

Una lección de la defensa de la competencia en la Unión Europea: el principio de continuidad económica

*Jesús Soto Pineda**

RESUMEN

El principio de responsabilidad personal es pieza fundamental del derecho público y del derecho privado. Su aplicación implica que el sujeto responsable de un hecho es a su vez responsable de la consecuencia jurídica que aparece. Mediante la aplicación de instrumentos societarios el principio de responsabilidad personal tiene méritos para impedir que la aplicación de las normas de competencia sea eficaz. Consciente de aquel riesgo, el derecho de la libre competencia de la Unión Europea ha aplicado una suerte de principio de continuidad económica en sede pública y privada, que resulta verificable mediante su jurisprudencia. Así, el presente documento expone en la primera parte la razón de ser del bloqueo que puede configurar la responsabilidad personal en la defensa de la competencia. A renglón seguido presenta los fundamentos económicos del principio de continuidad económica, y en tercer lugar los criterios, condiciones y requisitos que activan en el derecho de la libre competencia de la Unión Europea el principio en cuestión, para extender responsabilidades sancionatorias y resarcitorias a un operador diferente al infractor original.

Derecho de la libre competencia; Unión Europea; continuidad económica

A lesson of the European Union Antitrust Law: The Principle of Economic continuity

ABSTRACT

The principle of individual responsibility is a crucial element of public and private law. Its application implies that the individual, who is responsible for an event, is likewise responsible for the legal consequences that would arise because of it. Through the application of corporate instruments, the principle of individual responsibility is capable of preventing the effective application of competition rules. Aware of that risk, the European Union antitrust has applied the principle of economic continuity in its public and private spheres, as it is verifiable through its

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Maestría en Derecho empresarial, Universidad Autónoma de Madrid, España. Doctorado en Derecho y Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid, España. Docente investigador del Departamento de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7104-1991>. Correo electrónico: jesus.soto@uexternado.edu.co

Artículo recibido el 11.11.20 y aceptado para su publicación el 13.1.21.

jurisprudence. Thus, this paper sets in its first part the reasons why the individual responsibility is suitable to obstruct the protection of the markets in the EU. Following the aforementioned conditions, this document presents the foundations of the principle of economic continuity, and afterwards, the criteria, conditions and requirements that the principle activates in the antitrust of the European Union, to extend administrative and compensatory responsibilities to a different operator than the former offender.

Antitrust; European Union; economic continuity

I. INTRODUCCIÓN

La defensa de la competencia de la Unión Europea, tal y como sucede en los sistemas de mayor evolución concurrencial, tienen un planteamiento dual de aplicación de las normas –público y privado– que garantiza tanto la sanción y el remedio de las conductas anticompetitivas como el resarcimiento y reparación a las víctimas de un ilícito *antitrust*¹.

El principio de responsabilidad personal rige las dos vías de aplicación mencionadas. Así, por medio de la imputación de las responsabilidades sancionatorias y resarcitorias al sujeto que ha cometido la infracción, la defensa de la competencia de la Unión Europea intenta garantizarse los efectos disuasivos² y de reparación que configuran, junto con otros criterios, su ideario.

A pesar de los fundamentos de seguridad jurídica que plantea el principio de responsabilidad personal, la libre competencia de la Unión Europea ha valorado que en ciertas circunstancias, excepcionales, para garantizar la eficacia del sistema de defensa de los mercados, es necesario que la consecuencia del ilícito –por tanto la responsabilidad que se desprende de este último–, recaiga en un operador diferente de aquel que cometió la conducta, siempre y cuando exista una identidad estructural, subjetiva y objetiva, entre el infractor –operador inicial– y el operador final que le suceda en la ejecución del negocio.

El derecho de la libre competencia de la Unión Europea, mediante la aplicación del principio de continuidad económica –empresarial– desarrollado en primera instancia por Alfred Marshall, ha entendido de forma reiterada que la “extensión de la responsabilidad por un ilícito *antitrust*” al agente sucesor, es imperativa como medio de garantía del efecto útil (eficacia) que demanda la aplicación de las normas de competencia comunitarias.

Así, tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han establecido durante los últimos 30 años las bases de la aplicación del principio de continuidad económica en sede administrativa, con fallos reiterados que de forma escalonada han logrado consolidar dicha doctrina. Aquella aplicación netamente pública del principio mencionado se ha extendido gracias al fallo paradigmático *Vantaan kaupunki vs. Skanska Industrial Solutions Oy y otros* emitido por el Tribunal de Justicia en el 2019.

¹ WALLER, 2006, p. 368.

² BUCCIROSI Et al, 2009, pp. 7-11 y TISSOT-FAVRE y SAKKERS, 2010, p. 317.

Fallo que ha dilatado la doctrina “de continuidad económica”, hasta impactar en sede privada, en el marco de la definición de los efectos civiles por daños causados por contravenciones a la normativa de libre competencia. Circunstancia que ha generado una repercusión sancionatoria y resarcitoria en materia de imputación de la responsabilidad a operadores que en principio no han llevado a cabo la conducta *contra legem* ni han gozado de sus efectos, pero aún así deben asumirla al tener la consideración de sucesores naturales de los infractores.

La remoción disruptiva de la responsabilidad personal mediante la aplicación del principio de continuidad económica, a pesar de que pueda generar sorpresas en terceros sistemas, es hoy pieza fundamental del sistema disuasivo de defensa de la competencia europeo. La protección de la libre competencia necesita de instrumentos que permitan contrarrestar las estrategias de elusión de la responsabilidad personal que están en capacidad de activar las empresas mediante operaciones de modificación estructural, ingeniería financiera o societaria, etc. Razón por la que vale la pena trasladar a sistemas latinoamericanos, los extremos del argumentario que ha permitido a la Unión Europea afianzar aquella posibilidad, con el propósito de que puedan valorar su implementación en sus sistemas domésticos.

En ese sentido, con el objetivo de alcanzar dicho derrotero, el presente documento traslada al lector, tras una revisión jurisprudencial profunda que incorpora todos los fallos que en la Unión Europea se han proferido en aplicación del principio de continuidad económica a la defensa de la competencia, los razonamientos que se han esgrimido para lograr su consolidación.

Así, en la primera parte se expondrán de forma sucinta los fundamentos del velo societario, la responsabilidad personal y su repercusión en el derecho de la libre competencia, como principios rectores del derecho societario que a su vez configuran bloqueos a la delimitación de responsabilidades ante infracciones a las normas de competencia. En la segunda parte se presentarán los extremos básicos del principio de continuidad económica de Alfred Marshall, con el ánimo de desarrollar en el tercer apartado del documento, los argumentos que escalonadamente han sido esgrimidos en el derecho de la competencia de la Unión Europea para garantizar la aplicación del principio de continuidad económica en sede pública y en sede privada, en atención a las diversas circunstancias y casuísticas en las que se puede sustentar su utilización como medio para dirimir responsabilidades concurrenciales.

II. “INGENIERÍA SOCIETARIA” Y VELO SOCIETARIO

La limitación de la responsabilidad es sin duda uno de los fundamentos principales del derecho de sociedades. Si bien otros argumentos vinculados con la capitalización, el apoyo colaborativo, el avance económico y el fin común que persiguen las partes mediante la creación de la organización, también forman parte de los aspectos a tomar en consideración para constituir y gestionar una sociedad, la realidad es que la separación

de las responsabilidades personales de los socios de las responsabilidades de la persona jurídica, es una de las razones prácticas que con mayor asiduidad justifica la puesta en práctica del fenómeno asociativo.

