

En búsqueda de un concepto de “empresa” en el Derecho de la competencia: la STJUE Sumal c. Mercedes Benz

In Search of a Workable Concept of “Undertaking” in Competition Law: ECJ’s Sumal v. Mercedes Benz

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Villanueva*

ORCID ID: 0000-0002-5011-0051

Recibido: 16.06.2022 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7185

Resumen: Una década después de la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, y su tardía transposición a nuestro derecho interno por el RD Ley 9/2017, las acciones de daños y perjuicios han florecido en el panorama de la aplicación privada del Derecho de la competencia, tanto en el ámbito de la UE como en España. Particularmente, el conocido *cártel de los camiones* ha originado una litigiosidad sin precedentes, en la que los perjudicados han ido sorteando todo tipo de obstáculos, tanto sustantivos como procesales. De estos últimos, sin duda uno de los más complicados, por la ausencia de un régimen legal claro, el de la alegada falta legitimidad pasiva de las demandadas. La sentencia del TJUE del pasado 6 de octubre de 2021, que resuelve esta cuestión, aborda para ello el análisis del concepto de “empresa” en este ámbito, estableciendo nuevas reglas que permitan una imputación de responsabilidad “descendente” a las filiales por la conducta anticompetitiva de sus matrices.

Palabras clave: Aplicación privada, acciones de daños, responsabilidad, empresa, unidad económica.

Abstract: A decade after the approval of Directive 2014/104/EU, and its late transposition into Spanish law by Royal Decree Law 9/2017, actions for damages have flourished in the private enforcement of competition law, both in the EU and in Spain. In particular, the so-called “trucks cartel” has given rise to an unprecedented amount of litigation, in which the injured parties have overcome all kinds of obstacles, both substantive and procedural. Of these, undoubtedly one of the most complicated, due to the absence of a clear legal regime, is the alleged lack of passive legitimacy of the defendants. The CJEU ruling of 6 October 2021, which resolves this issue, addresses the analysis of the concept of “undertaking” in this regulatory field, establishing new rules that allow for a “downward” imputation of liability to subsidiaries for the anti-competitive conduct of their parent companies.

Keywords: Private enforcement, damages actions, liability, undertaking, economic single entity.

Sumario: I. Introducción: las acciones de daños y perjuicios antitrust. II. El problema de la falta de legitimación pasiva y el “cártel de los camiones”. III. Complementariedad entre la aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia. IV. La cuestión prejudicial: el Auto de la AP de Barcelona de 24 de octubre de 2019. V. El concepto de “empresa” y la teoría de la unidad económica. 1. Configuración del concepto por la jurisprudencia comunitaria. 2. El nuevo requisito de “misma actividad económica” en la STJUE de 6 de octubre de 2021. VI. Imputación y responsabilidad “des-

“ascendente” de la filial por los actos de la matriz. 1. Consideraciones previas: asegurar el resarcimiento patrimonial. 2. De la responsabilidad “ascendente” a los requisitos de la responsabilidad “descendente”. 3. Valoraciones críticas de la sentencia Sumal. VII. Otras cuestiones relevantes. 1. Los derechos de defensa. 2. El conflicto con la Ley de Defensa de la Competencia. VIII. Valoración final.

“Las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”
TJCE, Sentencia *Courage* (Apdo. 27).

I. Introducción: las acciones de daños y perjuicios *antitrust*

1. No cabe duda que la aprobación del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101] y [102] del Tratado¹, supuso un giro copernicano -marcado por la modernización y la descentralización- en el *enforcement* del derecho de la competencia en la UE.

2. En España la aprobación² de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concurzal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial supuso la creación de los Juzgados de lo Mercantil, que conforme a lo previsto por el nuevo art. 86 ter 2.f) LOPJ, tienen competencia objetiva para conocer “*De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado*”.

3. El panorama en nuestro país de los órganos que habrían encargarse -además, naturalmente, de la CNMC- de aplicar la normativa de competencia se clarificó con la aprobación³ de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que establece en su D.A. 1ª: “*De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley*”.

4. Se conforma, pues, un modelo en el que no sólo las autoridades de competencia están llamadas a aplicar la normativa *antitrust*, en su vertiente de *public enforcement*, sino también las autoridades jurisdiccionales del orden civil en los diferentes Estados miembros. Respecto de la otra dimensión, la del *private enforcement*, no cabe ninguna duda⁴ que desde la aprobación de la actual LDC ya cabían en nuestro sistema *antitrust* las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos. Nos hallamos, por tanto, ante una “aplicación privada” de esta normativa, que no viene a sustituir, sino complementar la aplicación que llevan a cabo las autoridades administrativas de competencia.

5. En efecto, aunque ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage c. Crehan*⁵, del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) como un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarci-

¹ Texto pertinente a efectos del EEE, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

² «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2003, páginas 26901 a 26905.

³ «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

⁴ *Vid.*, por todos, J. PÁSSAS, y J. PÉREZ, “Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia”, en A. CREUS (ed.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de estudio de la AEDC*, Ed. Wolters Kluwer (2008), pp. 249-278.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, Rec. 2001 p. I-6297.

miento patrimonial por los daños sufridos, este principio de la “plena compensación” se consagra ahora como uno de los pilares de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE.

6. Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi*⁶ desarrollaría aún más este principio, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust. Desde los primeros análisis que se hicieron de este proceso de privatización del derecho de competencia⁷ se puso de manifiesto que tanto en el ordenamiento jurídico español como en el de la UE existían cauces procesales para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula⁸.

7. En efecto, este proceso de modernización y descentralización no produjo avance alguno en el ámbito de las reclamaciones patrimoniales, que seguían siendo en España -y en el resto de los estados miembros de la UE- prácticamente inexistentes. Existía, como ha quedado dicho, la posibilidad teórica, pero no era un sistema eficaz, debido a los múltiples obstáculos existentes que impedían la realidad de un “marco normativo realmente eficaz para obtener la reparación de los daños causados por infracciones al Derecho de la competencia”⁹.

8. Este proceso de privatización y descentralización del *enforcement* antitrust experimentó, hace ya casi una década, un renovado y definitivo impulso con la aprobación de la Directiva¹⁰ 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. En España, esta profunda transformación se ha incorporado al derecho interno por Real Decreto-Ley¹¹ 9/2017, de 26 de mayo.

9. En este trabajo abordaremos el análisis de jurisprudencia reciente relativa al ejercicio de estas acciones de daños, en el marco de la aplicación privada del Derecho de la Competencia. En concreto se examinará, a raíz del conocido como “cártel de los camiones”, la Sentencia¹² de 6 de octubre de 2021 del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en el Asunto C-882/19, *Sumal, S.L. c. Mercedes Benz Trucks España, S.L.* Este histórico pronunciamiento resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona respecto a la legitimación pasiva en una reclamación de daños derivados de un cártel sancionado por la Comisión Europea.

10. Para poder responder la cuestión prejudicial, y decidir si una empresa filial es responsable civilmente por los daños ocasionados por una conducta ilícita de su matriz, en la que no ha tenido parte -por lo menos directamente-, el TJUE entra de lleno a analizar uno de los conceptos más confusos de

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

⁷ C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 3, Año 2008.

⁸ Nos estamos refiriendo, entre otros aspectos, al antiguo artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establecía una suerte de “prejudicialidad” administrativa, de modo que sólo sobre la base de una Resolución firme de la Autoridad correspondiente podían los particulares entablar la acción de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil. Esto suponía un costoso, complejo e interminable proceso, calificado acertadamente por la doctrina, hace ya veinte años, como “el largo camino hacia el resarcimiento patrimonial”; A. CREUS, “La privatización del Derecho de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 200 (1999), pág. 55.

⁹ C. FERNÁNDEZ-VICIÉN, “La eficiencia real del Derecho de la Competencia: la indemnización de los daños causados”, en S. MARTÍNEZ-LAGE Y A. PETITBÓ JUAN (Dir.), *La modernización del Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid 2005, pág. 171.

¹⁰ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, D.O.U.E. L349/1, de 5 de diciembre de 2014, pp. 5 a 19.

¹¹ 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, *B.O.E.* núm. 126, pág. 42820, de 27 de mayo de 2017.

¹² STJUE (Gran Sala), de 6 de octubre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:800).

todo el Derecho de la Competencia: el concepto de “empresa”¹³, precisamente el destinatario de las normas contenidas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En efecto, como ha señalado la más autorizada doctrina, “aunque la jurisprudencia comunitaria ha aportado recientemente algunas aclaraciones sobre la imputación de responsabilidad y el concepto de empresa en la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia, así como una base jurídica explícita y útil para el análisis de la aplicabilidad de estas formas de responsabilidad, sigue existiendo una evidente falta de claridad con respecto a algunas cuestiones clave”¹⁴.

11. Para el desarrollo de este trabajo se seguirá el siguiente esquema. Tras este primer epígrafe de introducción se examinará, en el apartado II, en términos generales, el conocido “cártel de los camiones”, ya que es la conducta ilícita de la que se derivan las acciones de daños cuya problemática se plantea en este asunto. Se destacará el problema que se encontraron las primeras acciones de daños ejercidas, que se desestimaron por falta de legitimación pasiva. A continuación, en el apartado III se examinará el marco en el que se plantea -y se resuelve- este conflicto: el de la complementariedad entre la aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia. Seguidamente, en el apartado IV analizaremos el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de la AP de Barcelona en su Auto de 24 de octubre de 2019. Los apartados V y VI se dedican ya propiamente al estudio de la Sentencia *Sumal c. Mercedes*, del pasado 6 de octubre de 2021. Evidentemente, no podemos llevar a cabo un análisis completo de la misma, y ello obligará a obviar algunos puntos, sobre todo de carácter procesal. Centrándonos, pues, en las cuestiones sustantivas que entra a resolver el TJUE, nos fijaremos en los que consideramos son el núcleo del pronunciamiento: el concepto de “empresa” y la teoría de la “unidad económica”, y derivado de lo anterior, la imputación y responsabilidad “descendente” de la filial por los actos de la matriz. Hay otras dos cuestiones que se abordan en este pronunciamiento que también merecen atención, y a ellos se dedicará el apartado VII: los derechos de defensa; y el conflicto con la normativa nacional, en este caso, la Ley de Defensa de la Competencia. Finalmente, en el apartado VIII, se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

II. El problema de la falta de legitimación pasiva y el “cártel de los camiones”

12. Tras una extensa investigación, las oportunas inspecciones domiciliarias, y la incoación de un expediente sancionador, la Comisión Europea concluyó que los fabricantes MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco y DAF habían llegado a acuerdos secretos para repercutir sobre sus compradores los costes de cumplimiento con la normativa de emisiones. Así mismo, y según consta en la Decisión¹⁵ AT.39824 – *Camiones*, el cártel se extendía a las fechas en las que introducían ciertas tecnologías, y la coordinación de precios mayoristas, en la venta de camiones medios (entre 6 y 16 toneladas) y grandes (más de 16 toneladas).

13. Consecuentemente, el 19 de julio de 2016 la Comisión impuso a dichas empresas una astronómica sanción, de 2.926 millones de euros, por participar en un cártel que afectó, durante 14 años (desde 1997 hasta 2011), a prácticamente toda la zona euro. El 27 de septiembre de 2017 “completó” la sanción al cártel de los camiones con una multa de 880 millones de euros a SCANIA, que no se había acogido al régimen transaccional como el resto de las empresas en el expediente sancionador, y por

¹³ En inglés, *undertaking*, y por tanto distanciándose de otros términos parecidos al uso en el momento de redactarse los Tratados, que pudieran tener más contenido legal, como podrían ser los de “compañía”, “firma”, “corporación”, “sociedad”, etc.

¹⁴ P. WHELAN, “Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability” (April 11, 2022), en F. MARCOS, B. RODGER Y M. SOUSA (eds), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU* (Elgar Publishing, forthcoming), pág. 2. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4080911

¹⁵ Decisión C (2016) 4673 final, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39824 – *Camiones*, DOUE 2017 C/108, pág. 6. El texto público de la Decisión está disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf

tanto siguió un procedimiento distinto¹⁶. Recientemente, con fecha 2 de febrero de 2022, el TGUE ha desestimado¹⁷ el recurso de Scania y por tanto ha confirmado la existencia de una infracción única y continuada, así como su participación junto al resto de los integrantes del *cártel de los camiones*.

14. Las tres conductas infractoras fueron: 1) acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinearse; 2) acuerdos o prácticas concertadas sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones de CO₂ exigida por las normas EURO3 a EURO6; 3) acuerdos o prácticas concertadas para la repercusión a los compradores del coste de introducción de dichas tecnologías.

15. Como ya entonces puso de manifiesto¹⁸ el prof. MARCOS, la información existente sobre dicho cártel (la que se contiene en la Decisión de la CE desde luego es muy escueta) no iba a facilitar, de modo sencillo, una cuantificación del daño sufrido por los adquirentes finales de los camiones. A esta dificultad se añade que el acuerdo entre los fabricantes no se materializó en concretas subidas de precios (como suele ocurrir con los cárteles duros), sino en otros aspectos de su comportamiento, que si bien es innegable que falsean la libre competencia (intercambio de información, alineamiento de conductas, coordinación de actuaciones, entendimiento sobre precios brutos, etc.), es complicado calcular con exactitud en qué medida se produjo el daño para los adquirentes de los camiones, fueran concesionarios o clientes finales.

16. Con todo, no tardaron en llegar las primeras resoluciones judiciales pronunciándose sobre reclamaciones de daños contra los fabricantes de camiones, como la pionera sentencia¹⁹ de 16 de octubre de 2018, en que un Juez de lo Mercantil en España resuelve una reclamación de daños derivados de este cártel, en concreto contra la empresa *VOLVO Group España, S.A.*, en sentido estimatorio, y por importe de €128.756,78.

