

PABLO GIRGADO PERANDONES
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Jaume I de Castellón

GRUPO DE EMPRESAS Y DERECHO *ANTITRUST*

**La aplicación de las normas anticolusorias
en las relaciones intragrupo**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2007

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
NOTA PRELIMINAR	7
ABREVIATURAS.....	9
 CAPÍTULO PRIMERO INTRODUCCIÓN 	
I. PLANTEAMIENTO	11
1. La noción de empresa en el Derecho antitrust y la referencia a los grupos de empresas.....	11
2. La ambigüedad legislativa y la opción por una noción funcional de empresa.....	13
3. La supuesta especificidad de la noción del grupo en el Derecho antitrust en relación con la existente en otros sectores del ordenamiento.....	16
II. EL LLAMADO PRIVILEGIO O SINGULARIDAD DEL GRUPO ..	17
1. Su significado	17
2. Presupuestos para su aplicación	21
III. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN	22
IV. LA REPERCUSIÓN DEL REGLAMENTO 1/2003 SOBRE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO	26

CAPÍTULO SEGUNDO
LAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES
EN EL DERECHO ANTITRUST NORTEAMERICANO:
DE LA *INTRA-ENTERPRISE CONSPIRACY*
A LA SENTENCIA *COPPERWELD*

I.	PLANTEAMIENTO	29
II.	LA REGLA DE LA <i>INTRA-ENTERPRISE CONSPIRACY</i>	30
	1. Origen y evolución histórica	30
	2. Las primeras discrepancias en sede judicial	34
	3. Intentos doctrinales correctores	37
	4. El cambio de orientación de la <i>Supreme Court</i>	41
	5. Límites en su aplicación	51
	6. Razones a favor y en contra de su aplicación	53
	7. Algunas matizaciones a las críticas a la <i>intra-enterprise conspiracy</i>	55
III.	RECAPITULACIÓN CRÍTICA DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ANTITRUST NORTEAMERICANO ...	57

CAPÍTULO TERCERO
EL RECONOCIMIENTO DE LA «SINGULARIDAD»
DEL GRUPO DE EMPRESAS EN EL DERECHO
COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

I.	LA RECEPCIÓN DEL PRIVILEGIO DEL GRUPO EN SEDE COMUNITARIA. DESARROLLO DEL CRITERIO	59
II.	ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS PARA APLICAR EL PRIVILEGIO DEL GRUPO	68
	1. Planteamiento	68
	2. La necesidad de acuerdo o práctica concertada	69
	3. La noción de empresa	71
	4. La limitación de la libre competencia	95

CAPÍTULO CUARTO
LA APLICABILIDAD DEL PRIVILEGIO DEL GRUPO
EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

I.	SU ACOGIDA EN NUESTRO ORDENAMIENTO	101
	1. La postura doctrinal	101
	2. El criterio del TDC	103
	3. Su recepción jurisprudencial	115
	4. Valoración crítica	117

	<u>Pág.</u>
II. LA NECESIDAD DE VALORAR LA CUESTIÓN CONFORME A CRITERIOS PROPIAMENTE CONCURRENCIALES	118
1. La noción unitaria de grupo y su adaptación a la disciplina concurrential	118
2. Criterios de valoración de la autonomía concurrential de las filiales de un grupo de empresas	120
CONCLUSIONES	125
ÍNDICE DE SENTENCIAS	129
BIBLIOGRAFÍA	133

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

I. PLANTEAMIENTO

1) **La noción de empresa en el Derecho *antitrust* y la referencia a los grupos de empresas**

Una de las premisas tradicionales para la aplicación del Derecho de la Competencia se concreta alrededor de la empresa como entidad destinataria de sus normas, con el objeto de conseguir el buen funcionamiento del mercado. No obstante, esta noción ha sufrido diversas interpretaciones, que pretenden ampliarla con la finalidad de entender cubiertas dentro de la misma a todos los operadores en el tráfico económico. De esta forma, se ha conseguido incluir no sólo a los empresarios, personas físicas o jurídicas, sino también a los profesionales que ofrecen sus servicios en el mercado. Al mismo tiempo, se ha incluido a las asociaciones de tales empresarios y profesionales.

Sin embargo, la regulación concurrencial rara vez presta atención a las empresas vinculadas o a los grupos de empresas. Una primera aproximación puede llevarnos a entender la empresa destinataria de las normas *antitrust* como todo sujeto jurídico formalmente independiente. En consecuencia, cada una de las empresas que integran el grupo constituirían destinatarios independientes, lo que llevaría a prescindir del significado de su interconexión en una estructura de grupo. Por suerte, esta postura parece felizmente superada. Las estructuras empresariales de nuestros días ofrecen una complejidad y variedad multiforme, alejadas de la tradicional equiparación empresa-sociedad y más cercana al de empresa-pluralidad. A la vista de tal realidad, podría inferirse la inter-

pretación contraria, es decir, aquélla en la que el grupo de empresas aparece como destinatario de las normas de la competencia, marginando, en todo caso, la singularidad de las entidades que lo integran¹.

Por todo ello, y a la vista de la insuficiencia de las dos soluciones, entendemos oportuno analizar cuál es el alcance del grupo de empresas como destinatario de las normas de la competencia. No obstante, el presente trabajo no pretende comprender el significado del grupo en todo el ámbito del Derecho *antitrust*, sino que centra su atención en el apartado correspondiente a las conductas o prácticas colusorias entre empresas.

Además, en cuanto a la denominación *empresa* como entidad destinataria de las normas de la competencia, es importante tener en cuenta —como se indica en nuestra doctrina—² que su empleo en el Derecho *antitrust* supone un recurso lingüístico —en concreto, una metonimia—, puesto que no se pretende atribuir a la empresa —como sujeto económico— caracteres propios de los sujetos jurídicos. En este sentido, en principio, serán los sujetos jurídicos los que asuman el papel de destinatarios de tales normas. La cuestión, objeto ahora de análisis, radica en el significado y el alcance que le atribuyamos a dicha expresión de *empresa* cuando nos hallemos en presencia de un grupo que, como es sabido, se encuentra integrado por diversas personas jurídicas. Las consecuencias concurrenciales de una respuesta que equipare ambas nociones (grupo y empresa) nos conduce, inevitablemente, a la inaplicación de las normas anticolusorias³.

Asimismo, la temática de los grupos de empresas⁴ genera diversas cuestiones de indudable interés en el sector del Derecho de la Competencia; así, cabe señalar, sin ánimo de exhaustividad, el interés que suscita en el abuso de posición dominante (art. 2 LDC)⁵, en la corresponsabilidad

¹ Esta parece ser la postura expresada por W. HARMS, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine wirtschafts- und gesellschaftsrechtliche Untersuchung*, Köln et al., 1968, *passim*, para quien el grupo de empresas se correspondería a una sociedad civil.

² Así, *vid.* J. M. GONDRA, «La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría general del Derecho)», *RDM*, núm. 228, 1998, p. 509 y la referencia bibliográfica al Derecho alemán que hace el mismo autor.

³ En idéntico sentido, desde la perspectiva de la aplicación de las normas anticolusorias en el seno de un grupo, *vid.* E. HEITZER, *Konzerne im Europäischen Wettbewerbsrecht unter vergleichender Berücksichtigung ihrer wettbewerbsrechtlichen Behandlung durch Aufsichtsbehörden und Gerichte in den USA*, Heidelberg, 1999, pp. 74 ss.

