

RESPONSABILIDAD PERSONAL DE DIRECTIVOS PARTICIPES EN INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: INCENTIVO AÑADIDO AL CUMPLIMIENTO*

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ

Doctora en Derecho
Cuerpo Superior Administradores Civiles del Estado
Jefe de Área, Asesoría Jurídica CNMC

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se da a conocer que una autoridad de competencia ha incoado un procedimiento sancionador, los interesados en estas temáticas leen la correspondiente nota breve que hace pública la incoación a la búsqueda de información relativa al tipo de conducta que se investiga, el mercado que pueda ser afectado y la identidad de las empresas interesadas en el procedimiento. Si la prensa se hace eco de la noticia puede especular sobre los operadores afectados y sobre el eventual daño a consumidores, en su caso, que hayan podido provocar las conductas que se investigan. Los competidores no partícipes en la conducta, los proveedores y los empleados de los incoados pueden incluso hacer cálculos o hipótesis sobre la posibilidad y repercusión en cada caso de que el procedimiento sancionador finalice con la imposición de multas a las empresas declaradas infractoras. Lo que no suele producirse es una reflexión sobre cuáles puedan ser las consecuencias de tal procedimiento para los directivos y representantes de las empresas que protagonizaron los acuerdos, decisiones, recomendaciones, etc., que hayan podido infringir la normativa de competencia.

Sin embargo, la posibilidad teórica de que la incoación de un expediente sancionador por vulneración de la normativa de competencia alcance no solo a la empresa presuntamente infractora sino también a sus directivos y representantes, y que ello pueda derivar en la imposición de multas a los

* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y en ningún caso representan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La autora quiere agradecer a Joaquim Hortalà i Vallvé y a Diego Castro-Villacañas sus observaciones sobre versiones iniciales de algunos apartados del trabajo.

mismos, es una perspectiva que ha cobrado cierta actualidad. La afamada Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 29 de enero de 2015, al hilo de clarificar aspectos controvertidos de la interpretación y aplicación del régimen sancionador contenido en los arts. 62 y 63 de la LDC, realiza una nada velada invitación a explorar esta vía de disuasión¹. No menos clara resulta la declaración de intenciones al respecto formulada por el presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en su comparecencia el 22 de abril de 2015 en la Comisión de Economía y Competitividad del Senado, para informar a petición de un grupo parlamentario sobre el Plan de Actuación 2015 de la CNMC: «[...] la capacidad disuasoria del sistema sancionador puede apoyarse —y esta es una vía que queremos potenciar— acudiendo a lo dispuesto en el art. 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, que prevé multas de hasta 60.000 euros a los directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión prohibida [...]»².

El objetivo perseguido a través de la exigencia de responsabilidad personal por ilícitos de la competencia es doble y coincide con el que impulsa la política de competencia en general: detección y, sobre todo, disuasión. Asimismo, desde una perspectiva de política pública, puede ser un mecanismo para incrementar la credibilidad del sistema y aumentar el coste reputacional que deberían conllevar este tipo de sanciones³.

La aplicación rigurosa, solo en el primer sentido del término, de las multas personales en supuestos de conductas prohibidas, puede jugar un papel estratégico para que los administradores y directivos de cualquier entidad que ejerza una actividad económica perciban el incumplimiento de la normativa *antitrust* como un asunto de riesgo personal, no solo de riesgo empresarial, adaptando su conducta en consecuencia.

El propósito de los primeros epígrafes del trabajo es exponer, tras un somero examen de la experiencia comparada en materia de multas a directivos, la regulación positiva de la responsabilidad personal por infracciones de la competencia, así como la práctica hasta la fecha de la autoridad de la competencia española. Seguidamente se analiza la potencialidad de la figura, en particular en el contexto de la persecución de las más graves

¹ STS, Sala de lo Contencioso, rec. 1872/2013 (FD 9.º): «No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el art. 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas. [...] Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras —y sus directivos— no solo “sufren” la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta».

² *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 444, p. 6.

³ Se refiere al distinto grado de reproche social que tradicionalmente acompaña a los ilícitos *antitrust* en Estados Unidos y Europa. W. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law & Economics*, 2002, pp. 223-224.

infracciones del Derecho *antitrust*. El trabajo concluye apuntando algunos posibles desafíos o cuestiones abiertas que suscita la responsabilidad personal por conductas infractoras de la LDC.

2. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL MODELO COMUNITARIO Y EL MODELO DE ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS Y PAÍSES TERCEROS

El marco normativo sobre defensa de la competencia a nivel comunitario solo contempla la imposición de multas a empresas (*undertaking*) infractoras. Muchas voces señalan que ese mecanismo de aplicación pública de la normativa sobre ilícitos competenciales puede haberse revelado como insuficiente, especialmente desde que el progresivo incremento en la cuantía de las multas no se percibe que traiga como consecuencia un nivel suficiente de disuasión, a la vista de la no disminución del número de cárteles que se detectan, así como de los datos sobre reincidencia en la infracción⁴.

Existe un debate sobre la necesidad de proporcionar instrumentos adicionales a la Comisión Europea, dada la constatación de que las multas pecuniarias a las empresas infractoras resultan ser *de facto* muy inferiores a lo necesario para garantizar la disuasión anhelada, siendo a su vez la percepción generalizada el que su incremento exponencial viene desaconsejado por un conjunto de consideraciones vinculadas a la exigencia de proporcionalidad y al riesgo de que los costes de la multa sean finalmente trasladados al consumidor en forma de incrementos en los precios, o bien a otros agentes no directamente responsables de la infracción (trabajadores, acreedores de la empresa infractora, proveedores, etc.)⁵.

Junto al objetivo esencial de incrementar la disuasión, se han planteado asimismo argumentos de orden valorativo o de coherencia para introducir en la normativa comunitaria las sanciones a los particulares responsables de la infracción. Así, se apunta a la contradicción que puede suponer respecto del actual régimen de responsabilidad matriz-filial, que implica sancionar a empresas (las matrices) que no han participado directamente como tales en la conducta (realizada por sus filiales), en virtud de la presunción derivada del asentado criterio jurisprudencial del ejercicio de «influencia decisiva sobre la política comercial de una filial», mientras que el papel determinante de los directivos en la comisión de la infracción no recibe sanción inmediata⁶.

⁴ W. WILS, «Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis», *World Competition*, 33(1), 2012, pp. 5-29. También, C. VEJANOVSKI, «Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines», *Journal of Competition Law and Economics*, 7(4), 2011, pp. 871-915.

⁵ K. KOKKINAKI, «An Assessment of the Penalties System for Infringements of EU Competition Law: Can Personal Sanctions be the Missing Piece of the Puzzle?», *IES Working Paper 6/2013*. También, M. POWELL y G. MCKELVEY, «Director Disqualification as a Complement to EU Antitrust Fines: Towards a More Balanced Sanctions Policy», *CPI Antitrust Journal*, diciembre de 2010.

⁶ K. KOKKINAKI, «An Assessment of the Penalties System for Infringements of EU Competition Law: Can Personal Sanctions be the Missing Piece of the Puzzle?», *IES Working Paper 6/2013*.

El tenor literal de los arts. 101 y 102 del TFUE y su mención exclusiva a *undertaking* ha llevado a posiciones enfrentadas respecto a la necesidad o no de que el texto del Tratado sea modificado para incluir a personas físicas entre los posibles infractores del Derecho de la competencia, como paso previo a introducir multas a particulares⁷.

