser así: ¿Es una presunción *iuris et de iure* o admite prueba en contrario? ¿Significa esto que la filial, es en realidad considerada una mera sucursal o dependencia, al menos a estos efectos, carente de capacidad cognitiva autónoma? ¿Hay una única mente en el grupo, como sugirió el tribunal inglés en *Provimi*? En el caso concreto, parece que Biogaran sí tenía al menos algún conocimiento de la finalidad anticompetitiva de la matriz, por lo que los límites precisos del análisis de la corte están abiertos a debate.

49. El segundo punto se relaciona con la implementación o participación en la conducta infractora. Puede interpretarse que algunas partes de la sentencia del Tribunal sugieren que una filial puede ser responsable incluso si no ha desempeñado ningún papel en la ejecución de la infracción. Otras partes, por el contrario, sugieren que la subsidiaria debe desempeñar un papel en la implementación, pero que puede ser relativamente menor: “..., el requisito para imputar a todos los integrantes de la empresa las diversas conductas infractoras que constituyen la práctica colusoria en su conjunto se cumple cuando **cada integrante de la empresa ha contribuido a su ejecución, aún de forma subordinada, accesorio o pasiva**”. El TG no aclara en ningún caso, el significado y alcance de estas formas de participación en una infracción. ¿La mera distribución de productos con precio cartelizado constituiría participación en la infracción?

50. En definitiva, y a la espera de que se pronuncie el TJUE, es poco probable que Biogaran constituya la última palabra en la espinosa cuestión de extensión de responsabilidad entre matrices y filiales, sin perjuicio, de que sí se aprecia claramente una tendencia a inclinar la balanza a favor de una imputación de responsabilidad a la filial más laxa de la que resultaría de la aplicación estricta de los principios de responsabilidad personal y culpabilidad.

b) Caso *Skanska*

51. A la espera de que la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el tribunal español arroje algo de luz en el debate, el TJUE ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los sujetos responsables en el marco de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. En efecto, la STJUE 14 marzo 2019, *Skanska Industrial Solutions y otros*⁴⁷, primer pronunciamiento del TJUE en materia de aplicación privada tras la entrada en vigor de la Directiva, ha tenido que valorar si el concepto de “empresa” y el “principio de continuidad económica” del Derecho antitrust europeo son aplicables al *private enforcement*, cuando antes se ha producido una sucesión de empresas y hay que determinar qué entidades jurídicas son las responsables de la indemnización de los daños⁴⁸.

⁴⁷ Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, *Vantaan kaupunki y Skanska Industrial Solution Oy, NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy*. Asunto C-724/17.

⁴⁸ Comentada, *inter alia.*, por M. BEHAR TOUCHAIS, “L’entreprise débitrice de la réparation des dommages causés par une pratique anticoncurrentielle, avant même la directive n°2014/104/UE”, *Petites affiches*, 2019, n° 145, pp. 8-14; H. BROKELMANN: “La Sentencia *Skanska* del TJUE: el concepto de empresa en las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia”, *CDT*, vol. 12, n°2, 2020, pp. 903-912; C. KERSTING, “Private law liability of the undertaking pursuant to Art.101 TFUE. Consequences of ECJ, 14 March 2019, Cae C-724/17 –Skanska-”, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3439973; J. HENNAH: “The role of ‘undertakings’ in private law following *Skanska*”, *G.C.L.R.*, 12, 2, 2019, pp. 75-80;

52. Tres empresas finesas (SIS, NCC y Asfaltmix) adquirieron la totalidad de las acciones de Sata-Asfaltti, de Interasfaltti y de Asfalttinelio respectivamente, sociedades que participaron, entre 1994 y 2002, en una práctica colusoria que se llevó a cabo en Finlandia en el mercado del asfalto (cuyo objeto era el reparto de los mercados, la fijación de precios y la presentación de ofertas para licitaciones), y, posteriormente, con ocasión de unos procedimientos de liquidación voluntaria, se hicieron cargo de todas las actividades comerciales de estas últimas y las disolvieron. En 2009, el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia, aplicando el criterio de *continuidad económica*, reconocido por el Tribunal de Justicia, impuso multas por infracción del art. 101 TFUE a varias de estas empresas tanto por sus propios comportamientos como por los de las empresas adquiridas.