⁴ Al respecto, conviene aclarar que el fenómeno de los grupos de empresas opera en diversos planos. Así, y como es sabido, el Derecho de Sociedades se presenta como la *sedes naturae* de la citada figura (J. M. EMBID IRUJO, *Concentración de empresas y Derecho de cooperativas*, Murcia, 1991, p. 20). Pero ello no significa que quede sustraído a otros sectores del ordenamiento, como es el Derecho de la competencia, en el que nos encontramos. La diferencia de ambas perspectivas —societaria y concurrencial— implica un tratamiento separado y, por ello, más preciso, que evite el riesgo de confusión que un modo de proceder distinto pudiera generar. En este sentido, *vid.* M. SACRISTÁN REPRESA, «El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas», *RDM*, núm. 165-166, 1982, pp. 420-421, en especial, nota 72.

⁵ Sobre esta materia, *vid.* en nuestra doctrina los trabajos de F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia», en AAVV, *Estudios jurídi-*

de la matriz por la actuación anticoncurrencial de sus filiales (art. 61.2 LDC)⁶, en las concentraciones económicas (art. 7 LDC)⁷, en las ayudas públicas (art. 11 LDC)⁸. Junto a estos casos, se encuentra el supuesto objeto del presente estudio, que incide en las razones para la inaplicabilidad de las normas anticolusorias (art. 1 LDC) a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que tengan lugar entre las empresas integradas en un mismo grupo⁹.

De la citada enumeración de los supuestos en que interesa la relación entre las normas concurrenciales y la figura del grupo de empresas, cabe previamente reconocer que la aplicación de las primeras no es necesariamente homogénea en cualquier supuesto de grupo. Así, como con razón se ha señalado¹⁰, el grupo obtiene una respuesta diferente dependiendo de cuál sea el interés tutelado por la normativa concurrencial¹¹.

2) La ambigüedad legislativa y la opción por una noción funcional de empresa

Uno de los presupuestos de la prohibición contenidos en los preceptos citados reside en la pluralidad de sujetos que inciden en la mencio-

cos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, I, Madrid, 1996, pp. 983 ss.; J. PASCUAL Y VICENTE, «El abuso de posición dominante», *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1291 ss.; J. PELLISÉ CAPELL, *Posición de dominio, mercado relevante y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LDC*, Pamplona, 2002; y del mismo autor, *La «explotación abusiva» de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LDC)*, Madrid, 2002. Más recientemente, vid. M. SACRISTÁN REPRESA, «Capítulo VIII (Abuso de posición dominante)», en L. VELASCO SAN PEDRO (coord.), *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, 2005, pp. 309 ss., en especial sobre la aplicación del art. 82 TCE a los grupos, pp. 330-333.

⁶ Recientemente, vid. J. I. RUIZ PERIS, *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la competencia*, Valencia, 2004. Vid. también A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, «Grupos de empresas de base contractual y Derecho de la Competencia», en AAVV, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, 2002, pp. 5357 ss.

⁷ En detalle, vid. L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, 1994; M.^a P. BELLO MARTÍN-CRESPO, *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Pamplona, 1997; BRIONES, FOLGUERA, FONT y NAVARRO, *El control de las concentraciones en la Unión Europea*, Madrid, 1999; C. HERRERO SUÁREZ, «Capítulo X (Control de las concentraciones de empresas)», en L. VELASCO SAN PEDRO (coord.), *Derecho europeo de la competencia*, cit., pp. 435 ss.

⁸ Al respecto, vid. los trabajos de L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. CALVO CARAVACA, *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea: Análisis y perspectivas*, Murcia, 1991; J. L. ARPIO SANTACRUZ, *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, Pamplona, 2000; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, «Capítulo XI (Ayudas públicas)», en L. VELASCO SAN PEDRO (coord.), *Derecho europeo de la competencia*, cit., pp. 487 ss.

⁹ A lo largo del presente trabajo se menciona el término empresa para identificar a las diversas personas jurídicas que integran el grupo.

¹⁰ J. I. RUIZ PERIS, *El privilegio del grupo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 88 ss.

¹¹ De igual modo que ocurre en otros sectores del ordenamiento, como señala C. PAZ-ARES, *Negocios sobre las propias acciones en La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, p. 496, y también en C. PAZ-ARES, Capítulo 55, «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en URÍA y MENÉNDEZ, *Curso*, I, cit., p. 1331. Así, la noción de grupo servirá a los fines correspondientes de la normativa sectorial que se ocupe de dicho fenómeno.

nada conducta. Y ello, a pesar de que aparezca determinado bien de forma indefinida (o impersonal) en el art. 1 LDC¹² o refiriéndose simplemente, en plural, a las «empresas» conforme al art. 81 TCEE¹³. Así, el objeto de los mismos son empresas o asociaciones empresariales, estas últimas sólo cuando pretendan la coordinación del comportamiento de empresas en el mercado¹⁴. En este sentido, y como es sabido, no debe olvidarse que el grupo en sí mismo carece de personalidad jurídica, por lo que no puede tomar parte en una conducta colusoria prohibida, sino que son las sociedades que lo integran las que asumen dicho papel, al menos, formalmente¹⁵.

En general, se reconoce que esta ambigüedad del legislador es calculada, pues se justifica por su interés en la aplicación de la citada normativa a cualquier «operador económico en el mercado»¹⁶. Asimismo, esta formulación amplia y genérica refleja la coherencia del legislador con la esencia del propio Derecho *antitrust*, estrechamente conectado con la realidad económica, que reclama nociones suficientemente elásticas y alejadas de un excesivo formalismo, pre-

¹² En el texto de la recientemente derogada LDC de 1989, se podía contrastar la necesidad de esa pluralidad de sujetos en diversos preceptos relativos a las prácticas colusorias. Así, en su art. 3 LDC, conforme al cual en aquellos supuestos de autorización de conductas inicialmente prohibidas, se refería a «empresas interesadas» [apartado 1.b)], «empresas partícipes» [apartado 1.c)]. Idéntica conclusión puede deducirse del anterior art. 4.3 LDC que, en cuanto a las autorizaciones singulares declaradas por el TDC, facultaba a «los interesados» para efectuar la petición de renovación de la solicitada si persisten las circunstancias que la motivaron; y también, cuando más adelante, reconocía la posibilidad de su revocación si «sus beneficiarios» incumplieran las condiciones u obligaciones establecidas en su caso, siendo preceptiva la audiencia de «los interesados». Igualmente, el apartado cuarto del art. 4 reconocía a «las empresas partícipes» la facultad de proceder a la aplicación provisional de la autorización, cuando, transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud, el TDC no había notificado aún ninguna decisión. Asimismo, el también derogado art. 5 LDC, que atendía a la posibilidad de que el Gobierno elaborase reglamentos autorizando determinadas categorías de conductas prohibidas en el art. 1 LDC, resaltaba, en primer lugar [apartado 1.a)], aquéllas en las que participasen únicamente «dos o más empresas» e impusieran restricciones en la distribución y/o suministro de determinados bienes o servicios para su venta o reventa, o en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad intelectual, o de conocimientos secretos industriales o comerciales.

¹³ Este precepto sí contempla expresamente el destinatario de la norma: «Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre *empresas*, las decisiones de *asociaciones de empresas* y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros...». En idéntico sentido, podemos verlo en otros ordenamientos, así en el art. 2 Ley italiana, núm. 287, de 1991 («*Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese...*») o en el § 1 GWB alemán («*Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen...*»).

¹⁴ G. WIEDEMANN, § 4 «Persönlicher, sächlicher und räumlicher Geltungsbereich», en G. WIEDEMANN (dir.), *Handbuch des Kartellrechts*, München, 1999, marg. 1.