Aquella realidad con la que se le otorgan a la sociedad responsabilidades, obligaciones y derechos diferentes a los de los socios, no configuraba en sus inicios la razón de ser de la formación de nuevas sociedades, como sí lo hacía la “asociación” propiamente dicha. Sin embargo, hoy esa disgregación sí parece ser el objetivo principal de la persona jurídica, pues se ha conferido protagonismo práctico al efecto que genera la separación de los bienes de la Sociedad de los de los socios, al garantizar que solo los bienes atribuidos a la primera responderán por las obligaciones contraídas en el ejercicio de su objeto social.

Que el enfoque principal del derecho de sociedades se haya visto modificado con el pasar de los años, es interpretado por algunos como una crisis del concepto y como un razonamiento con capacidad para promover directa y transversalmente el abuso del derecho y la defraudación de terceros. Y es que el velo societario –que hace las veces de valla de separación de las responsabilidades antedichas– surgió con un objetivo de perfeccionamiento del sistema mercantil y no con unos derroteros de simulación, ocultación o irresponsabilidad en la toma de decisiones de negocio.

No obstante, en la actualidad la limitación de la responsabilidad es llevada a su máxima expresión por múltiples vías. Así, resulta común que se articulen grupos de sociedades por medio de estructuras complejas que requieren medios de verificación prolijos³; que se incluyan testaferros para encubrir las verdaderas responsabilidades económicas y de decisión en la persona jurídica; que mediante la aplicación de estrategias de ingeniería societaria –favorecidas por la internacionalización de los negocios– se creen entramados de personas jurídicas domiciliadas en terceros países con sistemas endebles de control y supervisión o con poca vocación de transparencia; o incluso que con estrategias concatenadas de disolución de sociedades y de sucesiva creación de otras que le sustituyan en la explotación de un objeto social análogo, se diluyan y soslayan las responsabilidades de sociedades “preliminares”.

Ha sido precisamente en virtud de ese contexto, suficientemente sustentado en la práctica mercantil, que ha sido necesario para el derecho hallar mecanismos de contención de dicha dinámica potencialmente abusiva, pues el seguimiento, detección y comprobación de conductas como las descritas implica la movilización e inversión de recursos de variadas naturalezas. Los instrumentos que han sido dispuestos para contrarrestar aquello, son variados⁴. Así, la doctrina del levantamiento del velo, la “dilatación” de responsabilidades a los grupos de sociedades, las acciones de responsabilidad de los administradores de la persona jurídica, o incluso la extensión de la cláusula arbitral a no signatarios.

³ UBILLÚS, 2015, 66 pp.

⁴ En el ámbito jurídico-mercantil se han empleado incluso mecanismos ya explorados por el derecho tributario, en donde hacer seguimiento de las estructuras, el patrimonio, el capital y los rendimientos societarios, ha debido adaptarse a los instrumentos de encubrimiento de mayor sofisticación. Al respecto, ZUCMAN, 2014, pp. 121 y siguientes, e IZAWA, 2015, 10 pp.

En el derecho *antitrust* la cuestión expuesta ha tenido un desarrollo análogo⁵. Tanto en el marco de la aplicación pública como de la aplicación privada de las normas de libre competencia, las responsabilidades suscitadas de una sanción y una compensación por daños –respectivamente– se han visto confundidas u obstaculizadas por la aplicación de estrategias societarias como las previamente expuestas⁶.

Por ello ha sido necesario para esta vertiente del derecho de la competencia aplicar nuevos razonamientos que permitan ejecutar las decisiones administrativas y judiciales que surjan de un ilícito *antitrust* –incluso en un contexto en el que se hayan puesto en marcha mecanismos “sofisticados” para lograr separaciones incluso más largas entre las responsabilidades societarias y las responsabilidades de los sujetos que han tomado las decisiones que le ocasionan–⁷. Entre ellas, resalta la aplicación del principio de continuidad económica, que ha tomado fuerza en el derecho de la libre competencia de la Unión Europea tanto en sede pública como en sede privada, en virtud de ello se otorga la posibilidad de exigir responsabilidades a sujetos de nueva creación –nuevas sociedades– en los que coincidan aspectos subjetivos y objetivos.

III. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD ECONÓMICA DE ALFRED MARSHALL

El economista Alfred Marshall en su libro *Principios de economía*, originalmente publicado en 1890, se refirió a una suerte de principio de continuidad económica que ha requerido interpretaciones y extensiones por parte de la doctrina especializada, que han llegado hasta nuestros días. Tras una fase de estudios económicos en los que Marshall había actuado –tal y como él mismo acepta en el prefacio de su obra⁸– como antagonista de las teorías económicas que le precedieron, se internó en un periodo en el que, entre muchos otros criterios, defendió que en todo caso era evidente que no había una brecha en el desarrollo de la ciencia, pues existía una conexión irrompible entre lo pasado y lo futuro que provocaba que de forma escalonada las nuevas doctrinas sustituyesen a las antiguas y que de forma continuada la ciencia económica evolucionase.

En ese sentido, la continuidad de Marshall –que ha provocado análisis profundos y críticas– se traduce en que en el tiempo se presenta una evolución que también es extrapolable a las industrias y a las actividades económicas, ya que estas no sufren apenas cortes⁹. Situación que genera un progreso ininterrumpido que se advierte en la continuidad de las entidades económicas en el tiempo, a pesar de que algunos de sus factores se vean modificados. Así, los operadores, aspectos, criterios, circunstancias, acontecimientos y acciones que en principio se pueden entender diferenciados los/as unos/as de

⁵ CORTESE, 2014, pp. 73 y siguientes.

⁶ STUYCK, 2017, pp. 177 y siguientes.

⁷ Incluso con el objetivo de controlar en mayor medida el *forum shopping*. MERCER, 2013, pp. 329 y siguientes.

⁸ MARSHALL, 1890, p. xix.

⁹ MARSHALL, 1919, p. v.

los/as otros/as, verdaderamente se confunden entre sí y coexisten en codependencia, en virtud de varias “gradaciones”.

La naturaleza, de acuerdo con la perspectiva defendida por Marshall en la articulación del principio de continuidad, no se desarrolla atendiendo a particiones absolutas totalmente deslindadas, ya que la realidad de un momento concreto se transforma paulatinamente y “matizadamente” en otra u otras realidades, mediante progresiones difícilmente perceptibles que, si bien son de complejo rastreo, no desaparecen por estar atenuadas o sombreadas en un momento posterior.

En lo que concierne al derecho de la libre competencia, el principio de continuidad económica implica, por tanto, que se reconocen las realidades –objetivas y subjetivas– que están imperceptiblemente sombreadas habiendo devenido en otras, sea cual sea la razón que haya provocado ese cambio, pues obviar dichos precedentes es directamente proporcional a ignorar elementos fundamentales de un fenómeno con impacto económico.

IV. LA APLICACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD ECONÓMICA EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La relación del derecho de la competencia y la economía es incuestionable. La sustanciación y comprobación de los argumentos en torno a los que gira un asunto concurrencial se basan, usualmente, en conceptos económicos como la eficiencia, el mercado relevante, las estructuras monopólicas u oligopólicas, la sustituibilidad, etc., que coexisten con las concepciones formales del derecho e influyen en no pocas ocasiones la remoción o modificación de estas últimas.