17. Hoy, y sólo en España, superan el millar las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil resolviendo este tipo de reclamaciones, y por cientos las de las Audiencias Provinciales respectivas resolviendo recursos de apelación²⁰. Es fácil imaginar el amplio abanico de problemáticas tanto sustantivas como procesales que el ejercicio de estas acciones ha planteado, y los jueces han ido resolviendo, con planteamientos necesariamente novedosos, no siempre acertados, y que la segunda instancia ha ido -según qué casos- confirmando o revocando, y toca ahora en casación al Tribunal Supremo decir la última palabra sobre algunas cuestiones todavía dudosas.

18. Así, se han planteado, principalmente, las siguientes cuestiones²¹: interpretación del derecho español conforme a la Directiva 2014/104/UE; jurisdicción competente para conocer de las demandas; legitimación activa y pasiva; efecto vinculante de la decisión de la Comisión; plazo de prescripción de la acción de daños y determinación del *dies a quo*; litisconsorcio pasivo necesario; presunción de daño *in re ipsa*, valoración de los dictámenes periciales; estimación judicial del daño; valoración de la defensa

¹⁶ Decisión C (2017) 6467 final, de 27 de septiembre de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39824 – *Camiones*.

¹⁷ Sentencia del TG de la UE (Sala Décima ampliada), de 22 de febrero de 2022, As. T-799/17, *Scania c. Comisión Europea*.

¹⁸ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “El cálculo de los daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones”, 11 de julio de 2018, en el blog *Almacén de Derecho*, disponible en: <http://almacendederecho.org/calculo-los-danos-causados-cartel-los-fabricantes-camiones/> (última consulta el 20 de mayo de 2022).

¹⁹ Sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Murcia, núm. 288/2018, de 15 de octubre de 2018.

²⁰ Sin duda el autor que está haciendo un seguimiento más exhaustivo y prácticamente en tiempo real de esta ingente producción jurisprudencial es el prof. FRANCISCO MARCOS. Para una relación completa de las sentencias dictadas a enero de 2022, *Vid.*, “Jurisprudencia menor sobre los daños causados por el cártel de camiones”, *Blog Almacén de Derecho*, 21 de enero de 2012, disponible en: <https://almacendederecho.org/jurisprudencia-menor-sobre-los-danos-causados-por-el-cartel-de-camiones> (última consulta el 10 de junio de 2022).

²¹ Para una visión general de estas problemáticas, con referencia expresa al cártel de los camiones, permítase la referencia a F. DÍEZ ESTELLA, “Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivados de cárteles en España”, en AA.VV., *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dir. J. M. BENEYTO PÉREZ / J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS), Aranzadi, 2019, págs. 687-732.

passing-on; etc. Naturalmente, excedería con creces el ámbito de este comentario entrar a analizar en detalle cada una de esas problemáticas; nos centraremos en una de ellas, la de la legitimación pasiva en las reclamaciones de daños, ya que es la que ha suscitado la cuestión prejudicial que resuelve el TJUE en su sentencia objeto de comentario aquí.

19. En efecto, en los primeros asuntos que llegaron a los Juzgados de lo Mercantil en España, en los que particulares o empresas adquirentes de camiones fabricados por las empresas sancionadas reclamaron los daños sufridos por el sobrecoste derivado del cártel, vieron sus demandas desestimadas por falta de legitimación pasiva *ad casum*, ya que las empresas a las que habían comprado los vehículos eran filiales de los fabricantes, y no estaban mencionadas en la Decisión de la Comisión de la que trae causa la acción resarcitoria (que se trata de una acción consecutiva, o *follow-on*).

20. Así, y sin ánimo exhaustivo, sino para dar cuenta del problema que se planteó, podemos encontrar el siguiente elenco de pronunciamientos desestimatorios por falta de legitimación pasiva (los hay también por falta de legitimación activa, y prescripción, que hemos omitido) que recoge²² el prof. F. MARCOS en detalle en un análisis precisamente de la responsabilidad de las filiales por los daños causados por sus matrices, los fabricantes, en el cártel de los camiones:

Tribunal	Fecha	Procto.	Motivo desestimación
Juzgado Mercantil de Murcia nº 1	16/10/18	148/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Valencia nº 2	18/2/19	298/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Barcelona nº 3	23/1/19	899/17	Falta de legitimación pasiva
Juzgado de 1ª instancia de Jaén nº 4	14/3/19	183/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Madrid nº 3	2/7/19	609/18	Falta de Legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Madrid nº12	3/7/19	584/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Madrid nº 12	17/7/19	543/2018	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Coruña nº 1	31/7/19	166/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado 1ª Instancia Jaén nº 4	10/9/19	569/17	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Madrid nº 12	24/9/19	564/18	Falta de legitimación pasiva
Juzgado Mercantil de Madrid nº 3	8/10/19	1264/17	Falta de legitimación pasiva

21. Según este autor, prácticamente la mitad de las demandas de daños derivados del cártel de los camiones, en esta primera hornada de ejercicio de acciones resarcitorias, fueron desestimadas en primera instancia porque se interpusieron contra las filiales españolas de los fabricantes españoles. Claro, ninguna de dichas empresas estaba mencionada ni era destinataria de la decisión de la Comisión, que únicamente identificaba a las quince sociedades declaradas como responsables de la infracción del art. 101 TFUE, en los artículos 1, 2 y 4 de la Decisión *Camiones*:

- MAN SE, Ungererstraße 69, 80805 Munich (Alemania); MAN Truck & Bus AG, Dachauer Str. 667, 80995 Munich (Alemania) y MAN Truck & Bus Deutschland GmbH, Oskar-Schlemmer-Straße 19-21, 80807 Munich (Alemania)
- AB Volvo (publ), 405 08 Göteborg (Suecia); Volvo Lastvagnar AB, 405 08 Göteborg (Suecia); Volvo Group Trucks Central Europe GmbH, Oskar-Messter-Str. 20, 85737 Ismaning (Alemania) y Renault Trucks SAS, 99, Route de Lyon, 69806 Saint-Priest Cedex (Francia)
- Daimler AG, Mercedesstrasse 137, 70327 Stuttgart (Alemania)
- Fiat Chrysler Automobiles N.V., Fiat House, 25 St James’s Street, Londres SW1A 1HA (Reino Unido).

²² F. MARCOS, “Responsabilidad de las filiales por daños causados por los fabricantes en el cártel de los camiones”, *Blog Almacén de Derecho*, 10 de noviembre de 2019, disponible en: <https://almacenederecho.org/responsabilidad-de-las-filiales-por-danos-causados-por-los-fabricantes-en-el-cartel-de-los-camiones/> (última consulta el 29 de mayo de 2022).

- CNH Industrial N.V., 25 St James’s Street, Londres SW1A 1HA (Reino Unido).
- Iveco S.p.A., Via Puglia 35, 10156 Turín (Italia); Iveco Magirus AG, Nicolaus-Otto-Straße 27, 89079 Ulm (Alemania)
- PACCAR Inc., PACCAR Building, 777-106th Av. N.E, Bellevue, Washington 98004 (Estados Unidos)
- DAF Trucks N.V., Hugo van der Goeslaan 1, 5643 TW Eindhoven (Holanda); DAF Trucks Deutschland GmbH, DAF-Allee 1, 50226 Frechen (Alemania)

22. ¿Supondría la exigencia de tener que demandar directamente a los fabricantes un obstáculo excesivo para un efectivo resarcimiento de las víctimas del cártel? Porque los inconvenientes de negar la legitimación pasiva a las filiales españolas son evidentes: traducción de documentos jurídicos, viajes, costes de defensa, temas logísticos, de comunicación, etc. Por otro lado, es igualmente evidente que si la reclamada (filial de la fabricante) no ha llevado a cabo ninguna conducta antijurídica (no son infractoras sancionadas por la decisión de la CE), ni se establece algún tipo de conexión y relación de causalidad entre la conducta ilícita, el daño y la responsable, faltarían -de forma clamorosa- los más elementales requisitos de la exigencia de responsabilidad civil extracontractual (ex artículo 1902 CC, y en el ámbito concreto del Derecho de la Competencia, los artículos 71 y 72 LDC). Esta la cuestión que aborda la Sentencia *Sumal c. Mercedes*, y que analizaremos en las páginas siguientes.

III. Complementariedad de la aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia

23. Con carácter previo al asunto concreto que vamos a analizar aquí, se precisa situar el marco en el que el caso *Sumal* se plantea, y no es otro que el de la complementariedad entre la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia. Ambos sistemas están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro. Esto es así por diseño explícito de las autoridades legislativas, desde el entendimiento de que cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio (*deterrence*) a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva.

24. Si hemos recalcado desde la introducción la importancia de la complementariedad entre aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia, el pronunciamiento del TJUE puede decirse que va un paso más allá. Como ha destacado en una publicación académica un miembro de la propia CNMC “la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma”²³. En *Sumal c. Mercedes* no se trata ya de que la aplicación privada no perjudique la aplicación pública, es que señala el TJUE que:

“al igual que la aplicación de las normas de competencia de la Unión por las autoridades públicas (*public enforcement*), las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de tales normas (*private enforcement*) forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlas de incurrir en ellos” (apartado nº 37).

25. Naturalmente, esta categórica afirmación se apoya con referencia expresa en la reciente sentencia *Skanska*²⁴, que también resuelve una cuestión prejudicial al hilo de las reclamaciones de daños antitrust, y como puede deducirse de la literalidad de la expresión, asigna a la aplicación privada la

²³ D. CASTRO-VILLACAÑAS, “La transposición de la *Directiva de Daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en *Anuario de la Competencia 2015*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2016, pág. 445.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de marzo de 2019, As. C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros* (ECLI:EU:C:2019:204), apartado nº 45.

función disuasoria que siempre se ha considerado como propia (¿y exclusiva?) de la aplicación pública del Derecho de la Competencia. En sus conclusiones en este asunto, ya había manifestado el A.G. Wahl con toda rotundidad que “*Al utilizar expresiones categóricas como derechos y eficacia del Derecho de la competencia de la Unión, el Tribunal de Justicia recalcó especialmente la función disuasoria de las demandas de indemnización de daños por infracción del Derecho de la competencia de la Unión*”²⁵. En *Sumal c. Mercedes* el TJUE sigue con un discurso igualmente explícito en este mismo sentido: “*más allá de la propia reparación del perjuicio alegado, la apertura de este derecho contribuye a la consecución del objetivo disuasorio que se halla en el centro de la acción de la Comisión*” (apartado nº 36).

26. Esta conclusión y este razonamiento va mucho más allá del caso concreto que el tribunal de Luxemburgo está resolviendo, y evidentemente aporta una doctrina sobre la complementariedad entre la aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia que enriquece y completa lo que establece la Directiva 2014/104/UE y hasta ahora ha venido manifestando la jurisprudencia comunitaria. Pero es que, además, pone a disposición del TJUE el rico acervo existente en el ámbito de la aplicación pública para responder a la cuestión planteada en el ámbito de la aplicación privada, el concepto de empresa y la imputación a la filial de los actos de la matriz en una reclamación de daños. Y esto es así porque (apartado nº 38):

“En consecuencia, el concepto de «empresa», en el sentido del artículo 101 TFUE, que es un imposición por la Comisión de multas con arreglo al artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 y en el de las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión”.

27. Como acertadamente se ha puesto de manifiesto, parafraseando la célebre cita²⁶ de Isaac Newton, “el Tribunal construye su argumentación sobre la aplicación privada sobre los hombros fuertes de la aplicación pública, implícitamente rechazando de este modo las potenciales divergencias entre ambas herramientas”²⁷. En este aspecto el TJUE se separa un poco de la propuesta del AG Pitruzzella, que en el apartado nº 52 de sus conclusiones había planteado lo que él mismo califica como “modelo reconstructivo de la unidad económica”, y se apoya -para que la imputación de responsabilidad pueda realizarse no sólo en sentido *ascendente* (de la filial a la matriz) sino también *descendente* (de la matriz a la filial)- en el principio de efectividad o el hecho de que las autoridades nacionales tienen que facilitar el ejercicio de acciones, sin que haga falta para esto que sean requeridas por el derecho de la UE.

28. Todo esto tiene gran relevancia para el caso *Sumal*. El sistema de aplicación “bifurcado” (público y privado) persigue la disuasión como objetivo principal, lo que no excluye la búsqueda de compensación por los daños causados por las prácticas anticompetitivas de las prácticas anticompetitivas. Por lo tanto, las dos ramas que componen el sistema de aplicación, persiguen un objetivo común, a saber, la disuasión del comportamiento anticompetitivo. Como se ha señalado²⁸, si los objetivos de estas ramas son idénticos, la responsabilidad -y, por tanto, el círculo de los de los responsables de una infracción del derecho de la competencia- debe tener el mismo significado en ambos, es decir, la teoría de la unidad económica, y con ella la noción de empresa, también deben aplicarse al *private enforcement*.

²⁵ Conclusiones del Abogado General Wahl, presentadas el 6 de febrero de 2019, Asunto C 724/17, *Vantaan kaupunki contra Skanska Industrial Solutions Oy NCC Industry Oy Asfaltmix Oy* (ECLI:EU:2019:100), apartado nº 29.

²⁶ “Somos como enanos sentados sobre los hombros de gigantes para ver más cosas que ellos y ver más lejos, no porque nuestra visión sea más aguda o nuestra estatura mayor, sino porque podemos elevarnos más alto gracias a su estatura de gigantes”, I. NEWTON, Letter from Sir Isaac Newton to Robert Hooke, 1675.