¹⁵ D. ZIMMER, «§ 1 GWB», en U. IMMENGA y H.-J. MESTMÄCKER (dirs.), *GWB-Kommentar*, 3.^a ed., München, 2001, marg. 45; U. HUBER y T. BAUMS, «§ 1 GWB», en H. GLASSEN *et al.* (dirs.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht. Mit Kommentierung des GWB, des EG-Kartellrechts und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen*, vol. 1, 3.^a ed., Köln, 1996, marg. 83.

¹⁶ R. ILLESCAS, Capítulo 3 «El campo de aplicación del Derecho de la Competencia. Los instrumentos jurídicos de la aplicación», en J. BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, t. I, Barcelona, 2005, p. 128.

sente en otros sectores del ordenamiento¹⁷. El fundamento de tal postura legislativa pretende evitar tanto la aplicación de normas anticoncurrenciales como su exclusión por razones formales alejadas del funcionamiento real del mercado. El caso de los grupos de empresas se ha apuntado como paradigmático de tal planteamiento¹⁸. También se ha reconocido en la doctrina que la falta de definición legislativa de *empresa* se explica por la manifiesta imposibilidad de alcanzar una noción válida y común a los diversos ordenamientos nacionales¹⁹.

Así pues, como reconoce la generalidad de la doctrina española²⁰, se ha optado por la adopción de una noción de *empresa* conforme a un criterio funcional. Sin entrar en los interesantes detalles que suscita esta

¹⁷ Como pone de relieve, desde la perspectiva italiana, M. PANUCCI, «Le intese», en G. GHIDINI *et al.*, *L'Antitrust Italiano. Le regole della concorrenza*, Milano, 2003, p. 2.

¹⁸ M. PANUCCI, «Le intese», cit., pp. 2-3.

¹⁹ Como apunta A. SPADAFORA, «La nozione di impresa nel diritto comunitario», *Giust. Civ.*, 1990, II, p. 283.

²⁰ Al respecto, *vid.*, por ejemplo, la aplicación del citado criterio por el TJCE en la Sentencia de 12 de septiembre de 2000, conforme a la cual aquellas profesiones liberales que actúan en el mercado también pueden ser consideradas como destinatarias de las normas colutorias. Como expresa J. I. FONT GALÁN, *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, 1986, p. 121, la regulación comunitaria (al igual que la nacional) «no han pretendido ofrecer un concepto *sustancial universal* —o simplemente de ámbito europeo— de *empresas*». Igualmente, R. ALONSO SOTO, Capítulo 13 «Derecho de la Competencia (I). Introducción», en R. URÍA y A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, pp. 249 y 267 ss., reconoce la interpretación en sentido *muy amplio* del término *empresa* (*vid.* también del mismo autor, «La empresa y la regulación de la competencia en España», *Economía*, 1990, pp. 89 ss.); F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 28.^a ed., Madrid, 2005, p. 176. En idéntico sentido, F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 18.^a ed., Valencia, 2005, p. 697, resalta la «gran elasticidad» con la que ha sido interpretada la noción de *empresa*.

En este sentido, entendemos que carece de interés en sede concurrencial dar mayor relevancia a las diferencias terminológicas que puedan existir sobre esta cuestión en las regulaciones *antitrust*. Una opinión diferente parece defender A. CERRAI, *Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE*, Milano, 1984, p. 73, en referencia comparada a los ordenamientos comunitarios y estadounidense.

²¹ Así, interesa más la continuidad funcional y económica de la empresa (*funktionelle und wirtschaftliche Kontinuität*) que su identidad jurídica (*rechtliche Identität*), como expresa V. EMMERICH, «Art. 85. Abs. 1», en U. IMMENGA y H.-J. MESTMÄCKER (dirs.), *EG-Wettbewerbsrecht*, 3.^a ed., 2 vols., München, 1997, marg. 14; también del mismo autor, *Die Auslegung von Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag durch die bisherige Praxis der Kommission*, Europarecht (EuR), 1971, p. 306. En idéntico sentido, a favor de la concepción funcional de la noción de empresa en sede concurrencial, *vid.* W. HARMS, «Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts der Konzerne und Gemeinschaftsunternehmen in der EWG», en AAVV, *Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft. Festschrift für G. Hartmann*, Köln *et al.*, 1976, p. 173; H. KOHLER, «§ 2 UWG», en W. HEFERMEHL, H. KOHLER y J. BORNKAMM, *Wettbewerbsrecht*, 24.^a ed., München, 2006, margs. 7 y ss.; C. HOOTZ, «Einleitung», en H. MÜLLER-HENNEBERG y G. SCHWARTZ (dirs.), *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht. Gemeinschaftskommentar*, 5.^a ed., Köln *et al.*, 1999, margs. 12 y ss.; G. WIEDEMANN, *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, vol. I, Köln, 1989, pp. 108 ss.; G. WIEDEMANN, «§ 4...», cit., marg. 1. En la doctrina italiana, siguiendo el criterio del concepto *funcional* de empresa, *vid.* R. PARDOLESI, «Art. 2», en A. FRIGNANI, A. PATRONI GRIFFI y L. C. UBERTAZZI (dirs.), *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Bologna, 1993, p. 155; asimismo, en la misma doctrina, F. DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*, Milano, 1984, pp. 52 ss., postula una noción *variable* de empresa, en atención a la finalidad específica de cada sector del ordenamiento.

cuestión²¹, vamos a centrar el análisis de nuestro trabajo en la extensión de la noción de «empresa» al supuesto de los grupos, en el sentido de si cabe la aplicación de la normativa anticolusoria en las relaciones internas del grupo.

3) La supuesta especificidad de la noción del grupo en el Derecho *antitrust* en relación con la existente en otros sectores del ordenamiento

Dentro de la temática que nos ocupa, constituye cuestión de debate habitual si la noción de grupo empleada en otros ámbitos de nuestro ordenamiento, especialmente en el Derecho de Sociedades —*sedes naturae* de la disciplina de los grupos, como es sabido—, es igualmente válida en el Derecho de la Competencia. Al respecto, y especialmente en la doctrina alemana²², abundan los criterios opuestos a la aplicación del concepto de grupo contenido en el Derecho de Sociedades al Derecho de la Competencia. Así, se afirma que el concepto de «unidad económica» empleado por los órganos comunitarios no coincide necesariamente con el contenido en el par. 18 AktG²³. En su lugar, se entiende que es más adecuado el criterio de la posibilidad de ejercer una influencia dominante en la designación del órgano de administración de la filial.

Al respecto, quizá sea conveniente recordar que no se trata de un problema de existencia o no de un grupo, sino del comportamiento del grupo que afecte o no a la competencia en el mercado. Así, entendemos que la noción de grupo es unitaria y no dependiente del sector concreto del ordenamiento en que nos encontremos, ya sea el Derecho de Sociedades o el de defensa de la competencia²⁴. Ejemplo de ello es que cuando en cada sector se trata de dar una definición del mismo se suele delimitar con carácter preliminar su alcance («A los efectos de esta ley...») ²⁵. Cuestión distinta será que alguna de las nociones empleadas

Desde la perspectiva italiana, la doctrina reconoce a la empresa como centro de imputación subjetiva en sede concurrencial. Así, A. SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, cit., p. 294; V. MANGINI, «Gruppi di imprese ed unità d'imputazione giuridica nel diritto italiano en el diritto comunitario», en AAV., *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, p. 35; L. DI VIA, *Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa rilevante per il diritto della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Foro italiano, 1994, pp. 297 ss.

²² Así, vid. E. HEITZER, *Konzerne im Europäischen Wettbewerbsrecht*, cit., pp. 61 ss.