La concepción comunitaria de la persona jurídica como destinataria exclusiva de las sanciones por conductas vulneradoras de los arts. 101 y 102 TFUE coincide básicamente con la práctica sancionadora de los Estados miembros, pero no necesariamente con sus previsiones normativas. Pese a las dificultades prácticas que plantea su aplicación, los Derechos nacionales de numerosos Estados miembros no solo prevén sanciones pecuniarias para personas físicas por conductas *antitrust*, sino que establecen para ciertos casos la imposición de sanciones de carácter penal⁸.

Así, en Reino Unido cabe aplicar pena privativa de libertad, de hasta cinco años, a particulares que hubiesen participado en acuerdos de fijación de precios o manipulación de licitaciones⁹. Las multas pecuniarias para idénticos casos se establecen sin límite cuantitativo expreso¹⁰. Además de las multas económicas y las penales privativas de libertad, en el Derecho británico se añade con un protagonismo creciente la sanción de *disqualification*, esto es, inhabilitación para ser directivo en cualquier mercantil constituida en Reino Unido o con vinculación societaria con el Reino Unido, así como para participar en la constitución o administración de una mercantil. La *disqualification* puede prolongarse hasta quince años y conlleva la incorporación en una base de datos de *disqualified directors*, la previsión de sanciones penales de privación de libertad de hasta dos años en caso de vulneración de la prohibición y responsabilidades para aquellos que actúen como directivos «de paja» bajo las instrucciones de una persona física sancionada con *disqualification*¹¹. En Irlanda, mediante reforma de 2012 se introdujo en la normativa de competencia la pena privativa de

⁷ Ello coincide parcialmente con un debate sobre la base legal utilizable para la introducción de sanciones penales en el ámbito del Derecho europeo de la competencia, véase W. WILS, «Does the effective enforcement of Articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment?», en EHLERMAN y ATANASIU (eds.), *European competition Law Annual 2001*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2001. Véase también, A. LOZANO MANEIRO, «La criminalización de los cárteles en la Unión Europea», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 763 y ss.

⁸ En 19 de los 27 Estados miembros se prevén sanciones económicas para personas físicas infractoras del Derecho de la competencia, mientras que 14 Estados miembros establecen además sanciones penales. Véase P. PÉREZ FERNÁNDEZ, *Repaso de las sanciones penales por ilícitos competitivos en Europa*, 1 de julio de 2013, www.almacenedderecho.org. También, M. SLOTBOOM, «Individual Liability for Cartel Infringements in the EU: An Increasingly Dangerous Minefield», kluwecompetitionlawblog.com.

⁹ Sobre esta cuestión, en extenso, véase M. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «La criminalización de los “Hardcore Cartels”: reflexiones a partir de la experiencia de Estados Unidos y Reino Unido», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 795 y ss.

¹⁰ Section 190 Enterprise Act, 2002.

¹¹ Company Directors Disqualification Act 1986, tras las enmiendas introducidas por la Enterprise Act 2002.

libertad de hasta diez años para particulares respecto de los que se acredite su participación en un cártel¹².

En Alemania, la pena privativa de libertad, de hasta cinco años, se reserva para los casos de directivos que hayan participado en la manipulación de licitaciones (§ 298 StGB). Asimismo, la normativa alemana prevé que a las personas físicas que hubiesen participado en cárteles se les pueden imponer multas de hasta un millón de euros (§ 81.4). En el año 2014 la *Bundeskartellamt* impuso multas a 67 empresas y 80 personas jurídicas, por infracciones *antitrust*¹³.

También en Francia cabe sancionar con pena privativa de libertad, de hasta cuatro años, y multa pecuniaria, de hasta 75.000 euros, a quienes hubieran participado de forma «fraudulenta y decisiva» en la «concepción, organización y ejecución» de las conductas anticompetitivas (art. L 420-6 CCo).

En el ordenamiento de referencia en la materia fuera de Europa, Estados Unidos, tras la reforma normativa adoptada en 2004, las penas privativas de libertad pueden alcanzar los diez años, por las más graves conductas de participación en cárteles¹⁴.

Pese a las previsiones normativas de los países recién citados, los datos estadísticos sobre efectiva aplicación de las sanciones penales previstas para personas físicas infractoras de las normas *antitrust* ponen de manifiesto su escaso uso, como regla. En el caso británico, la introducción de la figura de la *disqualification* supone de hecho una reacción a la exigua consecución de sanciones penales privativas de libertad, por razones de diversa índole¹⁵.

El Código Penal español prevé como tipos delictivos la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), la detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281) y la alteración de los precios (art. 284.1). Esos delitos, que cabe asociar a conductas subsumi-

¹² Section 8, Competition Act. Véase, destacando las ventajas de la figura frente a otros sistemas de sanción personal, A. STEPHAN, «Disqualification Orders for Directors Involved in Cartels», *Journal for European Competition Law & Practice*, disponible en <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8253131/CCP+Working+Paper+11-8.pdf/ea5c93de-88c0-4655-a280-e9311e2492f9>.

¹³ Una reciente sentencia del más alto tribunal en material laboral de Düsseldorf (Sentencia de 20 de enero de 2015, 16 Sa458/14) ha considerado que la diferente previsión relativa al límite cuantitativo de las multas que pueden imponerse a personas jurídicas (hasta el 10 por 100 del total de ingresos de la empresa) y físicas (un millón de euros, como se acaba de señalar en el texto), impide que la empresa pueda reclamar a su vez al directivo responsable la multa administrativa impuesta a la mercantil.

¹⁴ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act; anteriormente las penas de prisión preveían tres años; se incorpora además un incremento en el importe máximo de la multa a personas físicas, que pasa de 350.000 dólares a un millón. Resulta interesante consultar el Informe de julio de 2011 de la Government Accountability Office sobre los efectos de la reforma, disponible en <http://www.gao.gov/assets/330/321794.pdf>.

¹⁵ M. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «La criminalización de los “Hardcore Cartels”: reflexiones a partir de la experiencia de Estados Unidos y Reino Unido», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 795 y ss.

bles en los arts. 1 y 2 de la LDC, se sancionan con penas privativas de libertad de uno a tres/cinco años, además de una multa de 12 a 24 meses y una inhabilitación especial para futuras licitaciones¹⁶. No obstante, la carestía de condenas penales impuestas por estos delitos hasta la fecha avala el escepticismo de los autores sobre las posibilidades de aplicación práctica de la citada normativa penal, «debido a las exigencias derivadas del principio de legalidad (que exige que la conducta de que se trate coincida con alguno de los tipos penales establecidos) y el hecho de que resulta muy complicado, en la práctica, que una infracción del Derecho de la competencia encaje en alguno de los tipos establecidos en dichos artículos»¹⁷. Así, por ejemplo, al regular la alteración de precios en concursos y subastas públicas, se menciona expresamente en el art. 262 del CP el «precio de remate», relacionado con las subastas y no con los concursos, que es donde se generan los casos de cárteles en licitaciones. Ello se ha considerado que impediría subsumir el acuerdo o práctica concertada en el delito de alteración de precios en concursos y subastas¹⁸.

La percepción de que las multas a las personas jurídicas infractoras no generan el nivel de disuasión deseable y la constatación de que la sanción penal a los administradores y directivos, en el caso de preverse normativamente, por distintos motivos queda desactivada o reservada a casos límite, así como los temores sobre su posible repercusión negativa sobre los incentivos para la presentación de solicitudes de clemencia, aconsejan activar el otro instrumento disponible para sancionar las vulneraciones del Derecho *antitrust* y potencialmente apto para incrementar el perseguido efecto disuasorio.

3. EL RÉGIMEN DEL ART. 63.2 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESPAÑOLA

El art. 63.2 de la LDC, en sede de «sanciones», señala: «Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona

¹⁶ La normativa sancionadora administrativa postula la subordinación de la actividad sancionadora o disciplinaria a la actividad judicial penal, que tiene prevalencia. Así, el art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el procedimiento de ejercicio de la potestad sancionadora, establece: «1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. [...] 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial».