En ese marco, el derecho de la competencia ha partido de una noción tradicional de responsabilidad de la persona, basada, como se ha manifestado previamente, en que en el marco societario lo usual es que la responsabilidad de la persona jurídica esté diferenciada de las responsabilidades de los socios y que la sociedad sea responsable de sus operaciones en el tramo temporal que media entre su constitución y su liquidación. Dicha regla general, por supuesto, tiene ciertas excepciones que ha explorado el derecho de la libre competencia, como el levantamiento del velo societario, la disposición de garantías postliquidación y otras análogas como la aplicación del principio de continuidad económica, que se han ido construyendo paulatinamente para evitar que la persona jurídica se convierta en la máxima expresión del abuso del derecho, al favorecer la impunidad o la liberación de responsabilidades¹⁰.

Así, por más de treinta años la defensa de la libre competencia de la Unión Europea ha valorado la aplicación de una suerte de principio de continuidad económica o de la empresa, en virtud de ello las consecuencias sancionatorias, fruto de la comisión de un ilícito *antitrust*, no solo se atribuyen a la empresa infractora, sino también a aquella o

¹⁰ Como manifiesta algún sector de la doctrina, ya ha venido sucediendo, en el pasado reciente. GONZÁLEZ-MENESES, 2006, pp. 1-5.

aquellas empresas que subjetiva y objetivamente hayan venido a ocupar su lugar, como resultado de modificaciones estructurales de la sociedad originaria, o de la subrogación.

La Unión Europea ha valorado al respecto, que en algunas ocasiones la aplicación formalista de los fundamentos de la responsabilidad personal tiene capacidad de configurar un impedimento para que las autoridades de competencia garanticen la efectiva aplicación de las normas de referencia, o bien porque el operador económico inicial puede no existir en el momento de imposición de la consecuencia a la infracción, o porque se han implementado cambios organizacionales y estructuras societarias complejas de difícil rastreo, que impactan directa o transversalmente en dicho operador infractor e impiden la “ejecución” de la consecuencia en cuestión¹¹. Razón por la que explorar vías como la de la continuidad empresarial para atribuir responsabilidades más allá de las que la responsabilidad personal permite, ha sido considerado como imperativo¹².

En ese sentido, en una primera fase –hasta el año 2019– el principio en cuestión se limitó al marco de la aplicación pública de las normas de libre competencia. En ella, el Tribunal de Justicia determinó en asuntos como *Enichem Anic vs. la Comisión Europea*¹³ (en lo sucesivo, *Enichem*) y *NV Koninklijke KNP BT vs. la Comisión Europea*¹⁴, que partía de la base de que el principio natural de la responsabilidad se encontraba atado al sujeto infractor¹⁵, pero que en ciertas circunstancias de “desaparición” de este último era necesario hallar, tras la identificación de los elementos humanos y materiales involucrados con la infracción, la persona que había pasado en el *itinere* a ser responsable de la explotación de dichos elementos, para que se hiciese cargo de los efectos nocivos causados por ella y de la sanción impuesta por la autoridad de competencia¹⁶.

Posteriormente, en el asunto *ETI SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*¹⁷, el Tribunal le otorgó profundidad a dicha doctrina¹⁸, sustentada en fallos como

¹¹ PARDOLESI, 2012, pp. 289 y siguientes.

¹² WILMAN, 2015, p. 24.

¹³ Asunto T-6/89. Sentencia de 17 de diciembre de 1991.

¹⁴ Asunto C-248/98. Sentencia de 16 de noviembre de 2000.

¹⁵ *Enichem*, apartado 235: “Cuando la existencia de una infracción de estas características ha quedado probada, se debe determinar la persona física o jurídica que era responsable de la explotación de la empresa en el momento en que se cometió la infracción, para que responda de ella”.

¹⁶ En todo caso la prueba incorpora una dificultad manifiesta. Acerca de ella, en su plano ilegal, OLTRA GRAS, 2015, pp. 169 y siguientes.

¹⁷ Asunto C-280/06. Sentencia de 11 de diciembre de 2007. Apartado 42: “Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (...)”.

¹⁸ Resaltan los comentarios realizados en el marco del asunto, por la abogada general, Sra. Juliane Kokott, en las conclusiones al asunto. En concreto, el apartado 74, en el que manifiesta: “No obstante, si el anterior titular de la empresa ya no existe o ya no ejerce ninguna actividad económica significativa, se corre el riesgo de que la sanción por la práctica colusoria sea inútil. Una interpretación demasiado formalista del principio de la responsabilidad personal podría conducir, por tanto, a una situación en que se frustrase el espíritu y

*HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH vs. la Comisión Europea*¹⁹, *Versalis SpA vs. la Comisión Europea*²⁰ y el ya nombrado asunto *Enichem*, y determinó que, en todo caso, la aplicación del principio de continuidad económica era excepcional y se limitaba al cumplimiento de ciertas circunstancias que se debían ajustar a los hechos del caso en concreto. Así, dispuso que el mencionado principio podía ser de aplicación en variados contextos, en virtud de las características objetivas y subjetivas presentes en las operaciones societarias involucradas. En concreto, son dos los contextos a tomar en consideración:

1. En aquellos casos en los que el operador infractor hubiese desaparecido en términos económicos y jurídicos al momento en el que se adoptase una decisión acerca de la infracción; y
2. En los asuntos en los que el operador aún existiese al momento de la decisión, pero se hubiese producido una transferencia de la sociedad infractora a:
 - a. Una tercera sociedad no relacionada orgánicamente con el operador que ha cometido el ilícito, o
 - b. Una tercera sociedad propiedad del mismo grupo al que pertenecía originariamente.

Tanto le eventualidad del literal (a) de este numeral, como la del literal (b), se pueden desarrollar a su vez en dos marcos diferenciados: uno en donde la operación se realiza en condiciones habituales de mercado en aplicación de intereses empresariales y económicos basados en la lealtad y en el buen ejercicio de los negocios; y otro en los que la transferencia de la sociedad infractora se desarrolle con vocación de eludir responsabilidades²¹.

Veamos en los siguientes subepígrafes aquellas eventualidades y presupuestos del principio de continuidad económica, atendiendo a los asuntos en los que se ha aplicado.

la finalidad de las sanciones por este tipo de conductas, es decir, la efectiva aplicación de las normas de la competencia. Además, sería casi un estímulo para que los titulares de empresas eludieran intencionadamente su responsabilidad por actuaciones contrarias a la competencia mediante ciertas modificaciones organizativas”.

¹⁹ Asunto T-9/99. Sentencia de 20 de marzo de 2002.

²⁰ Asunto C-511/11. Sentencia de 13 de junio de 2013.

²¹ Al respecto vale la pena resaltar los apartados 146 del asunto *Comisión Europea vs. Anic Participazione* y 107 de la sentencia *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH vs. la Comisión Europea*. Apartados en donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifiesta que configura un criterio a tomar en consideración en el marco de los procesos relativos a probables menoscabos a la libre competencia económica en la Unión Europea –con el objetivo de que las normas que le sustentan y su aplicación no se vean afectadas en su eficacia–, las maniobras que pueden haber sido puestas en marcha por parte de los sujetos investigados para eludir las responsabilidades –sanciones– que impone el sistema como respuesta a las infracciones a las normas pertinentes a competencia.

