



TESIS DOCTORAL

*La responsabilidad sancionadora de las
personas jurídicas en el ámbito de defensa de
la competencia*

Autora:

María del Loreto Fernández Bacariza

Director:

Prof. Dr. Javier Guillén Caramés

Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

Escuela Internacional de Doctorado

2023

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| <u>ÍNDICE</u> | 3 |
| <u>ABREVIATURAS</u> | 11 |
| <u>RESUMEN Y ABSTRACT</u> | 19 |
| <u>PROPÓSITO, JUSTIFICACIÓN, METODOLOGÍA Y PLAN DE INVESTIGACIÓN</u> | 23 |
| <u>PRIMERA PARTE. LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS</u> | 27 |
| CAPÍTULO 1. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD SANCIONADORA EN LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR PERSONAS JURÍDICAS | 29 |
| I. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR..... | 29 |
| II. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PERSPECTIVA HISTÓRICA Y SU COMPARATIVA CON LA LEGISLACIÓN PENAL..... | 48 |
| CAPÍTULO 2. MODULACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD CUANDO SE APLICAN A INFRACCIONES COMETIDAS POR PERSONAS JURÍDICAS | 59 |
| I. LA MODULACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS COMETIDAS POR PERSONAS JURÍDICAS..... | 59 |
| II. EN BÚSQUEDA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS: LAS TEORÍAS DE IMPUTACIÓN Y SU CONTRASTE CON EL DERECHO PENAL..... | 65 |
| 1. EL FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR..... | 65 |
| 2. LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL..... | 70 |

**SEGUNDA PARTE. MARCO GENERAL DEL DERECHO DE LA
COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA.....81**

**CAPÍTULO 1. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL
DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....83**

- I. INTRODUCCIÓN.....83
- II. LOS ORGANISMOS ENCARGADOS DE VELAR POR EL CUMPLIMIENTO
DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....90
 - 1. LA DESCENTRALIZACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LOS ILÍCITOS
EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA REGULADOS
EN LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DEL TFUE.....91
 - 2. EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS
COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA REPRIMIR Y SANCIONAR
LAS INFRACCIONES DE LA LEY DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA: LA CNMC Y LAS AUTORIDADES
AUTONÓMICAS DE COMPETENCIA.....102
- III. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA POTESTAD SANCIONADORA EN
MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....110
 - 1. LA CONSAGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD
SANCIONADORA EN LA UE Y EN ESPAÑA.....111
 - 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS POSIBLES
MODULACIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA.....115
 - 3. LA PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES EN LA LDC.....127
 - 4. EL *NON BIS IN IDEM* Y LA POSIBILIDAD DE SANCIONAR
DOBLEMENTE LAS INFRACCIONES DE LA COMPETENCIA....132
 - 5. LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN
MATERIA DE COMPETENCIA.....141

**CAPÍTULO 2. LA TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS POR
EL TFUE Y LA LDC.....149**

- I. INTRODUCCIÓN.....149

| | | |
|-----|--|-----|
| II. | EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA..... | 156 |
| 1. | LAS INFRACCIONES MATERIALES EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA..... | 158 |
| 1.1 | Los acuerdos colusorios..... | 158 |
| 1.2 | El abuso de posición de dominio..... | 168 |
| 1.3 | El falseamiento del mercado por actos de competencia desleal..... | 179 |
| 1.4 | Las conductas de menor importancia..... | 181 |
| 2. | LAS INFRACCIONES MATERIALES EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA | 188 |

TERCERA PARTE. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....191

CAPÍTULO 1. LOS SUJETOS RESPONSABLES DE LAS INFRACCIONES DE COMPETENCIA: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....193

| | | |
|------|---|-----|
| I. | INTRODUCCIÓN..... | 193 |
| II. | ¿QUÉ SE CONSIDERA EMPRESA A EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA UE?: LA TEORÍA DE LA UNIDAD ECONÓMICA..... | 194 |
| III. | LOS SUJETOS RESPONSABLES EN LA LDC | 199 |
| 1. | LA TIPIFICACIÓN DE LOS SUJETOS RESPONSABLES EN LA LDC..... | 200 |
| 2. | LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO SUJETOS DESTINATARIOS DE LAS PROHIBICIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA..... | 203 |

CAPÍTULO 2. LA TRASLACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA INTRAGRUPO EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....211

| | | |
|-----|--|-----|
| I. | INTRODUCCIÓN..... | 211 |
| II. | LA TEORÍA DE LA UNIDAD ECONÓMICA COMO FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN..... | 212 |