¹⁷ A. VIDE, «Comentario al artículo 63», en M. ODRIOZOLA y B. IRISSARRY (COORDS.), *Derecho español de la competencia, Comentarios a la Ley 15/2007, RD 261/2008 y Ley 1/2002*, t. II, Bosch, 2008, p. 1092.

¹⁸ Véase A. MENDO ESTRELLA, «Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (DIRS.), *La lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 815-841, donde se incluyen otros ejemplos de dificultades para subsumir conductas de cártel en delitos tipificados en el Código Penal.

jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión».

El segundo párrafo del art. 63.2 de la LDC matiza que quedan excluidas de la sanción las personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

El antecedente inmediato de esta previsión lo constituye el art. 10.3 de la LDC 16/1989, de 17 de julio, que contenía una previsión idéntica, solo diferenciada en el importe de la sanción (hasta 30.000 euros).

Una primera cuestión que suscita la lectura del art. 63.2 de la LDC 2007 es la determinación exacta de los posibles sujetos pasivos de la sanción pecuniaria. El art. 61.1 de la LDC prevé que «serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley». Queda claro que, si bien la infracción de la competencia conforme al Derecho nacional puede ser cometida también por personas físicas, el régimen del art. 63.2 de la LDC se activa cuando existe una persona jurídica infractora, supuesto que será además el más común. La persona física que puede ser sancionada con multa de hasta 60.000 euros es aquella que, teniendo o habiendo tenido determinada relación con la persona jurídica infractora al tiempo o durante parte del periodo de la conducta *antitrust*, haya intervenido en la misma.

De modo análogo a lo que sucede en el Derecho de la competencia con otros términos (unidad económica, mercado relevante, etc.), el empleo de conceptos relativamente indeterminados como el de «órganos directivos» que utiliza la LDC tiene por objeto dotar de eficacia a la norma en protección del bien jurídico tutelado¹⁹.

Cuando la LDC se refiere a infractor «persona jurídica», el caso más habitual que se plantea en la práctica es el de una sociedad de capital. No obstante, cabe también pensar en que la sancionada sea otra categoría de persona jurídica, asociaciones, por ejemplo, frecuentemente objeto de resoluciones sancionadoras por infracciones de la competencia.

Dado que cada tipología de persona jurídica que ejerce una actividad económica, y por tanto susceptible de vulnerar las normas de competencia, tiene una específica regulación y denominación para sus órganos, colegiados o unipersonales, de administración y dirección, el concepto «órganos directivos» empleado por el art. 62.3 de la LDC permite abarcarlos a todos, siempre que cumplan determinadas condiciones de autonomía y capacidad de decisión, que son comunes a todos estos órganos.

¹⁹ Véase, en análogo sentido, respecto de los ilícitos abiertos, con cláusulas generales prohibitivas en base a conceptos jurídicos indeterminados, empleados por el Derecho de la competencia, J. COSTAS COMESAÑA, «Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia», en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Aranzadi, 2013, p. 222.

Una primera categoría de personas físicas que encaja en la previsión del art. 63.2 de la LDC es la de los administradores y/o representantes, *de iure* o *de facto*, de la empresa infractora.

En el caso de las sociedades de capital, es mención obligada de la escritura de constitución señalar la identidad de la «persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad» [art. 22.1.c)] y en los estatutos sociales debe constar el modo de organizar la administración de la sociedad (administrador único, varios administradores que actúen de forma solidaria o conjunta o consejo de administración) y el número de administradores. Como cabe que los administradores de la sociedad de capital sean personas jurídicas, la Ley de Sociedades de Capital se ocupa de señalar que en este caso es necesario que esta última designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo (art. 212 bis.1). El nombramiento de los administradores, una vez aceptado, deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente (art. 215).

Respecto de la precisión del art. 63.2 de la LDC relativa a «que hayan intervenido en el acuerdo o decisión», hay que señalar que cuando el órgano de administración es un consejo, normalmente este estará válidamente constituido por la mayoría de vocales y los acuerdos se adoptan por mayoría absoluta de consejeros concurrentes a la sesión (arts. 245 y ss. de la LSC). Cabe por tanto que o bien por ausencia o bien por separarse expresamente con su voto de la decisión o acuerdo constitutivo de la infracción, no corresponda imponer la multa por infracción del Derecho de la competencia a determinados administradores. A ello hace referencia precisamente el último párrafo del art. 63.2 *in fine*.

El concepto de representante legal, persona que integra los órganos directivos o los órganos colegiados de administración, por tanto, remite en un primer lugar a quien conste como tal, en el sentido de que se haya efectuado el correspondiente nombramiento como tal administrador/representante de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria.

No obstante, para atender a la realidad económica y de funcionamiento práctico de las empresas, más allá de la realidad registral o de nomenclatura utilizada para los cargos, tanto la normativa relevante como la jurisprudencia han realizado una interpretación que permite también sancionar a los conocidos como *shadow director*, para abarcar a cualquiera con influencia efectiva, esto es, con capacidad de decisión sobre la conducta infractora, siempre que *de facto* actúe en nombre de la empresa y desarrolle funciones que como regla pueden ser llevadas a cabo solo por los miembros del órgano de dirección.

Se prevé que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por

actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. La Ley de Sociedades de Capital extiende el régimen de responsabilidad de los administradores a los llamados «administradores de hecho» (art. 236.3), e incluye una definición legal de la figura: «A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad».

El Código Penal, por su parte, establece en el art. 31 (Responsabilidad criminal del representante de una persona jurídica): «El que actúe como administrador de hecho o de Derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

Esa extensión legal de responsabilidad al administrador de hecho *notorio* ha sido asimismo acogida jurisprudencialmente para el administrador de hecho *oculto*, entendiéndose por tal al que actúa en otra condición o bien al que permanece en el anonimato.

Resulta relevante que, incluso en el más estricto ámbito penal, el Tribunal Supremo también priorice la realidad económica y comercial frente a la registral: «El concepto de administrador de Derecho no presenta especiales problemas. Por tal ha de entenderse a quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria. Mayores problemas plantea la inteligencia de lo que deba entenderse por administrador de hecho. Una concepción restringida incluiría en su entendimiento el concepto puramente mercantil del término, es decir, aquel que pudiendo ser administrador de Derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejaría al margen del Derecho penal situaciones fácticas del mundo comercial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Es por ello que la doctrina ha optado por una interpretación que permite integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y comercial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad aprovechando las formalidades previstas

en el ordenamiento para la administración de la sociedad». Así, desde esta perspectiva será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de Derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo en los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figure como su administrador [...]. Por tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía ni al entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección» (Sentencia núm. 59/2007, Sala 2.^a, de lo Penal, de 26 de enero).

Muy claramente también, la STS 606/2010, de 25 de junio, conceptualiza a los administradores de hecho como «quienes eludiendo la investidura formal, deciden de hecho la actuación de la persona jurídica, bien en ausencia de administradores formales, bien porque existiendo estos, influyen decisivamente sobre los mismos». En esta sentencia, el TS además de incluir en el concepto a los administradores que, habiendo ostentado formalmente el cargo, son privados de este por nulidad de la designación o finalización del mandato cuando, de hecho, sigan ejerciendo las mismas atribuciones, añade que lo serán quienes actúan en tal concepto, sin previo nombramiento o designación, «si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo».

En el ámbito ya no penal, sino civil, diversas Audiencias provinciales se han pronunciado de forma coincidente sobre las notas esenciales que deben concurrir para concluir que estamos ante un administrador de hecho: «a) elemento esencial es la autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y por tanto, como expresión de la voluntad social; b) la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad, y c) cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, con exclusión de este concepto a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión» (SAP de La Coruña, Sección 4.^a, núm. 312/2011, de 6 de julio)²⁰.

