

Public company and group of companies

Joaquim Hortalá  
October 2019



CNMC

COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## Training of National Judges in EU Competition Law

*“Public Company and group  
companies”*

*Joaquim Hortalá i Vallvé  
Secretary of the Board of CNMC*

*25 octubre 2019*

*Tlf: +34 91.432.97.64 / e-mail: [joaquim.hortala@cnmc.es](mailto:joaquim.hortala@cnmc.es)*

## CONCEPTO DE EMPRESA

- Disposición Adicional Cuarta de la LDC, apartado 1 (Definiciones):

*“A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por **empresa** cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, **con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.**”*

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009, *Azko Nobel* -asunto C-97/08 -:

*“[...] debe entenderse que el concepto de empresa designa una **unidad económica** aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas [...].”*

## EMPRESA PÚBLICA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

### ➤ OECD GLOBAL FORUM ON COMPETITION (noviembre 2018)

#### *Competition Law and State-Owned Enterprises*

<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-law-and-state-owned-enterprises.htm>

*SOEs involved in anti-competitive agreements, mergers or unilateral anti-competitive conduct are regularly prosecuted in jurisdictions with an established competition law. However, these investigations can pose a variety of challenges to competition authorities, due to the distinctive nature of state-owned entities.*

- Challenges related to SOEs involved in collusive agreements
- Challenges related to SOEs involved in unilateral anti-competitive conduct
- Challenges related to SOEs involved in mergers

## ➤ Ejemplos de empresas públicas sancionadas:

- Resolución de 22 de abril de 2013, del Expte. S/0341/11 *CORREOS*
- Resolución de 28 de febrero de 2017 del Expte. S/DC/0511/14 *RENFE OPERADORA*
- Resolución de 1 de octubre de 2019 del Expte. S/DC/0612/17 *MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL (ENWESA, S.M.E.)*

## ➤ Grupo de empresas

- Principio de responsabilidad personal:
  - Art. 61.1 LDC: “Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley.”
- Modulaciones del principio general derivadas del principio de unidad económica.
  - Responsabilidad solidaria de empresas matrices (Art. 61.2 LDC).
  - Concepto económico de *empresa* e imputación indistinta a matriz o filial
  - Otros: El principio de continuidad económica (STS, de 16 de diciembre de 2015)

## ➤ Responsabilidad solidaria de las empresas matrices.

- Artículo 61.2 LDC: Concepto de control o influencia decisiva
  - “A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.”
- Presunción *iuris tantum* cuando la matriz posee un porcentaje próximo al 100% de la filial.
  - Jurisprudencia consolidada: STS de 16 de enero de 2016, STJUE en el asunto C-521/09 P...
  - Se aplica también a las sociedades matrices de empresas interpuestas que poseen el 100% de las empresas filiales autoras de la infracción (STGUE en el asunto T-419/14)
- Solidaridad en el pago de la multa

- **Concepto de empresa e imputación de responsabilidad a matriz o filial (STS, de 27 de mayo de 2019, REPSOL).**
  - La unidad económica como centro de imputación de la responsabilidad
  - Es conforme con los principios de personalidad y culpabilidad sancionar en exclusiva a la matriz como autora de las infracciones de competencia cuando dichas infracciones se materializan por una de sus filiales.
    - “cuando se ha tenido por probado que los hechos son imputables en exclusiva a la matriz por razón de la concreta integración que se ha hecho del concepto “influencia decisiva”, integración basada, repetimos, en la valoración de las pruebas de cargo”.
    - “solo en el caso de que se concluya que hubo una actuación conjunta que debería llevar a apreciar una responsabilidad solidaria de la matriz y de la filial, se infringirían los principios de responsabilidad y culpabilidad si se atribuyese por entero la responsabilidad a la matriz como única autora de los actos colusorios cuando en su ejecución ha intervenido la filial desde el ámbito de autonomía que se tenga por probado”

## ➤ Principio de continuidad económica o sucesión

- Continuidad económica como excepción para garantizar efectividad.
  - AG Kokkot asunto ETI (C-280/06): “El criterio de la continuidad económica no debe sustituir al principio de la responsabilidad personal, sino **complementarlo, en la medida en que sea necesario, para poder castigar con proporcionalidad a la culpa y de modo efectivo las prácticas colusorias**”
  - STS, 16 de diciembre de 2015, asunto Rhenus: que el criterio que debe prevalecer [...] es [...] **la identidad substancial entre las empresas sucesivas**. La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización [...] Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad.
  - Ejemplo reciente: **Continuidad económica y legislación concursal**: Expte. S/DC/0612/17: MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL (DOMINION)

## ➤ Principio de continuidad económica o sucesión

- La autora material deja de existir legalmente (STJUE C-40/73 Suiker Unie)
- Es material y objetivamente imposible reclamarle la multa por estar la empresa en liquidación (STJUE, de 11 de marzo de 1999, en el asunto T-134/94 NMH Stahlwerke GmbH)
- No desarrolla actividades económicas (STJUE C-280/06 ETI)
- Reorganización empresarial con finalidad fraudulenta: con el propósito de eludir las sanciones por una infracción de defensa de la competencia (STJUE C-49/92 P ANIC y T-9/99 HFB Holding).
- Asunto Rhenus: Tras adquisición, acciones para exitosamente poner fin a la infracción: atenuante, no exención de responsabilidad.

## ➤ Incidencia en el cálculo de la multa

- El hecho de que se considere responsable a una empresa u otra del grupo influye de manera determinante en el cálculo de la multa.
- La multa se calcula sobre la base del volumen de negocios total mundial del año anterior de la empresa infractora y el volumen de negocios de la empresa en el mercado afectado.
- Los casos de modulación de la responsabilidad personal y cierta flexibilidad en la metodología de cálculo de la multa permite sancionar de manera disuasoria a grupos de empresas:
  - que han materializado los actos a través de una filial (o matriz) sin volumen de negocios o con un volumen de negocios testimonial (REPSOL)
  - No se puede acceder al volumen de negocios total de empresas extranjeras (Expte. S/DC/0607/17 TABACOS)

## **Resolución de 6 de octubre de 2011 en el Expte. S/0167/09 *Productores de Uva y Vinos de Jerez:***

Se declaró por primera vez de manera expresa que la Administración Pública puede infringir las normas de competencia, no solo cuando actúa como agente económico, sino también cuando, actuando en su calidad de autoridad pública (*ius imperii*), facilita o propulsa un acuerdo o conducta contraria a la normativa de defensa de la competencia.

## **STS de 19/06/2007:**

- El ejercicio de funciones públicas no exime a las Administraciones Públicas del sometimiento de su actividad a la LDC.
- La habilitación legal con que estas actúan no implica, por sí sola y de forma automática, la aplicación de la exención legal prevista en el actual artículo 4 de la LDC

## STS de 18 de julio de 2016

Abandona el concepto de “operador económico” y se declara “infractora” a la Administración, no por haber realizado por sí misma una actividad empresarial restrictiva de la libre competencia sino por incentivar, impulsar y refrendar la actividad de otros operadores económicos que si actúan como tales en el mercado.

*“(...) La sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que ésta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia.”*

Esta doctrina no puede conducir a una fiscalización general de la actuación de las Administraciones Públicas cuando ejercen potestades administrativas.

## Otras resoluciones relevantes:

- Resolución de 26 de septiembre de 2013 (Expte. S/314/10 *Puerto de Valencia*)
- Resolución de 28 de febrero de 2019 (Expte SAMAD/03/16 ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID)
- Resolución de 26 de julio de 2018 (Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES APLICACIONES INFORMÁTICAS)