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | LA TEORÍA DE LA INFLUENCIA DOMINANTE..... | 214 |
| 1.1 | La presunción de influencia efectiva..... | 217 |
| 1.2 | Los modos de control que permiten apreciar la existencia de una influencia efectiva..... | 221 |
| 2. | LA TRASLACIÓN DE RESPONSABILIDAD ENTRE EMPRESAS POR LA PRESENCIA DE VÍNCULOS ECONÓMICOS, JURÍDICOS Y ORGANIZATIVOS..... | 223 |
| 3. | EL MÉTODO DE IMPUTACIÓN DE DOBLE BASE..... | 227 |
| III. | LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ POR LAS ACTUACIONES ANTICOMPETITIVAS DE SU FILIAL: FUNDAMENTO Y CRÍTICAS..... | 231 |
| 1. | LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ POR LAS INFRACCIONES DE LAS FILIALES EN LAS QUE INTERVIENE DIRECTAMENTE..... | 234 |
| 2. | EL EJERCICIO DE INFLUENCIA DECISIVA COMO FUNDAMENTO PARA RESPONSABILIZAR A LA MATRIZ DE LAS INFRACCIONES DE LA FILIAL..... | 237 |
| 2.1. | La fundamentación de la responsabilidad de la matriz por la actuación de la filial y los conflictos para con los principios de responsabilidad y culpabilidad de las infracciones y sanciones administrativas..... | 238 |
| 2.2. | La autoría mediata propia del derecho penal como solución alternativa a las deficiencias planteadas..... | 242 |
| 2.3. | La limitación que la presunción de influencia decisiva tiene en el derecho a la presunción de inocencia de las empresas..... | 250 |
| 3. | LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ EN AQUELLOS SUPUESTOS EN LOS QUE NO HA INTERVENIDO EN LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA LLEVADA A CABO POR SU FILIAL..... | 257 |
| IV. | EL SUPUESTO CONTRARIO: LA RESPONSABILIDAD DE LAS FILIALES POR LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMETIDAS POR LA SOCIEDAD MATRIZ..... | 262 |

CAPÍTULO 3. LA TRASLACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA EN MATERIA DE COMPETENCIA ENTRE EMPRESAS COMO CONSECUENCIA DE CAMBIOS O MODIFICACIONES EN LAS MISMAS.....271

| | | |
|------|---|-----|
| I. | INTRODUCCIÓN..... | 271 |
| II. | LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES QUE PUEDEN SUFRIR LAS PERSONAS JURÍDICAS..... | 273 |
| III. | CAMBIOS QUE NO LLEVAN APAREJADOS LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL INFRACTOR..... | 279 |
| IV. | CAMBIOS QUE LLEVAN APAREJADOS LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL INFRACTOR..... | 281 |
| | 1. LA TRASLACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA COMO SOLUCIÓN PARA QUE LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL INFRACTOR NO SUPONGA UN MODO PARA ELUDIR LA SANCIÓN QUE PROCEDIESE IMPONER..... | 282 |
| | 2. ¿SUPONE LA TRASLACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA ENTRE PERSONAS JURÍDICAS UNA QUIEBRA PARA CON EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL?..... | 297 |
| | 3. POSIBLES SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL CRITERIO DE LA CONTINUIDAD ECONÓMICA Y LA NECESIDAD DE DIFERENCIAR ENTRE LOS DIFERENTES MOMENTOS EN LOS QUE LA PERSONA JURÍDICA PIERDE SU PERSONALIDAD..... | 306 |
| | 3.1 La extinción de la infractora una vez ha recaído resolución sancionadora..... | 306 |
| | 3.2 La pérdida de la personalidad jurídica de la infractora antes de la incoación del procedimiento sancionador..... | 308 |

CAPÍTULO 4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES LEGALES Y DIRECTIVOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DERIVADAS DE INFRACCIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA.....315

| | | |
|------|--|-----|
| I. | INTRODUCCIÓN: ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES DEL ART. 63.2 DE LA LDC..... | 315 |
| II. | LOS SUJETOS PASIVOS DEL ART. 63.2 DE LA LDC: LOS REPRESENTANTES LEGALES Y LOS DIRECTIVOS..... | 325 |
| III. | PROBLEMAS SUCITADOS COMO CONSECUENCIA DE LA IMPRECISIÓN DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DEL ART. 63.2 DE LA LDC..... | 329 |
| | 1. LA CONDUCTA ILÍCITA QUE SE IMPUTA A LOS REPRESENTANTES LEGALES Y A LOS DIRECTIVOS..... | 330 |
| | 2. REFLEXIONES EN TORNO AL VERDADERO TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS REPRESENTANTES LEGALES O MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS DIRECTIVOS DE LA EMPRESA INFRACTORA..... | 339 |