²⁰ En análogo sentido, SAP de Pontevedra (624/2009), de 17 de diciembre, o SAP de La Rioja (1/2011), de 5 de enero. Véase completo análisis y otras sentencias en idéntico sentido citadas por E. ASTARLOA, «¿Por fin un concepto unívoco de “administrador de hecho” en Derecho penal y Derecho societario?», *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez número especial Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011, pp. 60 y ss.

La amplitud con la que el art. 63.2 de la LDC emplea los términos para referirse a las personas naturales que pueden ser multadas en caso de infracción cometida por una persona jurídica permite considerar incluidos a un tercer grupo de personas físicas, además de aquellas que ostentan el cargo de administradores o miembros del consejo de administración (administradores legales) o bien deban ser considerados administradores conforme a lo anteriormente señalado (administradores *de facto*). Se trata del «personal directivo» sujeto normalmente a una relación laboral de carácter especial. En algunos casos estos mismos directivos forman parte del consejo de administración, bien como consejeros consultivos o bien como consejeros ejecutivos (art. 249 de la LSC). Tanto en el primer caso como si su trabajo es exclusivamente el propio de la alta dirección, el tenor del art. 63.2 de la LDC permitiría que se les impusiera la correspondiente multa en función de su intervención en la práctica infractora.

En este contexto, conviene citar la definición que de personal de alta dirección recoge la norma por la que se regula esa relación laboral de carácter especial: «Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad»²¹.

El alto directivo se caracteriza por desempeñar un efectivo poder de decisión en la empresa, con total autonomía y reportando directamente al órgano de administración. El Tribunal Supremo ha señalado que las facultades otorgadas, además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena, o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para su actividad²². Resulta significativo en este sentido el que la Ley de Sociedades de Capital reserve diversas previsiones²³ para «consejeros ejecutivos o altos directivos», tratando de modo común ambas categorías.

Asimismo, entre las personas físicas susceptibles de ser sancionadas conforme al art. 63.2 de la LDC debe incluirse al directivo común, por oposición al alto directivo. Si el directivo no ostenta los poderes relativos a objetivos generales de la compañía que caracterizan a un alto directivo, aunque ostente poderes amplios en una o varias áreas de ella (marketing, ventas, etc.) no se tratará de un alto directivo, sino de un directivo común. Esa diferenciación se deberá concretar en la necesidad de acreditar caso por caso los elementos de autonomía y capacidad de decisión que permiten concluir que ese directivo común ha intervenido en el acuerdo o práctica

²¹ Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, art. 1.Dos

²² SSTs, Sala de lo Social, de 24 de enero de 1990 y, Sala IV, de 22 de abril de 1997.

²³ Arts. 529 duodecimos.1, 529 duodecimos. 4.d), e), f) y g), 260 Décima, 540.4.d).

con capacidad de decidir autónomamente y representando a la empresa en cuanto a que su actuación efectivamente determinaba la conducta de la empresa.

La Ley de Sociedades de Capital incluye provisiones vinculadas a la responsabilidad de los gestores de las sociedades (p. ej., en materia de negocios sobre las propias participaciones y acciones) que resultan muy ilustrativas de que la atención a la realidad económica subyacente más allá de la registral o nominal es una constante en materia societaria. Así, el art. 157.3 de la LSC prevé: «Se reputarán como responsables de la infracción a los administradores de la sociedad infractora y, en su caso, a los de la sociedad dominante que hayan inducido a cometer la infracción. Se considerarán como administradores no solo a los miembros del consejo de administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora».

También en el ámbito penal se emplea un concepto extenso de administrador y directivo: «De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las [personas jurídicas], y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma» (art. 31 bis CP).

Dado que en el ámbito administrativo sancionador el estándar de garantías es reconocidamente inferior al penal²⁴, estos precedentes justifican una interpretación no rigorista de los términos «representantes legales» y «personas que integran los órganos directivos» que emplea el art. 63.2 de la LDC, pudiendo incluir, atendiendo a las circunstancias del caso, a empleados con facultades para obligar a la empresa, aunque no ostenten la condición formal de directivos en sus organigramas.

La argumentación expuesta en los párrafos anteriores es de aplicación a asociaciones y otras entidades de carácter no mercantil, con las correspondientes correcciones. Esto es, será posible sancionar a los representantes y personas que integren los órganos directivos de tales personas jurídicas que hayan intervenido en la conducta infractora.

Así, la Ley Orgánica 1/2002, de asociaciones establece que entre el contenido obligado de los Estatutos se incluya la indicación de los órganos de gobierno y representación y su composición (art. 7). También se prevé que las facultades del órgano de representación se extenderán, con carácter general, a todos los actos propios de las finalidades de la asociación (art. 12).

²⁴ Véase SAN de 29 de septiembre de 1997, confirmadora de la RCN de 25 de mayo de 1993 (Expte. 322/92, *FACONAUTO*) frente al recurso interpuesto por la persona física sancionada, respecto de la diferencia entre los principios de Derecho *administrativo* sancionador y *penal*: «Aunque los principios de Derecho penal son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, la aplicación en vía administrativa no es idéntica a la operada en un proceso penal. En este la intensidad de las garantías es muy superior a la que pueda observarse en la aplicación de las normas en otros ámbitos jurídicos» (FD 4.º).

De nuevo, cabría apoyarse en los precedentes normativos de sectores particularmente garantistas como es el penal y en la construcción jurisprudencial asentada en el ámbito penal y civil para que prevalezcan las situaciones de «ejercicio real de las funciones de administración y representación de la asociación», dando preferencia a la realidad acreditada del funcionamiento de la asociación frente a la realidad registral o nominal, en los casos en los que se detecte una divergencia.

Como se ha señalado *supra*, el empleo por la LDC de conceptos autónomos de carácter funcional, la definición amplia de empresa a los efectos del Derecho de la competencia y la necesidad de garantizar el efecto útil de las normas de competencia para proteger el orden público económico como bien jurídico tutelado²⁵, permite la sanción ex art. 63.2 LDC a las personas físicas miembros de asociaciones, colegios profesionales, consejos reguladores, etc., que hayan intervenido en el acuerdo o decisión vulnerador de la LDC en ejercicio de funciones de administración y/o representación de tales personas jurídicas. A tal efecto deberá atenderse a la realidad de la conducta desarrollada, con independencia de la existencia de nombramiento formal o no y de la terminología empleada por la persona jurídica para designar el cargo u ocupación de la persona física que realiza la conducta.

4. PRÁCTICA DE LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA ESPAÑOLA EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES A PERSONAS FÍSICAS

La Autoridad de la competencia española ha aplicado la previsión que permite imponer sanciones a personas físicas en una docena de casos. La característica común a la mayoría de los casos es que se sanciona a personas respecto de las que el Consejo dice apreciar una participación destacada en los hechos constitutivos de la infracción. Cabe subrayar también que entre los casos habidos abundan aquellos en los que la infractora no era una mercantil sino una persona jurídica de base asociativa.

A título informativo se relacionan y reseñan muy brevemente las resoluciones de aplicación del art. 10 de la LDC 1989 y art. 63 de la LDC 2007²⁶:

- Resolución de 25 de mayo de 1993 (Expte. 322/92), relativa a recomendación colectiva de aumento de precio de mano de obra de los talleres de los concesionarios de marca de automóviles por la Federación de Asociaciones de Concesionarios de Automoción (FACONAUTO). Se multa por importe de 100.000 pesetas al presidente de FACONAUTO por su activa e intencionada participación en los hechos. Sin embargo, al secretario de la Federación se le excluye

²⁵ En análogo sentido, J. COSTAS COMESAÑA, «Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia», en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Aranzadi, 2013, p. 222.