²³ M. BUNTSHECK, *Das «Konzernprivileg» im Armen von Art. 81 Abs. A EG-Vertrag*, Baden-Baden, 2002, p. 22.

²⁴ Como ponen de relieve, en la doctrina alemana, V. IMMENGA, «Art. 85 EGV», en IMMENGA y MESTMÄCKER, *EG-Wettbewerbsrecht*, cit., marg. 44.

²⁵ Así, por ejemplo, ocurre en la regulación del mercado de valores (art. 4 LMV), en el ámbito tributario (art. 81 Ley del Impuesto de Sociedades) y en sede de cooperativas (art. 78 Lcoop).

se acerque en mayor o menor grado al criterio que la doctrina entiende más apropiado para definir al grupo²⁶.

Por ello, es preciso que sobre la base de la noción de grupo nos centremos en cuál es la finalidad perseguida por las normas concurrenciales para poder determinar cuándo pueden aplicarse éstas al grupo. De igual modo, conviene recordar que no todas persiguen una idéntica finalidad, pudiendo ser distinto el resultado en uno y otro caso en presencia de un grupo de empresas²⁷.

II. EL LLAMADO PRIVILEGIO O SINGULARIDAD DEL GRUPO

1) Su significado

Llegados a este punto, conviene detenerse en el análisis del llamado «privilegio» o «singularidad» del grupo en el Derecho *antitrust* en virtud del cual la prohibición de las prácticas colusorias entre empresas no es objeto de aplicación cuando nos encontramos ante un supuesto de grupo²⁸. La citada prohibición se deduce en nuestro ordenamiento en el art. 1 LDC²⁹ y, en sede comunitaria, en el art. 81 TCEE³⁰, a partir de la

²⁶ Sobre la cuestión *vid.*, recientemente, M.^a L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid, 2004, pp. 83 ss. La nueva regulación del art. 42.1 y 2 CCo de acuerdo con el art. 106.2.º de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, parece confirmar el criterio doctrinal partidario de la *unidad de decisión* como elemento esencial de la noción de grupo.

²⁷ Como señala J. I. RUIZ PERIS, *El privilegio del grupo*, cit., pp. 48 ss.

²⁸ Sobre la importancia de tal cuestión y de su continua actualidad, ya se pronunciaba, en Derecho alemán, el prof. EMMERICH (en AG, 1992, p. 368), quien lo calificaba como una cuestión «eternamente joven» («*ewig junges Problem*»), en su recensión al libro de C. POTRAFKE, *Kartellrechtswidrigkeit konzerninterner Vereinbarungen und darauf beruhender Verhaltensweisen. Nach § 1 Sherman act, Art. 85 EWGV und §§ 25.1 GWB*, Baden-Baden, 1991. En concreto, sobre esta cuestión, entre nosotros, *vid.* J. I. RUIZ PERIS, *El privilegio del grupo*, cit. En Derecho comparado, sin pretender ser exhaustivos, se puede destacar el trabajo en el Derecho italiano del profesor F. DENOZZA, *La disciplina delle intese*, cit.; en la doctrina alemana, los trabajos son más abundantes, pudiéndose citar, entre otros muchos, los de W. HARMS, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, cit.; C. POTRAFKE, *Kartellrechtswidrigkeit konzerninterner Vereinbarungen*, cit.; H. FLEISCHER, «Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellverbot», AG, 1997, pp. 491 ss.; M. BUNTSHECK, *Das «Konzernprivileg»...*, cit.

Por otro lado, conviene dejar claro que la peculiaridad del tratamiento corresponde a las relaciones entabladas entre sociedades integradas en un mismo grupo y no afecta a las que éstas tengan con terceros, a las cuales, como es lógico, se les aplica —sin «privilegio» alguno— la normativa *antitrust*. Sobre la cuestión, se manifiesta con claridad la STJCE de 12 de julio de 1979 (caso *BMW Belgium, S. A. y otros*, Col. Legislativa, pp. 2435 ss.).

²⁹ La regulación anterior (Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, BOE de 23 de julio de 1963) contemplaba un supuesto idéntico. Sin embargo, como unánimemente se reconoce en la doctrina, la eficacia real de tal norma fue casi irrelevante e imperceptible (*vid.*, por todos, L. CASES PALLARÉS, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, 1995, pp. 261 ss.). Al respecto, no debe olvidarse que la citada regulación de 1963 se encuentra inspirada fundamentalmente en los arts. 85 y 86 TCE; sobre la misma *vid.* G. SENÉN DE LA FUENTE,

interpretación que de la noción de *empresa* han hecho los tribunales y los órganos administrativos correspondientes. Del tenor de ambos preceptos se infiere, igualmente, que se encuentran prohibidas aquellas prácticas entre empresas en virtud de las cuales éstas se ponen de acuerdo para restringir o impedir la competencia (las llamadas *prácticas colusorias*). Asimismo, la normativa añade —arts. 4 LDC y 81.3 TCE— una serie de excepciones al citado precepto en el caso de que concurran determinados requisitos, cuya presencia será «valorada» *a priori* por el TDC (en el ámbito nacional) o por la Comisión (en sede comunitaria).

De la misma forma, y desde la perspectiva doctrinal, la aplicación de este privilegio se ha orientado en diversas direcciones, no necesariamente contrapuestas. Así, hay que referirse a quienes entienden que el grupo, en sede concurrencial, actúa como una única empresa y, por este motivo, debe asumir idéntico papel como destinatario de las normas *antitrust*. Otros autores entienden que la condición de unidad económica del grupo justifica que se marginen las relaciones entre sus miembros en sede concurrencial y, asimismo, que se impute la responsabilidad a la matriz, en cuanto cabeza del grupo³¹, por las actuaciones anticoncurrenciales de sus miembros.

En el ámbito comunitario, el punto de referencia jurisprudencial —importado del Derecho *antitrust* norteamericano—, por su claridad, lo representa la sentencia del TJCE de 31 de octubre de 1974 en el caso *Centrafarm*³², conforme a la cual se reconoce que el reparto de funciones dentro del grupo entre sus miembros implica la ausencia de autonomía decisoria de cada uno de ellos para determinar su actuación en el mercado³³. Dos son los requisitos exigidos para tal «inaplicación»: la ausencia de autonomía de las empresas afectadas, de un lado, y que los acuerdos alcanzados se correspondan con un reparto

A. BERCOVITZ, L. J. GARRIGUES y R. JIMÉNEZ DE PARGA, *Comentario a la Ley española sobre la represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, 1964.

³⁰ Los actuales arts. 81 y 82 TCE se corresponden con los arts. 85 y 86 que tenía la numeración anterior y que fue alterada en virtud del Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999. El citado Tratado modificó y reenumeró la mayoría de los preceptos del Tratado. Su numeración es la que seguimos a lo largo del texto; no obstante, no podemos olvidar la anterior —arts. 85 y 86 TCE—, especialmente en referencia a la jurisprudencia y literatura precedente. En todo caso, conviene destacar que los artículos citados no han sufrido alteración alguna en su tenor literal. Por otro lado, y conforme al reciente Tratado por el que se elabora una Constitución para Europa (aún no en vigor), se produce sólo un nuevo cambio en la numeración (en este caso, aparecen como art. III-161 y III-162), conservando la misma redacción anterior.

³¹ Como es sabido, no cabe otra alternativa, pues el grupo carece de personalidad jurídica y, por tanto, no puede ser imputado como sujeto responsable. Más en detalle, *vid.* nuestro trabajo *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, 2002, pp. 25 ss.

³² Sobre la misma, en detalle, *vid. infra* capítulo tercero, epígrafe I.