CAPÍTULO 5. EL FACILITADOR DE UN CÁRTEL: EL NOVEDOSO PERO FRÁGIL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....349

| | | |
|------|---|-----|
| I. | INTRODUCCIÓN..... | 349 |
| II. | QUÉ ES EL FACILITADOR DE UN CÁRTEL: LA CONCEPTUALIZACIÓN QUE HA LLEVADO A CABO LA JURISPRUDENCIA..... | 350 |
| III. | LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO FACILITADORA DE UN CÁRTEL..... | 359 |
| | 1. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS..... | 359 |
| | 2. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD..... | 371 |
| IV. | EL CONFLICTO DE LA FIGURA DEL FACILITADOR CON LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA..... | 376 |

CONCLUSIONES.....387

BIBLIOGRAFÍA.....397

ANEXO I. JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTES JURISDICCIONALES

ANALIZADOS.....429

- I. EUROPEA.....429
 - 1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....429
 - 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE...429
 - 3. CONCLUSIONES DE LOS ABOGADOS GENERALES.....438
 - 4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL DE LA UE.....439
 - 5. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA UE.....440

- II. NACIONAL.....441
 - 1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....441
 - 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....446
 - 3. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES DE LA AUDIENCIA NACIONAL.....457
 - 4. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.....460
 - 5. PRONUNCIAMIENTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.....460

ANEXO II. RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA

COMPETENCIA.....461

- I. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....461
- II. RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA.....463
- III. RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.....465
- IV. RESOLUCIONES DE OTRAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE COMPETENCIA.....466

ABREVIATURAS

AAPP: Administraciones Públicas

ACCO: Autoridad Catalana de la Competencia

ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AE: Abogado de Estado

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

AG: Abogado General

AGE: Administración General del Estado

AAN: Auto de la Audiencia Nacional

AN: Audiencia Nacional

AP: Administración Pública

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

Arts.: Artículos

BOE: Boletín Oficial del Estado

CA: Contencioso Administrativo

CAP: Consejería de Agricultura y Pesca

CCAA: Comunidades Autónomas

CCom: Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio

CE: Constitución Española

CEDF: Carta Europea de Derechos Fundamentales

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

Cf.: Consulta

CNC: Comisión nacional de la Competencia

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Coord. Coords. : Coordinador/ coordinadores

CP: Código Penal

DA: Disposición adicional.

DAS: Derecho administrativo sancionador

DC: Dirección de Competencia

DG: Dirección General

Dir. / Dirs. : Director /directores

DP: Derecho Penal

DUE: Derecho de la Unión Europea

EBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

EGAE: Estatuto General de la Abogacía Española

EM: Estados miembros

Etc.: Etcétera

Expte.: Expediente

FJ: Fundamento jurídico

JCA: Jurisdicción contencioso-administrativa

LAPAD: Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia

LCC: Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia

LCD: Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

LCNMC: Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

LDC: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

LME: Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles

LMST: Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los productos del tabaco

LO: Ley Orgánica

LOEX: Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social

LOSEC: Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito

LOSSEAR: Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras

LOPD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LOTAU: Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística

LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LPC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

LPSAPV: Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas

LRJ: Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

LRJTAPPP: Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos

TRLA: Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas

LSA: Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

LTVMYSV: Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial

N.º núm.: Número

Pág.: Página

Págs.: Páginas

PF: Persona física

PJ: Persona jurídica

PGC: Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad

RAAP: Revista Aragonesa de Administración Pública

RACCO: Resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia

RAE: Real Academia Española

RAP: Revista de Administración Pública

RCA: recurso contencioso administrativo

RCJS: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales

RDA: Revista de Documentación Administrativa

RDAE: Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado

RDC: Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia

RDCD: Revista de Derecho de la Competencia y Distribución

RDCE: Revista de Derecho Comunitario Europeo

RDCP: Revista de Derecho concursal y Paraconcursal

RDM: Revista de Derecho Mercantil

RDP: Revista de Derecho Procesal

RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología

RDPH: Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas

RDUE: Revista de Derecho de la Unión Europea

REAL: Revista de Estudios de la Administración Local

Rec: Recurso

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

REDA: Revista Española de Derecho Administrativo

REDC: Revista Española de Derecho Constitucional

REDU: Revista Española de Derecho Europeo

REI: Revista de Economía Industrial

RGDA: Revista General de Derecho Administrativo

RGDP: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

RIDP: Revista Internacional de Derecho Penal

RIE: Revista de Instituciones Europeas

RJA: Revista de Justicia Administrativa

RJCL: Revista Jurídica de Castilla y León

RJUAM: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

RLOPD: Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal

RP: Revista Penal

RPAM: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid

RPM: Revista Penal de México

RPPJ: Responsabilidad penal de las personas jurídicas

RRD: Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado

RTDC: Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia

RVAP: Revista Vasca De Administración Pública

RVE: Revista Vasca de Economía

S^a: señora

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

Sr: Señor

Sres.: señores

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STG: Sentencia del Tribunal General