1. *La responsabilidad de un “operador posterior” en casos de desaparición del operador infractor*

El impedimento a que las autoridades de competencia impongan sanciones ante infracciones a la normativa de libre competencia cuando el contraventor –la persona jurídica– ha dejado de existir, ha suscitado que tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea valoraran en el asunto *Enichem* y en resoluciones y fallos posteriores que serán objeto de este epígrafe, que la aplicación del principio de continuidad económica operaba siempre y cuando se lograra determinar en dichos casos tanto los elementos materiales y humanos que contribuyeron a la comisión de la infracción como el sujeto que deviene responsable de la operación que configuró el ilícito *antitrust*²².

Esta disruptiva solución, que en sí misma aparea una remoción del principio de responsabilidad personal, tiene en el ámbito jurídico diversas aristas, pues tanto el Tribunal como la Comisión lo han aplicado en tres tipos de circunstancias. Así: (i) cuando la desaparición del operador infractor es total; (ii) cuando mediante una modificación estructural de fusión o escisión un tercer operador absorbe de forma total al operador inicial, transfiriéndosele al primero los activos y las responsabilidades del segundo; y (iii) cuando la persona jurídica infractora continúa existiendo –en términos formales–, pero sin llevar a cabo actividades económicas.

La primera circunstancia genera pocas dudas, pues cuando el operador infractor ha desaparecido, con la simple identificación de los elementos materiales y humanos involucrados, así como del sujeto que ha devenido responsable de la operación al hacerse cargo de la “explotación”, es suficiente.

Ahora bien, en lo alusivo a la segunda circunstancia que aplica en casos de desaparición del operador infractor –que mediante una modificación estructural de fusión o escisión se hayan transferido activos y responsabilidades a un tercer operador–, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó en el asunto *Raiffeisen Zentralbank Osterreich*²³, que la responsabilidad, representada en la sanción impuesta por incurrir en un ilícito *antitrust*, debía ser asumida por la sociedad absorbente. En concreto, valoró que *Erste Bank*, quien había absorbido a *Girocredit* en el periodo en el que esta última estaba ejecutando la conducta contraria a la normativa de libre competencia, tenía que hacerse cargo de la sanción impuesta por la autoridad, en atención a que, de acuerdo con

²² *Enichem*, apartado 237: “Sin embargo, cuando entre el momento en que se cometió la infracción y el momento en que la empresa en cuestión debe responder de la misma, la persona responsable de la explotación de la empresa ha cesado de existir jurídicamente, es preciso localizar, en un primer tiempo, el conjunto de elementos materiales y humanos que participaron en la comisión de la infracción para, en un segundo tiempo, identificar a la persona que ha pasado a ser responsable de la explotación de dicho conjunto, con el fin de impedir que la empresa pueda evitar responder de la infracción a consecuencia de la desaparición de la persona responsable de la explotación de la misma en el momento en que se cometió la infracción”.

²³ Asuntos compartidos T-259/02 a T-264/02 y T-271/02. Sentencia de 14 de diciembre de 2006.

su perspectiva, la responsabilidad por la contravención se había trasladado como parte de la modificación estructural²⁴.

Dicha aplicación del principio de continuidad económica se reforzó en los asuntos *Uralita*²⁵ y *SNIA*²⁶, en los que mediante la conjunción de dicho razonamiento y de los teoremas acerca de la responsabilidad de una empresa matriz, el Tribunal de Justicia logró extender aún más las bases que refuerzan la remoción de la tradicional responsabilidad personal en asuntos de libre competencia económica²⁷. El Tribunal entendió en ambos casos que la sucesión de responsabilidades ante una conducta contraria a las normas de libre competencia, también operaba en los casos en los que se había presentado una absorción de una sociedad matriz de una subsidiaria que había cometido un ilícito *antitrust*, incluso cuando la absorción se había presentado con posterioridad al periodo en el que se había llevado a cabo la contravención. Disponiendo así que la responsabilidad de la matriz por los actos de la subsidiaria debía trasladarse a la absorbente, al ser la sucesora económica de la primera tanto en sus derechos y sus activos como en sus deberes y en sus cargas.

Una argumentación análoga fue utilizada en el asunto *ETI SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (en lo sucesivo, *ETI SpA*), aunque en dicho caso no sobre la base de una desaparición jurídica del operador infractor, sino de un cese de sus actividades económicas. Realidad a la que se enfrentaba el Tribunal, toda vez que la persona jurídica que había incurrido en el ilícito *antitrust* en aquel caso, continuaba existiendo en el momento de imposición de la sanción de la autoridad, pero no llevaba a cabo actividades económicas significativas.

Así, atendiendo a aquella situación específica, que en todo caso no resulta excepcional en el marco de los negocios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en *ETI SpA* dispuso que imponer una sanción a una sociedad que continúa existiendo en términos jurídicos, pero que no lleva a cabo actividades económicas, podría provocar un efecto contrario al disuasivo –que es pieza fundamental del derecho de la libre competencia–²⁸. En dicho sentido, el Tribunal entendió que se trasladaría un mensaje contrario al ideario de la defensa de la competencia comunitaria, si dejaban de reprenderse con eficacia,

²⁴ Apartado 326: “Cuando la empresa en cuestión deja de existir porque es absorbida por un adquirente, éste adquiere los elementos de su activo y de su pasivo, incluidas sus responsabilidades derivadas de la infracción del Derecho comunitario. (...) Por tanto, la responsabilidad por la infracción cometida por la empresa absorbida puede imputarse al adquirente”. La mencionada doctrina está relacionada con las conclusiones que presentó en el marco del asunto *Stora Kopparbergs Bergslags vs. la Comisión Europea (C-286/98 P)*, el abogado general, Sr. Jean Mischo, en el apartado 75, al manifestar que: “Por supuesto, cuando posteriormente la filial fue absorbida por la sociedad matriz, esta última adquirió los elementos de su activo y de su pasivo, incluidas sus responsabilidades derivadas de la infracción del Derecho comunitario. Ahora bien, *Kopparfors, Feldmühle* y *CBC* continuaron existiendo como sociedades independientes tras su adquisición por *Stora*”.

²⁵ Asunto T-349/08. Sentencia de 25 de octubre de 2011.

²⁶ Asunto T-194/06. Sentencia de 16 de junio de 2011.

²⁷ En *Uralita*, véanse los apartados 55 y siguientes. En *SNIA*, el apartado 62, en el que se alude a la cuestión expuesta y a la jurisprudencia de referencia.

²⁸ MCAFEE ET AL, 2008, p. 2 y SOTO PINEDA, 2014.

contundencia y “ejecutabilidad” los comportamientos contrarios a la normativa de libre competencia, pues aquello significaría cesar en la aplicación idónea de los mecanismos que las autoridades de competencia y los Tribunales tienen a su disposición para impedir la puesta en marcha y repetición de las conductas de mayor peligrosidad para la competencia económica²⁹.

Por esta razón el Tribunal manifestó en la sentencia en cuestión³⁰, que *un cambio jurídico u organizativo (...) no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades*.