³³ En este sentido, M. BROSETA PONT y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, I, 13.^a ed., Madrid, 2006, p. 165.

interno de competencias, de otro³⁴. Esta doctrina, de origen norteamericano e importada por el ordenamiento comunitario, se ha asumido por los órganos competentes tanto comunitarios como nacionales.

No obstante, la inaplicabilidad de las normas *antitrust* a las relaciones internas del grupo, cuando concurren los presupuestos ya mencionados, ha conducido a los órganos comunitarios y nacionales que aplican el Derecho de la Competencia a considerar como una tendencia «natural» que el comportamiento de la filial procede de su matriz³⁵. No obstante, entendemos que tal imputación de la conducta parece «fundarse» en razones no estrictamente jurídico-concurrenciales, sino en la existencia de un mayor patrimonio «perseguible»³⁶. Pues, de un lado, supone un incremento de la «seguridad» en el pago de la deuda que se imponga; y, de otro, tal deuda aumenta sensiblemente, ya que, a los efectos de su cómputo, se toma en consideración el volumen de negocio de la empresa que realiza prácticas colusorias, en este caso, el volumen del grupo entero y no sólo el de una filial³⁷.

Además, no podemos olvidar las consecuencias que acompañan a la inaplicación de la normativa anticolusoria en las relaciones internas de un grupo. Así, cabe destacar el resultado negativo que implica dejar sin vigilancia *antitrust* la actividad económica desempeñada por los grupos de empresas en su esfera interna. También debemos subrayar la doble ventaja para las sociedades integradas en un grupo, por un lado, de su libre

³⁴ Al respecto, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional*, 2.ª ed., Madrid, 1995, p. 283, se refieren a tales presupuestos del modo siguiente: instrumento de reparto del trabajo y unidad económica sobre la base del capital social que impide a la filial oponerse al acuerdo. En Derecho comparado, *vid.* V. EMMERICH, «Art. 85. Abs. 1...», *cit.*, p. 138, quien reconoce la influencia del Derecho de grupos en el Derecho de la Competencia, poniendo de relieve los límites que aquél puede imponer en este último.

³⁵ La desatención de las normas concurrenciales se limita a las normas colusorias, a diferencia de supuestos como los referidos al abuso de posición dominante (arts. 2 LDC y 82 TCEE). En tales casos, podemos destacar dos aspectos: primero, que se va a atender no sólo cuando se realice determinado comportamiento, sino también cuando se vea afectado la estructura de mercado (cfr. la sentencia *Continental Can* de 21 de febrero de 1973); segundo, en la normativa concurrencial, se amplía la aplicación del precepto a las situaciones de dependencia económica, cuya finalidad se orienta a las condiciones que se suelen imponer en el sector de la distribución, siendo su normativa no sólo de aplicación por el TDC sino también por los tribunales ordinarios (*vid.* art. 16 LCD, también modificado). Sobre la autonomía *real* en el comportamiento de la filial, v. la Resolución TDC de 22 de mayo de 1997 (caso *Seplal Iberia*).

³⁶ Al respecto, *vid.* J. PELLISÉ CAPELL, *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Pamplona, 2002, pp. 32-33.

³⁷ Así, como ejemplo del incremento relevante de la sanción impuesta por el TDC, puede destacarse la sentencia AN, de 24 de marzo de 1997 (RJCA 1997/1350), en la cual la parte sancionada impugna la Res. TDC, entre otras cuestiones, alegando desproporcionalidad en la sanción impuesta, a lo que la AN se opone, en su Fundamento Cuarto indicando lo siguiente:

«[...] Por último no se aprecia la denunciada falta de proporcionalidad en la sanción atendiendo al contenido del art. 10 de la Ley 16/1989. Pero es más, la misma se impone —según los criterios de la propia resolución, atendiendo a las impuestas a las demás empresas implicadas—, como si se tratase de una sola empresa infractora, lo cual es coherente con el planteamiento global en cuanto se considera que el grupo empresarial ha actuado como una sola sociedad» (la cursiva es nuestra).

incorporación a éste y, por otro, de su actuación libre en el mercado. Y, finalmente, podemos destacar que tal privilegio implica una ventaja a las grandes empresas sobre las pequeñas y medianas, ya que estas últimas no pueden sustraerse de igual modo a las reglas de la competencia.

Igualmente, el reconocimiento a la filial y a su matriz de la facultad de demostrar que su comportamiento es independiente o autónomo y no obedece a una política de grupo, no puede dilucidarse adecuadamente alegando determinadas teorías económicas o empresariales, sino que se requieren hechos que permitan deducir tal independencia. Tampoco se puede recurrir simplemente a criterios específicos de otros sectores jurídicos, por ejemplo, el societario, pues los intereses en conflicto son distintos. Desde esta óptica, conviene resaltar la indudable relevancia de la diferencia entre grupos centralizados y descentralizados³⁸. En este sentido, en la búsqueda de tales «hechos» relevantes, la conclusión de un contrato de dominio, que especifica el «ámbito de control» de la matriz, puede desempeñar un papel clarificador esencial en beneficio tanto de las partes firmantes como de los órganos de defensa de la competencia³⁹.

En nuestra opinión, la inaplicación del art. 1 LDC debe obedecer a los fines concurrenciales perseguidos por el citado precepto y no a razones delimitadoras de la existencia de un grupo. En este sentido, la inaplicación de la normativa concurrencial se fundamenta en la ausencia de competencia en el seno de un grupo, es decir, la unidad de dirección de éste alcanza tal grado que impide un desenvolvimiento autónomo de las filiales en sede concurrencial.

Al respecto, cabe tener en cuenta el papel significativo que desempeña la posibilidad de competir entre las filiales integradas en un mismo grupo⁴⁰. Es cierto que una filial puede también caer bajo el ámbito subjetivo del art. 1 LDC, porque en cualquier momento puede actuar en el mercado con criterios económicos independientes, con el consentimiento de la matriz. No obstante, esta posibilidad de permitir que sea la voluntad de la matriz la que decida cuándo una filial actúa independientemente desde el punto de vista económico, se ha criticado, con razón, en la doctrina alemana sobre la base de que esto sería dejar a la voluntad de la matriz la aplicación de la normativa anticolusoria⁴¹.

³⁸ Como reconoce J. I. FONT GALÁN, *La libre competencia*, cit., p. 68, parece conveniente atender al «grado de dependencia o autonomía económica y política» de las filiales respecto de su matriz.

³⁹ La importancia de un contrato organizativo como el mencionado se ha puesto de relieve en sede de grupos cooperativos (cfr. art. 78 LCoop). Así, vid. R. ALFONSO SÁNCHEZ, *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: La cooperativa de segundo grado*, Valencia, 2000, p. 184; F. GONZÁLEZ CASTILLA, «Grupos paritarios de cooperativas de crédito y prácticas restrictivas de la competencia», *DNeg*, 2001, p. 3; J. M. EMBID IRUIJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada, 2003, pp. 193 ss.

⁴⁰ En sentido contrario, manifestando la inexistencia de competencia en el seno de un grupo, vid. en nuestra doctrina, F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, cit., p. 697.

⁴¹ D. ZIMMER, § 1 *GWB*, cit., margs. 41 y 50.

2) Presupuestos para su aplicación

Tres son las características que se suelen emplear para entender inaplicable la prohibición de colusión entre los grupos de empresas:

- 1.º La existencia de un acuerdo o práctica colusoria.
- 2.º La condición de empresa.
- 3.º El resultado lesivo para el mercado por la restricción, limitación o falseamiento de la libre competencia.