²⁷ M. ARAUJO BOYD, “Of undertakings, legal entities and groups of companies. The CJEU’s judgment in *Sumal* (C-882/19)”, *Blog Chillin’ Competition*, 7 de octubre de 2021 (traducción propia). Disponible en: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19/> (última consulta el 30 de mayo de 2022).

²⁸ B. FREUND, “Heralds of Change: In the Aftermath of *Skanska* (C-724/17) and *Sumal* (C-882/19)”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 53, (2022) pág. 250.

IV. La cuestión prejudicial: el Auto de la AP de Barcelona de 24 de octubre de 2021.

29. En el caso concreto que dio lugar a la cuestión prejudicial la demandante es Mercedes Benz Trucks España (en adelante, MBTE), una sociedad filial del grupo Daimler, cuya sociedad matriz es Daimler. Está acreditado que entre 1997 y 1999, dicha empresa adquirió dos camiones de MBTE a través de una entidad concesionaria del grupo Daimler, la sociedad Stern Motor, S. L. A raíz de la Decisión de la CE de 2016, y como recoge el TJUE (apartado nº 11) “Sumal presentó una demanda de resarcimiento por daños y perjuicios ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona por la que reclamaba a Mercedes Benz Trucks España el pago de 22 204,35 euros, correspondiente al sobre coste de adquisición que, según ella, había soportado debido al cártel en el que Daimler, sociedad matriz de Mercedes Benz Trucks España, había participado”.

30. Dicho Juzgado, mediante sentencia²⁹ de 23 de enero de 2019 desestimó la demanda, ya que consideró que la demandada MBTE carecía de legitimación pasiva, pues la única responsable de la infracción -y, por tanto, responsable civilmente- era su matriz, Daimler, la entidad mencionada en la Decisión de la CE como infractora de la conducta antitrust de la que se derivó el daño. Sumal interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, quien suspendió el procedimiento y planteó al TJUE una cuestión prejudicial a través de un Auto³⁰ de fecha 24 de octubre de 2019.

31. Es interesante que la primera razón que da la AP (apartado nº 10) para justificar el planteamiento de la cuestión prejudicial es precisamente lo que hemos señalado en el apartado anterior, las dificultades a las que tienen que enfrentarse los reclamantes de daños equivalen en la práctica a una suerte de falta de tutela judicial efectiva (en un apartado posterior, el nº 27, en terminología muy propia del derecho antitrust, llega a calificar estas dificultades como de... ¡“una importante barrera de entrada en el procedimiento para los perjudicados”!):

“La importante proliferación de procedimientos en los que se ejercitan acciones civiles de reclamación de daños y perjuicios posteriores a la constatación de ilícitos en materia de defensa de la competencia, particularmente cuando se trata de ilícitos transnacionales, y las dificultades que plantea la citación de las partes a las que se imputó la infracción en el procedimiento administrativo de infracción, por encontrarse su domicilio en un país distinto al del procedimiento, ha determinado que las acciones de reclamación no se dirijan directamente contra las matrices que resultaron sancionadas en el procedimiento administrativo sino contra sus filiales nacionales”.

32. Más adelante, tras indicar que procede el planteamiento de la cuestión prejudicial ya que esa problemática no sólo afecta al asunto concreto que tiene que enjuiciar el órgano remitente, sino que se ha planteado en otros muchos procedimientos, hace una enumeración amplia de los aspectos que la AP de Barcelona considera relevantes, como una reflexión para sí misma que comparte con el TJUE, sin todavía plantear formalmente la cuestión prejudicial. Lo hace en el apartado nº 15 del Auto, y las presenta como el hilo conductor que guía su exposición:

“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 extenderla responsabilidad de las filiales a la matriz?

b) ¿Exige la aplicación de la doctrina sobre la unidad económica que la filial haya tenido participación directa en los actos de infracción o bastaría con una participación indirecta o un simple aprovechamiento económico de las consecuencias de la infracción?

c) ¿Existiría continuidad económica a tales efectos en los casos en los que las filiales estén completamente dominadas por la matriz, por ejemplo, por tratarse de sociedades unipersonales participadas por la matriz?

²⁹ Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, núm. 899/17, de 23 de enero de 2019.

³⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 775/2019, de 24 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:9370A).

d) *¿Existiría continuidad económica por ser utilizadas las filiales como simples comercializadoras en cada uno de los mercados nacionales de los productos con los que se cometió la infracción, de forma que pueda deducirse que han sido un instrumento más de la actividad infractora o bien que hayan sacado provecho de ella?*

e) *¿Debe ser exigible, para poder apreciar la existencia de unidad económica y extender la responsabilidad a la filial, una justificación añadida derivada de la imposibilidad o dificultad de hacer efectivo el principio de pleno resarcimiento frente a la matriz, al menos en el caso de que la filial no hubiera sido parte en el previo proceso relativo a los actos de infracción?”*

f) *Caso de ser exigible esa justificación añadida, ¿sería suficiente la derivada de las dificultades y de la 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?*

g) *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. 61.2 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?*

h) *Caso de negarse la extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial, ¿podría justificar el principio de unidad de empresa que la citación de la matriz se hiciera a través de su filial nacional, al menos en supuestos de procesos reiterados con similar objeto?”*

33. Es patente que no se podrá reprochar a la AP de Barcelona la falta de esfuerzo por contextualizar adecuadamente los temas que está tratando, y de razonar y justificar las problemáticas a las que se enfrenta, y sobre las que solicita ayuda interpretativa. Seguidamente enuncia (apartado nº 16) las que formalmente son las cuatro cuestiones prejudiciales que plantea al TJUE en la parte dispositiva del Auto de 24 de octubre de 2019:

«[1] *¿Justifica la doctrina de la unidad económica que emana de la doctrina del propio Tribunal [de Justicia] 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?*

[2] *¿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?*

[3] *Caso de admitirse la posibilidad de extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial, ¿cuáles serían los requisitos que la harían posible?*

[4] *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 artículo 61.2 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?»*

34. Haciendo gala de un preciso conocimiento y manejo de la jurisprudencia comunitaria, la AP de Barcelona desarrolla en el Auto las grandes líneas que van a inspirar, como veremos más adelante, la decisión final del TJUE. En particular, recoge gran parte de los pronunciamientos que sientan los fundamentos de la doctrina de la “unidad económica” y el concepto de “empresa” a los efectos del Derecho de la Competencia.

35. Así, señala (apartado nº 18) que conforme a la sentencia *Akzo*³¹, “el Tribunal de Justicia ha reiterado en diversas resoluciones que los autores de los Tratados optaron por utilizar el concepto de ‘empresa’ para designar al autor de una infracción del art. 101 TFUE (...) dentro de ese concepto se encuentra toda entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y modo de financiación”. Esta referencia se completa (apartado nº 19) con la jurisprudencia -bien conocida en nuestro país- *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*³², que

³¹ STJUE de 27 de abril de 2017, asunto *Akzo Nobel*, C-516/15 P.

³² STJUE de 14 de diciembre de 2006, asunto *CEEES*, C-271/05, Rec. p. I 11987, apartado 40.

añade a la anterior que ese concepto de empresa designa una “unidad económica”, y que a estos efectos es irrelevante que dicha unidad esté constituida por varias personas físicas o jurídicas.

36. Y, apuntando lo que va a constituir el núcleo de la STJUE en Sumal, señala (apartado nº 20) la AP de Barcelona que si el fundamento único de esta extensión de responsabilidad de las filiales a las matrices (la “ascendente”) es el poder de control que éstas ejercen sobre aquellas, ese argumento no se sostiene si queremos invertir la extensión, y hacer responder a las filiales por la conducta de las matrices (la “descendente”). En efecto, apunta que ese poder de control “*es poco verosímil que también pueda existir a la inversa*” ya que, concluye con un punto de ironía “*no tenemos ninguna evidencia de que la filial española ostente poder de control sobre la matriz alemana*”.

37. Para salvar el escollo acude una vez más a la jurisprudencia comunitaria, en concreto a la sentencia del TG en el asunto *Biogram*³³ (pendiente de recurso ante el TJUE) que justifica la extensión de responsabilidad en ambas direcciones, la ascendente y la descendente. En concreto la AP cita (apartado nº 21) el apartado 218 de la STG que afirma: “*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 constituyen una sociedad matriz y su filial resulta del concurso de las conductas de esas dos sociedades*”.

38. Este punto ya lo había advertido la AP de Barcelona, al enunciar las razones que justifican el planteamiento de la cuestión, al señalar (apartado nº 10) que lo normal en este caso del cártel de los camiones es que las demandadas “*sean filiales participadas exclusivamente por las matrices infractoras y que son utilizadas por éstas para comercializar los productos con los que se cometió la infracción, razón por la que de alguna forma puede llegarse a pensar que también esas filiales obtuvieron provecho de ella, en la misma o similar medida que las sociedades matrices*”. Este punto de vista es muy relevante, como luego veremos, y lo apuntó también -desde el punto de vista de la aplicación pública- la propia decisión de la Comisión, que declaró que la intervención de las filiales de los fabricantes en los diversos países fue esencial para la comercialización y distribución de los camiones en el mercado. De ahí que, aunque sea correcto hablar, como se ha hecho en algún comentario³⁴, de la responsabilidad de las “inocentes” filiales por contraposición a las “culpables” matrices, quizá se acerque más a la realidad jurídica de esta interpretación extensiva de responsabilidad la licencia literaria de preguntarse si están pagando los hijos por los pecados de los padres³⁵.

V. El concepto de “empresa” y la teoría de la unidad económica

39. De la simple lectura de las cuestiones prejudiciales planteadas por la AP de Barcelona puede fácilmente deducirse la importancia práctica de la problemática que se plantea, su incidencia en los miles de acciones de daños que se están ventilando ante la jurisdicción en España y el resto de la Unión Europea, y en consecuencia la enorme expectación que el pronunciamiento del TJUE había generado. Tras las oportunas Conclusiones³⁶ del Abogado General, presentadas el 15 de abril de 2021, y que serán objeto de análisis también, el tribunal de Luxemburgo dictó su esperada sentencia el 6 de octubre del pasado 2021.

³³ STG de 12 de diciembre de 2018, asunto *Biogram*, T-677/14.

³⁴ B. FREUND, “Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law”, *GRUR International*, Vol. 70 (8), 2021, p. 741.

³⁵ M. ARAUJO BOYD, “Should Children Pay for Their Parent’s Sins? The *Sumal* Preliminary Reference”, *Journal of Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, Nº 1, pp. 25 – 33.

³⁶ Conclusiones del A.G. Pitruzzella, presentadas el 15 de abril de 2021, en el Asunto C-882/19, *Sumal*, S.L. c. Mercedes Benz Trucks España, S.L. (ECLI:EU:C:2021:293).

40. Hemos optado, como se ha señalado en la introducción, por centrarnos en los puntos esenciales de este histórico pronunciamiento, y por tanto obviar otros aspectos de la Sentencia que, pese a su indudable interés, no son abarcables en este comentario. Entre estos destacan dos principalmente: por un lado, el razonamiento del TJUE (apartados nn. 16 a 22) sobre la solicitud que hizo MBTE de reapertura de la fase oral del procedimiento, solicitud que es denegada; y, por otro lado, la valoración -igualmente “desestimatoria”- que hace el TJUE (apartados nn. 23 a 30) de las dudas que albergaba MBTE acerca de la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. Es de señalar, además, que en esta segunda cuestión el TJUE se desmarca de la propuesta del AG, que en sus Conclusiones (apartado nº 15) opina que “*procede rechazar la excepción de inadmisibilidad propuesta por MBTE y basada sobre el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia en lo que respecta a las tres primeras cuestiones prejudiciales, y estimarla en lo que atañe a la cuarta cuestión prejudicial*”.

41. Aunque pueda parecer paradójico, siendo la empresa el destinatario de las normas de Derecho de Competencia en la UE contenidas en los arts. 101 y 102 TFUE, no hay una configuración legal del concepto en las normas de Derecho originario. Se ha señalado, precisamente para determinar el ámbito de responsabilidad por las conductas anticompetitivas, y quiénes responden tanto en cuanto a las sanciones (aplicación privada) como en cuanto a los daños causados (aplicación privada), que “como es lógico, y dada la naturaleza específica del Derecho de la UE, no existe una definición real de ‘empresa’ en el marco del Tratado. Sin embargo, los tribunales de la UE han colmado esta laguna con sus pronunciamientos jurisprudenciales”³⁷. Efectivamente, esto ha sido así, y una empresa, en este ámbito normativo “consiste en una organización unitaria de elementos personales, tangibles e intangibles, que persigue un objetivo económico específico a largo plazo, y puede contribuir a la comisión de una infracción de las disposiciones del Derecho de la competencia de la UE”³⁸.

42. Las conclusiones a las que llega en su pronunciamiento el TJUE no se entienden en todo su alcance sin un breve repaso de la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de “empresa”, a los efectos de aplicación del Derecho de la Competencia, concepto que se apoya sobre la teoría de la “unidad económica”. Llevaremos a cabo este análisis con especial referencia al precedente más inmediato, y sobre el que se construye la sentencia de 2021, el asunto *Skanska*, decidido el año anterior (Apdo. V.1); seguidamente, entraremos a analizar en detalle la supuesta “revolución” que en esta doctrina introduce la sentencia del TJUE el asunto *Sumal c. Mercedes Benz* (Apdo. V.2).