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STPI: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TCCEE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea

TCE: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

RCNC: Resolución de la Comisión nacional de la Competencia

TDC: Tribunal de Defensa de la Competencia

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TG: Tribunal General

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TPI: Tribunal de Primera Instancia

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

Vid.: Véase

Vol.: Volumen

RESUMEN

A lo largo del presente trabajo se aborda de forma crítica la incidencia que la aplicación de las normas de competencia tiene para con los principios de la potestad sancionadora. Si bien es cierto que los sujetos destinatarios de las normas de competencia pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, el estudio se acota a estas últimas por las peculiaridades que, derivadas de su propia naturaleza jurídica, presenta la aplicación de los principios sancionadores a estas últimas a fin de concluir el respeto o la quiebra de los mismos. En este sentido, pese a que el grueso del trabajo se centra en la incidencia que tienen las resoluciones tanto europeas como nacionales a la hora de sancionar a las personas jurídicas con el principio de responsabilidad personal, también se abordan otros principios que, directamente relacionados con el anterior, pueden estar en riesgo. Además, en todos aquellos supuestos en los que se considera que existe un quebranto de las garantías sancionadoras respecto de las personas jurídicas, se han tratado de proponer soluciones alternativas que, garantizando el efecto útil del derecho de la competencia, respeten los principios de la potestad sancionadora.

Para ello, el trabajo se ha estructurado en tres bloques diferenciados. En el primero de ellos se estudia la configuración que tanto la doctrina como los tribunales han realizado de la responsabilidad de las personas jurídicas como una responsabilidad directa por sus propios actos. Una vez delimitada la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, era necesario delimitar tanto los órganos encargados de velar por el mantenimiento de la competencia como los principios propios que regirán el ejercicio de sus potestades y servirán de garantías para las personas jurídicas investigadas. Por ello, y dada la peculiaridad de la materia, el segundo bloque se centra, en primer lugar, en exponer la dualidad de órganos administrativos en los que reside la potestad fiscalizadora de la actuación de las empresas para con el mercado —Comisión Europea y órganos nacionales— así como los principios que inspiran el ejercicio de la potestad sancionadora tanto en el ordenamiento jurídico europeo como en el nacional; y, en segundo lugar, acotar lo que tanto el TFUE como la LDC han catalogado como conductas prohibidas por restringir la competencia.

Una vez efectuado el marco general de aplicación del derecho de la competencia, los órganos encargados de fiscalizar las actuaciones anticompetitivas y los sujetos responsables de las mismas, la tercera parte de la tesis se centra, de un lado, en acotar los sujetos destinatarios de las normas de competencia —los sujetos responsables de las

conductas anticompetitivas—, y, de otro, en estudiar de manera pormenorizada determinados supuestos en los que, a mi juicio y en última instancia, se declara la responsabilidad sancionadora de una persona distinta a aquella que efectivamente cometió la infracción. Así, podemos distinguir entre dos supuestos diferenciados, el primero de ellos referente a la posibilidad de declarar responsable de la infracción a una sociedad que, si bien no ha cometido la infracción, es declarada responsable de la misma en tanto que o bien es matriz de la infractora o es su sucesora económica. El segundo de los supuestos se centra en los casos de responsabilidad por haber participado en una sanción ajena, habiéndose delimitado el estudio en la responsabilidad de los administradores y directivos de la sociedad infractora, por un lado, y la responsabilidad del facilitador del cártel por otro lado.

Por último, el estudio finaliza con las conclusiones a las que se ha llegado con el análisis realizado en las que, además de sintetizar el modo en el que considero que la aplicación de la normativa *antitrust* a las personas jurídicas vulnera los principios de la potestad sancionadora —especialmente el principio de responsabilidad personal— se proponen soluciones alternativas a las aplicadas por los tribunales que mantengan tanto el efecto útil del derecho de la competencia como el respeto a los principios de la potestad sancionadora; soluciones que, como ya adelanto, pasan por una profunda reforma de la Ley.