Las diversas posturas doctrinales favorables a la aplicación del privilegio del grupo recurren a uno o a varios de estos criterios para fundamentar su posición. Más bien, se podría afirmar que estos criterios son empleados *a posteriori* de las decisiones adoptadas por los órganos comunitarios correspondientes, sin haber hecho un análisis a fondo del fundamento de cada uno de ellos. Sin menoscabo del análisis más detenido que se efectúa de los mismos en los capítulos siguientes, conviene, no obstante, hacer una breve referencia a cada uno de ellos.

En cuanto al primero de los requisitos —acuerdo entre dos o más empresas—, supone la exigencia del concurso de voluntades de los partícipes de tal acuerdo o práctica colusoria. Desde esta perspectiva, no se puede entender como tales acuerdos o prácticas aquellos que tengan lugar entre empresas integradas dentro de un mismo grupo. Así, se estima que tal acuerdo no puede darse por la falta de voluntad diferenciada de la matriz, siendo imposible discrepar de la misma. Incluso se llega a considerar que nos encontramos ante una «unidad económica», que impide cualquier acuerdo o práctica al margen de ella⁴².

En cuanto al segundo presupuesto —la condición de empresa—, caracterizado por la atribución de la condición de empresa al grupo entero, destaca el planteamiento del prof. HARMS. Según este autor, las empresas integradas en un grupo actúan hacia fuera de forma distinta que hacia dentro⁴³. De tal modo, cuando atendemos a su comportamiento interno, como las relaciones y pactos internos de empresa, debe entenderse inaplicable el art. 81 TCE sobre la base de que en esa esfera actúan como si el grupo en su totalidad fuera una forma de sociedad interna de Derecho civil⁴⁴.

⁴² D. G. GOYDER, *EC competition law*, 4.ª ed., 2003, p. 95.

⁴³ Según indica W. HARMS, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, cit., p. 147, las filiales actúan «hacia fuera» como una auténtica empresa, en nombre propio; pero no ocurre lo mismo en sus relaciones internas con las empresas del mismo grupo.

⁴⁴ W. HARMS, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, cit., p. 158, el grupo como «*eine qualifizierte Form der Innengesellschaft bürgerlichen Rechts*».

Dentro de esta perspectiva, cabe destacar el planteamiento de otros autores (BELLAMY y CHILD⁴⁵ y FIKENTSCHER⁴⁶) que fundamentan la exclusión de la aplicación de las normas anticolusorias a las relaciones entre empresas de un mismo grupo sobre la base del concepto de empresa. Incluso algunos autores llegan a negar la condición de «empresa» a las sociedades integradas en un grupo (POTRAFKE⁴⁷ y MARKERT⁴⁸).

Y, finalmente, en cuanto al tercer presupuesto, se niega la aplicación del art. 81 TCE porque tales acuerdos o prácticas entre empresas del mismo grupo no pueden provocar que se impida, restrinja o falsee el juego de la libre competencia⁴⁹. Algunos autores⁵⁰ entienden incluso que la ausencia de tal efecto sobre la competencia se da existan o no instrucciones impartidas por la matriz a sus filiales.

III. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN

En el marco del Derecho *antitrust*, la presente investigación se centra en los grupos por subordinación, dejando al margen los de base paritaria, sin menoscabo de su indudable interés en sede concurrencial⁵¹. Dicho interés no sólo se aprecia en la doctrina sino que conviene destacar relevantes Resoluciones del TDC, especialmente en relación con las

⁴⁵ C. W. BELLAMY y G. D. CHILD, *Common Market Law of Competition*, 4.ª ed., London, 1993, marg. 2-053.

⁴⁶ W. FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, vol. I, München, 1983, p. 588.

⁴⁷ C. POTRAFKE, *Kartellrechtswidrigkeit konzerninterner Vereinbarungen*, cit., p. 209.

⁴⁸ K. MARKERT, «Anmerkung zu Beguelin Import Co. gegen S.A.G.L. Import Export», *EuR*, 1972, p. 166.

⁴⁹ En la doctrina alemana, *vid.* V. EMMERICH, «Art. 85 Abs. 1...», cit., marg. A-53; A. GLEISS y M. HIRSCH, *Art. 85 en Kommentar zum EG-Kartellrecht*, 4.ª ed., vol. I, Heidelberg, 1993, marg. 1; E. HEITZER, *Konzerne im Europäischen Wettbewerbsrecht*, cit., p. 179; P. POHLMANN, *Der Unternehmensverbund im europäischen Kartellrecht*, Berlin, 1999, p. 399.

⁵⁰ H.-J. BUNTE, «Art. 85 (Generelle Prinzipien)», en E. LANGEN y H.-J. BUNTE, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, vol. I, 9.ª ed., Neuwied et al., 2001, marg. 113; H.-C. LEO, «Konzerninterne Marktregelungen im Lichte des EWG-Kartellrechts», *KartellR*, núm. 8, 1966, pp. 11 ss., p. 40; W. H. ROTH y T. ACKERMANN, «Art. 81.1 EGV», en *Frankfurter Kommentar*, vol. VI, cit., marg. 212.

⁵¹ Al respecto, los grupos por coordinación pueden plantear un interesante debate ante la cuestión de tal unicidad en el poder de decisión y, asimismo, sobre la estabilidad del acuerdo. Sobre la problemática que tales grupos despiertan en Derecho de la competencia, *vid.* en Alemania los trabajos de H. G. GROMANN, *Die Gleichordnungskonzerne im Konzern- und Wettbewerbsrecht*, Köln et al, 1979; C. VON BAR, «Gleichordnungskonzerne und Kartellverbot», *BB*, 1980, pp. 1185 ss.; K. SCHMIDT, «Konzentrationsprivileg und Gleichordnungsvertragskonzern. Kartellrechtsprobleme des Gleichordnungskonzern», en M. LÖWISCH et al. (dirs.), *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag*, München, 1991, pp. 561 ss.; C. J. JACOB, *Die Behandlung von Gleichordnungskonzernen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht im Vergleich*, Berlin, 1994. En nuestra doctrina, *vid.* M. SACRISTÁN REPRESA, *El grupo de estructura paritaria*, cit., pp. 375 ss., en concreto, pp. 417-420; F. GONZÁLEZ CASTILLA, «Grupos paritarios...», cit., pp. 1 ss. En este sentido, y en un sector tan emblemático como el de las cooperativas, se afirma —«sin ningún genero de duda»— la aplicación del Derecho de la competencia a los grupos cooperativos (J. M. EMBID IRUIJO, *Concentración de empresas*, cit., p. 20).

empresas en participación (así, la Res. TDC, de 30 de julio de 1998) o los grupos cooperativos (en concreto, nos referimos a las Res. TDC de 13 de julio de 1998 y 15 de noviembre de 1999). En este sentido, no cabe duda de las dificultades que dichos grupos ofrecen tanto al TDC como a los tribunales ordinarios a la hora de su calificación, pues, a pesar de que, con frecuencia, son considerados como un simple supuesto de colaboración interempresarial, conviene afirmar que, en realidad, nos encontramos ante «algo más que una cooperación empresarial»⁵².

Entre nosotros⁵³, se ha considerado que las conclusiones en sede concurrencial de los grupos paritarios —como son los cooperativos— no pueden ser directamente trasladables a los grupos por subordinación, sobre la base de las dificultades que ofrece la determinación de la dirección unitaria en los primeros. Así, como reconoce la doctrina, los grupos paritarios quedarían excluidos de un concepto estricto de grupo, dada las dificultades de situarlo entre la mera colaboración y la concentración.