53. Apoyándose en esta sentencia, el Ayuntamiento de Vantaa interpuso una demanda de daños y perjuicios contra SIS, NCC y Asfaltmix, alegando que estas tres sociedades eran solidariamente responsables del sobrecoste que soportó durante la realización de ciertas obras de asfaltado, debido a la sobrefacturación de los encargos como consecuencia de la práctica colusoria en cuestión. Estas contestaron que no eran responsables de los daños causados por las sociedades jurídicamente autónomas que habían participado en esa práctica colusoria y que la demanda de indemnización debería haberse presentado en el marco de los procedimientos de liquidación de las referidas sociedades.

54. El Tribunal de Primera Instancia de Helsinki declaró que si el principio de la continuidad económica no se aplicara en esta situación, podría resultar imposible o extraordinariamente difícil en la práctica que un particular obtuviera la reparación del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas sobre competencia pertinentes. Así sucede en particular cuando la empresa que cometió la infracción ha dejado de operar y ha sido disuelta. Teniendo esto en cuenta, consideró que, a fin de asegurar la eficacia del artículo 101 TFUE, la imputación de la responsabilidad del pago de una multa, por un lado, y la imputación de la responsabilidad por los daños, por otro, deben obedecer a los mismos principios. En virtud de lo anterior, concluyó que Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy y Asfaltmix Oy eran responsables del pago de la indemnización resultante del comportamiento contrario a la competencia de Sata-Asfaltti Oy, Interasfaltti Oy y Asfalttinelio Oy.

55. El Tribunal de apelación consideró que el principio de efectividad no podía menoscabar las características fundamentales del sistema finlandés en el ámbito de la responsabilidad civil y que el criterio de continuidad económica, aplicado en materia de imposición de multas, no podía, extrapolarse a las acciones de daños y desestimó las pretensiones del Ayuntamiento. Se elevó un recurso de casación y el TS constató que el Derecho finlandés no establece normas para la imputación de la responsabilidad civil a terceros en situaciones como las del litigio en cuestión, puesto que se basa en el principio de que únicamente es responsable la entidad jurídica causante del perjuicio. La única excepción a dicho principio son los casos en los que la persona jurídica carece de autonomía porque las sociedades en cuestión hayan aprovechado la estructura del grupo societario para eludir dolosa o artificialmente su responsabilidad legal. Por ello, decidió interponer una ambiciosa cuestión prejudicial al TJUE, estructurada en tres preguntas. Las dos primeras, de carácter más general, que condensaban algunos de los grandes interrogantes que planteaba el ejercicio de acciones de daños y la tercera, más específica referida a la normativa nacional finlandesa⁴⁹.

C.I. NAGY: “Has the time come to federalize private competition law? The autonomous concept of undertaking in the CJEU’s ruling in Case C-724/17 Vantaa v. Skanska”, *M.J.*, 26, 5, 2019, pp. 720-728; A. ROBERTSON: “Skanska Industrial Solutions: What does the Court of Justice’s Landmark judgment mean for cartel damages litigation?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 40, 8, 2019, pp. 347-353; D. VAN WAMEL: “Shining a Light on the Interface between EU and National Law in the Private Enforcement of the EU Competition Rules”, *CoRe*, 3, 3, 2019, pp. 327-333.

⁴⁹ La pregunta, era si, de considerarse que son las normativas nacionales, las que deben determinar quién responde del daño, incumpliría el requisito de *efectividad* del Derecho de la Unión una normativa nacional con arreglo a la cual una sociedad que, tras adquirir todas las acciones de otra sociedad participante en un cártel contrario al art. 101 TFUE, disolviese dicha sociedad, continuando con su actividad comercial, no respondiese por los daños ocasionados por la práctica restrictiva de la competencia de la sociedad disuelta, a pesar de que sea prácticamente imposible o extraordinariamente difícil obtener una indemnización de

56. Así, se cuestiona al TJUE:

- 1º) Si, para determinar quién responde de la indemnización de un daño ocasionado por una práctica contraria al art. 101 TFUE debe aplicarse directamente este último o, por el contrario, las disposiciones nacionales.
- 2º) Si, de seguirse la *primera hipótesis*, responderían de los daños quienes estén comprendidos en el concepto de “empresa” empleado por el art. 101 TFUE y si, entonces, deberían aplicarse los mismos principios que ha utilizado el Tribunal de Justicia en materia sancionadora para identificar a los responsables. Según tales principios, la responsabilidad puede basarse especialmente en la pertenencia a la misma *unidad económica* o en la *continuidad económica*.