1. Configuración del concepto por la jurisprudencia comunitaria

43. Como consecuencia lógica de todo el razonamiento anterior, y para preparar la respuesta sobre la imputación a la filial responsabilidad por los actos de la matriz, señala el TJUE en el apartado nº 39 de su pronunciamiento cómo ha de categorizarse el concepto de “empresa” en el ámbito del Derecho de la Competencia: “*Pues bien, de la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, resulta que los autores de los Tratados optaron por utilizar este concepto de «empresa» para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia, sancionable con arreglo a dicha disposición, y no otros conceptos como los de «sociedad» o de «persona jurídica*”.

44. Efectivamente, habida cuenta que la base del concepto de empresa es más de naturaleza económica que legal, dicho concepto no necesariamente se corresponde ni con la persona física que desarrolle una actividad económica ni con lo que conocemos como la “personalidad jurídica”³⁹, que es el ele-

³⁷ P. WHELAN, “Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability” (April 11, 2022), en F. MARCOS, B. RODGER Y M. SOUSA (eds), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU* (Elgar Publishing, forthcoming), pág. 3. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4080911

³⁸ Asunto C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751.

³⁹ A. JONES, “The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law” (2012), *European Competition Journal*, Vol. 8 (2), pág. 302.

mento constitutivo de las sociedades mercantiles. Y, en línea con la complementariedad de la aplicación pública y privada a la que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior, señala el TJUE en este mismo apartado que este mismo concepto es el que maneja -en el ámbito sancionador- el art. 23.2º del Reglamento 1/2003 como -en el ámbito de las acciones de resarcimiento- el art. 2.2º de la Directiva 2014/104/UE.

45. Derivado de lo anterior, e íntimamente ligado al concepto de “empresa”, está el de “unidad económica” o también “unidad de conducta”⁴⁰ en el mercado; lo señala el TJUE en el apartado nº 41 de *Sumal*, cuando recuerda que:

“al tener por objeto las actividades de las empresas, el Derecho de la Unión en materia de competencia consagra como criterio decisivo la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado (...) el concepto de «empresa» comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación, y designa, así, una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas”.

46. Este pronunciamiento, este concepto de empresa y de unidad económica, sobre los que fundamenta el TJUE su decisión, no pueden sorprender a nadie, ya que entronca con una larga y consistente línea jurisprudencial que arranca hace ahora medio siglo, con la Sentencia *Imperial Chemical Industries*⁴¹, del entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, dictada el 14 de julio de 1972. Ya entonces afirmó que la conducta de una filial con personalidad jurídica diferenciada es atribuible a la sociedad matriz si la filial “no decide de forma autónoma su propio comportamiento en el mercado, sino que ejecuta, en todos los aspectos materiales, las instrucciones que recibe de la matriz” (apartado nº 132). Esta “unidad del grupo así formado” (apartado nº 135) existía *in casu* ya que la matriz poseía “la totalidad o, en todo caso, la mayoría de las acciones” (apartado nº 136) de sus de sus filiales y ejercía una influencia decisiva en su conducta empresarial.

47. La línea de razonamiento seguida por el entonces TJCE en esta decisión es luego confirmada en otras muchas, que van perfilando la noción de empresa y la teoría de la unidad económica, siempre en el ámbito de la aplicación pública, y en el sentido de responsabilidad “ascendente” (atribuir a la matriz la conducta llevada a cabo por sus filiales). Así, encontramos, entre otros muchos, la ya citada por la AP de Barcelona en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*⁴², o la también conocida *Akzo Nobel*⁴³, a la que el TJUE se remite repetidamente en *Sumal*.

48. Del mismo modo, en *Knauf Gips*⁴⁴ ya se había señalado que “una unidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales, que persigue un objetivo económico específico a largo plazo”. En *Sumal* se recoge este precedente (apartado nº 41), así como la obligada también referencia a *Dow Chemical*⁴⁵, en el apartado nº 46, cuando recuerda que “el concepto de «empresa» empleado en el artículo 101 TFUE es un concepto funcional, y la unidad económica constitutiva de dicha empresa debe identificarse desde la perspectiva del objeto del acuerdo de que se trate”. En otras palabras, el TJUE en las sentencias *Knauf Gips* y *Dow Chemical* ya había ligado el concepto funcional de empresa a una finalidad económica, a un objetivo económico específico y a una finalidad funcional específica, abriendo así la puerta a más de un objetivo económico objetivo económico específico -es decir, varias unidades económicas- dentro de un grupo de empresas.

⁴⁰ Asunto T-66/99, *Minoan Lines SA v. Commission* [2003] ECR II-5515, apartado nº 123.

⁴¹ Sentencia del TJCE, Asunto 48/69, de 14 de julio de 1972.

⁴² STJUE de 14 de diciembre de 2006, asunto *CEEES*, C-271/05, Rec. p. I 11987, apartado 40.

⁴³ Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros c. Comisión*, As. C97/08 P, (ECLI:EU:C:2009:536).

⁴⁴ Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010, *Knauf Gips c. Comisión*, As. C407/08 P, (ECLI:EU:C:2010:389), apartados 84 y 86.

⁴⁵ Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2013, *The Dow Chemical Company c. Comisión*, As. C179/12P, (ECLI:EU:C:2013:605), apartado 57.

49. Por tanto, a este respecto, que es el núcleo de la Sentencia del TJUE de 2021, y la base para atribuir a la filial responsabilidad por la conducta de la matriz, *¿nihil novum sub sole?* Pues sí que hay novedad, por la sencilla razón que la problemática que se le plantea en la cuestión prejudicial no se había planteado antes, y por eso el TJUE tiene que “innovar”, pero hay que ser cauto a la hora de calificar el asunto *Sumal c. Mercedes* como revolucionario o disruptivo, porque lo que hace el tribunal luxemburgués es limitarse a extraer la consecuencia lógica de los referidos precedentes⁴⁶. Se trata, como veremos a continuación, del requisito -para que haya unidad económica, por tanto posibilidad de extender la responsabilidad de la matriz a la filial- de “actúen en el mismo sector económico”.

50. Además, por si todo lo anterior no fuera suficiente, unos meses antes de *Sumal*, ya se había pronunciado sobre casi todas estas cuestiones, en su no menos trascendental pronunciamiento en el asunto *Skanska*⁴⁷, dictada el 14 de marzo de 2019. En ella el TJUE dictaminó que el círculo de personas responsables del perjuicio resultante de un comportamiento anticompetitivo debe determinarse con arreglo al con el art. 101 TFUE. Así, el concepto de “empresa” debe aplicarse tanto a la aplicación pública como a la privada.

51. Como es sabido, en este asunto, derivado de un cártel de empresas en Finlandia del sector del asfalto, no se dirimía la eventual exigencia de responsabilidad a la filial por los actos de la matriz, sino el problema planteado por la sucesión de empresa, ya que cada de las empresas en cuestión había adquirido acciones en una de las siete empresas originalmente implicadas en el cártel a través de diversos procedimientos de adquisición, como fusiones y reestructuraciones en los años 2000 a 2002. Como resultado, las actividades económicas de los infractores fueron continuadas por las empresas adquirentes, aunque las empresas adquiridas dejaron de existir jurídicamente, bien por liquidación voluntaria o por fusión. Y, según el régimen legal finés de responsabilidad civil, a las compañías adquirentes no se les podía exigir responsabilidad derivada del daño anticompetitivo que las empresas adquiridas hubieran podido causar.

52. Este círculo de entidades responsables, para asegurar la plena efectividad del art. 101 TFUE, debe ser determinado por el derecho de la UE, y no por las normativas nacionales que, como en el caso finés -y el español, en *Sumal*- supondrían un obstáculo al pleno resarcimiento de las víctimas de los cárteles. Para su determinación, y previamente a este pronunciamiento, había dos posibilidades: una, apoyada por la CE, era que correspondía al ordenamiento jurídico interno de los Estado miembro determinar el círculo de personas responsables de reparar el daño causado por el comportamiento anticompetitivo⁴⁸. La otra opción (sugerida por el AG Wahl) era determinar el círculo de personas responsables para compensar el daño de la conducta anticompetitiva directamente por el derecho europeo, al igual que se determina el círculo de personas con derecho a de personas con derecho a reclamar una indemnización. El TJUE optó por la segunda opción⁴⁹ y, por tanto, se puso de parte del AG Wahl, que en el apartado nº 61 de sus conclusiones había sugerido: “*La determinación de*

⁴⁶ *Vid.*, a este respecto, el análisis que se lleva a cabo en: N. BRUEGGEMANN, “The unsung harmony of *Sumal* and the *Akzo* line of case law”, *Concurrences*, 2022, Nº 1, pp. 31 – 35.

⁴⁷ Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2021, *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy and others Obero*” *sterreich*, Asunto C724/17 (ECLI:EU:C:2019:204).

⁴⁸ Esta postura de la CE es recogida por la Sentencia *Skanska* en su apartado nº 33: “No desvirtúa esta interpretación la alegación formulada por la Comisión Europea en la vista según la cual del artículo 11, apartado 1, de la 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 acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO 2014, L 349, p. 1), a tenor del cual los Estados miembros velarán por que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, se desprende que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar la entidad obligada a reparar dicho perjuicio, de conformidad con los principios de equivalencia y de efectividad”.

⁴⁹ Apartado nº 28 de la Sentencia *Skanska*: “*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*”.

*las personas que deben pagar indemnización es la otra cara de la moneda del derecho a reclamar una indemnización por los daños causados por una infracción del Derecho de la competencia de la UE*⁵⁰.

53. Naturalmente, puede plantearse si es extensible esta interpretación del ámbito de responsabilidad a supuestos distintos de los de la sucesión de empresa, o más bien debería limitarse el alcance de *Skanska* a este tipo de caso específico. En nuestra opinión, y así lo hace también el TJUE en *Sumal*, si se puede extender la interpretación “amplia” de la exigencia de responsabilidad más allá del caso concreto de la continuidad empresarial, ya que la interpretación “estricta” limitaría indebidamente los derechos a un pleno resarcimiento patrimonial de las víctimas de un cártel.

54. Esta conclusión es la más coherente con el enfoque de complementariedad entra la aplicación pública y privada que hemos reseñado anteriormente, que busca una perspectiva integral en el sistema del Derecho de la Competencia, y encaja sin problema en la línea jurisprudencial sobre el concepto de empresa y la teoría de la unidad económica del TJUE. Por otro lado, aumenta la seguridad jurídica para los reclamantes de daños en casos de cárteles en todo el ámbito de la UE, y evita la falta de uniformidad que supondría dejar a cada ordenamiento nacional establecer cuál es el círculo de personas responsables.

55. Por último, y frente a quienes claman una infracción del principio de responsabilidad personal, por imputar responsabilidad a unas sociedades jurídicas que son distintas de quienes cometieron la infracción de la que se deriva dicha responsabilidad, recuerda *Skanska* (apartado nº 39): “*imputar la responsabilidad de una infracción a una sociedad en su condición de sociedad absorbente de la sociedad infractora cuando ésta ya no existe no es incompatible con el principio de responsabilidad personal*”. Así se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia comunitaria⁵¹, y es desde luego el principio que se seguirá en *Sumal*.

56. Es, desde luego, una conclusión que afirma con cierta contundencia el TJUE y que sin embargo no está exenta de críticas, como más adelante desarrollaremos, pues equiparar la responsabilidad por la sanción (ámbito de la aplicación pública) con la responsabilidad por daños (ámbito de la aplicación privada) puede, en algunos casos, conculcar el principio de responsabilidad personal. Así se entendió, por ejemplo, en el asunto *Schindler c. Comisión*, cuando “*los recurrentes alegan que la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea vulnera el principio de responsabilidad personal de las personas jurídicas. Sin embargo, como ha señalado la Abogado General en los puntos 65 y 66 de sus conclusiones, si bien este principio reviste una importancia especial en lo que respecta a la responsabilidad en el ámbito del Derecho civil, no puede ser pertinente para definir al autor de una infracción del Derecho de la competencia, que se refiere al comportamiento real de las empresas*”⁵². De ahí que un cierto sector doctrinal no dude en afirmar que “*el razonamiento relativo a la responsabilidad administrativa de las multas no puede trasladarse a la evaluación de la responsabilidad civil de una empresa matriz*”⁵³.

2. El nuevo requisito de “misma actividad económica” en la STJUE de 6 de octubre de 2021

57. A partir de los anteriores precedentes, la STJUE de 6 de octubre de 2021, en el asunto *Sumal c. Mercedes Benz*, señala que el que la filial y la matriz pertenezcan a la misma unidad económica a efectos de la infracción específica en cuestión debe analizarse a partir de un doble test: (i) la existencia de vínculos económicos, organizativos y jurídicos, tal y como se resume en el apartado nº 58 de *Akzo*

⁵⁰ Conclusiones del A.G. Wahl, Asunto C-724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions* (ECLI:EU:C:2019:100).

⁵¹ Sentencia del TJUE, de 5 de diciembre de 2013, *SNIA c. Comisión*, Asunto C448/11 P, no publicada, (ECLI:EU:C:2013:801), apartado nº 23.

⁵² Sentencia del TJUE, de 23 de Agosto de 2013, *Schindler Holding and others v. Commission*, Asunto C-501/11 P (ECLI:EU:C:2013:522), apartado nº 101.

⁵³ R. VAN LEUKEN, “Parental Liability for Cartel Infringements Committed by Wholly Owned Subsidiaries” (2016), *European Review of Private Law*, Vol. 24 (3-4), pág. 525.

(*vínculos generales*); (ii) la existencia de un vínculo específico entre la actividad económica de esa filial y el objeto de la infracción de la que se responsabiliza a la sociedad matriz. Para demostrar la existencia de este vínculo específico *in casu*, se requerirá que la infracción que lleva a cabo la empresa matriz “se refiera” a los mismos productos que los comercializados por la filial, tenga lugar en el ámbito de la misma actividad económica.