2. La responsabilidad de un “operador posterior” en casos en los que el operador infractor continúa existiendo

La doctrina de continuidad económica o empresarial aplicada por la autoridad de competencia de la Unión Europea –la Comisión Europea– y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ostenta un cariz de dificultad en su aplicación, especialmente en los casos en los que el operador infractor continúa existiendo, debido a que en dicho caso es posible que se activen diversas variables y casuísticas (surgidas de las múltiples vías de reestructuración que pueden ser aplicadas en el marco societario y de los negocios), que en todo caso tienen capacidad de condicionar la aplicación del principio en cuestión.

De forma concreta, tal y como se manifestó previamente, la aplicación del principio de continuidad económica –o empresarial– al derecho de la libre competencia debe ser analizada, en aquellos casos en los que el operador infractor sigue existiendo, atendiendo a dos eventualidades:

a. De transferencia del negocio a una tercera sociedad no relacionada orgánicamente con el operador que ha cometido el ilícito, o

²⁹ Al respecto, es necesario resaltar los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en donde se ha prestado especial atención a los mecanismos jurídicos que pueden prevenir que la aplicación de las normas de competencia sea ineficaz, ya que mediante una aplicación muy formalista de principios como el de responsabilidad personal, se podría provocar una frustración de los valores que sustentan el derecho *antitrust* y sus derroteros. Así por ejemplo, además de los fallos enunciados en el presente documento, vale la pena resaltar el asunto *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH vs. la Comisión Europea* (Sentencia del 28 de marzo de 1984, C-29/83) –apartado 9–; y *NMH Stahlwerke y otros vs. la Comisión Europea* (T-134/94). Sentencia de 11 de marzo de 1999. Rec. p. II-239) –apartado 127–.

³⁰ También lo hizo en el apartado 38 del mencionado asunto *NMH Stahlwerke y otros vs. la Comisión Europea*, al determinar que: “En tales circunstancias, teniendo en cuenta, en primer lugar, que el concepto de empresa, en el sentido del artículo 65 del Tratado, tiene un alcance económico, en segundo lugar, que en la fecha de adopción de la Decisión era la demandante quien ejercía la actividad económica a la que conciernen las infracciones y, en tercer lugar, que en esa fecha el autor, en sentido formal, de las infracciones había puesto fin a toda actividad comercial, este Tribunal considera que la Comisión podía legítimamente imputar la infracción controvertida a la demandante, aun cuando, en el momento de adoptarse la Decisión, siete años después de la liquidación judicial de Eisenwerk-Gesellschaft, y cuatro años después de la venta de sus activos esenciales, dicha sociedad siguiese existiendo jurídicamente”.

- b. De transferencia del negocio a una tercera sociedad propiedad del mismo grupo al que pertenecía originariamente el operador infractor.

Las dos eventualidades, en todo caso, pueden llevarse a cabo por parte de los operadores involucrados, o bien atendiendo las condiciones habituales de mercado, o bien decidiendo no atenderlas. Caso en el que la poca habitualidad de la transacción del negocio puede sugerir a las autoridades de competencia y a los Tribunales, que el verdadero objetivo de la operación ha sido eludir las responsabilidades de sanción que se desprenden de la infracción.

Así pues, la primera vía de reestructuración que debe ser analizada en este apartado es la de una transferencia del negocio objeto del ilícito por parte de la sociedad infractora, a una tercera sociedad no relacionada orgánicamente con ella. Circunstancia que se puede presentar en dos “momentos” distintos –relacionados con la infracción–: (i) cuando la transferencia se realiza dentro del periodo de la infracción propiamente dicha, y (ii) cuando se produce con posterioridad al periodo en el que se ha llevado a cabo el ilícito *antitrust*.

Esta última eventualidad –de transferencia del negocio con posterioridad a la infracción– suscita pocas dudas, pues la responsabilidad del ilícito claramente debe recaer en el operador inicial que además de “ejecutarla” se ha beneficiado de ella. En este caso, por tanto, no es necesaria la aplicación del principio de continuidad económica, ya que si bien existen medios de encubrimiento que pueden permitir a quien transfiere el negocio no hacer frente a las consecuencias del ilícito *antitrust*, no hay un lazo justificado de continuidad suficientemente claro que implique que el adquirente deba también hacerse cargo de la consecuencia.

De forma análoga, en los casos en donde la transferencia a un tercer operador no relacionado con el inicial tiene lugar en el periodo en el que se está desarrollando la infracción y el negocio continúa beneficiándose de sus efectos, tanto vendedor como adquirente serán responsables de ello. Aunque cada uno por el tramo concreto y diferenciado en el que siendo titulares del negocio, la infracción y sus efectos se hayan extendido (*Comisión Europea vs. Anic Participazione*³¹). Siendo en este caso igualmente innecesaria la aplicación del principio de continuidad económica, a menos que la transferencia se haya desarrollado en condiciones de mercado anormales que respondan a una intención de evitar las consecuencias del ilícito *antitrust*.

La aplicación del principio de continuidad económica no configura, por tanto, una respuesta contundente del derecho de la libre competencia a las transferencias de

³¹ Asunto C-49/92. Sentencia de 8 de julio de 1999. Apartado 145: “Además, cuando Anic imputa al Tribunal de Primera Instancia haber hecho recaer sobre ella la responsabilidad por la infracción, a pesar de que había cedido su actividad relativa al polipropileno a Monte, ignora el principio de la responsabilidad personal y pasa por alto la circunstancia decisiva, que dimana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...) de que el criterio conocido como ‘de continuidad económica’ solo es aplicable cuando la persona jurídica responsable de la explotación de la empresa deja de existir jurídicamente tras la comisión de la infracción. De ello se deduce igualmente que la aplicación de los criterios mencionados no es en modo alguno contraria al principio de seguridad jurídica”.

negocio cuando es un tercero NO relacionado con el operador inicial quien adquiere la Sociedad infractora. Solo si la transferencia entre partes pertenecientes a distintos grupos empresariales se lleva a cabo en un contexto distinto a aquel que sugieren las condiciones de mercado habituales, el principio de continuidad podría ser aplicado para imponer una “consecuencia extendida”, ya que aquello podría permitir concluir al fallador que la verdadera intención de la operación pudiese ser, precisamente, eludir las sanciones dispuestas en la normativa de libre competencia.

A *contrariu sensu* de las transferencias entre operadores NO pertenecientes a una misma estructura empresarial, el principio de continuidad sí tiene una notoriedad y alcance en el derecho de la libre competencia de la Unión Europea, en los casos en los que se ha transferido el negocio objeto del ilícito por parte de la sociedad infractora, a una sociedad que forma parte del mismo grupo empresarial. La Comisión Europea y el Tribunal de Justicia han defendido en estos casos que la aplicación del principio de continuidad económica es –casi– imperativa. Ambos entienden que el operador inicial y el operador actual están conectados gracias a una identidad de control y de decisiones, que no puede ser desconocida, ya que al compartir instrucciones comerciales, estrategias de negocio y órganos de decisión –como sugieren las operaciones intragrupos y la costumbre mercantil–, el marco de la responsabilidad por sus conductas competitivas (o anticompetitivas) también debe ser compartido.

En ese sentido, la habilidad que tiene la autoridad de competencia para aplicar el principio de continuidad se apoya a su vez en el concepto de unidad económica, ya que el operador inicial y el operador actual –el del momento de imposición de la sanción por el ilícito *antitrust*– pertenecen a un mismo grupo y son engranajes de una unidad de negocio común³².