²⁶ Todas ellas disponibles en la web de la CNMC.

de la multa porque «carece de poder de decisión en la adopción de acuerdos de la entidad al no tener voto en sus reuniones».

- Resolución de 13 de septiembre de 1993 (Expte. 320/92, *Boutiques Pan Asturias*), en relación a un acuerdo de fijación de precios; se señala la *actuación destacada e individualizada* del secretario de la Unión de Boutiques de Pan del Principado de Asturias, al que se impone una multa de 200.000 pesetas.
- Resolución de 8 de enero de 1996 (Expte. 359/95, *Lencería Gijón*); se multa a los presidentes de dos asociaciones infractoras, dado el papel relevante desempeñado por los mismos en la infracción, consistente en la adopción y puesta en práctica de la decisión de promover una campaña contra la política comercial de un empresario y ejercer acciones de presión sobre los proveedores del mismo para que no le suministrasen en tanto no cesara en su política agresiva de descuentos y promociones. Las multas ascienden a 100.000 y 50.000 pesetas.
- En resolución de idéntica fecha que la anterior (8 de enero de 1996, Expte. 337/93, *Zontur*) se sanciona a la Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España por una recomendación de precios, imponiendo a su presidente una sanción personal de 100.000 pesetas.
- Resolución de 21 de noviembre de 1996 (Expte. 378/96, *Asentadores de Pescado*) relativa a una infracción consistente en un acuerdo para obligar a la comercialización de pescado en las seis provincias que concentran mayor número de habitantes de España, a través de mayoristas titulares de puestos en los Mercas, excluyendo a otros competidores. En este caso se imponen multas de 500.000 pesetas a los miembros de la Junta Directiva de la Asociación Nacional de Asentadores y Entradores de Pescado de Mercados Centrales y Mercas y de un millón de pesetas al presidente de la Asociación, considerando que al ostentar la representación de la misma, ello «presupone una mayor actividad en la adopción y puesta en práctica del acuerdo». A otros asistentes a la Junta Directiva en la que se adoptó el acuerdo se les declara exentos de responsabilidad personal derivada de la infracción, por participar con la condición de meros asistentes y carecer de voz y voto.
- Resolución de 12 de diciembre de 1996 (Expte. 364/95, *Ortopédicos Castilla-León*), en la que se sanciona a la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León como autora de una práctica de reparto de mercado y fijación de precios en el contexto de concursos administrativos. Se impone asimismo multa a tres personas físicas, miembros de la Junta Directiva de la Asociación, quienes «jugaron un papel decisivo en la adopción y puesta en práctica del acuerdo, que fue especialmente relevante en el caso de su presidente». Este fue sancionado con multa de 200.000 pesetas, el doble que cada uno de los otros dos miembros de la Junta.
- Resolución de 29 de marzo de 2000 (Expte. 452/99, *Taxis Barcelona*), en la que se sanciona como infracción del art. 1.1 LDC

de la 1989 el acuerdo entre distintas asociaciones y sindicatos del sector del taxi barcelonés por el que se decide contingentar en un determinado porcentaje las licencias de taxi que pueden ser utilizadas para trabajo a doble turno. En este caso el TDC no impone la multa que propone el SDC como órgano instructor: «[p]or lo que se refiere a la aplicación el art. 10.3 LDC solicitada por el Servicio, el Tribunal entiende que no ha lugar puesto que no ha quedado acreditado en el expediente protagonismo especial de los representantes legales de las entidades firmantes del acuerdo que hagan (*sic*) conveniente la aplicación de dicho artículo, por lo que no se les impone multa».

- La Resolución de 24 de octubre de 2001 (Expte. 503/00, *Feriantes Huesca*), impone multas de 150.000 pesetas cada uno a los representantes de una coordinadora provincial de empresarios y de una asociación, por su activa participación por la adopción coordinada de una recomendación a sus asociados de boicot a la *Feria de Agosto* de Huesca de 1998.
- Mediante Resolución de 3 de abril de 2007 (Expte. 611, *Excursiones Puerto de Sóller*), el TDC impone sanción de 6.000 euros, que califica como mínima por referencia al límite de 30.050 euros que fija el art. 10.3 LDC 1989, a la persona física administradora solidaria de una mercantil naviera y presidente del Consejo de Administración de Ferrocarril de Sóller, a consecuencia de una conducta de abuso de posición dominante, consistente en la subordinación de la obtención de plazas, horarios y descuentos en el tramo ferroviario de la excursión *Vuelta a la Isla* a la contratación del tramo en barco con una determinada naviera.
- Resolución de 26 de septiembre de 2012 (Expte. S/0335/11, *CEOE*), en la que el Consejo de la CNC sanciona a la CEOE por recomendación prohibida en el art. 1.1 LDC y en particular impone multa a un directivo de la misma señalando que en el caso la conducta infractora «no se ha limitado a intervenir (participando en su adopción o en su posterior ejecución) en una conducta infractora adoptada o acordada por un órgano interno de la CEOE (que es la conducta literalmente señalada como sancionable en el art. 63.2 de la LDC), sino que, sin que conste en el expediente acuerdo o decisión de órgano alguno de la CEOE para que realizase la recomendación acreditada, el Sr. [...], como directivo relevante de la organización empresarial, tomo la iniciativa de recomendar en representación de aquella una subida de precios, y lo hizo siendo consciente de los riesgos que desde la perspectiva de la defensa de la competencia entrañaba la realización de tales manifestaciones públicas, en el contexto y en los medios de comunicación que se realizaron». En relación al importe de la multa personal impuesta (50.000 euros), la Resolución define la responsabilidad personal establecida en el art. 63.2 de la LDC como «esencialmente disuasoria». Finalmente, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 15 de octubre de 2013 anuló la sanción,

al apreciar falta de aptitud de las declaraciones controvertidas para constituir un ilícito competencial.

La relación de resoluciones adoptadas en aplicación de la regulación sobre multas personales a directivos y representantes revela un más abundante recurso a tal previsión bajo la vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989. La CNC aplicó el art. 63.2 de la LDC 2007 en una única ocasión. La CNMC no ha tenido oportunidad hasta la fecha de resolver ningún expediente en el que se haya incoado a una persona física²⁷.

Los precedentes de resoluciones de la autoridad de competencia española en los que se han impuesto sanciones a personas físicas, se vinculan a la apreciación por la Autoridad de la competencia de que el representante legal o directivo ha tenido un papel especialmente relevante en la comisión de la infracción²⁸. Ahora bien, el que hasta la fecha la Autoridad de la competencia haya anudado a las resoluciones en las que se aplicaba el precepto análogo al vigente art. 63.2 de la LDC argumentos relativos al carácter especialmente intenso de la actuación del administrador o representante de la empresa, no obliga a concluir que la norma cualifique la necesaria participación de la persona jurídica en la conducta con ningún elemento de intensidad específico.

El art. 61 de la LDC califica como sujeto infractor a la persona física que realice las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la propia LDC. A su vez, el art. 64 de la LDC establece que para fijar el importe de las sanciones se tendrá en cuenta las posibles circunstancias agravantes y atenuantes. Finalmente, el art. 63.2 de la LDC solo excluye expresamente la sanción respecto de las personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, «no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto».