58. Esta sí que es, en nuestra opinión, la gran novedad de *Sumal*, y se formula en el apartado nº 51 de la sentencia del TJUE:

“Sin embargo, solo podrá considerarse responsable a esa sociedad filial si la víctima demuestra, basándose en una decisión adoptada previamente por la Comisión con arreglo al artículo 101 TFUE o por cualquier otro medio —en particular, si la Comisión no se ha pronunciado sobre este extremo en la referida decisión o si aún no ha adoptado decisión alguna—, que, habida cuenta, por un lado, de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos a los que se hace referencia en los apartados 43 y 47 de la presente sentencia, y, por otro lado, de la existencia de un vínculo concreto entre la actividad económica de dicha sociedad filial y el objeto de la infracción de la que se ha declarado responsable a la sociedad matriz, la referida filial constituía, con su sociedad matriz, una unidad económica”.

59. Desde luego, el concepto de “empresa” que aporta este pronunciamiento es el concepto clave de *Sumal*, y de ahí que la doctrina⁵⁴ más atenta que ya se ha ocupado de analizarla hable de un antes y un después de esta sentencia del TJUE. Aunque el alcance concreto del test propuesto deberán irse perfilando por los tribunales⁵⁵ y las autoridades de la competencia de la UE, y desde luego tiene un punto novedoso, también es cierto que está perfectamente en sintonía con medio siglo de jurisprudencia comunitaria, ya que esencialmente reitera el requisito de “realizar la misma de la misma conducta en el mercado” que el derecho de la competencia de la UE había establecido desde *Imperial Chemical Industries* de 1972 y que se ha denominado explícitamente “objetivo económico específico” en la más reciente *Knauf Gips*, de 2010.

60. Con independencia, pues, del grado de “novedad” que se le quiera dar a esta categorización de la empresa y la unidad económica, y reconociendo que *Sumal* introduce una cierta ambigüedad⁵⁶ en el concepto, que generará inseguridad jurídica, lo cierto es que a efectos del Derecho de la Competencia, tanto en su vertiente de aplicación pública como privada, ésta es la base sobre la que el TJUE responde a la cuestión prejudicial que le plantea la AP de Barcelona, y permite extender a las filiales la responsabilidad de los actos cometidos por las matrices⁵⁷. Lo analizamos a continuación.

⁵⁴ M. PEDRAZ CALVO, “The concept of “undertaking” in EU competition law: Before and after the *Sumal* judgment of the ECJ”, *Concurrences*, nº 1, 2022, pp. 36 y ss.

⁵⁵ Y, desde luego, esta imputación a la filial de los daños provocados por los actos de la matriz no es, ni mucho menos, automática, sino que tiene que cumplir los requisitos que el TJUE establece, y ser invocada por la demandante, que no puede en este aspecto adoptar una actitud pasiva. En este sentido ya se han pronunciado en España sentencias que recogen la doctrina *Sumal*, pero que no dudan en conceder la legitimación pasiva si entienden que la pretensión de la víctima del cártel no está debidamente justificada. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), núm. 1106/2021, de 27 de octubre, en una más que elocuente “advertencia” a los demandantes señala en su Fundamento Jurídico 2º que: “*En el caso de autos la parte actora, tal y como opuso la demandada en su contestación, no alegó ni tan siquiera cual es el título de imputación que permite atribuir a la demandada la responsabilidad por los supuestos daños que reclama. Nada dijo sobre los supuestos de hecho que exige el TJUE para determinar la responsabilidad de la demandada lo cual, por otro lado, supone una indefensión para la demandada pues difícilmente, ante el silencio de la demanda, se podría defender en los términos que precisa la citada sentencia del TJUE. El actor no alegó (ni probó) que existiera una unidad económica entre la sociedad matriz sancionada por la Decisión y la demandada en el sentido de los apartados 41 y 46 de la sentencia citada, ni los vínculos que unen a esas sociedades mencionados en el apartado 51, esto es, el vínculo concreto existente entre la actividad económica de esa sociedad filial y el objeto de la infracción de la que se considera responsable a la sociedad matriz”.*

⁵⁶ P. WHELAN, *op.cit.*, pág. 8.

⁵⁷ B. FREUND, “Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law”, *GRUR International*, Vol. 70 (8), 2021, pp. 731–743.

VI. Imputación y responsabilidad “descendente” de la filial por los actos de la matriz

1. Consideraciones previas: asegurar el resarcimiento patrimonial

61. Como hemos tenido oportunidad de señalar en apartados precedentes, el supuesto que da origen a la cuestión prejudicial, en que se ejercite una acción *follow-on* derivada de un cártel sancionado por la Comisión Europea, como es el caso del *cártel de los camiones*, la conducta anticompetitiva que ha generado el daño se ha llevado a cabo por empresas de varios países, y a la vez haya provocado sus efectos perjudiciales a empresas o consumidores diseminados a lo largo y ancho del territorio de la UE⁵⁸.

62. Las normas de competencia judicial aplicables serán entonces las previstas por el *Reglamento Bruselas I bis*⁵⁹, que establece los criterios para determinar cuál es la jurisdicción competente en cada caso para conocer de las pertinentes acciones de daños. Contempla, junto al general, una serie de *fueros especiales*, que se establecen como alternativos al fuero general con el objetivo de favorecer la posición del demandante o que el proceso se desarrolle en el lugar donde más fácilmente se pueden obtener y practicar las pruebas (ver arts. 7 a 23 RBI bis)⁶⁰.

63. A este respecto, pronto empezaron a dictarse pronunciamientos⁶¹ del TJUE sobre competencia internacional en ejercicio de acciones para la reparación de los daños y perjuicios derivados de una infracción anticompetitiva, que no ha pasado desapercibido para la doctrina⁶², en referencia precisamente al *cártel de los camiones*. Esta cuestión, que entra de lleno en el ámbito del Derecho Internacional Privado, reviste un cierto grado de complejidad, y su análisis excede con creces el objeto de este trabajo, por lo que nos limitaremos aquí a dejarla apuntada, y nos remitimos para su estudio a recientes publicaciones⁶³ que la abordan con exhaustividad y rigor. Es una problemática que tuvo su paralelismo, en el ámbito del derecho interno, en la discusión inicial de cuál era la jurisdicción competente por razón de la materia para conocer de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust, que como es sabido generó en los primeros tiempos de las acciones de daños en nuestro país un cierto debate, con soluciones jurisprudenciales diversas.

⁵⁸ Así, como han destacado ya algunos autores, el proceso tendrá carácter internacional cuando “no coincida el domicilio o residencia de las partes; la divergencia entre el Estado en el que se produce la conducta restrictiva que origina la acción de indemnización y el Estado en el que se perciben o producen sus efectos; o incluso la internacionalización de un supuesto por acción de la autonomía de las partes, derivada de una elección del tribunal competente o de normativa aplicable”; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Litigación internacional y acciones de indemnización por infracción del derecho de la competencia de la UE: aspectos de competencia judicial”, en A. FONT I RIBAS y B. VILÁ COSTA (Dirs.) *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pág.100.

⁵⁹ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, 20.12.2012, p. 1–32).

⁶⁰ Es cierto que ante la existencia de una multitud de reglas de atribución de competencia, las partes pueden buscar en países del *Common Law* un foro más favorable a la obtención de información para acreditar y cuantificar los daños producidos, lo que se conoce como *forum shopping*. En este sentido, afirma el prof. F. GASCÓN INCHAUSTI, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, N.º 1, pág.6: “Se abre la puerta con ello a un *forum shopping* que no es fácil evitar y que puede, de hecho, dar lugar a situaciones delicadas, como la que le fue suscitada recientemente al TJUE en el asunto CDC Hydrogen Peroxide en que la demanda se interpuso ante tribunales alemanes por estar domiciliada en ese Estado uno de las varias empresas cartelizadas demandadas, aunque con posterioridad, una vez producida la *perpetuatio iurisdictionis*, la actora renunció a su acción frente a esa entidad (pero dejando sujetas a las demás a la jurisdicción de los tribunales alemanes)”.

⁶¹ *Id.*, por ejemplo, la STJUE de 5 de julio de 2018, As. C-27/17, *Lithuanian Airlines* (ECLI:EU:C:2018:533).

⁶² E. PASTOR MARTÍNEZ, “Nada ha cambiado para el cártel de camiones. La competencia internacional en las acciones de daños”, *La Ley Mercantil*, n.º 51, Octubre 2018, págs. 3 y ss.

⁶³ A.-L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, “Cuestiones de derecho internacional privado y acción de daños derivados de ilícitos antitrust”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), págs. 127 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, N.º 2, pp. 7-178.

64. Ya hemos señalado que a partir de la jurisprudencia *Courage* y *Manfredi* el principio fundamental es que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación de los perjuicios y daños que le haya irrogado un contrato o una conducta que pueda restringir o falsear el juego de la competencia⁶⁴. La determinación del órgano ante el que ha de interponerse la demanda surge de la aplicación de las normas y criterios de jurisdicción y competencia. La elección del tribunal competente al que debemos dirigirnos es una decisión trascendental y que, puede condicionar el desarrollo del procedimiento.

65. Pues, en idénticos términos se sitúa la problemática sobre a quién se puede dirigir la demanda de resarcimiento de daños, cuando resulta que el cártel -la acción ilícita de la que se deriva la responsabilidad- lo ha cometido una empresa, habitualmente la matriz de un grupo, y el hecho dañoso -en el caso que estamos analizando, la adquisición de dos camiones- se ha hecho a otra empresa distinta, la filial en España de dicha matriz. Este es el núcleo del problema que el TJUE resuelve, ante la alegación inicial de la demandada de falta de legitimación pasiva, y la solución aportada tiene una trascendencia que sólo con el tiempo seremos capaces de valorar en toda su amplitud: la doctrina de la responsabilidad “descendente”, o posibilidad de exigir que la filial responda por los actos de la matriz.

66. En este punto, es necesario traer a colación la sentencia⁶⁵ del Magistrado E. PASTOR, titular del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia, de fecha 20 de febrero de 2019, que puede sin duda calificarse como “precursora nacional” de *Sumal*. Junto a otras muchas consideraciones de gran interés, y que han servido para sentar doctrina que ha sido seguida en ulteriores pronunciamientos, señala que esta extensión de responsabilidad, y por tanto la legitimación pasiva de la filial frente a los daños causados por la conducta ilícita de su matriz, constituye una exigencia del principio de efectividad, es necesario para un efectivo resarcimiento de las víctimas del cártel, y por tanto se precisa (párrafo nº 34) “*con sentido práctico desechar la alegación de obstáculos de defensa artificiosos tras los que no puede percibirse un interés susceptible de protección jurídica (...). Para eso, debemos abandonar una aproximación a esta cuestión basada en categorías clásicas de imputación, de acuerdo con los principios de personalidad propios de las legislaciones nacionales, que deben verse superados*”.

67. La construcción jurisprudencial que permite esta extensión de la responsabilidad se apoya en el concepto de “unidad económica”, que hemos analizado en el epígrafe anterior, y la plantea el AG Pitruzzella con toda claridad en el apartado nº 2 de sus Conclusiones en el Asunto *Sumal c. Mercedes*:

“Como es sabido, la teoría de la unidad económica está muy consolidada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, a la que se ha recurrido para sancionar a la sociedad matriz por el comportamiento contrario a la competencia de sus filiales, en virtud de una suerte de proceso «ascendente» que, partiendo de las segundas, llega a la primera. En el caso que el órgano jurisdiccional remitente somete a la consideración del Tribunal de Justicia se trata, en cambio, de establecer si ese mismo concepto de «unidad económica» puede justificar un proceso «descendente» de imputación de la responsabilidad, en virtud del cual la filial responda por los perjuicios ocasionados por el comportamiento contrario a la competencia de la sociedad matriz”.

2. De la responsabilidad “ascendente” a los requisitos de la responsabilidad “descendente”

68. No hay duda, como acertadamente afirma el AG en sus conclusiones, que la doctrina sobre la responsabilidad “ascendente” ya está muy consolidada⁶⁶ en la jurisprudencia comunitaria, y aunque

⁶⁴ Vid. también la STJUE de 30 de enero de 1974, BRT 1, 127/73, Rec. 1974, p. 00035, apartado 16; STJUE de 18 de marzo de 1997, *Guérin Automobiles/Comisión*, C-282/95 P, Rec. 1997, p. I-01503, apartado 39.

⁶⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

⁶⁶ Especialmente “contundente” fue el pronunciamiento *Comisión c. Portielje*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), asunto C-440/11 P, de 11 de julio de 2013.

no exenta de críticas⁶⁷, a estas alturas no cabe cuestionar que la matriz responde por los actos de la filial, en los términos en que los pronunciamientos⁶⁸ del TJUE y el TG han ido perfilando. Desde luego que la presunción de que cuando las sociedades matrices titulares del 100% del capital social de la filial entonces ejercen una “influencia decisiva” en la actuación económica de la filial ha merecido una valoración muy poco favorable, ya que, en opinión de un sector doctrinal, “es una aplicación adulterada al presumir la causalidad de la intervención de la matriz, si bien sirve para eliminar los complejos problemas que se presentan a la hora de diferenciar entre las distintas figuras de intervención en el hecho punible a la que se tienen que enfrentar otros sistemas (complicidad, cooperación necesaria, instigación, coautoría, etc.)”⁶⁹. Lo que es ciertamente novedoso es hacer responder a la filial por los actos de la matriz, y este es el núcleo de la cuestión prejudicial que da lugar a la sentencia del pasado 6 de octubre de 2021.