Los casos en los que se sustenta esta doctrina, son variados. En el asunto *Aalborg Portland A/S y otros vs. la Comisión Europea*³³, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea valoró que el control del negocio, tanto cuando el mismo estaba en manos del operador inicial como cuando estaba en manos del operador final (por tanto, en todos los momentos en los que se incurrió en la infracción), estuvo supeditado a una misma disciplina empresarial –y generó sus efectos– protegido por una administración única, que respondía a una estrategia y a unas instrucciones de negocio comunes³⁴. En valor de aquella realidad, el Tribunal entendió que la sanción podía recaer, indistintamente,

³² PIETRINI, 2017, pp. 309 y siguientes

³³ Asuntos compartidos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P. Sentencia de 7 de enero de 2004.

³⁴ Apartado 359: “En este sentido, es cierto que en la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada (...) el Tribunal de Justicia declaró que solo puede haber continuidad económica en el caso de que la persona jurídica responsable de la explotación de la empresa deja de existir jurídicamente tras haber cometido la infracción. Sin embargo, dicho asunto se refería al caso de dos empresas existentes y en funcionamiento, de las cuales una había cedido a la otra una parte determinada de sus actividades, que no tenían entre ellas ningún vínculo estructural. Pues bien, como se desprende del apartado 344 de la presente sentencia, no sucede así en el presente asunto”.

en cualquiera de las dos sociedades involucradas, pues ostentaban subjetiva y objetivamente una identidad de grupo.

Esta circunstancia también se presentó en el asunto *Hoechst GmbH vs. la Comisión Europea*³⁵, en el donde el Tribunal determinó de forma análoga que en todo caso la Comisión se encontraba facultada para aplicar el principio de continuidad para imputar responsabilidades al operador inicial y al final, sin distinción, en todos aquellos casos en los que la identidad intragrupal estuviese presente en el caso objeto de sustanciación por parte de la autoridad de competencia europea³⁶. Argumento que también aplicó en *Versalis SpA vs. la Comisión Europea*, en el que atribuyó responsabilidad y justificó la imposición de una sanción al operador final de la operación –Versalis–, sobre la base de que este último y el operador inicial –infractor– Enochem SpA, estuvieron siempre bajo el control de la matriz Eni SpA³⁷.

El Tribunal de Justicia europeo igualmente ha hecho extensiva aquella doctrina a compañías estatales o de economía mixta, público-privadas. En los casos en los que ha aplicado esta vía de “extensión de responsabilidad” –con involucración de poderes públicos– se ha percatado de prestar especial atención a la identidad subjetiva del operador que ha tenido el control de las sociedades (inicial y final) durante la infracción, así como a determinar el sucesor económico del “infractor original”.

Así, en casos como *ETI SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, el Tribunal determinó que al haber sido el Ministerio de Economía y Finanzas italiano aquel que actuaba como órgano decisorio máximo en las sociedades involucradas (AAMS y ETI) durante todo el tiempo de ejecución y de generación de efectos de la infracción, quedaba en todo caso comprobado que independientemente de que se hubiese presentado una transferencia del negocio de la sociedad AAMS a ETI, participadas y dirigidas por el mismo órgano (el Ministerio mencionado), lo verdaderamente esencial era que la sociedad final era sucesora económica de la inicial, y que por ello la primera debía asumir las consecuencias sancionatorias del ilícito *antitrust* originalmente trazado y ejecutado por la otra.

³⁵ Asunto T-161/05. Sentencia de 30 de septiembre de 2009.

³⁶ Apartado 64: “En todo caso, la imputación al nuevo titular de una infracción cometida por el anterior es una posibilidad que la jurisprudencia reconoce a la Comisión en algunas circunstancias, y no una obligación, particularmente en casos como el de autos, en que el titular inicial autor de la infracción sigue existiendo jurídica y económicamente (en el sentido de la sentencia ETI y otros, antes citada, apartado 40). Además, en el caso de autos, no existe el riesgo de que la empresa autora de la infracción eluda sanciones (véase el apartado 51 supra), riesgo que el principio de continuidad económica pretende combatir, ya que Hoechst continúa existiendo tanto jurídica como económicamente”.

³⁷ Apartado 53: “En el caso de autos, como se desprende de los considerandos 368 y 369 de la Decisión controvertida, la Comisión señaló que Eni SpA, Versalis y Syndial habían formado una sola empresa durante todo el tiempo de la infracción en cuestión. Además, dado que Eni SpA, durante todo ese período, poseía directa o indirectamente todo o casi todo el capital no solo de Versalis, sino también de Syndial, extremo que Versalis no discute, la Comisión podía basarse, de conformidad con reiterada jurisprudencia, en la presunción de que Eni SpA ejercía efectivamente una influencia determinante en sus filiales (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de mayo de 2012, Legris Industries/Comisión, C-289/11 P, apartados 46 a 48 y la jurisprudencia citada). Dicha presunción no ha sido destruida en el presente litigio”.

Como se observa, el principio de continuidad económica es una pieza fundamental de la eficacia y la disuasión del sistema de defensa de la competencia en la Unión Europea. La extensión de la responsabilidad a operadores incluso se ha articulado en aquellos casos en los que la autoridad de competencia y el Tribunal han comprobado que con antelación a la consolidación de la transacción de una operación de compraventa o absorción se han puesto en marcha estrategias previas de ingeniería financiera o societaria, presuntamente llevadas a cabo con el objetivo de eludir las responsabilidades concurrentes –o de otro tipo– que se podrían desprender de las conductas previas del operador inicial³⁸.

A pesar de que la aplicación del principio de continuidad económica requiere de la activación de ciertas cautelas, dirigidas a no generar escenarios de inseguridad jurídica, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea le han otorgado en el pasado reciente el protagonismo que demanda como fundamento disuasorio y eficaz del derecho de la libre competencia. Su relevancia es tal, que recientemente –los últimos dos años– el principio en cuestión se ha trasladado también a la aplicación privada de las normas de competencia, permitiendo que la “extensión de responsabilidad” pueda también aplicarse a la definición de daños y perjuicios que realizan los tribunales nacionales de los Estados miembros en virtud de un ilícito *antitrust*³⁹.

- c. La aplicación del principio de continuidad económica, en las acciones de responsabilidad civil surgidas de infracciones a la normativa de defensa de la libre competencia

El 14 de marzo de 2019 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió una petición de decisión prejudicial en donde el Tribunal Supremo de Finlandia solicitó valorar si el principio de continuidad económica, consolidado en el marco de la aplicación pública de las normas de competencia comunitarias, también podría hacerse extensible a la aplicación privada de la mencionada normativa. Por tanto, si resultaba aplicable a las acciones de determinación de los efectos civiles surgidos de un ilícito *antitrust*.

La cuestión prejudicial planteó un escenario hasta ese momento inédito, debido a que el derecho de daños de las legislaciones domésticas de los países miembros de la Unión Europea, incorporan un criterio personal de imputación que en principio

³⁸ Al respecto, son de relevancia los asuntos *Parker ITR* y *Parker-Hannifin vs. la Comisión Europea* (T-146/09. Sentencia de 14 de julio de 2016) y la *Comisión Europea vs. Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin* (C-434/13. Sentencia de 18 de diciembre de 2014). Casos en los cuales la Comisión Europea, apoyada posteriormente en los fallos enunciados por el Tribunal de Justicia, entendieron que independientemente de que en última estancia se consolidase la transferencia del negocio infractor a una tercera compañía no perteneciente al mismo grupo empresarial, previamente se había llevado a cabo una operación intragrupo, aparentemente dirigida a facilitar la venta posterior, que hacía sucesora de la responsabilidad del operador infractor a la sociedad del mismo grupo empresarial a la que se le había transferido el negocio, antes de que esta a su vez lo enajenase en favor de una sociedad no relacionada orgánicamente con ninguna de las involucradas.