No se incluye en la LDC ninguna previsión adicional sobre las circunstancias concretas en las que procede imponer sanción a los representantes legales y/o los directivos de la entidad infractora. Sin embargo, la previsión que establece el art. 63.2.II LDC, eximiendo de responsabilidad solo a quienes no asistieran a las reuniones relevantes respecto de la infracción o a quienes hubieran salvado su voto, permite defender la corrección legal de imponer sanciones a personas físicas respecto de las que quede acreditada su participación en la conducta infractora, sin que de las previsiones de la LDC se derive la necesidad de que tal participación esté además adjetivada por un grado cualificado de adicional relevancia.

²⁷ No obstante, en nota de prensa de 7 de enero de 2015, en el contexto del anuncio de incoación de expediente sancionador en el mercado de distribución de vehículos de motor de la marca Volvo, se señalaba que «el expediente se incoa contra las empresas [...] así como contra otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos indicados».

²⁸ Las resoluciones incluyen expresiones tales como, a título de ejemplo, «activa e intencionada participación en los hechos» (Expte. 322/92, *FACONAUTO*); «actuación destacada e individualizada» (Expte. 320/92, *Boutiques Pan Asturias*); «papel relevante desempeñado en la infracción» (Expte. 359/95, *Lencería Gijón*); o «mayor actividad en la adopción y puesta en práctica del acuerdo» (Expte. 378/96, *Asentadores de Pescado*).

El que el art. 64 de la LDC cualifique como circunstancia agravante «la posición de responsable o instigador de la infracción», entre otras, avala el criterio de considerar que la especial participación o el papel especialmente relevante de la persona física debe ser un elemento, junto a otros, destinado a modular el importe concreto de la multa de hasta 60.000 euros que establece el art. 63 de la LDC, y no un requisito para la aplicación del precepto.

Dado que la participación especialmente relevante remite a la concurrencia de deliberación (dolo) y puesto que la LDC prevé que la sanción se imponga en supuestos de infracción también a título de negligencia (art. 63.1 LDC), resulta coherente que quepa sancionar ex art. 63.2 de la LDC sin necesidad de que concurra ese grado reforzado de participación especialmente relevante en la conducta infractora.

Igualmente, cabría imponer sanción no solo a los directivos o representantes que hayan conducido a la empresa a la infracción del Derecho de la competencia, sino a aquellos representantes o directivos que se acredite que tenían razones para conocer o sospechar que el incumplimiento de la normativa *antitrust* por la empresa se estaba produciendo y no lo hayan evitado.

Es sabido que en el ámbito penal, en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, se admite expresamente la *culpa in vigilando*, en cuanto que se establece la responsabilidad de la empresa cuando los hechos los hayan cometido *personas sometidas a la autoridad de representantes legales o administradores de hecho o de Derecho*, «por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso» (art. 31 bis.1.II, CP)²⁹. Esto es, la actuación de un *empleado*, que debía haber sido evitada de ejercitarse el debido control por el directivo o administrador de hecho o de Derecho, genera responsabilidad penal.

El art. 11.a) también del Código Penal equipara la omisión a la acción delictiva «cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar». A su vez, el art. 249 bis.a) LSC impone a los consejos de administración de las sociedades de capital una función de supervisión o vigilancia: «a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado». La doctrina mercantilista ha señalado cómo la combinación del art. 31 bis del Código Penal en conexión con el precitado art. 249 bis LSC amplía notablemente la eventual responsabilidad de los integrantes de los Consejos de Administración³⁰.

²⁹ Este artículo ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015. Resulta ilustrativa la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, que modifica el Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: «Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación».

³⁰ Véase el blog del profesor J. SÁNCHEZ CALERO, «Administradores, responsabilidad civil y seguro», entrada de 2 de julio de 2015.

En consecuencia, para poder incoar y sancionar conforme a la LDC a personas físicas en este tipo de supuestos, debe concurrir prueba suficiente de *infracción consciente y voluntaria*, en el sentido de que la persona física no podía ignorar que la consecuencia necesaria de su conducta resultaba en una vulneración de la normativa de competencia. Ello puede darse tanto en el supuesto de un organizador y coordinador activo de la conducta infractora como en casos en los que el representante o directivo omite los más elementales deberes de cuidado y participe, o tolere que un subordinado suyo participe, en acuerdos y actividades en las que resulte claro para cualquiera³¹ que la consecuencia de la conducta es una vulneración de la normativa de competencia.

Si bien la LDC no hace precisión al respecto, y no distingue entre tipos de conductas que puedan dar lugar a responsabilidad personal de administradores y representantes de la empresa infractora, existe un consenso general, en la doctrina que se ocupa de estas cuestiones y en las legislaciones que prevén sanciones a personas jurídicas, sobre que tales sanciones personales deben reservarse para los supuestos de *hard core cartels*, dada la gravedad cualificada de este tipo de infracciones y el mayor reproche relativo que tradicionalmente merecen³². Frente a la eventual alegación de que no cabe exigir un conocimiento profundo de la normativa de la competencia al directivo de que se trate, particularmente en supuestos en los que la persona jurídica infractora no sea una mercantil, sino otro tipo de entidad (asociación sectorial, colegio profesional, incluso algunas mercantiles pymes), no cabe duda de que difícilmente puede alegarse ignorancia sobre que ciertas conductas como la fijación de precios o el reparto de mercados o clientes son ilegales.

Aunque conforme al tenor literal del art. 63.2 de la LDC pueda considerarse igualmente posible imponer sanciones pecuniarias a directivos por infracciones tanto del art. 1 como del art. 2 de la LDC, como regla podrán ajustarse mejor al objetivo de sancionar las conductas infractoras que revelan un especial protagonismo del directivo, así como a las funciones de disuasión y detección, los supuestos vinculados a infracciones de cártel que los casos en los que se resuelve que una empresa en posición de dominio ha abusado de tal posición.

5. ESPECÍFICO PAPEL DE LAS MULTAS A DIRECTIVOS COMO FACTOR FAVORECEDOR DE LA DETECCIÓN DE CÁRTELES

Es casi un lugar común señalar el notable papel que la introducción del Programa de Clemencia ha tenido en la detección y consiguiente sanción

³¹ «Cualquier persona con una inteligencia media», señala la jurisprudencia asentada sobre dolo eventual (a título de ejemplo, STS de 27 de julio de 2015).

³² La Directiva 2014/104 UE, de 26 de noviembre, de acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia establece, a tales efectos, que «se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios» (art. 17.2). Asimismo, el art. 62.4.a) de la LDC define necesariamente como muy graves las conductas colusorias constitutivas de cártel.

de cárteles en aquellos ordenamientos en los que se ha introducido. El caso español es paradigmático en este sentido, al ofrecer estadísticas que revelan el sustancial incremento de resoluciones sancionadoras de conductas constitutivas de cártel a partir de 2008, coincidiendo con la entrada en vigor de las previsiones sobre clemencia³³.

El art. 65 de la LDC prevé que la autoridad de la competencia, «eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle» cuando se den los requisitos previstos en tal precepto. También señala que para que la CNMC conceda la exención, «la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud» debe cumplir una serie de requisitos vinculados a su cooperación con la instrucción del expediente. Equivalente mención a personas físicas se recoge para la reducción del importe de la multa en el art. 66 de la LDC.

En coherencia con las previsiones de la LDC, la Comunicación de la CNC de 19 de junio de 2013, sobre el Programa de Clemencia, al tratar del *alcance del beneficio de la clemencia* señala: «Dado que en virtud del art. 63.2 de la LDC se pueden imponer multas a cada uno de los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos de los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones que hayan intervenido en el acuerdo o decisión anticompetitiva, estos podrán igualmente presentar en su propio nombre una solicitud de clemencia».