57. La respuesta a la primera pregunta era especialmente esperada, al tratarse esta de una cuestión polémica en la que entraba en juego la doble competencia de la UE y de los Estados miembros en la regulación del ejercicio del derecho al resarcimiento de los daños derivados de una práctica anticompetitiva⁵⁰. Ya en *Manfredi*, se reconoce dicha competencia conjunta, que, incluso es reiterada por el TJUE en esta sentencia (apartado 27), cuando señala que: “*es cierto que, ante la inexistencia de una normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad*”. El TJUE considera que la determinación de los sujetos frente a los que cabe dirigir la acción, no constituye una modalidad de ejercicio del derecho al resarcimiento y afirma expresamente que, “[...] la cuestión de la determinación de la entidad obligada a reparar el perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFUE se rige directamente por el Derecho de la Unión”. Para ello recurre a la aplicación directa del artículo 101 TFUE que recoge una prohibición dirigida a las “empresas”. Si los destinatarios de la prohibición de acuerdos colusorios son las empresas, y habida cuenta de que la responsabilidad resultante de las infracciones de las normas de competencia tiene carácter personal, incumbe a la empresa infractora responder del perjuicio causado por la infracción. Las entidades obligadas a reparar el daño causado por un acuerdo prohibido por el artículo 101 son las “empresas”, en el sentido de esta disposición que hayan participado en ese acuerdo o práctica. Dicho concepto, recuerda, designa una unidad económica aunque desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas.

58. El TJUE unifica así los marcos subjetivos de la aplicación pública y privada de las normas de competencia, centrándolos en torno al concepto económico de “empresa” y abriendo la puerta a una entrada más intempestiva de los principios comunitarios en los ordenamientos privados (civiles y mercantiles) y procesales de los Estados miembros⁵¹.

59. Decimos abriendo la puerta, porque el TJUE, a nuestro juicio, introduce la noción de empresa también en el marco civil resarcitorio, pero no desarrolla los problemas hasta sus últimos extremos, sino que retrocede de nuevo para centrarse solo en el supuesto específico de reestructuración empresarial del caso. Así, en respuesta a la segunda cuestión planteada, sobre si el concepto de “empresa” desarrolla-

la sociedad disuelta. Si se opondría el requisito de *efectividad* a una interpretación del Derecho nacional de un Estado miembro conforme a la cual se exija, para que haya una responsabilidad indemnizatoria, que la *reestructuración empresarial* descrita se realizase de forma ilegal o artificial para eludir la responsabilidad indemnizatoria en virtud del Derecho de la competencia, o de cualquier otra forma desleal, o, al menos, que la sociedad conociera o debiera haber conocido la infracción contra la competencia en el momento de llevar a cabo dicha reestructuración. Dado que el TJUE respondió afirmativamente a la dos primeras cuestiones, no entró a contestar la tercera.

⁵⁰ De hecho, diversos autores defendían (o más bien, anhelaban) vistas las incertidumbres que se habían generado en el marco de la responsabilidad administrativa sancionadora, la no traslación automática de estas teorías al ámbito privado. Vid., CORTESE, *cit.*, pp. 91 y ss.

⁵¹ H. BROKELMANN, “La *Sentencia Skanska* del TJUE (...)”, *cit.*, p.1, afirma que esta sentencia constituye un nuevo paso en la “comunitarización” del Derecho civil y procesal de los Estados miembros.

do por el TJUE en el marco del Derecho sancionador —a saber, el concepto de “**unidad económica**” y el principio de “**continuidad económica**”—, eran también aplicable en demandas de daños por infracción de las normas de la competencia para determinar los sujetos obligados a tal indemnización, resuelve afirmativamente en relación a la reestructuración empresarial -elementos fácticos del caso- aplicando el principio de continuidad económica. “[...] si una empresa responsable del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de competencia de la Unión pudiera eludir su responsabilidad simplemente por el hecho de que su identidad se ha visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondrían en peligro el objetivo perseguido por este sistema y el efecto útil de dichas normas [...]”.

60. Pero, el TJUE deja intencionadamente sin responder, de forma expresa, importantes cuestiones de cara a determinar la imputación de responsabilidad dentro de un grupo: ¿responde de los daños quiénes estén comprendidos en el concepto de empresa utilizado en dicha disposición? ¿para determinar los sujetos obligados podemos recurrir al principio de unidad económica y, en este caso, si se considera que la empresa es una unidad económica que puede estar constituida por una pluralidad de personas físicas y jurídicas que ofrecen sus bienes y servicios en el mercado, cabe sostener que la sociedad matriz (*parent company*) podría ser jurídicamente responsable por sus filiales? ¿cabría de la misma manera afirmar la responsabilidad de la filial por la sociedad matriz o por una filial hermana (*group liability*)? No se resuelven las dudas existentes en relación a la funcionalidad y alcance de la doctrina de la “unidad económica”, especialmente, en el marco analizado de responsabilidad aguas abajo dentro de un grupo de sociedades.