ABSTRACT

This paper takes a critical look at the impact that the application of competition rules has on the principles of the power to impose penalties. Although it is true that the addressees of competition rules can be both natural and legal persons, the study is limited to the latter due to the peculiarities that, derived from their own legal nature, the application of sanctioning principles to them presents in order to conclude whether these principles are respected or not. In this sense, although the bulk of the work focuses on the impact of both European and national rulings when sanctioning legal persons with the principle of personal liability, other principles are also addressed which, directly related to the former, may be at risk. Furthermore, in all those cases in which it is considered that there is a breach of the sanctioning guarantees for legal persons, an attempt has been made to propose alternative solutions that, while guaranteeing the useful effect of competition law, respect the principles of the power to impose sanctions.

For this purpose, the work has been structured in three different blocks. In the first of these, the configuration that both the doctrine and the courts have made of the liability of legal persons as a direct liability for their own acts is studied. Once the sanctioning liability of legal persons had been defined, it was necessary to define both the bodies responsible for ensuring the maintenance of competence and the principles that govern the exercise of their powers and serve as guarantees for the legal persons under investigation. For this reason, and given the peculiarity of the matter, the second section focuses, firstly, on explaining the duality of the administrative bodies that have the power to supervise the actions of companies in relation to the market -the European Commission and national bodies- as well as the principles that inspire the exercise of the power to impose sanctions in both the European and national legal systems; and, secondly, to define what both the TFUE and the LDC have catalogued as prohibited conduct for restricting competition.

Once the general framework for the application of competition law, the bodies responsible for overseeing anticompetitive actions and the parties responsible for them have been established, the third part of the thesis focuses, on the one hand, on delimiting the parties to whom the competition rules are addressed -the parties responsible for anticompetitive conduct-, and, on the other, on studying in detail certain cases in which, in my opinion and in the last instance, a person other than the one who actually committed the infringement is declared liable for the sanction. Thus, we can distinguish between two

different cases, the first of which refers to the possibility of declaring liable for the infringement to a company that, although it has not committed the infringement, is declared liable for the same as it is either the parent company of the infringer or its economic successor. The second of the cases focuses on cases of liability for having participated in another's sanction, the study having been delimited in the liability of the directors and managers of the infringing company, on the one hand, and the liability of the facilitator of the cartel on the other hand.

Finally, the study ends with the conclusions reached with the analysis carried out in which, in addition to summarizing the way in which I consider that the application of antitrust regulations to legal persons violates the principles of the sanctioning power - especially the principle of personal liability- alternative solutions to those applied by the courts are proposed that maintain both the useful effect of competition law and respect for the principles of the sanctioning power; solutions that, as I have already mentioned, require a profound reform of the Law.

JUSTIFICACIÓN, PROPÓSITO Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

I. JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS DE LA INVESTIGACIÓN

Es pacífica desde hace mucho tiempo la admisión de la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador, sin embargo, no ocurre lo mismo en el ámbito del derecho penal, en el que hasta el año 2010 operaba la máxima latina *societas delinquere non potest*, habiéndose situado el primero de ellos a la vanguardia. Pese a ello y dada la tradicional influencia que el derecho penal ha tenido para con las sanciones administrativas, desde la STC 18/1981, de 14 de junio, se reconoce que los principios que inspiran el orden penal son de aplicación al ámbito del derecho administrativo sancionador en tanto que ambos ordenamientos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.

Ahora bien, vetada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el derecho penal los referidos principios han sido aplicados tradicionalmente a las personas físicas. No obstante, la jurisprudencia del TS ha concluido que a las personas jurídicas, como destinatarias de las normas sancionadoras, les son de aplicación los principios y las garantías del orden penal si bien, estas últimas habrán de aplicarse de modo diferente a como se hace respecto de las personas físicas y con ciertas modulaciones atendiendo a la realidad jurídica de las mismas.

Además, a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal, no existe ninguna norma administrativa sancionadora que regule, con carácter general, los responsables de las infracciones administrativas, de modo que a falta de previsión expresa en la legislación sectorial y en virtud de lo consagrado por el principio de responsabilidad personal, los únicos responsables de las infracciones serán sus autores, siendo estos últimos los que habrán de responder de la sanción que corresponda.

Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta el auge y de la elevada cuantía de las sanciones impuestas a las personas jurídicas por haber llevado a cabo actuaciones anticompetitivas en el mercado, surge el presente estudio. De la lectura de las sentencias tanto del TJUE como del TS o de la AN es fácil darse cuenta de que las autoridades de competencia, con la finalidad de preservar la competencia en el mercado, aceptan la traslación de la responsabilidad sancionadora a personas jurídicas distintas de la infractora, lo que, *a priori*, puede suponer una quiebra del principio de responsabilidad personal. Pero además, en otros muchos pronunciamientos, sancionan la participación en la infracción ajena sin

el amparo normativo preceptivo, lo que también puede suponer una vulneración de los principios de la potestad sancionadora. De ahí que, a pesar de la complejidad del asunto de que se trata, el propósito de la presente investigación sea dilucidar acerca de la posible vulneración que las prácticas de los tribunales tanto europeos como nacionales tienen para con el principio de responsabilidad personal o cualquier otro de la potestad sancionadora a la hora de perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por las personas jurídicas en el mercado.