La función disuasoria asignada a la clemencia podría verse multiplicada como efecto natural de un mayor recurso a las previsiones de la LDC en materia de sanciones a directivos y representantes de personas jurídicas infractoras. Es evidente que, para evitar la imposición de una multa personal, el directivo en cuestión puede estar interesado en que su empresa (o asociación u operador de que se trate) se convierta en beneficiaria de un programa de clemencia. O bien tener incentivos para proveerse de una exención personal como beneficiario él mismo de las previsiones del art. 65 de la LDC³⁴. Esta última posibilidad será habitual en los supuestos en los cuales la persona física que presenta la solicitud de exención, aportando información respecto de un cártel en el cual participó, ya no preste servicios, en la fecha de su solicitud, en la entidad infractora.

La posibilidad legal de que tanto directivos como empresas pueden presentar una solicitud de clemencia, plantea la cuestión de cómo articular el reconocimiento de exención o reducción en supuestos en los que haya una solicitud presentada, a título personal, por una persona física.

³³ Sobre esta cuestión, véase J. MAILLO y P. MILLA, «Pasado, presente y futuro de la lucha contra los cárteles en España», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 47-48, y, en el mismo volumen, I. LÓPEZ GÁLVEZ, «La aplicación del programa de clemencia en España: valoración», pp. 1021 y ss., especialmente p. 1033.

³⁴ La OCDE en su documento *Cartel Sanctions against Individuals*, 2003, pp. 7-8, califica las multas a personas físicas como un poderoso incentivo para que los particulares revelen información sobre cárteles y cooperen en la investigación, y señala que aumentan la eficacia de los programas de clemencia (<http://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>).

La LDC prevé que la exención a una empresa beneficia igualmente a sus representantes legales o directivos, si colaboran con la CNMC (art. 65.3 LDC). Consecuentemente, la Comunicación sobre el Programa de Clemencia indica:

«(12) El beneficio de la exención o la reducción del importe de la multa alcanza a aquellos que presentaron la correspondiente solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, así como a sus representantes legales o a las personas integrantes de sus órganos directivos que hayan intervenido en el cártel siempre y cuando hayan colaborado con la CNC»³⁵.

No se regula sin embargo por la LDC las consecuencias de la presentación de una solicitud de clemencia por una persona física, ya no como representante de la infractora, sino en su condición de tal.

Del juego de las previsiones anteriores corresponde concluir que la exención/reducción concedida a una empresa persona jurídica obliga a eximir de la sanción/a aplicar la correspondiente reducción a las personas físicas representantes o directivos de la misma salvo, en su caso, a aquellos que se acredite que no han colaborado con la CNMC. Por el contrario, la exención/reducción concedida a una persona física representante o directivo de una empresa, a resultas de la correspondiente solicitud formulada a título personal, no conlleva que se beneficie de esa exención o reducción la empresa, puesto que la LDC no prevé esa consecuencia, como sí sucede en el supuesto opuesto (arts. 65.3 y 66.4). A su vez, la exención concedida a una persona física conforme al art. 65 de la LDC impide que cualquier otro solicitante posterior (sea persona física o persona jurídica) pueda ya beneficiarse de la exención. Lo mismo cabe decir respecto de la reducción concedida a una persona física, que ocupará el correspondiente puesto establecido en el art. 66.2 de la LDC, primero, segundo o sucesivos, a los efectos de calcular el nivel de reducción del importe de la multa³⁶.

En consecuencia, la extensión los beneficios de la exención o reducción a los representantes o directivos de la empresa a la que se concede la exención o reducción (arts. 65.3 y 66.4 LDC), no opera a la inversa, ni para ampliar a la empresa el beneficio concedido a la persona física ni para que la persona jurídica pueda optar a tal beneficio o exención si esa posición ha sido ya ocupada a título personal por el administrador o directivo de que se trate.

La razón de ser de ese distinto tratamiento es clara y deriva de la propia naturaleza de las personas jurídicas, que necesariamente actúan a través

³⁵ Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2012 (Expte. S/0342/11 *Espuma de Poliuretano*).

³⁶ Este diseño de programa de clemencia para directivos, coincide con el recomendado por ALFARO, que a su vez cita a C. LESLEY, respecto de la concesión de una exención total de la multa al primer empleado que denuncie a su empresa y exención parcial para el primero, de otra empresa, que se sume a la denuncia. J. ALFARO, «Como optimizar la lucha contra los cárteles», entrada de 23 de septiembre de 2013 en el blog *Derecho mercantil*, accesible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es>.

de personas físicas. Si la empresa solicita el beneficio de la clemencia, es razonable que ello resulte de una decisión de al menos parte de sus representantes y directivos, y que a estos deba también beneficiar esa solicitud, salvo que se constate su posterior falta de colaboración. Por el contrario, cuando un directivo o representante acude en su propio nombre a solicitar los beneficios del Programa de Clemencia, cabe entender que, o bien lo hace contra la voluntad o sin el consentimiento de la empresa, en cuyo caso esta no se hace merecedora de los beneficios de clemencia, o bien sin el conocimiento de la misma, en cuyo caso tampoco nos encontramos en los supuestos previstos por los arts. 65 y 66 de la LDC que justifican el otorgamiento a la empresa del beneficio de la exención o reducción.

6. RECAPITULACIÓN: DESAFÍOS Y CUESTIONES ABIERTAS

La previsión de sanciones pecuniarias para personas físicas administradores o representantes de una entidad infractora puede desempeñar un papel relevante como complemento útil al régimen de sanciones a empresas y otras personas físicas infractoras, por su capacidad para incrementar la función disuasoria del sistema sin merma de las exigencias de proporcionalidad que deben respetarse en el ámbito sancionador. Resulta razonable que al aumentar la experiencia y madurez en la aplicación del Derecho de la competencia, al tiempo que se incrementa el reproche social respecto de las prácticas infractoras, gane protagonismo la responsabilidad personal derivada de tales conductas.

El que, tras un periodo sin aplicación de la previsión del art. 63.2 de la LDC, se retome el uso de la misma, supondría un reconocimiento de los límites del sistema de sanciones o, al menos, una reconsideración positiva de las ventajas que las multas a directivos pueden generar desde la perspectiva de la disuasión, así como una consecuencia de la necesidad de explorar los mecanismos complementarios que la ley prevé a las multas a empresas.

Cabe apuntar no obstante, una serie de aspectos vinculados a la responsabilidad personal por ilícitos *antitrust* en los que existe cierto margen de mejora normativa o reflexión doctrinal.

Uno muy evidente se refiere al importe de la sanción máxima que puede corresponder al administrador o representante. Si bien la LDC 2007 ha duplicado el importe de la multa prevista por la LDC 1989, lo cierto es que se ha criticado su relativamente reducido importe³⁷.

³⁷ Ya se ha anticipado en el texto que en Francia la multa prevista es de 75.000 euros, mientras que en Holanda los particulares que hubiesen participado en un acuerdo colusorio o hayan abusado de una posición de dominio se enfrentan a multas de hasta 450.000 euros y en Alemania de hasta un millón de euros. Sobre el carácter no disuasorio de la multa prevista por la LDC 2007, dado su relativamente reducido importe máximo, y la necesidad de «elevar considerablemente» las multas a directivos de las empresas que participan en un cártel, véase J. ALFARO, «Cómo optimizar la lucha contra los cárteles», entrada de 23 de septiembre de 2013 en el blog *Derecho mercantil*.

El carácter disuasorio de la multa personal, además de por su importe, viene dado por la percepción de los administradores o representantes afectados sobre las posibilidades de que la misma se concrete efectivamente sobre su patrimonio personal. Puesto que el objetivo de la previsión del art. 63.2 de la LDC es exigir la correspondiente responsabilidad *personal* a las personas físicas con capacidad para haber evitado que la empresa infractora se embarcase en conductas anticoncurrenciales, es coherente con la norma y el sistema de defensa de la competencia hacer una interpretación de la misma que trate de garantizar que sea finalmente el administrador o representante sancionado quien asuma el coste de la multa.