³⁹ BERNITZ, 2015, pp. 1-34 y SAUTER, 2016, p. 23.

impide la aplicación del principio de continuidad económica en sede privada⁴⁰, a pesar de que aquel está suficientemente afianzado en el ámbito comunitario en lo alusivo a la aplicación pública.

El Tribunal Supremo Finlandés planteó la cuestión, pues el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de aquel país había aplicado el principio de continuidad –en sede pública– para imponer sanciones a operadores que habían sucedido económicamente a los infractores (todos ellos disueltos), y una de las víctimas del cartel que originó la cuestión solicitó por solidaridad, a las sociedades finales que ahora ostentaban el control del negocio adquirido, una indemnización. Petición que a su vez fue rechazada por parte de estas últimas sobre la base de la responsabilidad personal, aludiendo a que ellas eran personas jurídicas distintas a aquellas que habían ejecutado el ilícito (argumentación análoga a la utilizada en el caso *Enichem* que configura uno de los primeros precedentes de la aplicación del principio de continuidad económica en la Unión Europea).

Realizado el planteamiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea atendió la cuestión y la resolvió por medio de su sentencia de 14 de marzo de 2019, *Vantaan kaupunki vs. Skanska Industrial Solutions Oy y otros* (en lo sucesivo, *Skanska*). En ella sigue la doctrina del principio de continuidad aplicado en sede administrativa y lo entrelaza con las indemnizaciones por daños y perjuicios, en atención a que, de acuerdo con su perspectiva, la aplicación privada de las normas de competencia es, tanto como la aplicación pública, una pieza fundamental del sistema integral de protección de los mercados⁴¹.

Determina así, que mediante las acciones de daños y perjuicios también se ven “sancionados”, en sentido lato, las conductas contrarias al ideario *antitrust* y que además mediante ellas se fortalece el espíritu disuasivo de la materia⁴². Espíritu que se ha trasladado a copiosa jurisprudencia que ha venido a determinar que el tándem público-privado configura un conjunto integral de defensa de la competencia⁴³, que además, en los países miembros, no puede verse desvirtuado por decisiones que puedan menoscabar el efecto útil y la eficacia de la aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea.

En la sentencia en cuestión se afirma que la imputación de responsabilidad en sede privada, en virtud del principio de continuidad, cuando el operador infractor –inicial o adquirido– no existe, no resulta incompatible con el principio de responsabilidad

⁴⁰ La Directiva 2014/104 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” (Diario Oficial 2014 L 349), ha venido a armonizar ciertos aspectos alusivos a las acciones de indemnización suscitados por contravenciones a las normas de libre competencia, pero los derechos nacionales son aun hoy los que disponen los criterios de responsabilidad en materia de daños y perjuicios. Acerca de la directiva y sus efectos, MARCOS, RODGER y SOUSA FERRO, 2018, 42 pp.

⁴¹ FASOULA, 2019, p. 263.

⁴² VAN DEN BERGH & KESKE, 2008, p. 470 y LANDE & DAVIS, 2008, p. 907.

⁴³ RUBINFELD, 2006, pp. 141-147

personal⁴⁴. El Tribunal entiende que la interpretación del concepto de empresa que se incluye en el apartado segundo del artículo 23 del Reglamento 1/2003⁴⁵, debe tener el mismo alcance en el marco de la aplicación pública de las normas de competencia, que en el marco de la aplicación privada⁴⁶. Lo que significa que el artículo 101 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea –y por consiguiente el 102– se debe aplicar en igualdad de condiciones en ambas sedes, principalmente porque, como ya se ha manifestado, ambos forman parte del mismo sistema de protección de los mercados.

El abogado general Sr. Wahl había presentado con antelación a la sentencia sus conclusiones a la cuestión. Conclusiones que claramente fueron tomadas en consideración por el Tribunal, pues este replica en el fallo varios de los criterios esgrimidos por aquel. Así, resalta el argumentario del abogado general en lo alusivo al efecto útil de la aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea, pues manifiesta que la imputación de responsabilidad para el pago de una multa, como la imputación de responsabilidad por los daños, deben obedecer a los mismos principios, sin matices, ya que el derecho a reclamar una indemnización por un ilícito *antitrust* no se establece con el objetivo de garantizar la reparación de la víctima, sino de asegurar que el derecho de la competencia de la Unión Europea sea eficaz.

Según la perspectiva del abogado general Wahl, la normativa doméstica de los países miembros, en materia de daños, no puede configurar un bloqueo a la consolidación de ese efecto útil mencionado. Razón por la que la determinación del sujeto que debe asumir la indemnización no debe supeditarse a normativa nacional, sino a la comunitaria, que tiene aquella determinación de responsabilidad como requisito constitutivo del tipo normativo.

La concepción que tiene acerca de la cuestión, el abogado general, es claramente disruptiva, pues remueve el principio de responsabilidad personal, en atención a las facilidades que engendran hoy las normas societarias domésticas para eludir responsabilidades. El Sr. Wahl manifiesta que el responsable de la infracción, en conciliación del efecto útil del derecho de la libre competencia de la Unión Europea y de la costumbre mercantil actual que permite evadir responsabilidades mediante operaciones de modificación estructural, de ingeniería societaria –o análogas–, es el sujeto que lleva a cabo la actividad económica que originó la infracción en el momento de la imposición de la consecuencia –multa o reparación–.

Que la sociedad adquirente del negocio lleve a cabo la misma actividad económica del operador infractor, utilizando los mismos medios personales y materiales que la sociedad inicial, conlleva, de acuerdo con el abogado general y el Tribunal de

⁴⁴ Es sustento jurisprudencial de aquella determinación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de diciembre de 2013, *SNIA v la Comisión Europea*, apartado 23.

⁴⁵ Reglamento (CE) No. 1 del año 2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, DOCE L 001 de 4 de enero de 2003. De su alcance para la defensa de la competencia comunitaria, VAN BAELE & BELLIS, 2010, p. 1209 y MULLER, 2004, pp. 722 y siguientes.

⁴⁶ HIRSCH, 2008, pp. 409 y siguientes.

Justicia de la Unión Europea, que en el momento de delimitación de responsabilidades en sede administrativa o judicial, el operador final deba tener exactamente la misma consideración que merecería la sociedad antecesora, pues en aplicación del principio de continuidad económica, ya asentado en el marco de la defensa de la libre competencia, aquello configura ser sucesor de los derechos y las obligaciones, como si se tratase de la misma entidad.