Quizá la razón determinante para su exclusión radica en el hecho de que la relación de control en que se fundan los grupos subordinados no existe en los grupos por coordinación, como consecuencia de su propia naturaleza⁵⁴. Esto ha llevado, frecuentemente, a excluir del llamado «privilegio del grupo» a esta modalidad de grupo, más cercana, como ya se ha dicho, a meros acuerdos anticoncurrenciales. Dicha perspectiva se justifica en que la dirección del grupo paritario requiere el concurso de la voluntad de todos los partícipes, ya que éstos conservan su independencia económica, por lo que —siguiendo a la doctrina alemana— se suele restringir la aplicación del privilegio del grupo sólo a los grupos jerárquicos⁵⁵. Tal consecuencia ha sido criticada por la doctrina comparada en cuanto representa una discriminación a los grupos paritarios frente a los subordinados⁵⁶. Las ventajas de los procesos de concentración, como es sabido, se reflejan en el incremento de sinergias en dos órdenes: por un lado, en cuanto a la producción debido a la reducción de costes y la mejora y diversificación de los productos y servicios (*production efficiencies*) y, por otro, en cuanto al mayor rendimiento y mejora en los avances tecnológicos (*innovation efficiencies*). Estos beneficios, sin embargo, como se ha puesto acertadamente de relieve⁵⁷, no implican

⁵² Como señala F. GONZÁLEZ CASTILLA, «Grupos paritarios...», cit., p. 5.

⁵³ *Ibid.*, p. 3.

⁵⁴ Sobre tales aspectos, *vid.*, recientemente, R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, pp. 28 ss.

⁵⁵ Así, en la doctrina italiana *vid.* A. CERRAI, *Concentrazioni di imprese*, cit., pp. 67 ss.; F. DENOZZA, *La disciplina delle intese*, cit., p. 104. En Derecho alemán, *vid.* H.-G. GROMANN, *Die Gleichordnungskonzerne im Konzern- und Wettbewerbsrecht*, Köln et al., 1979, pp. 57 ss.; V. KLIPPERT, *Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Konzernen*, Berlin, 1984, pp. 129 ss.

⁵⁶ R. SANTAGATA, «I “gruppi paritetici” nella disciplina antimonopolistica», *Riv. Soc.*, núm. 1, 2003, pp. 255-256.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 257-258.

que el modelo organizativo resultante de tales procesos de concentración de la actividad empresarial sea necesariamente de estructura jerárquica y centralizada. En muchos casos, aquellas ventajas se obtienen igualmente mediante modelos de cooperación, como en el caso de los grupos paritarios; sin que tal mecanismo sea *a priori* juzgado como anticoncurrencial y, por ello, precisar de la aplicación de normas represivas⁵⁸. Incluso se puede señalar que este modelo es el preferido en determinados sectores económicos como vía para dar una respuesta más adecuada a las necesidades de una economía globalizada⁵⁹.

Al mismo tiempo, conviene diferenciar el grupo paritario del supuesto de control conjunto, pues mientras que en el primero todas las entidades agrupadas participan de la marcha estratégica del grupo sin encontrarse sujetas unas a otras, en el caso del control conjunto, la coordinación presupone siempre una entidad dominada sometida a los acuerdos resultantes de dicha conjunción⁶⁰. Además, lo expuesto permite también reconocer la necesidad de superar la valoración del proceso de concentración a partir del criterio del control, siendo más conveniente partir de la dirección unitaria resultante de dicho proceso⁶¹. De tal modo, damos cabida también a los procesos de concentración mediante grupos paritarios, en los que el elemento *control* está ausente.

Una vez concretada nuestra atención a los grupos jerárquicos, la delimitación más precisa del objeto de nuestro estudio requiere tener en cuenta las diferentes situaciones que se pueden presentar en la aplicación de la normativa prohibitiva de prácticas colusorias en el seno de un grupo. En concreto, la realidad organizativa de los grupos nos ofrece diversas posibilidades, entre las cuales, sin ánimo de exhaustividad, podemos destacar las siguientes:

- acuerdos entre la matriz y su/s filial/es,
- acuerdos entre las diversas filiales del grupo,
- otros acuerdos entre sociedades del grupo que se encuentren en diferentes escalones [piénsese, por ejemplo, entre la filial de la filial (nieta) y la matriz o entre una nieta y una filial con la que no tenga relación directa].

Al margen quedarían los acuerdos o pactos concluidos entre una entidad integrada en un grupo y otra ajena al mismo. Cuestión ésta

⁵⁸ *Ibid.*, p. 258.

⁵⁹ *Vid.*, por ejemplo, el acuerdo entre Renault y Volvo y la decisión adoptada por la Comisión Europea, de 7 de noviembre de 1990.

⁶⁰ *Vid.* R. SANTAGATA, «I “gruppi paritetici” nella disciplina antimonopolistica», p. 262, siguiendo a la doctrina alemana (MILDE y SCHNEIDER), italiana (LAMANDINI, RONDINONE, CARIELLO) y portuguesa (ANTUNES).

⁶¹ Al respecto, *vid.* en la doctrina italiana G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, pp. 60 ss.; V. DONATIVI, *Impresa e grupo nella legge antitrust*, Milano, 1996, pp. 80 ss.

que en el caso que nos ocupa no plantea mayor problema, pues se entiende que la filial actúa como un operador económico independiente. En cambio, sí suscita un gran interés la tarea consistente en determinar a quién ha de imputarse la responsabilidad por su actuación: a la misma filial o a la matriz que dirige su forma de proceder en el tráfico. Este asunto era objeto de atención por el art. 8 de la recientemente derogada LDC de 1989, referido a la corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen una influencia dominante⁶². La nueva normativa mantiene el mismo criterio, si bien cabe resaltar algunas novedades en su nueva redacción (art. 61 LDC). En primer lugar, el nuevo artículo se localiza en distinto apartado, ya no se contempla en el Título primero —*De la libre competencia*— sino que se traslada al Título quinto —*Del régimen sancionador*—, a la hora de determinar los sujetos infractores. En segundo lugar, el ámbito de imputación de la corresponsabilidad se amplía no sólo a las empresas sino también a las «personas» que controlan a la filial⁶³. Y, en tercer lugar, se presume la responsabilidad de las empresas o personas que controlan a la filial, «excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas».

Por último, a la hora de delimitar el objeto de nuestro estudio, conviene reconocer el riesgo de una cierta arbitrariedad en la aplicación del art. 81 TCE por los tribunales. Con el fin de evitar tales riesgos, resulta conveniente alcanzar una interpretación del art. 81 TCE que incorpore criterios suficientemente seguros en beneficio de los Tribunales, pero, sobre todo, de la seguridad jurídica en la aplicación de la ley⁶⁴. En definitiva, tales criterios desempeñan un papel esencial que nos permita evitar los riesgos derivados de aquella discrecionalidad judicial⁶⁵. En este sentido, no puede olvidarse el alcance considerable —en forma de elevadas multas— de las decisiones judiciales con motivo de la aplicación de las

⁶² El art. 8 (*Corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante*) de la recientemente derogada LDC señalaba lo siguiente: «A los efectos de la aplicación de esta Ley, se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta». La nueva LDC reubica el asunto de la corresponsabilidad en el art. 61.2 LDC, que determina los sujetos infractores: «A los efectos de la aplicación de esta Ley, 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». En detalle, sobre la cuestión, *vid.*, recientemente, J. I. RUIZ PERIS, *La responsabilidad de la dominante*, cit., *passim*. Nos hemos referido a este asunto en *La responsabilidad de la sociedad matriz*, cit., pp. 124 ss.