61. La importancia de Skanska es incuestionable y fiel reflejo de una interpretación extensiva del concepto de empresa y del principio de unidad económica por parte del TJUE, ya manifestada en sede de responsabilidad administrativa, pero, a la espera de ulteriores pronunciamientos, sus efectos directos se limitan a establecer la responsabilidad civil del sucesor legal de la empresa infractora, en aplicación del principio de continuidad económica ya utilizado en el ámbito sancionador.

C. ¿Responsabilidad del grupo? Sobre una posible extensión automática de responsabilidad entre matrices y filiales

62. Lo expuesto hasta el momento, revela la subsistencia de importantes interrogantes en lo que afecta a la imputación de responsabilidad en el seno de los grupos de sociedades. ¿Cabe presumir la participación de todas las entidades que forman el grupo en una infracción por el simple hecho de formar parte del grupo o, por el contrario, es preciso, una exigencia o requisito de imputación adicional, que permita -con el grado de flexibilidad o presunción que se determine- acreditar la efectiva participación en la infracción, ya sea como cabeza pensante o encargada del control, ya sea como cómplice o contribuyente a la infracción? Y en este último caso, ¿el mero hecho de distribuir un producto cartelizado supone contribución a la infracción? ¿es necesario también el conocimiento de la anticompetitividad? ¿se presume este en los casos de las filiales? ¿de las filiales al 100%?

63. Este debate (doctrinal y judicial) sobre la delimitación del alcance subjetivo de la responsabilidad derivada de los daños causados por una práctica anticompetitiva en presencia de una empresa pluricorporativa, enfrenta a defensores de la aplicación de las reglas y principios tradicionales de imputación y culpabilidad con partidarios de un replanteamiento de los mismos justificado por las especialidades del Derecho de la competencia.

64. En este sentido, frente a la responsabilidad personal de las distintas entidades jurídicas que forman el grupo, un sector defiende una responsabilidad del grupo como tal (*group liability*), que comportaría la imputación automática de responsabilidad a todas las sociedades (matrices y filiales) integrantes del grupo con independencia de su jerarquía y del grado de su participación en la infracción,

siendo el grupo en sí el que, por tanto, ha de considerarse relevante a efectos civiles y procesales⁵². En apoyo de esta solución se han utilizado diversos argumentos:

65. Un primer argumento se apoya en una **interpretación literal** -y extensiva- de la noción de empresa utilizada en los Tratados y recogida en la Directiva⁵³. En esencia, se defiende que si el potencial infractor de las normas de competencia es la empresa y esta se define como unidad económica (con independencia de que sea uni o pluricorporativa), **es la unidad económica la que debe responder administrativa y civilmente de las acciones anticompetitivas**, lo que significa que todas las matrices y filiales son igualmente responsables. Esta postura supone, en sus acepciones más extremas una negación de la realidad policorporativa del grupo. A efectos del Derecho de la competencia es como si no hubiera un grupo, dado que, precisamente el grupo viene definido no solo por la existencia de una unidad económica, sino por la existencia de una unidad económica *entre entidades jurídicas diferenciadas*. Se parte de que, “como existe una noción uniforme de empresa, el hecho de que consista en una única unidad legal o en varias, no puede significar una diferencia en la imputación de responsabilidad”, arbitrándose así una suerte de culpa colectiva, de tal modo que los sujetos han de responder por las culpas de otros simplemente porque ambos pertenecen al mismo grupo. Se sustituye, a fin de intentar conciliar la noción de empresa con el principio de responsabilidad personal, la culpa de una persona considerada singularmente por una culpa ficticia del ente colectivo⁵⁴.

66. La imputación de responsabilidad al colectivo se fundamenta en la existencia de una *unidad de acción en el mercado*. Precisamente, es la actuación única en el mercado la que une o vincula a entidades jurídicamente independientes en una única unidad económica y determina que los activos de todas ellas sean igualmente responsables de las acciones de cada una. Otra modalidad de esta postura, apoya la imputación en la existencia de un beneficio común (*ubi emolumentus, ibi ius*). Lo que no puede tener la filial son las ventajas de pertenecer al grupo sin sufrir las consecuencias. Si la filial sigue las instrucciones de la matriz en materia de precios y estos incluyen un sobreprecio consecuencia de la existencia de un cártel, puede deducirse que la filial ha participado y se ha beneficiado de la infracción, al recibir el sobreprecio de la venta del producto cartelizado⁵⁵.