69. La “precursora” sentencia del magistrado E. PASTOR que hemos comentado en el epígrafe anterior construye esta extensión de responsabilidad sobre un triple argumento: a) la jurisprudencia comunitaria, que efectivamente considera a la “empresa” como infractora, en un sentido funcional, y por tanto desligada de la visión puramente jurídica. Habla, acertadamente, de “*las características económicas de una infracción y su relación con una noción económica de infractor; esto último en conexión con la existencia de una comunidad que genera daños*” (párrafo nº 40); b) la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en ámbitos normativos distintos del Derecho de la Competencia -contratación bancaria⁷⁰ y protección de datos⁷¹- se ha pronunciado en sentido favorable a extender la responsabilidad civil en grupos de sociedades; y c) una propuesta de imputación de responsabilidad a la filial a partir de la creación de lo que él llama una “acción follow-on especial”, como un *tertius genus* entre las puramente autónomas y las puramente consecutivas⁷².

70. Al igual que la responsabilidad “ascendente” no es automática, y para poder imputar a la sociedad matriz los actos anticompetitivos de su filial ha de acreditarse que ésta no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, tampoco la responsabilidad “descendente” es automática. En efecto, para poder imputar a la filial los actos anticompetitivos de la matriz el TJUE introduce un criterio totalmente novedoso, que viene a remodelar la teoría existente sobre la “unidad económica” y, como ha señalado acertadamente la doctrina más atenta que ya ha analizado este caso va a originar no pocos problemas interpretativos: el criterio de la “conexión” entre las actividades económicas de la matriz y la filial.

⁶⁷ Permítase la referencia, sobre esta cuestión, a F. DíEZ ESTELLA y P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “Responsabilidad antitrust de la matriz por los actos de la filial ¿enajenación mental transitoria o aberración jurídica permanente en la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria?”, *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 153, 2013. Igualmente, J. MARTÍ MIRAVALLÉS, “Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción”, *Actas de Derecho Industrial y derechos de autor*, Vol. 37 (2016-2017), Ed. Marcial Pons, pp. 37-39.

⁶⁸ Las sentencias que han configurado esta doctrina son, principalmente: Sentencia del TJCE (Sala Quinta) de 16 de noviembre de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Comisión*, Asunto C-286/98 P; Sentencia del TG, de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros/Comisión* (C-97/08 P, Rec. p. I-8237); Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de diciembre de 2008, As. T-85/06, *General Química y otros c. Comisión*.

⁶⁹ M. GÓMEZ TOMILLO, “La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº 22/enero-junio 2018, Wolters Kluwer, págs. 51 y 52.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 12 de enero de 2015, Rec. 2290/2012 (ECLI:ES:TS:2015:254).

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de abril de 2016, Rec. 3269/2014 (ECLI:ES:TS:2016:1280).

⁷² Este aspecto, pese a lo detallado y bien construido de la argumentación que desarrolla el magistrado, es posiblemente el aspecto más cuestionable de la sentencia de 20 de febrero de 2019. Como hemos señalado en la introducción, en estos primeros compases de acciones de daños contra las filiales españolas de las matrices alemanas, la tendencia mayoritaria de los juzgados mercantiles en España ha sido la desestimación por falta de legitimación pasiva. Con todo, esta nueva categoría de acciones de daños, también denominadas “híbridas” o “pseudo follow-on”, parece que va ganando presencia en la jurisprudencia nacional. *Vid.*, del mismo magistrado, el reciente Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 11 de mayo de 2022 (ECLI:ES:JMV:2022:1333A), con muy sustanciosas y elaboradas consideraciones sobre la complementariedad entre la aplicación pública y la privada del Derecho de la Competencia, la naturaleza de las acciones de daños y perjuicios en el ámbito *antitrust*, y la importancia de los cauces procesales adecuados para la obtención de una tutela judicial efectiva.

71. Así, en su sentencia Sumal c. Mercedes Benz, una vez asumido que “*el concepto de «empresa» y, a través de este, el de «unidad económica», conllevan de pleno derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad económica en el momento de la comisión de la infracción*” (apartado nº 44), se señala igualmente que “*la organización de los grupos de sociedades que pueden constituir una unidad económica puede variar mucho de un grupo a otro. Existen, en particular, grupos de sociedades del tipo «conglomerado» que actúan en varios ámbitos económicos sin relación alguna entre sí*” (apartado nº 45).

72. Esto lleva al TJUE a concluir (pensamos que acertadamente) que esta facultad que está reconociendo a la víctima de una conducta anticompetitiva de exigir a la filial responsabilidad por los actos de la matriz, no es una facultad “*de la que se disponga automáticamente contra cualquier sociedad filial de una sociedad matriz objeto de una decisión de la Comisión por la que se sanciona un comportamiento infractor*” (apartado nº 46). Tiene, naturalmente, que haber algún punto de conexión entre las actividades económicas de una y otra; si no, como en el caso de la responsabilidad “descendente”, nos alejamos del concepto “funcional” de empresa que es el que justifica esta extensión de la responsabilidad.

73. Lo señalaba el AG en el apartado nº 58 de sus Conclusiones, y a él se remite el TJUE: “*si una filial, incluso en caso de participación en el 100 % del capital social o de un porcentaje similar, desarrolla una actividad ajena al ámbito económico en el que la sociedad que la controla ha adoptado los comportamientos contrarios a la competencia, estará fuera del concepto «funcional» de empresa, de manera que no puede existir responsabilidad conjunta de la primera por los comportamientos contrarios a la competencia de la segunda*”.

74. Idéntico razonamiento adopta el TJUE para el caso de la responsabilidad “ascendente”, y en el apartado nº 47 de su pronunciamiento:

“Por consiguiente, una misma sociedad matriz puede formar parte de varias unidades económicas constituidas, en función de la actividad económica de que se trate, por ella misma y por distintas combinaciones de sus sociedades filiales pertenecientes todas ellas al mismo grupo de sociedades. De no ser así, una sociedad filial miembro de tal grupo correría el riesgo de ser considerada responsable de infracciones cometidas en el marco de actividades económicas sin relación alguna con su propia actividad y en las que no estaba implicada en modo alguno, ni tan siquiera indirectamente”.

75. Y es, en el apartado nº 51 de la sentencia, donde se establece el criterio que permitirá imputar a la filial los actos anticompetitivos de la matriz, en el marco de una acción de daños:

“[S]olo podrá considerarse responsable a esa sociedad filial si la víctima demuestra, basándose en una decisión adoptada previamente por la Comisión con arreglo al artículo 101 TFUE o por cualquier otro medio (...) que, habida cuenta, por un lado, de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos (...) y, por otro lado, de la existencia de un vínculo concreto entre la actividad económica de dicha sociedad filial y el objeto de la infracción de la que se ha declarado responsable a la sociedad matriz, la referida filial constituía, con su sociedad matriz, una unidad económica”.

76. Esta es, pues la clave de la reclamación: no sólo la existencia -en general- de vínculos económicos, organizativos y jurídicos entre la filial y la matriz, sino la existencia -en particular- de un vínculo concreto entre las actividades económicas de ambas. Ambas sociedades, que jurídicamente son independientes, formarán una “unidad económica”, y por tanto le es exigible a la filial que haga frente a las reclamaciones de daños derivados de la conducta de la matriz, cuando ambas operen en un mismo mercado, lleven a cabo la misma actividad económica.

77. En este aspecto, como en tantos otros, el TJUE está siguiendo las conclusiones del AG Pitruzzella, que había apuntado la necesidad de que la empresa filial haya contribuido de alguna forma

a la implementación de la conducta anticompetitiva de su matriz para que fuera sujeto de reclamación de daños: “*En el caso contrario, el de la responsabilidad descendente, en el que es la sociedad matriz quien comete la infracción, la unidad de la actividad económica resultará —además de la influencia determinante ejercitada por la primera— del hecho de que la actividad de la filial sea de algún modo necesaria para llevar a cabo el comportamiento contrario a la competencia (por ejemplo, porque la filial vende los bienes que constituyen el objeto del cártel)*”⁷³. Parece evidente que si las filiales en España de las matrices alemanas son quienes comercializan los productos de éstas, este segundo requisito para la exigencia de responsabilidad “descendente” no ofrece dudas. No toda la doctrina, sin embargo, está de acuerdo⁷⁴.

3. Valoraciones críticas de la sentencia *Sumal*

78. Este *dictum*, uno de los más destacados de toda la sentencia del pasado 6 de octubre de 2021, no ha pasado desapercibido a la doctrina más atenta, que ha cuestionado su acierto, a la vez que se destaca su trascendencia: “su impacto va mucho más allá del asunto en concreto, modificando el concepto de empresa que hasta ahora se manejaba, añadiendo a la exigencia del ‘control’ la de ‘compartir actividad económica’ (...). Será preciso clarificar en futuros asuntos a qué estándares se utilizan para distinguir una actividad económica de otra, y qué grado de intensidad de la ‘conexión’ es relevante a estos efectos”⁷⁵.

79. En un sentido similar se pronuncia el prof. ALFARO, comentando el pronunciamiento del TJUE, cuando afirma que “basta con verificar que la filial —si se quiere dirigir la pretensión indemnizatoria contra la filial— o la matriz —si se pretende dirigirla contra ésta— forman parte de la misma unidad económica que cometió la infracción para que pueda ser condenada al pago de la indemnización. Las Conclusiones tienen de especialmente interesante el apunte del AG en el sentido de que la pretensión indemnizatoria no podría dirigirse contra la filial si ésta está presente en un mercado ajeno y distinto del mercado en el que se ha producido la infracción. Sólo en ese caso podría decirse que la filial no forma parte de la ‘unidad económica’”⁷⁶.

80. Sin embargo, este autor propone elaborar la teoría de la imputación a la filial de responsabilidad por los actos de la matriz sobre la base de la doctrina de los grupos de sociedades, y una comprensión “patrimonial” del concepto de personalidad jurídica de las empresas. Y, en idéntico sentido, apunta la necesidad de separar dos ámbitos distintos, y que en cambio tanto en las Conclusiones del AG como en la sentencia del TJUE no están debidamente diferenciados⁷⁷: la imposición de sanciones y el ejercicio de acciones indemnizatorias. Lo que, en un epígrafe anterior hemos señalado al indicar que para este pronunciamiento, aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia forman una unidad sistemática.

⁷³ Conclusiones del AG en *Sumal*, apartado nº 57.

⁷⁴ *Vid.*, por ejemplo, en contra de esta interpretación: C. KERSTING, “Up- and down-stream liability within the economic unit: children liable for their parents!”, *Global Competition Law Review*, Vol. 14 (3), pp. 126 y ss.

⁷⁵ M. ARAUJO BOYD, “Of undertakings, legal entities and groups of companies. The CJEU’s judgment in *Sumal* (C-882/19)”, *Blog Chillin’ Competition*, 7 de octubre de 2021 (traducción propia). Disponible en: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19/> (última consulta el 30 de mayo de 2022).

⁷⁶ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “El TJUE dice que Mercedes Benz España tiene que soportar la demanda de indemnización de los daños causados por Mercedes Benz AG al participar en el cártel de camiones”, *Blog Almacén de Derecho*, 8 de octubre de 2021. Disponible en: <https://derechomercantilesparna.blogspot.com/2021/10/el-tjue-dice-que-mercedes-benz-espana.html> (última consulta el 3 de junio de 2022).

⁷⁷ En línea con todo un sector doctrinal que recela de esta traslación de las categorías sobre extensión de responsabilidad en el ámbito sancionador (aplicación pública) al ámbito resarcitorio (aplicación privada), ya que conculca principios sagrados del derecho civil como el de la limitación de responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas. *Vid.*, entre otros, C. SIEBURGH, “The Attribution of Acts: Towards a Principled Assessment under EU and National Private Law” (2016), *European Review of Private Law*, Vol. 24 (3-4) págs. 645 a 668.

81. Así, respecto al primero de ellos, el ámbito de la responsabilidad por sanciones, señala el prof. ALFARO que: “En cuanto a la responsabilidad por sanciones, el TJUE debería ser más estricto de lo que es. Porque si la separación patrimonial que garantiza el recurso a los grupos de sociedades es legítima, imponer la sanción a un patrimonio distinto del patrimonio cuyos órganos han cometido la infracción no puede hacerse a la ligera”⁷⁸. De ahí que lo que ya se va consolidando con la denominación de “responsabilidad ascendente” (hacer responsable a la matriz por las infracciones de la filial) sea una tarea compleja, y que ha de hacerse conforme a las normas ya existentes y consolidadas sobre imputación de responsabilidad⁷⁹.

82. Sin embargo, y en opinión del prof. ALFARO, “En el ámbito de la responsabilidad indemnizatoria que acarrea la comisión de una infracción, los criterios no deben ser igualmente estrictos. La razón se encuentra en que, al margen de los criterios establecidos más arriba para determinar a quién es imputable la infracción, debe exigirse al grupo de sociedades que reaccione de conformidad con las exigencias de la buena fe a la presentación de la demanda por parte de la víctima de un cártel o de otra infracción del Derecho de la Competencia. En este sentido, me parece evidente que un camionero que compró un camión en España a un concesionario de Mercedes Benz debe poder demandar a la filial española de Mercedes Benz aunque la que cometió la infracción fue la sociedad alemana de este conglomerado que se dedica al negocio de fabricar y vender camiones. Si el conglomerado tiene ‘presencia’ en España, vende camiones en España y el precio de esos camiones se vio alterado por las maquinaciones de cualquier individuo que trabajaba para el conglomerado en cualquier parte del mundo, no es conforme con la buena fe que la filial española rechace su legitimación pasiva”⁸⁰.