V. CONCLUSIONES

A tenor de la investigación primordialmente jurisprudencial que se ha llevado a cabo, y que tiene como resultado bibliográfico el presente documento, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

1. El derecho de la competencia se nutre, además de criterios jurídicos, de criterios económicos como el de continuidad económica articulado en la ciencia económica por Alfred Marshall.
2. La aplicación privada y la aplicación pública de las normas de competencia en la Unión Europea forman parte de un sistema integral de protección de los mercados, que garantiza, principalmente, que las conductas anticompetitivas se sancionan, se remedian, conllevan obligaciones de reparación para el infractor, así como un efecto disuasivo general dirigido a consolidar una competencia efectiva en el mercado.
3. La responsabilidad civil extracontractual no es ajena en el marco de la aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea, a los objetivos de ordenación, supervisión y regulación de la actividad competitiva en los mercados. Razón por la cual los fundamentos de la responsabilidad aquiliana se ven removidos parcialmente, al deber ser adaptados a un sistema integral de protección público-privado.
4. La aplicación del principio de continuidad económica permite, en circunstancias excepcionales de desaparición jurídica o fáctica del operador infractor, que la imputación de la responsabilidad administrativo-sancionatoria y privado-resarcitoria se extienda a un operador sucesor del negocio objeto del ilícito *antitrust*.
5. Llevar a cabo las mismas actividades económicas de un operador infractor adquirido, mediante la utilización de los mismos medios personales o materiales que esta empleaba, permite concluir en sede pública y privada, en el marco de la aplicación de las normas de libre competencia de la Unión Europea, que se es sucesor y por tanto, responsable de un ilícito *antitrust* perpetrado por dicha sociedad precedente.

BIBLIOGRAFÍA

BERNITZ, U., "Introduction to the Directive on Competition Damages Actions", en Bergström, Iacovides & Strand (editores), *Harmonising EU Competition Litigation*, No. 4, 2015.

- BUCCIROSSI, P., CIARI, L., DUSO, T., SPAGNOLO, G y VITALE, C., "Deterrence in Competition Law", *Discussion Paper N° 285*, presentado en la Governance and the Efficiency of Economic Systems, 2009.
- CORTESE, B., "Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability", en B. Cortese (editor), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
- FASOULA, V., "Extending the Principle of Economic Continuity to Private Enforcement of Competition Law. What Lies Ahead for Corporate Restructuring and Civil Damages Proceedings after Skanska? Case Comment to the Judgement of the Court of Justice of 14 March 2019. Skanska Industrial Solutions and others (Case C-724/17)", en *20 Yards*, No. 259, 2019.
- GONZÁLEZ-MENESES, M., "Derecho de la impunidad o derecho de la responsabilidad", en *El Notario del Siglo XXI*, No. 8, 2006.
- HIRSCH, G., *Competition Law: European Community Practice and Procedure-Article by Article Commentary*. Londres, Sweet & Maxwell, 2008.
- IZAWA, R., "The Formation of Companies for Tax Avoidance: The Relationship between UK Multinationals and International Double Taxation in the Interwar Period", en *Business and Economics History*, vol. 13, 2015.
- LANDE, R y DAVIS, J., "Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases", *University of San Francisco Law Review*, No. 42, 2008.
- MARCOS, F, RODGER, B y SOUSA FERRO, M., "Promotion and Harmonization of Antitrust Damages Claims by Directive EU/2014/104?", en *Working Paper IE Law School*, AJ8-242-I, 2018.
- MARSHALL, A., *Industry and Trade*, Macmillan, 1919.
- MARSHALL, A., *Principles of Economics*, Macmillan, 1890.
- MC FEE, R, MIALON, H. y MIALON, S., "Private v Public Antitrust Enforcement: A strategic analysis", en *Journal of Public Economics and Emory Public Law*, 2008.
- MERCER, H., "Applicable Law in Cross-Border EU Competition Law Actions-Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy", en M. Danov Et al (editores), *Cross-Border EU Competition Law Actions*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- MULLER, F., "The New Council Regulation (EC) No. 1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition", en *German Law Journal*, vol. 5, N° 6, 2004.
- OLTRA GRAS, I., "La prueba ilícita en materia de libre competencia", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXVIII, No. 2, 2015.
- PARDOLESI, R., "Private Enforcement of Antitrust Law", en T. Eger y H. Schilfer (editores) *Research Handbook on the Economics of European Union Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012.
- PIETRINI, S., "Le Private Enforcement et le Public Enforcement aprbs la directive 2014/104/UE: des nouvelles synergies pour un nouvel 6quilibre dans l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles?", en V. Giacobbo, C. Verdure (editores), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union europeenne Questions d'actualite et perspectives*, Bruxelles: Larcier, 2017.
- RUBINFIELD, D., "An Empirical Perspective on Legal Process: Should Europe. Introduce Private Antitrust Enforcement?", *Series in Law and Economics*, vol. 1, 2006.
- SAUTER, W., *Coherence in EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016.
- SOTO PINEDA, J, A., *Public Enforcement y descentralización en la aplicación de las normas de libre competencia en la Comunidad Europea y en España*, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- STUYCK, J., "The Role of Preliminary References in the Uniform Application of EU Competition Law", en A. Almasan y P Whelan (editores), *The Consistent Application of*

EU Competition Law: Substantive and Procedural Challenges. Cham: Springer International Publishing, 2017.

- TISSOT-FAVRE, A y SAKKERS, E., "What Kind of Sanctions? A Perspective from the European Commission", en C. Baudenbacher (editor), en *Current Developments in European and International Competition Law*, 16*Tb St. Gallen International Competition Law Forum ICF* 2009, Helbing Lichtenhahn, Basilea, 2010.
- UBILLÚS, R., "Delimitación conceptual de los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL VIII, 2015.
- VAN BAELE, I y BELLIS, J.F., *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, Holanda, 2010.
- VAN DEN BERGH, R y KESKE., "Private Enforcement of European Competition Law: Quo Vadis?", en *European Review of Contract Law*, No. 3/4, 2008.
- WALLER, S., "Towards a More Constructive Public-Private Partnership for Enforcing Competition Law", en *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 29, Nº 6, 2006.
- WILMAN, F., *Private Enforcement of EU Law Before National Courts: The EU Legislative Framework*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2015.
- ZUCMAN, G., "Taxing across Borders: Tracking Personal Wealth and Corporate Profits", en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 28, 2014.

Jurisprudencia

- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de marzo de 1984, asunto C-29/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de diciembre de 1991, asunto T-6/89, *Enichem Anic vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de julio de 1999, asunto C-49/92, *Comisión Europea vs. Anic Participazione*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de noviembre de 2000, asunto C-248/98, *NV Koninklijke KNP BT vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de marzo de 2002, asunto T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de enero de 2004, asuntos compartidos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Alborg Portland A/S y otros vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2006, asuntos compartidos T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2007, asunto C-280/06, *ETI SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de septiembre de 2009, asunto T-161/05, *Hoechst GmbH vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de junio de 2011, asunto T-194/06, *SNIA*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2011, asunto T-349/08, *Uralita*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de junio de 2013, asunto C-511/11, *Versalis SpA vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2014, asunto C-434/13, *la Comisión Europea vs. Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*.

SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de julio de 2016, asunto T-146/09, *Parker ITR y Parker-Hannifin vs. la Comisión Europea*.

CONCLUSIONES de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, al asunto C-280/06, *ETI SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, presentadas el 03 de julio de 2007.

Normativa

REGLAMENTO (CE) No. 1 del año 2003, del Consejo Europeo, de 16 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, DOCE L 001, de 4 de Enero de 2003.

DIRECTIVA 2014/104 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” (Diario Oficial 2014 L 349).