67. Esta postura llevada a sus últimas consecuencias permitiría extender la responsabilidad no solo a las filiales de la matriz imputada, sino también, por ejemplo, a otras filiales o sociedades hermanas dentro del grupo. El alcance de esta línea de razonamiento depende, no obstante, de la interpretación que se haga del término “empresa” y “unidad económica”. Recordemos que la unidad económica, según la jurisprudencia del TJUE, resulta de la falta de autonomía de la sociedad en la determinación de su comportamiento en el mercado, que vendría determinado esencialmente por las instrucciones recibidas de la sociedad matriz. Una lectura amplia de estos requisitos permitiría identificar, con carácter general, una empresa, en cualquier grupo de subordinación y, por tanto, hacer responsables a todas las sociedades que integran el mismo.

68. No obstante, también cabe una postura intermedia, más acorde con la vacilante jurisprudencia del TJUE (que, al utilizar el concepto de unidad económica como base de la imputación de responsabilidad se ve obligado a hacer malabarismos para reconciliar responsabilidad personal y “empresa”) y

⁵² Vid., entre los partidarios de reconocimiento de la responsabilidad de la unidad económica en su conjunto: C. KERSTING, “Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law, cit.; “Private law liability of the undertaking pursuant to Art.101 TFUE. Consequences of ECJ, 14 March 2019, Cae C-724/17 –Skanska-“, cit.; F. MARCOS: “Responsabilidad de las filiales por daños causados por los fabricantes en el cartel de los camiones”, cit.

⁵³ La Directiva define al infractor como “la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia”.

⁵⁴ Vid. P. PÉREZ FERNÁNDEZ, *Acciones de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 473 y ss.; S. THOMAS, “Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law”, cit.

⁵⁵ Vid. J. ALFARO, “Cártel de camiones: estimación judicial de la cuantía del daño y legitimación pasiva de la filial nacional del grupo sancionado”, 2019, en <https://almacenederecho.org>.

que permite evitar algunos de los excesos de la postura anterior. Esta interpretación correctora rechaza una identificación entre grupo y empresa y defiende que, dentro de un grupo pueden existir “varias unidades económicas” y, por tanto, varias empresas. De acuerdo con el razonamiento de *Akzo Nobel*⁵⁶, la responsabilidad puede atribuirse entre sociedades que formen parte de la misma empresa, sin embargo, cuando se valora si las sociedades constituyen o no una “empresa”, es necesario tener en cuenta que la identificación de una empresa depende de las circunstancias. En un caso de infracción de la competencia, la cuestión es si las empresas actuaron como una única unidad económica **a los efectos de la infracción**. Si lo hicieron, todos son parte de la misma empresa y todos son responsables. Si no lo hicieron, no forman parte de la empresa y no cabe exigirles responsabilidad por la conducta de ninguna otra sociedad del grupo. En principio, con arreglo a este enfoque, una subsidiaria que realmente no tuvo nada que ver con una infracción no será responsable de ella. Pero sí podría serlo una filial que, a sabiendas o no, haya actuado de forma concertada con otras sociedades del grupo de modo que operen como una unidad económica única para ejecutar una infracción.

69. La interpretación literal defendida de la norma se apoya en un modelo de responsabilidad civil del grupo de sociedades (*group liability*) que, en nuestra opinión, no existe y no viene corroborado ni por el resto de la Directiva, ni por el Derecho europeo originario y que, por tanto, legalmente carece de fundamento, dando lugar indirectamente y -por una vía inadecuada- a una armonización del Derecho de grupos y de responsabilidad civil de los Estados miembros de la UE.

70. Si bien es cierto que la jurisprudencia del TJUE no es especialmente clara en la determinación del alcance de la doctrina de la unidad económica, tampoco consideramos que esta postura haya sido refrendada con carácter general por el tribunal europeo⁵⁷ que, pese a su intencionada ambigüedad, ha buscado criterios y exigencias adicionales de imputación, para extender la responsabilidad, tanto administrativa como civil, dentro de un grupo de sociedades, ciñéndose además, hasta el momento, a una extensión de responsabilidad de filial a matriz (*parental liability*).