Diversos autores han señalado que la responsabilidad derivada de la multa individual a los directivos partícipes en un cártel «no debería ser asegurable»³⁸.

Existen de hecho en la práctica de algunos ordenamientos pólizas, en las que el tomador es la empresa y los asegurados las personas físicas que ejercen funciones de administración y dirección, respecto de responsabilidades civiles por daños causados en el desempeño de sus funciones (normalmente relacionadas con mala gestión, falta de supervisión, etc.). Son los llamados seguros de D&O (*Directors & Officers*). Se suele precisar que la póliza cubre reclamaciones presentadas durante el periodo del seguro aunque respondan a hechos anteriores a su contratación y que la cobertura se aplica a miembros de la empresa aunque ya no presten servicios en la misma cuando se suscite la reclamación.

En España las pólizas de responsabilidad civil de administradores y directivos normalmente contienen una lista de exclusiones que descartan de la cobertura, además de las conductas dolosas, fraudulentas o delictivas, las responsabilidades por infracciones tributarias y multas de cualquier clase³⁹. No obstante, algunos seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos señalan entre las extensiones de cobertura más habituales las sanciones administrativas impuestas por una autoridad competente como consecuencia de actos negligentes. Evidentemente, la posibilidad de asegurar la sanción personal a un directivo por ilícitos competenciales sería apta para desnaturalizar la función punitiva de la sanción, también en los supuestos de conducta negligente⁴⁰.

³⁸ Véase C. L. LESLIE, «Cartels, Agency Costs, and Finding Virtue in Faithless Agents», *William & Mary Law Review*, núm. 49 (5), 2008, pp. 1621-1699: «*Antitrust law should be structured so that employees of a cartel firm will not trust their employers to protect them should the cartel be exposed*». También, J. ALFARO, «Cómo optimizar la lucha contra los cárteles», entrada de 23 de septiembre de 2013 en el blog *Derecho mercantil*.

³⁹ VI Estudio D&O Marsh 2013, *El seguro de responsabilidad civil de administradores, consejeros y directivos*, disponible en <http://fundacioninade.org/>.

⁴⁰ En respuesta a una consulta de una aseguradora en un caso específico sobre asegurabilidad de multas penales, sanciones administrativas y multas coercitivas en el ámbito de la circulación de vehículos, la DG de Seguros Fondos de Pensiones señaló (31 de marzo de 2008) que «la cláusula de cobertura de sanciones administrativas no es admisible porque podría ser contraria al orden público y por no ser objeto de cobertura en el seguro de RC [...] no siendo posible asegurar las consecuencias punitivas derivadas de ilícitos penales o administrativos». Las multas impuestas por la Agencia de

En la práctica los contratos de seguros de responsabilidad como regla no cubren casos de actividades anticompetitivas (normalmente se limita la responsabilidad de la compañía aseguradora a los gastos legales de la empresa). Ello obliga a la entidad que quiera proteger de tal contingencia a sus representantes o administradores a asumir directamente el coste de la multa a su directivo.

Un posible mecanismo para tratar de evitar el traslado del coste de la multa del directivo a la mercantil infractora es configurar la prohibición de tal traslado como un ítem obligado, en sentido *soft law*, de los programas de *compliance*. La potenciación de la responsabilidad personal de los administradores o directivos está en consonancia con la tendencia creciente a tomar en cuenta, a la hora de apreciar como atenuante en el cálculo de la multa a imponer a las empresas infractoras la puesta en marcha de severos y eficaces programas de *compliance*. La inclusión en los mismos de una previsión conforme a la cual la empresa se compromete a no abonar los costes de defensa legal y el pago de las multas personales que en su caso se deriven para los directivos implicados en una conducta infractora, además de aumentar la credibilidad de los programas de cumplimiento, puede proporcionar un desincentivo adicional para convencer a los directivos de los riesgos de participar en tal tipo de conductas.

No obstante las dificultades que puedan plantearse para la supervisión de la efectiva repercusión final de la multa en el patrimonio de la persona física sancionada, hay que señalar que existen sanciones complementarias e implícitas a la pura imposición de la multa más difícilmente compensables. Ciertamente, no deben infravalorarse los efectos reputacionales de la imposición de multas pecuniarias a particulares, la publicidad negativa en el entorno del administrador o representante sancionado y la percepción de riesgo o el riesgo real de que disminuyan las posibilidades de ser promocionado en la empresa infractora o ser empleado a un nivel equivalente en el futuro en otra empresa. En este sentido, cabe mencionar el art. 27 de la LDC, que establecía expresamente que se mantuviera sin disociación de datos personales el nombre de los infractores en la resolución sancionadora que se debe hacer pública, previsión ahora recogida en el art. 37 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC.

Otra cuestión que plantea la previsión y aplicación de sanciones pecuniarias personales es la necesidad de intensificar la coordinación entre las autoridades de competencia de distintos países para atender al riesgo de que se incoen en más de una jurisdicción a los mismos representantes o administradores por la participación en un cártel de dimensión internacional (*bis in idem*). Si bien no se trata de un problema específico solo de los infractores personas físicas, lo cierto es que en estos supuestos la relevancia

Protección de Datos han reavivado esta polémica. La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, prevé en materia de seguro de defensa jurídica [art. 76.b)]: «Quedan excluidos de la cobertura del seguro de defensa jurídica el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales».

de garantizar de modo suficiente los derechos de defensa de estos se pone visiblemente de manifiesto.

Finalmente, la responsabilidad personal en sede sancionadora administrativa suscita cuestiones desde la perspectiva de sus posibles efectos en el ámbito de las subsiguientes reclamaciones de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas. La Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, 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, tiene como objetivo declarado garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia, pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio. Entre las definiciones que contiene la Directiva se incluye la de «infractor», que coherentemente es «la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia». A su vez, la Directiva de daños contiene un régimen más favorecedor en materia de responsabilidad solidaria para los supuestos de infractores que sean pymes con escasa cuota de mercado y cuya viabilidad económica estuviera en riesgo y para los beneficiarios de clemencia (art. 11).

Normalmente las personas que hayan sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia cometida por una o más personas jurídicas reclamarán el resarcimiento de dicho perjuicio en sede civil frente a la empresa, asociación o entidad infractora. Como regla, el mayor patrimonio de la entidad infractora frente al patrimonio personal de una persona física, provocará que las acciones de reclamación de indemnización se dirijan frente a aquella. No obstante, si la acción es de tipo *follow-on*, sucesiva a una previa declaración de infracción por la CNMC, la inclusión en la resolución sancionadora, junto a las empresas sancionadas, de la imposición de multas ex art. 63 de la LDC a personas físicas identificadas con sus cargos, nombres y apellidos, puede suscitar que se incluya a ese directivo o representante entre los sujetos pasivos de la demanda de daños. Cabe pensar en razones de diversa índole por las que los directivos sancionados administrativamente se vean también codemandados por daños en vía civil⁴¹.

En la transposición de la Directiva de daños al Derecho español cabría valorar la conveniencia de incluir una previsión, naturalmente no incluida en el Ordenamiento comunitario, relativa a extender los beneficios sobre responsabilidad conjunta y solidaria, reservados para la empresa beneficiaria de clemencia y a las pymes que cumplan ciertos requisitos, a las personas físicas sancionadas por la CNMC, sean o no beneficiarios de clemencia.

⁴¹ Esta puede ser entendida por los demandantes como una estrategia útil a la hora de lograr más beneficiosos acuerdos extrajudiciales que anticipen la resolución del procedimiento civil.