83. Es, desde luego, una interpretación distinta a la que adopta el TJUE, y que haría innecesaria la restricción que introducía el AG en sus Conclusiones al concepto clásico de “control”, hasta ahora el único requisito para establecer la imputación de responsabilidad. Como ya hemos visto, se añade ahora el que la filial opere en el mismo sector de mercado en el que actúa la matriz, que ambas compartan una misma actividad económica. Esta exigencia de la buena fe en la actuación de la empresa demandada, paralela a la exigencia de que el “sistema” en su conjunto facilite la interposición de este tipo de acciones resarcitorias, y no las imposibilite o las haga en la práctica sumamente complicadas -sobre todo para los demandantes- es, en el fondo, parte de lo que la Directiva 2014/104/UE introduce en el ordenamiento comunitario, y la transposición a nuestro derecho por el RD Ley 9/2017 introduce en España.

84. En cualquier caso, en el ámbito de la aplicación pública del Derecho de la Competencia, “cuando se demuestra una desviación respecto de la diligencia exigible a los directivos en su condición de gestores de intereses ajenos sometidos a unos reforzados deberes de diligencia y lealtad. Pero esa traslación de responsabilidad no se contiene ni en la Directiva de Daños ni en la modificación de la LDC operada por el Real Decreto-ley 9/2017, por lo que la imputación de responsabilidad a dichos sujetos por los daños resultantes de la infracción de la normativa de competencia, al margen de los mecanismos societarios ya existentes al efecto, requeriría una extensión del régimen de responsabilidad conjunta y solidaria a los mismos”⁸¹. De ahí la problemática que surge con nuestro actual art. 72 LDC, sobre la posibilidad -conforme a nuestro derecho interno- de extender la responsabilidad que la ley prevé para el infractor a su sociedad filial. Es la cuarta cuestión prejudicial que la Audiencia Provincial de Barcelona formula al TJUE, y la examinaremos en un epígrafe más adelante.

⁷⁸ J. ALFARO ÁGUILA-REAL (2021), *op.cit.*

⁷⁹ Como ya hemos tenido ocasión de señalar en F. DíEZ ESTELLA y P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de *Stora* a *Portielje*, pasando por *Akzo Nobel* y *Elf-Aquitaine*”, en *Anuario de la Competencia 2013*, Ed. Marcial Pons, págs. 321-358, Madrid, 2014.

⁸⁰ J. ALFARO ÁGUILA-REAL (2021), *op.cit.*

⁸¹ C. GÓMEZ ASENSIO, “La aplicación de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual a las reclamaciones de daños por infracción del Derecho de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho Mercantil* n.º 308, abril-junio 2018.

85. Finalmente, para concluir este apartado, nos ha parecido conveniente recoger algunas críticas que se han formulado contra esta construcción del TJUE en *Sumal*. En efecto, para algunos autores⁸², hay dos procesos distintos que intervienen cuando se sanciona a una empresa infractora: (i) la identificación de los elementos constitutivos de una empresa con el fin de determinar las personas potenciales a las que, en teoría, se podría imputar una infracción (aquí hablaríamos de *trazar un perímetro exterior*); y (ii) la identificación de las personas actuales dentro de dicho perímetro a las que se puede imputar legalmente una infracción (aquí la tarea es *determinar la responsabilidad* dentro de ese perímetro). De forma bastante confusa, los Tribunales de la UE han utilizado con frecuencia el término “empresa” o “unidad económica” para referirse a la investigación sustantiva que constituye el núcleo de ambos procesos, sin dejar claro a cuál de ellos se estaba refiriendo en cada caso.

86. En efecto, la existencia de estos dos procesos se desprende con claridad del apartado nº 66 de las Conclusiones del AG Pitruzzella, cuando señala que:

“el alcance del concepto de unidad económica que he expuesto en las presentes conclusiones no solo es válido cuando la Comisión identifica el perímetro de la empresa responsable de la infracción a las normas de la competencia y a las personas jurídicas que, dentro de ese perímetro, responden de forma conjunta y solidaria por las sanciones impuestas, sino también cuando los particulares perjudicados por un comportamiento contrario a la competencia cometido por una empresa en el sentido del Derecho de la competencia ejercen una acción civil de indemnización por daños y perjuicios”.

87. Una vez delimitado el perímetro, e identificados los límites de la empresa o unidad económica que es responsable de la infracción del Derecho de la competencia, los perjudicados por la conducta anticompetitiva que hayan sufrido un daño podrán elegir contra cuál de entre las distintas entidades jurídicas que la componen dirigen su acción indemnizatoria. Esta es la base sobre la que la jurisprudencia ha construido la “responsabilidad ascendente”, que permite imputar a la matriz la conducta de la filial, y el debate ahora está en ver si funciona igualmente para construir una “responsabilidad descendente”, que permita imputar a la filial por la conducta de la matriz.

88. Sin embargo, es cierto que el TJUE a veces no clarifica cuál de los dos procesos está realizando; así, por ejemplo, si se trata de trazar el perímetro exterior, no tiene ningún sentido que afirme en el apartado nº 44 *“el concepto de ‘empresa’ y, a través de este, el de ‘unidad económica’, conllevan de pleno derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad económica en el momento de la comisión de la infracción”*, y sin embargo más adelante, en el apartado nº 62 *“la Comisión puede, libremente, considerar responsable de una infracción y sancionar mediante la imposición de una multa a cualquier entidad jurídica de una empresa que haya participado en una infracción del artículo 101 TFUE”*. En cambio, si este razonamiento se está llevando a cabo para determinar, dentro del perímetro, a las personas responsables, cobra todo el sentido⁸³.

89. Como hemos examinado en epígrafes anteriores, *Skanska* no duda en extender este ámbito de responsabilidad en el caso de sucesión de empresa, aplicando la teoría de la continuidad económica, y desde luego que *Sumal* no duda tampoco en atribuir a la filial legitimidad pasiva para ser reclamada por daños ocasionados por su matriz. Una de las objeciones más claras, que examinaremos a continuación, es la posible vulneración del principio de culpabilidad, y responsabilidad personal, con lesión del derecho fundamental de defensa. A la vez, es también igualmente claro que pronunciamientos como *Skanska* y *Sumal* han arrojado luz sobre un terreno que estaba bajo un inquietante limbo legal: “Hasta hace relativamente poco tiempo, existía una total inseguridad jurídica sobre si la responsabilidad de la filial por

⁸² P. WHELAN, “Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability” (April 11, 2022), en F. MARCOS, B. RODGER Y M. SOUSA (eds), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU* (Elgar Publishing, forthcoming), pág. 5. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4080911

⁸³ P. WHELAN, *op.cit.*, pág. 13.

los actos de la matriz era una doctrina legalmente reconocida en la aplicación privada del derecho de la competencia de la UE, por lo que existían evidentes divergencias en las prácticas nacionales”⁸⁴.

VII. Otras cuestiones relevantes

1. Los derechos de defensa

90. Desde la perspectiva del *public enforcement* todo lo relativo a la prueba de la conducta anticompetitiva, la evidencia necesaria para acreditar la práctica anticompetitiva en un expediente sancionador, con el debido respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales -el *due process*- y por supuesto el alcance de la revisión judicial, son aspectos de la máxima trascendencia en un sistema que pretenda ser efectivo, y han sido objeto de estudio en fechas recientes por destacados expertos en la materia⁸⁵. Pero es que desde la perspectiva del *private enforcement* dichas cuestiones no son menos importantes, y de ello está dando cuenta la construcción jurisprudencial de este peculiar sistema de daños derivados de ilícitos antitrust. Ya hemos tenido oportunidad de abordar este análisis en anteriores publicaciones⁸⁶; nuestro objetivo ahora es analizar qué ha añadido a este respecto la Sentencia *Sumal c. Mercedes Benz*.

91. Dado que se está imputando a una empresa (la filial) responsabilidad por la conducta ilícita que ha cometido otra (la matriz), es lógico preguntarse si este planteamiento respeta el elemental principio de culpabilidad, y es legítima la duda sobre si esta construcción jurisprudencial respeta igualmente el derecho de defensa, ya que la empresa a la que se está haciendo responsable de las consecuencias civiles del ilícito no ha estado presente en el procedimiento en que se ha declarado acreditada la existencia de dicha conducta anticompetitiva.

92. El TJUE aborda sin ambages estas dudas en el apartado nº 53, cuando señala:

“Procede añadir que la parte demandada en una acción de resarcimiento por daños y perjuicios, que puede dar lugar a la condena de dicha parte a indemnizar a la víctima de una práctica contraria a la competencia, debe poder beneficiarse del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, garantizado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además, es indispensable que la sociedad filial afectada pueda defender sus derechos con arreglo al principio del respeto del derecho de defensa, que es un principio fundamental del Derecho de la Unión. En consecuencia, esa sociedad filial debe disponer, ante el juez nacional de que se trate, de todos los medios necesarios para ejercer de manera efectiva su derecho de defensa, y, en particular, para poder rebatir su pertenencia a la misma empresa que su sociedad matriz”.

93. Y de ahí que, como se señala a continuación (apartado nº 54):

“dicha sociedad filial debe poder refutar su responsabilidad por el perjuicio supuestamente causado, en particular, alegando todo motivo que habría podido invocar de haber estado implicada en el procedimiento incoado por la Comisión en contra de su sociedad matriz y que ha llevado a la adopción de una decisión por dicha institución en la que se declara la existencia de un comportamiento infractor contrario al artículo 101 TFUE”.

⁸⁴ F. MARCOS, “The Uneven and Unsure Playing Field for Competition Damages Claims in the EU: Shortcomings and Failures of Directive 2014/104/EU and Its Implementation”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, (2021) Vol. 52 (4), pág. 475.

⁸⁵ F. CASTILLO DE LA TORRE y E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, proof and judicial review in EU Competition Law*, Ed. Elgar Competition Law & Practice, Londres (2017).

⁸⁶ F. DÍEZ ESTELLA, “Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios”, *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Marcial Pons – Fundación ICO, Madrid 2018, págs. 215 a 248.

94. Frente a la alegación de la demandada que esta responsabilidad “descendente” estaba vulnerando sus derechos de defensa, y era contrario al principio de responsabilidad personal, el TJUE recuerda (apartado nº 56) que, en el plano del derecho sancionador no tiene obligación de enviar el pliego de cargos a los terceros que se vean afectados por un procedimiento administrativo, sino únicamente a la empresa a la que tiene intención de declarar infractora de la conducta ilícita. Y, en el ámbito concreto que nos ocupa, el resarcimiento patrimonial, señala (apartado nº 58) que:

“el principio de responsabilidad personal no se opone, en las circunstancias descritas en el apartado 56 de la presente sentencia, a que la declaración de la existencia de tal infracción tenga carácter firme a efectos de una sociedad filial dado que, como se ha recordado en el apartado 42 de la presente sentencia, quien ha de responder por la infracción es la unidad económica constitutiva de la empresa que ha cometido tal infracción”.

95. Y apunta, en el siguiente apartado de su pronunciamiento, una cuestión que tiene que ver directamente con el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea: es verdad que la autoridad de competencia comunitaria está señalando la realización de una infracción en la que la empresa a la que ahora se imputa responsabilidad no ha participado, ni es por tanto destinataria de esa decisión. Sin embargo, afirma el TJUE con toda claridad que *“en el caso de una sociedad matriz y en relación con la consideración de una infracción cometida por la sociedad filial de dicha sociedad, que no es preciso que esta última haya sido objeto de un procedimiento anterior que haya dado lugar a un pliego de cargos y a una decisión, siempre que la sociedad filial cuyo comportamiento ha dado lugar a la infracción formase con la sociedad matriz en cuestión, ya en el momento de la primera infracción, una única empresa en el sentido del artículo 101 TFUE”* (apartado nº 59).

96. En este sentido, y este aspecto de la sentencia merece un cierto reproche, ya que en nuestra opinión sí se aleja de los más elementales principios jurídicos de culpabilidad y responsabilidad, si no en cuanto al fondo -que es incuestionable- por lo menos en cuanto a la forma de expresarlo, el TJUE recuerda la doctrina sentada en la sentencia *AKZO*, según la cual *“ni el artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1/2003 ni la jurisprudencia determinan cuál es la persona jurídica o física que la Comisión debe considerar responsable de la infracción y sancionar mediante la imposición de una multa”*⁸⁷.

97. Esta doctrina jurisprudencial, ya consolidada⁸⁸, permite concluir al TJUE, en términos ciertamente algo crudos, que (apartado nº 63):

“la Comisión puede, libremente, considerar responsable de una infracción y sancionar mediante la imposición de una multa a cualquier entidad jurídica de una empresa que haya participado en una infracción del artículo 101 TFUE. De ello se sigue que no puede inferirse del hecho de que la Comisión haya identificado a una sociedad matriz como persona jurídica que puede ser considerada responsable de la infracción cometida por una empresa que algunas de sus sociedades filiales no formen parte de la misma empresa que ha de responder por esa infracción”.

2. El conflicto con la normativa nacional

98. Como hemos visto en epígrafes anteriores, el TJUE reformula las cuatro cuestiones prejudiciales que le formula la Audiencia Provincial de Barcelona, y responde de forma conjunta a las tres

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 27 de abril de 2017, As. C 516/15 P *Akzo Nobel y otros/Comisión* (ECLI:EU:C:2017:314), apartado nº 51.