II. PROPÓSITO

El propósito principal planteado en esta investigación es, de modo genérico, tratar de dar respuesta a cómo incide el principio de responsabilidad personal a la hora de sancionar a personas jurídicas por infracciones cometidas en el ámbito de la defensa de la competencia. Ahora bien, dentro de este propósito principal, el presente estudio tratará de responder también a cuestiones que se encuentran directamente relacionadas con el mismo. Así, los objetivos específicos del presente estudio podríamos sistematizarlos del siguiente modo:

- Describir el ejercicio de la potestad sancionadora sobre las personas jurídicas, así como sobre las administraciones públicas cuando éstas actúan como operadores económicos del mercado.
- Identificar los problemas que plantea, desde el punto de vista de la imputación objetiva, el procedimiento administrativo sancionador a las personas jurídicas
- Analizar, desde la perspectiva de la aplicación de los principios de responsabilidad y culpabilidad, los supuestos de traslación de la responsabilidad entre personas jurídicas bien intragrupo o bien como consecuencia de cambios o modificaciones en la persona jurídica infractora.
- Identificar y analizar la posible vulneración que supone para con los principios de la potestad sancionadora responsabilizar de la infracción a una persona jurídica distinta del autor material de la misma.

III. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta la finalidad de la presente investigación se ha seguido un método deductivo en virtud del cual, a partir de una serie de principios, se han tratado de extraer diferentes conclusiones. De este modo, una vez estudiada de manera genérica la responsabilidad sancionadora y, más concretamente, el ejercicio de la misma contra las personas jurídicas, se han tratado de extraer conclusiones comunes que puedan ser de aplicación a las infracciones y sanciones en el sector de la defensa de la competencia.

Una vez analizada la potestad sancionadora de la administración y la modulación que los principios de la misma tienen para su aplicación a las personas jurídicas, el estudio se centró en el examen del derecho de la competencia. Así, de cara a poder abordar mejor los capítulos que seguían, era necesario delimitar, de un lado, los organismos con competencias sancionadoras en materia de competencia, así como los sujetos contra los que eventualmente podría dirigirse el procedimiento, pasando, por supuesto, por las conductas materiales que efectivamente se encuentran proscritas por ser susceptibles de afectar a la competencia en el mercado.

En un tercer momento, y también siguiendo el método deductivo ya que en todo momento se han partido de las previsiones genéricas para acabar analizando las especialidades de cada tema concreto, en esta parte del estudio se han analizado los supuestos concretos que, efectivamente, conforman el grueso de la tesis doctoral. Así, del análisis tanto de la doctrina como de la jurisprudencia del TJUE, TS o pronunciamientos jurisdiccionales de la AN de cada tema en concreto, ha sido posible extraer las interpretaciones que fundamentan cada uno de los supuestos objeto de estudio. No obstante, en este último momento, también la investigación se ha servido del método inductivo en tanto que a partir del estudio de cada supuesto en concreto se han podido extraer conclusiones comunes para todas ellas.

Todo ello ha permitido completar la referida investigación, no solo con una serie de conclusiones que sintetizan el estudio realizado, sino también con una serie de propuestas que, *de lege ferenda*, podrían ser tenidas en cuenta por el legislador a fin de salvaguardar los principios de la potestad sancionadora en la aplicación de estos en los procedimientos punitivos en materia de competencia que se dirigen contra las personas jurídicas.

**PRIMERA PARTE. LA RESPONSABILIDAD
SANCIONADORA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

CAPÍTULO 1. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD SANCIONADORA EN LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR PERSONAS JURÍDICAS.

I. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Como es sabido y así se ha plasmado en numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los principios rectores del derecho penal son de aplicación— con mayor o menor intensidad— al derecho administrativo sancionador por ser ambos ordenamientos fruto de un poder común, el *ius puniendi* del Estado, en virtud del cual este tiene capacidad para sancionar las conductas antijurídicas tipificadas en las leyes como tal. Sin embargo, la jurisprudencia del TC se ha encargado de matizar que esta aplicación análoga no puede realizarse de manera automática, sino que deberán trasponerse caso por caso en virtud de las diferencias tanto procesales como materiales que presentan ambos ordenamientos¹.