71. Al margen de los textos normativos, la extensión de responsabilidad entre los miembros del grupo de sociedades encuentra también un segundo fundamento de apoyo en **el principio de efectividad del Derecho europeo de la competencia**. En el marco de la aplicación privada, este principio significa que las normas nacionales no pueden hacer el ejercicio del derecho europeo a la reparación del daño sufrido como consecuencia de una conducta anticompetitiva, prácticamente imposible o excesivamente difícil en la práctica. La cuestión es si las normas de los Estados miembros que parten de los principios de separación corporativa, la personalidad jurídica y la responsabilidad personal podrían tener ese efecto de negación del derecho al resarcimiento.

72. Obviamente, cuanto más amplio sea el círculo de los demandados, más probable es que el actor pueda satisfacer sus pretensiones. Así, pueden plantearse situaciones en las que resulte interesante, en la práctica, la idea de demandar no sólo a la sociedad directamente responsable de la infracción del Derecho antitrust, sino también a otras sociedades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, en especial, la sociedad matriz. En este sentido, por ejemplo, cuando se tema que los recursos financieros de la sociedad demandada susceptibles de embargo no sean suficientes o, incluso, se tema que los tribunales la declaren en quiebra. Es más, esta extensión puede ser la única solución a la vista, cuando la sociedad imputada/condenada por el acto anticompetitivo ha dejado de existir como consecuencia de su liquidación o de su adquisición por otra sociedad.

73. En definitiva, lo que está en juego para la víctima, en estos casos, es poderse dirigir hacia entidades solventes, que puedan hacer frente al resarcimiento de la totalidad del daño causado por los

⁵⁶ Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros c. Comisión*, Asunto C-97/08.

⁵⁷ La postura mantenida por el TJUE en relación a la presunción de existencia de una influencia determinante en el caso de las filiales participadas al 100% por la matriz, pese a la defensa formal de su carácter rebatible, si se asemeja al reconocimiento de una responsabilidad derivada de una situación puramente estructural, es decir, de la mera pertenencia al grupo.

actos competitivos: la *importación de la noción de empresa* del Derecho antitrust europeo para calificar a la entidad deudora de la reparación del daño no sería más que el expediente necesario para ello.

74. Ahora bien, en nuestra opinión, el recurso al principio de efectividad no tiene la misma fuerza en el caso de extensión de responsabilidad en sentido inverso, es decir, de matriz a filial. Así, en España, esta cuestión se ha planteado en el marco del cartel de los camiones en el que algunos de los afectados han optado por demandar a las filiales españolas de las matrices sancionadas por la Comisión, ante las dificultades y mayor onerosidad y demora que comporta la necesidad de tener que acudir a los mecanismos de cooperación internacional para llevar a cabo la citación de la matriz. ¿La falta de reconocimiento de la legitimación pasiva de la filial supone una vulneración del principio de efectividad e impide o dificulta extraordinariamente el derecho al resarcimiento?

75. La invocación del principio de efectividad está presente, por ejemplo, en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, en la que se defiende la necesidad de abandonar, en el marco del Derecho de la competencia, las categorías clásicas de imputación de acuerdo con los principios de personalidad propios de las legislaciones nacionales. Por lo visto, con arreglo a esta línea de razonamiento estos principios nacionales clásicos reflejan visiones reduccionistas del concepto de personalidad jurídica, identificada con el principio de separación corporativa, e impiden la eficacia del Derecho comunitario que se apoya en la responsabilidad personal de toda la unidad económica, por lo que el grupo en sí ha de ser el sujeto relevante a efectos procesales. También se deduce esta preocupación, si bien no de manera tan tajante y con un alcance menos general, del Auto de 24 de octubre de 2019, de la AP de Barcelona, en el que se expresa el temor de que, dadas las características de los procedimientos, en su mayoría de cuantías reducidas, los costes derivados de los gastos de traducción y de retraso en la tramitación, unidos a la posible necesidad de hacer efectiva la ejecución de la sentencia en una jurisdicción extranjera, impidan efectivamente el ejercicio del derecho al resarcimiento.

76. No todos los obstáculos a los que tienen que enfrentarse las víctimas de cárteles, cuando pretenden el resarcimiento de los daños que aquéllos les han causado, son contrarios al principio de efectividad de los arts. 101 y 102 TFUE. En nuestra opinión, **la ausencia de responsabilidad colectiva de los grupos de sociedades no es, por sí misma, contraria al principio de efectividad del Derecho antitrust europeo.** Existen situaciones en las que, efectivamente, frente a un riesgo o posibilidad real de **impago** por parte de los sujetos que fueron considerados responsables de la infracción en un previo procedimiento sancionador, puede tener sentido una extensión de responsabilidad: trasvase de fondos entre sociedades del grupo, sucesión de empresas, participación directa o indirecta en la información, etc., pero, en ningún caso, con carácter general.