⁶³ En nuestra opinión, no parece acertada la referencia «a las empresas o personas que la controlan» en plural, frente a la opción singular contemplada en el Anteproyecto de Ley e incluso en la derogada LDC de 1989.

⁶⁴ En cuanto a la perspectiva que ofrece la interpretación de las normas de Derecho comunitario, v. en la doctrina alemana A. BLECKMANN, *Europarecht*, 6.^a ed., Köln et al., 1997, pp. 201 ss.

⁶⁵ Siguiendo el criterio de K. LARENZ y C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.^a ed., Berlin, 1995, p. 140.

normas *antitrust*⁶⁶. Especialmente interesante es esta cuestión si tenemos en cuenta cuál es la función del TJCE, que no es la creación de Derecho, sino la defensa del mismo. Las nuevas orientaciones que pueda asumir el TJCE requieren de una fundamentación suficientemente completa.

IV. LA REPERCUSIÓN DEL REGLAMENTO 1/2003 SOBRE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO

En esta labor de interpretación del art. 81 TCEE, no podemos dejar de mencionar la enorme trascendencia del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, que desde el 1 de mayo de 2004 sustituye al anterior Reglamento núm. 17, de 6 de febrero de 1962⁶⁷. Este último —el primer Reglamento comunitario relativo a la aplicación de las normas comunitarias— «sentó las bases para la aplicación del Derecho *antitrust* comunitario, fijando los criterios a seguir»⁶⁸. El nuevo Reglamento cambia el sistema anterior de prohibición *a priori* con autorización previa de la Comisión para los acuerdos comprendidos en el art. 81.1, pero que puedan quedar exceptuados por el apartado tercero del mismo artículo. Ahora, ambos apartados se aplican simultáneamente, de tal modo que, sin declaración previa de la Comisión, son los operadores económicos los que tendrán que ponderar la licitud del acuerdo alcanzado⁶⁹. Por todo ello, y respecto de la aplicación o no del

⁶⁶ T. LÜBBIG, «Einseitige Maßnahmen als Vereinbarungen im Sinne von Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag?», *WitW*, 1991, p. 562. El citado autor considera recomendable analizar el texto de la norma antes de permitir que los tribunales recurran a posturas «creadoras» del Derecho (*ibidem*, p. 566); no obstante, conviene señalar que el autor no se muestra contrario a esta opción.

⁶⁷ Sobre el mismo, *vid.* E. GALÁN CORONA, «Notas sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma», *RDCE*, núm. 15, 2003, pp. 499 ss.; L. BERENQUER FUSTER, «Réquiem por el Reglamento 17», *ADC*, 2002, pp. 93 ss.; A. ARROYO APARICIO, «La aplicación descentralizada de los arts. 81 y 82 del Tratado CE según el Reglamento CE núm. 1/2003», en J. I. FONT GALÁN y M. PINO ABAD (coords.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Madrid, 2005, pp. 249 ss.

⁶⁸ E. GALÁN CORONA, «Notas sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003», *cit.*, p. 500. Como señala el autor, la finalidad perseguida por las autoridades comunitarias era dotarse, por un lado, de una «cultura de competencia en la Comunidad» y, por otro, de un «corpus unitario, no solo normativo, sino también jurisprudencial y doctrinal» en la materia *antitrust* (*ibidem*, p. 502). Ambas características —como recuerda el mismo autor, *ibidem*, p. 503— puede afirmarse que se han cumplido. El acervo jurídico-concurrencial acumulado en este largo periodo es, en nuestra opinión, el que nos va a permitir, en la medida de lo posible, dar respuesta a la pregunta sobre la aplicación del art. 81 TCEE a las relaciones existentes entre las empresas integradas en un mismo grupo.

⁶⁹ De «sistema o modelos de prohibición con exceptuación legal», nos habla E. GALÁN CORONA, «Notas sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003», *cit.*, p. 505. En tal caso, la Comisión podrá verificar *a posteriori* la licitud del acuerdo en cuestión. Asimismo, *vid.* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 7.^a ed., Madrid, 2006, p. 306. Recientemente, *vid.* F. GARCÍA CACHAFEIRO, «El giro norteamericano del Derecho *antitrust* comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1 de la Sherman Act», *RDM*, núm 256, 2005, pp. 597 ss., quien califica el proceso abierto por esta nueva regulación de *americanización* del Derecho *antitrust* comunitario como consecuencia de la transformación que implica el paso de un sistema de autorización previa a otro de excepción legal descentralizado y basado en el análisis de las conductas.

art. 81 TCEE a los acuerdos entre empresas de un mismo grupo, serán las partes las que deberán valorar si el acuerdo, práctica o recomendación se encuentra incursa en el citado precepto⁷⁰. El riesgo de inseguridad para los sujetos afectados justifica que tratemos de aclarar esta cuestión, especialmente, si tenemos en cuenta que, a pesar del bagaje doctrinal y jurisprudencial en la materia, no nos encontramos ante un asunto resuelto, sino que conserva aún incertidumbre en la doctrina. Cabe añadir a estas razones el papel que van a desempeñar las autoridades nacionales (TDC y Tribunales ordinarios) en la aplicación del Derecho comunitario, sin que las empresas puedan forzar la intervención de las autoridades comunitarias, ya que se verán obligadas a acreditar, en su caso, que actúan de acuerdo con la normativa comunitaria concurrencial⁷¹. Este último aspecto conecta con el «riesgo real» de discrepancia a la hora de aplicar el Derecho comunitario por las autoridades de Estados diferentes⁷².

Por otro lado, y desde la perspectiva nacional, la ausencia en nuestros tribunales de una sólida línea jurisprudencial, tanto cuantitativa como cualitativamente, sobre la figura de los grupos apremia a que, desde la doctrina, se postulen criterios seguros⁷³, tarea a la que, modestamente, pretendemos contribuir con el presente estudio.

⁷⁰ En este sentido, y como señala el art. 2 del citado Reglamento, la carga de la prueba de una infracción del art. 81 TCEE recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue e, igualmente, la empresa que considere su conducta ajustada a alguna de las excepciones contempladas en el párr. 3.º del art. 81 TCEE, deberá aportar la prueba que así lo atestigüe. Así, *vid.* C. W. BELLAMY y G. D. CHILD, *Common Market Law of Competition*, cit., marg. 12; J. SCHÜTZ, «Interne Willensbildung und Kartellrecht», *WiW*, núm. 4, 1998, p. 340.

⁷¹ E. GALÁN CORONA, «Notas sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003», cit., p. 507. Al respecto, se ha querido superar los temores de inseguridad jurídica que genera este cambio de sistema sobre la base de la «madurez» del Derecho comunitario de la competencia «... sólidamente fundamentada en la doctrina contenida en las decisiones de la Comisión, y en las sentencias de los Tribunales comunitarios» (*vid.* L. BERENGUER, *Réquiem por el Reglamento 17*, cit., p. 98).

⁷² Como nos recuerda E. GALÁN CORONA, «Notas sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003», cit., pp. 518 y 523. No obstante, el autor señala que esa posibilidad existía con anterioridad sin que constase problemas al respecto, y, además, resalta la posibilidad de abrir consultas entre autoridades nacionales y comunitarias para resolver las dudas que surjan al respecto.

⁷³ Sobre otras materias relativas a la figura del grupo, en concreto, sobre el régimen de responsabilidad y su aplicación por los tribunales, *vid.* nuestro trabajo «La responsabilidad de la matriz de una empresa de grupo por las deudas de sus filiales en Derecho español. Situación legislativa y actuación de los tribunales», *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 75 ss.