¹ En este sentido se plasma en STC 18/1981, de 8 de junio, afirmando el Tribunal que “*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas*”. Del mismo tenor son las STC 3/1988, de 21 de enero; STC 61/1990, de 29 de marzo; STC 246/1991, de 19 de diciembre; STC 26/1994, de 17 de enero; STC 14/1999, de 22 de febrero; o STC 276/2000, de 16 de noviembre. También la doctrina, con base en la jurisprudencia del TC antes citada, se ha hecho eco de tal afirmación. En este sentido, REBOLLO PUIG, tras afirmar que los principios que inspiran el orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho sancionador, continúa argumentando que “*para el TC, la Constitución no es la base única de la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo sancionador sino que refleja en un aspecto concreto (el del principio de legalidad) una comunión más amplia que deriva de que, como el Derecho Penal, es una manifestación de un mismo ordenamiento punitivo del Estado*”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMJO, A. (2010). *Derecho administrativo sancionador*, Lex nova, pág. 49. También HUERGO LORA, tras reprobar la analogía que pretende hacerse entre las sanciones administrativas y los delitos penales, y admitir que, en cierto modo, las garantías del proceso penal se trasladan al procedimiento sancionador, afirma que “*el TC ha dicho desde siempre que esa aplicación no puede ni debe ser mimética, sino que está sometida a matizaciones, afirmación esta que, si puede considerarse plausible en principio, pues la diferencia que va de lo judicial a lo administrativo no puede carecer de consecuencias, es menos aceptable en su traslación práctica porque, al carecerse de un criterio, una clave interpretativa, que no siga cual es la razón de las matizaciones, estas se han convertido en título inespecífico en manos del legislador que le permite rebajar aquí y allí las garantías penales donde tiene por conveniente (...)*”. Cf. HUERGO LORA, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Iustel, págs. 41-42. También CANO CAMPOS, tras trazar un paralelismo entre las penas y las sanciones, concluye que “*los principios que rigen la potestad sancionadora responden precisamente a ese contenido aflictivo de las sanciones y a esa finalidad de castigar para prevenir, disuadir o desalentar: una antijuridicidad basada*

Admitido lo anterior, es pacífico el aforismo de que en el derecho administrativo sancionador rige el principio de responsabilidad a la hora de sancionar, de modo que la Administración solo podrá dirigir el procedimiento sancionador y, por ende, sancionar, al responsable de la infracción cometida.

El principio de responsabilidad se ha ligado jurisprudencialmente al principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la CE. En virtud del principio de responsabilidad, nadie puede ser sancionado por acciones que no haya cometido². Conforme al mismo, se exige, por tanto, que la persona que responda de la sanción impuesta coincida plenamente con la persona responsable de la infracción cometida³.

en el desvalor de la acción más que en el desvalor de la lesión o el resultado, una responsabilidad personal o por el hecho, la necesidad de dolo o culpa, la imputabilidad del sujeto al que se castiga, etc. Eso dota a las sanciones de un régimen más garantista que el de otros actos de gravamen de la Administración que incluso pueden ser mucho más perjudiciales o gravosos para el ciudadano”; detallando en los capítulos siguientes el contenido de cada uno de los referidos principios. CANO CAMPOS, T. (2018). *Sanciones administrativas*. Francis Lefebvre, pág. 13. Del mismo modo lo manifiesta MAYOR MENÉNDEZ al afirmar que “*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como refleja el artículo 25.1 de la Norma Fundamental (...). No obstante, la anterior afirmación se atempera a continuación por el Tribunal Constitucional al señalar que tanto uno como otro ordenamiento presentan diferencias tanto materiales (la Administración no podrá privar de libertad al sancionado) como formales (...), lo que determina que tal aplicación no pueda hacerse mecánicamente y sin matices*”. Vid. MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995). “Sobre la responsabilidad conjunta de las personas jurídicas y sus administradores en el Derecho administrativo sancionador (especial referencia al mercado de valores)”. *REDA*, nº 87, págs. 343-344. En términos similares lo declara SUAY RINCÓN, J. (1986). “El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma”. *RAP*, nº 109, pág. 212; o BAJO FERNÁNDEZ, M. Y MENDOZA BUERGO, B. (1983). “Hacia una ley de contravenciones. El modelo portugués”. *ADPCP*, nº 36, pág. 573.