77. Esta situación no está presente en el caso planteado, no viendo cómo puede verse afectado el principio de efectividad de no reconocerse la legitimación pasiva de la filial en una acción *follow-on* (por supuesto, siempre cabe la posibilidad de que los afectados por una práctica anticompetitiva interpongan una acción *stand-alone* o independiente contra quien consideren causante del daño). ¿Los gastos de traducción, el retraso en la tramitación del procedimiento, el eventual coste de ejecución de la sentencia... impiden -o hacen extraordinariamente difícil en la práctica- hacer efectiva la responsabilidad frente a las sociedades matrices consideradas infractoras?

78. Este argumento resulta, a nuestro juicio, paradójico, desproporcionado y especulativo y, al menos, en el caso de los camiones, se ha visto desmentido en la práctica. Es preciso tener en cuenta que los “costes” que, se alega, impiden el ejercicio del derecho europeo al resarcimiento, vienen establecidos por el propio Derecho europeo, el Reglamento 1393/2007 (*cit.*), es decir, sería, por tanto, una norma europea la que impediría la efectividad del derecho europeo⁵⁸. Para garantizar la eficacia del derecho eu-

⁵⁸ Compartimos, en este sentido, la posición crítica de E. ARNALDOS: “Sobre la legitimación pasiva de la filial en ilícitos antitrust cometidos por la matriz”, *cit.*

ropeo la solución que se defiende sería, no la modificación de esa norma -si se considera que realmente puede dificultar el ejercicio de los derechos- si no una respuesta, -a nuestro juicio- desproporcionada como es el desconocimiento de la personalidad jurídica y del principio de responsabilidad personal.

79. Pero es que además, el desarrollo de los procedimientos en España que responden a las características descritas en el auto citado, con numerosas sentencias estimatorias de las demandas planteadas contra las sociedades matrices⁵⁹ supone la constatación práctica de que el principio de efectividad no se ha visto afectado. No es imposible -o extraordinariamente difícil-, por tanto, hacer efectiva la responsabilidad frente a quien se consideró responsable de la infracción en el procedimiento sancionador, es decir, frente a las matrices.

III. Reflexiones finales... a la espera de la resolución de la cuestión prejudicial

80. A modo de conclusión, es conveniente recapitular los distintos argumentos a favor y en contra (y con ellos los distintos intereses protegidos) de extender a la filial la responsabilidad por los actos anticompetitivos de su matriz (o de otras filiales) sobre la única base de la existencia de una única entidad económica.

81. Así, entre los argumentos a favor, nos encontramos, con la posibilidad de facilitar un abaratamiento de los costes del proceso y evitar el “pretendido” efecto disuasorio que estos pueden suponer para el ejercicio de acciones de daños, afectándose como consecuencia a la propia efectividad de la aplicación privada del Derecho de la competencia y del derecho europeo a ser resarcido por los daños causados por prácticas anticompetitivas. Derecho que podría verse cuestionado en el caso de que se excluyera la responsabilidad de la filial por una conducta que coadyuva y facilita la causación del daño ilícito.

82. Es necesario proceder con cautela a la hora de valorar esta extensión de responsabilidad, ya que, en el otro lado de la balanza se encuentran afectados principios jurídicos de la importancia del principio de responsabilidad personal o la propia seguridad jurídica, cuya afectación está inexorablemente ligada al desconocimiento de la personalidad jurídica. Las pretendidas ventajas e intereses tutelados han de ser ponderados con otros intereses cuya afectación es susceptible de causar aún mayores distorsiones en los mercados.

83. Si bien es cierto, que en el caso de las empresas policorporativas pueden plantearse situaciones en las que puede resultar injusto un apego estricto e incondicional a la personalidad jurídica y a la separación corporativa, los problemas pueden resolverse, en nuestra opinión, en aplicación de las categorías clásicas de imputación de responsabilidad civil sin necesidad de recurrir a reglas especiales ni acuñar un sistema de responsabilidad diverso en el ámbito del Derecho de la competencia, cuya única singularidad parece ser identificar al autor de una infracción como una empresa.