⁸⁸ Conforme a la antedicha jurisprudencia *Akzo* (apartados 49 y 60): *“Cuando una entidad económica de este tipo infringe el artículo 101 TFUE, apartado 1, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción. A este respecto, para imputar responsabilidad a cualquier entidad jurídica de una unidad económica, es necesario que se aporte la prueba de que al menos una entidad jurídica perteneciente a dicha unidad económica ha infringido el artículo 101 TFUE, apartado 1, de modo que se considere que la empresa constituida por esa unidad económica ha infringido esa disposición y que esta circunstancia se ponga de relieve en una decisión de la Comisión que haya pasado a ser definitiva”.*

primeras. La última cuestión, sin embargo, se responde por separado, y es la referente a si las normas nacionales que establecen la responsabilidad *ascendente* (de la filial a la matriz) pero no contemplan la responsabilidad *descendente* (de la matriz a la filial) deben por tanto considerarse como normativa no conforme al Derecho de la UE.

99. A la vista de todo el anterior razonamiento del tribunal, la cuestión parece obvia: si los tribunales nacionales pueden designar a cualquier entidad jurídica dentro de una “unidad económica” como responsable en una demanda de daños derivada de una infracción antitrust, las normas de derecho interno que imposibiliten esta reclamación deberían no ser tenidas en cuenta por ellos. Como señala el apartado nº 74 de las Conclusiones del AG:

“De todo lo anterior se desprende que, en contra de lo que sostiene MBTE, el órgano jurisdiccional nacional puede identificar como responsable de los daños causados por una infracción de las normas de la Unión en materia de competencia a una persona jurídica a la que no afecta de forma directa la decisión en virtud de la cual la Comisión declaró y sancionó esa infracción sin infringir la prohibición establecida en el artículo 16, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003, siempre que se cumplan los criterios para considerar que esa persona es responsable de forma conjunta y solidaria con la persona o personas destinatarias de la decisión”.

100. En definitiva, esto es lo que dijo en el año 2006, la sentencia del entonces TJCE en el asunto *Manfredi*⁸⁹, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar el resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust, reconocido por el previo pronunciamiento en el asunto *Courage c. Crehan*⁹⁰, del año 2001.

101. Sin embargo, y pese a esta conclusión evidente, la cuestión planteaba alguna que otra dificultad desde el punto de vista de los hechos del asunto controvertido (la demanda contra Mercedes Benz de Sumal), lo que llevó al A.G. Pitruzzella a proponer (apartado nº 78) que no se abordara esa cuestión. El TJUE optó por lo contrario, posiblemente para orientar sobre una situación no exenta de polémica y que sin duda podría darse también en otros países, eliminando de esta forma cualquier incertidumbre sobre si la imputación de responsabilidad a una filial por la conducta ilícita de su matriz es una exigencia del derecho de la UE, o simplemente no se opone a él.

102. La respuesta del TJUE, como no podía ser de otra forma, invocando la pertinente jurisprudencia⁹¹, es invitar al tribunal nacional a que lleve a cabo una “interpretación conforme” de las normas nacionales con la normativa comunitaria:

“para garantizar la efectividad del conjunto de las disposiciones del Derecho de la Unión, el principio de primacía de dicho Derecho obliga, en particular, a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho interno de manera conforme con el Derecho de la Unión” (apartado nº 70).

103. Naturalmente, esta interpretación conforme no puede suponer una interpretación *contra legem* del Derecho nacional, en este caso el art. 71.2 LDC⁹², y por el ello el TJUE insta (apartado nº 73)

⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, Rec. 2001 p. I-6297.

⁹¹ Sentencias del Tribunal de Justicia, de 24 de junio de 2019, As. C573/17 *Poplawski* (ECLI: EU:C:2019:530), apartado 57, y de 4 de marzo de 2020, As. C183/18 *Bank BGŻ BNP Paribas* (ECLI:EU:C:2020:153), apartado 60.

⁹² Artículo 71. Responsabilidad por las infracciones del Derecho de la competencia. 1. Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados. 2. A efectos de este título: a) Se considera como infracción del Derecho de la competencia toda infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o de los artículos 1 o 2 de la presente ley. b) 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.

al órgano jurisdiccional español a que, en caso de no poder llevar a cabo esta interpretación conforme al Derecho de la UE, descarte esta disposición nacional y aplique directamente el art. 101.1 TFUE. Es de señalar, a este respecto, y así lo recoge la sentencia, que “*el Gobierno español sostiene que es posible imputar el hecho dañoso a la sociedad filial en virtud del artículo 71, apartado 2, letra a), de la referida Ley, extremo que corresponde verificar, no obstante, al órgano jurisdiccional remitente*” (apartado nº 74).

104. Por todo ello, la respuesta del TJUE a la cuarta cuestión prejudicial planteada es clara:

“En estas circunstancias, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que únicamente prevé la posibilidad de atribuir la responsabilidad derivada del comportamiento de una sociedad a otra sociedad cuando la segunda controla a la primera” (apartado nº 75).

105. Ya desde su aprobación, en el año 2017, como consecuencia de la reforma de la LDC debida a la transposición de la Directiva 2014/104/UE por el RD Ley 9/2017, la redacción de este precepto no había estado exenta de críticas por la doctrina. Así, se ha puesto de manifiesto que: “Los precedentes de competencia, al menos hasta la fecha, sólo han aplicado este concepto en el ámbito sancionador en relaciones verticales ascendentes, esto es, haciendo extensiva la responsabilidad de filial a su matriz, ya que el concepto se basa en la idea de «control» y capacidad para influir y determinar el comportamiento de otra entidad, que actúa o puede actuar bajo sus directrices implícitas o explícitas. La filial, salvo en casos excepcionales que se nos antojan difícilmente imaginable, no se considera que ejerza una influencia decisiva sobre la conducta de su sociedad matriz y tampoco sobre sus sociedades hermanas. Por lo tanto, en la medida en que la filial no controla a su matriz no resulta imputable por la conducta infractora que haya podido cometer aquélla”⁹³.

106. Como puede verse, así lo establece con toda claridad *Sumal c. Mercedes*, la filial sí es imputable por la conducta infractora de la matriz, naturalmente, no por el control aquella que ejerza sobre ésta, que no se da en modo alguno, sino por el hecho de constituir una única “unidad económica”⁹⁴. A la pregunta ¿es la redacción del art. 71.2 LDC contraria a esta interpretación?, hemos visto que el Gobierno español no tiene ninguna duda. Respetuosamente discrepamos de dicha interpretación, ya que la literalidad del precepto es inequívoca: no cabe, conforme a derecho español, imputar a la filial responsabilidad por la conducta de su matriz.

IV. Conclusiones

107. De lo dicho anteriormente podemos extraer las siguientes conclusiones, marcadas todas ellas por una premisa: no cabe cuestionar el liderazgo y rol de “impulsor” de la aplicación privada del Derecho de la Competencia que el TJUE ha asumido. De ello da buena cuenta el pronunciamiento que se ha analizado en estas páginas, el caso *Sumal c. Mercedes Benz*, y la abundante jurisprudencia que ha dictado resolviendo cuestiones prejudiciales que se le han ido planteando, así como recursos sobre temas litigiosos, y que ha contribuido a clarificar áreas de este ámbito legal que estaban ciertamente rodeadas de confusión e inseguridad jurídica.

108. En segundo lugar, es indudable lo actualizada que está la judicatura mercantil en España, por lo menos en cuanto a las reclamaciones de daños, ya que las sentencias dictadas con posterioridad

⁹³ P. VIDAL y A. CAPILLA, “Comentario al artículo 71 de la LDC”, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Ed. Civitas Thomson Reuters, 6ª ed., Madrid 2020, pág. 215.

⁹⁴ Así lo establecen ya, sin ninguna duda, las sentencias que se han dictado con posterioridad al pronunciamiento del TJUE. Así, entre muchas otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 191/2022, de 21 de marzo, en su Fto. Jco. 3º: “*es posible declarar la responsabilidad de una filial en cuanto la misma participe en el proceso de distribución comercial de los vehículos de la marca en España*”.

a *Sumal* no han tardado en incorporar su doctrina. Así, se habla de que “*esta unidad económica entre la filial y la matriz (...) existe realmente cuando las dos entidades comercializan ambos productos*”⁹⁵. Igualmente se ha señalado “*es posible declarar la responsabilidad de la filial (...) en cuanto dicha filial participa en el proceso de distribución comercial de los vehículos IVECO en España*”⁹⁶. O, en los primeros días del presente año 2022, y por la Audiencia Provincial de Barcelona, resolviendo sobre el recurso que suspendió para plantear la cuestión prejudicial, como no podía ser de otra forma: “*se deriva con claridad desde el principio de su relato fáctico en el que se afirma que Sumal, S.L. formalizó la compra de camiones fabricados por el ‘grupo Daimler’, cuya razón social a día de hoy para la actividad de venta de camiones es la de Mercedes-Benz Trucks España, S.L. Por tanto, con ello entendemos que lo que quería afirmar es que la demandada, en cuanto vendedora de los camiones, era la misma ‘empresa’ que la fabricante (Daimler AG). Con ello creemos que se han expresado todos los requisitos que la STJUE de 6 de octubre de 2021 exige para que pueda ser extendida la responsabilidad de la matriz a la filial*”⁹⁷.

109. En tercer lugar, lo que este pronunciamiento pone de manifiesto es el intenso grado de complementariedad entre la aplicación pública y la privada del Derecho de la Competencia. A ello dedica el TJUE no poco espacio en su sentencia, y es precisamente esta concepción integral de ambas, como un “sistema” y no como dos aspectos separados, lo que le permite llegar a la solución aportada. Esta integración del *public enforcement* con el *private enforcement* es bienvenida, pero tenemos que hacer la advertencia que ya hemos señalado en estas páginas: hay que actuar con cautela al trasladar categorías jurídicas del ámbito administrativo-sancionador al ámbito civil-resarcitorio, porque hay riesgo de quebrar principios fundamentales, como el de la limitación de responsabilidad de las sociedades mercantiles o el de culpabilidad personal.

110. En cuarto lugar, y hecha la anterior salvedad (no en vano se han alegado, en alguno de los asuntos que hemos analizado, conculcación de derechos fundamentales de las partes), pero en parte derivado de ella, la “reconstrucción” que hace el TJUE en *Sumal* del concepto de “empresa” y la “unidad económica”, siendo que está entroncado en la jurisprudencia comunitaria, y que indudablemente tiene como consecuencia práctica que facilita el efectivo resarcimiento de las víctimas de una conducta anticompetitiva, también es cierto que introduce algunas ambigüedades en el contenido del término, y su alcance e interpretación, lo que posiblemente será fuente en el futuro de litigiosidad.

111. Así, el nuevo requisito introducido para apreciar esta “responsabilidad descendente” que permite imputar a la filial las consecuencias dañosas de los actos de su matriz, y que el TJUE cifra en la exigencia de que ambas -matriz y filial- lleven a cabo una misma actividad económica, estén presentes en el mismo sector, en definitiva, que la infracción cometida por la matriz haga referencia a los mismos productos que comercializa su filial, sirve para acotar la extensión de responsabilidad, pero tal como se contiene en *Sumal* deja un sinfín de puertas abiertas y lagunas jurídicas que habrá que ir colmando.

112. En quinto lugar, y siguiendo el razonamiento anterior, en algún foro de debate se ha tildado la Sentencia del pasado 6 de octubre de 2021 como un tanto *esquizofrénica*, ya que a lo largo del texto maneja conceptos y categorías jurídicas de modos distintos, en ocasiones simplemente ambiguos, y en otras directamente contradictorios. Hemos señalado, para ilustrar esta afirmación, la confusión reinante en *Sumal* entre dos procesos que, si bien tienen una misma base sustantiva, son totalmente distintos: trazar el perímetro exterior de responsabilidad por la infracción, y determinar en concreto la entidad a la que se le pueden reclamar los daños. Hemos visto también cómo el TJUE intenta -infructuosamente- reconciliar conceptos irreconciliables, como dar al concepto de empresa el significado de operador económico (apartado nº 39) a la vez que reconocer la separación de las personas jurídicas (apartado nº 46). En fin, hemos destacado la confusión con la intenta “redefinir” los límites de la empresa en función

⁹⁵ Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, núm. 1069/2021, de 19 de octubre de 2021, Fto. Jco. 4º.

⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 487/2021, de 10 de diciembre de 2021, Fto. Jco. 5º.

⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 111/2022, de 27 de enero de 2022, apartado nº 28.

de la actividad económica, usando criterios de vinculación incongruentes, como misma actividad, actividad del acuerdo, actividad de la infracción, etc. (apartados nº 45, 46, 51 y 52). Esto, desde luego, no contribuye a arrojar predictibilidad económica en el mercado y seguridad jurídica para los operadores.

113. En sexto lugar, el loable esfuerzo por asegurar el resarcimiento patrimonial de las víctimas de una conducta anticompetitiva -máxime, como es el caso, de un cártel- no puede ir en detrimento de los derechos de defensa de las empresas. El hecho de que se esté atribuyendo responsabilidad a una filial por una conducta en la que no ha sido parte, ni ha podido estar presente por tanto en el procedimiento sancionador, no deja de ser objetable desde el punto de vista de seguridad jurídica y el elemental principio de culpabilidad. En este sentido, y aunque no es el aspecto esencial de *Sumal*, sí es de valorar favorablemente las referencias que se hacen a esta problemática.

114. En séptimo y último lugar, y pese a la manifestación del Gobierno español de que nuestra normativa vigente -el actual artículo 71.2 de la Ley de Defensa de la Competencia- permite imputar a la filial responsabilidad por la conducta de la matriz, respetuosamente hemos de discrepar, y aunque el obstáculo es fácilmente superable acudiendo a la aplicación del artículo 101 TFUE o simplemente una “interpretación conforme” con la jurisprudencia comunitaria, sería conveniente reformar el precepto para adaptarlo a la doctrina *Sumal*.