84. El principio de responsabilidad personal tiene naturaleza fundamental y, a menos que el legislador lo establezca, no cabe adaptar este a la noción de empresa comunitaria. De hecho, es esta noción de empresa y de unidad económica la que debería ser adaptada al principio de responsabilidad personal. La teoría de la unidad económica utilizada por el TJUE no es, a día de hoy, un instrumento convincente ni definitivo. No es lo suficientemente específico y preciso para negar la personalidad jurídica individual de las sociedades que pertenecen a un grupo y ser utilizado como mecanismo jurídico de imputación de responsabilidad.

85. Por ello, la mera pertenencia al grupo no nos parece un criterio suficiente de imputación de

⁵⁹ Vid. F. MARCOS, “Primeras sentencias de las Audiencias Provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *cit.*, pp.1-3.

responsabilidad entre las sociedades integrantes, sino que es preciso satisfacer unos requisitos adicionales (que habrán de ser probados por el demandante a menos que se fijen inversiones de la carga de la prueba como en el caso de las filiales participadas al 100%) que permitan atribuir un fundamento propio de imputación de la conducta: culpa in vigilando o de organización en el caso de las matrices o una culpa como cómplice o cooperador en el de las filiales.

86. La imputación de responsabilidad a la filial (de hecho, a cualquier entidad que haya sido necesaria o haya facilitado la implementación en la práctica de la conducta anticompetitiva) exige demostrar su participación, directa o indirecta, en el hecho ilícito. No bastaría la mera implementación del acuerdo (p.e. distribución o financiación del producto cartelizado) sino que sería necesario acreditar, como mínimo, el conocimiento del carácter anticompetitivo de la práctica que se trate (conocimiento que no cabe deducir de la simple pertenencia al grupo en el caso de las filiales, al menos, si no se trata de filiales al 100%), sino que requiere el análisis de los vínculos societarios y contractuales entre ellas y de las competencias y funciones de la filial. La extensión requeriría así, justificar el carácter conjunto de las actividades de matrices y filiales (instrucciones, influencia determinante, etc.), reconociendo la posibilidad de la existencia de grupos de sociedades muy diversos en los mercados.

87. La aplicación automática –o excesivamente permisiva- de un levantamiento del velo o extensión de responsabilidad en sentido inverso puede conducir a resultados insatisfactorios y difíciles de justificar jurídicamente. La existencia de dependencia económica puede ser un criterio adecuado para imputar responsabilidad aguas arriba, pero no aguas abajo, alcanzando a todas las conductas de las que son responsables las matrices (o incluso otras filiales). Sin requisitos adicionales que permitan acreditar la implicación efectiva de la filial en la conducta sancionada, no creemos quepa realizar esta imputación de responsabilidad. No estamos cuestionando, en ningún caso, la posibilidad de demandar a la sociedad filial o a sociedades hermanas, que obviamente, siempre puede llevarse a cabo, sino su carácter automático por el mero hecho de pertenecer a un grupo de sociedades.

88. La distinta entidad de los intereses implicados determina, a mi juicio, que, aún de verse afectado el principio de efectividad del Derecho comunitario, si se considera que la imposibilidad de dirigirse directamente a la filial, aunque no haya sido sancionada en sede administrativa, encarece los costes del proceso y puede disuadir de presentar la acción en primer lugar, la solución de extender la responsabilidad de manera automática por su mera pertenencia al grupo, sin necesidad de acreditar -aunque sea mínimamente- su participación/contribución/conocimiento de la conducta ilícita, resulta claramente desproporcionada. Ciertamente, los demandados pueden abusar de argucias procesales, encareciendo y dificultando artificialmente el éxito de los procedimientos, pero la respuesta no puede ser una alteración sustantiva de principios generales de los Derechos nacionales, como el principio de separación corporativa o de responsabilidad personal. ¿No habría de buscarse la solución a estos problemas en sede procesal, revisando los instrumentos procesales de notificación a demandados radicados en otros Estados miembros o de ejecución de sentencias?

89. No obstante, si como parece probable, el TJUE va a seguir insistiendo en la vía de la unidad económica como mecanismo de armonización de la responsabilidad subjetiva por las infracciones del Derecho comunitario, superando o absorbiendo el papel de los Estados miembros (y de principios como el de la autonomía procesal), no cabe la adopción de soluciones ambiguas e incompletas, si no que es preciso, en pro de principios de la seguridad jurídica, desarrollar una doctrina de la personalidad legal corporativa completa, previsible y cerrada, que efectivamente, pueda ser capaz de suplantar el papel de los Estados miembros en el marco del artículo 101 TFUE.

90. Esperemos que la resolución de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona sea un paso en un camino que, hasta el momento, es bastante incierto.