² Así lo ha declarado el TC en múltiples de sus sentencias, afirmando que el principio de legalidad penal incluye el principio de responsabilidad personal. En este sentido, la STC 146/1994, de 12 de mayo, afirma en su FJ cuarto letra b) que “*entre los principios informadores del orden penal se encuentra el principio de personalidad de la pena, protegido por el art. 25.1 de la Norma fundamental (...), también formulado por este Tribunal como principio de la personalidad de la pena o sanción (...), denominación suficientemente reveladora de su aplicabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador*”. En el mismo sentido, la STC 60/2010, de 7 de octubre, enuncia en su FJ cuarto que para aquellas medidas que sean consecuencia del *ius puniendi* del Estado, “*el principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, comprendido en el derecho reconocido en el art. 25.1 CE, «implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos»*”. También el FJ séptimo de la STC 181/2014, de 6 de noviembre, concluye que “*este Tribunal ha señalado que «la responsabilidad subjetiva comporta como corolario la consagración del principio de personalidad de las penas o sanciones y en este sentido hemos afirmado que «entre los principios informadores del orden penal se encuentra el principio de personalidad de la pena, protegido por el art. 25.1 de la norma fundamental , también formulado por este Tribunal como principio de la personalidad de la pena o sanción, denominación suficientemente reveladora de su aplicabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador».* También la STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 4, sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas (o sanciones) ha declarado: “*El principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, comprendido en el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE, pues «implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos»*”.

³ CANO CAMPOS concluye que “*con la sanción solo se debe castigar al infractor, pues solo de ese modo el castigo constituye un reproche personal y puede cumplir su función de retribución por una conducta prohibida por el Derecho*”. Cf. CANO CAMPOS, T. (2018:53-54). FERNANDEZ FARRERES afirma que, en virtud del principio de responsabilidad, “*la Administración sólo puede sancionar a los responsables de la infracción administrativa, lo que se vincula al principio de culpabilidad*”, añadiendo a la afirmación

En la Ley 40/2015, el principio de responsabilidad se regula en el artículo 28, identificando a grandes rasgos las personas que podrán ser sancionadas, incluyéndose entre las mismas, además de las personas físicas y jurídicas, los grupos de afectados, uniones y entes sin personalidad, y los patrimonios independientes o autónomos siempre y cuando las leyes les atribuyan capacidad de obrar⁴.

Como se ha expuesto, la responsabilidad implica que sea el sujeto infractor el que responda de la infracción cometida, habiéndose proscrito la responsabilidad objetiva o por el hecho ajeno⁵. El propio Tribunal Supremo ha declarado en STS 2035/1998, de 27 de marzo, que:

anterior que *“la sanción sólo debe castigar al infractor, sin posibilidad alguna de trasladar la responsabilidad a una persona distinta ajena, aunque ello no impide que sujetos distintos al autor material de la infracción se puedan también considerar autores de la misma por no haberla evitado pudiendo o debiendo hacerlo”*. Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022) *Sistema de Derecho Administrativo II*. 6º Edición. Civitas. Thomson Reuters, pág. 254. En términos similares AMOEDO-SOUTO, C.A. (2023). “Actividad sancionadora” en VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDEÑA, M.M. (Dir.). *Manual de Derecho Administrativo*. Marcial Pons, pág. 687.

⁴ LRJSP. Artículo 28. Responsabilidad. *“1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa. (...)”*. CANO CAMPOS, al respecto, declara que *“la LRJSP no establece una regulación general de los sujetos responsables. A diferencia de lo que hace el CP (art. 27 a 29) o la LPSV (art. 8 a 10), ni siquiera habla de los autores ni se refiere a otros posibles partícipes (inductores, cooperadores, cómplices, etc.) como sujetos responsables de las infracciones. En definitiva, no menciona para nada la relación que tiene que tener un sujeto con un hecho tipificado como infracción para que pueda ser considerado responsable de la misma y, en consecuencia, sancionado”*. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:96).

⁵ En relación con la responsabilidad objetiva, ya se pronunció el TC, mostrando su rechazo, en STC 219/1988, de 22 de noviembre, afirmando que *“una interpretación favorable a los derechos fundamentales en juego debió evitar que la interpretación y aplicación de la norma llegara a una conclusión lesiva de aquellos derechos, es decir, a un indebido traslado de responsabilidad personal (no de responsabilidad civil subsidiaria), a persona ajena al hecho infractor, al modo de una exigencia de responsabilidad objetiva sin intermediación de dolo o culpa”*. Siguiendo la línea marcada por el TC, el Tribunal Supremo declara en STS de 12 de mayo de 1998 (rec. núm. 388/1994) que *“la potestad sancionadora de la Administración goza de la misma naturaleza que la potestad penal, por lo que en consecuencia, las directrices estructurales del ilícito administrativo tienden también, como en el ilícito penal, a conseguir la individualización de la responsabilidad, vedando cualquier intento de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación con una cosa; por consiguiente en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta sea antijurídica y típica, sino que también es necesario que sea culpable, esto es, consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable”*. En el mismo sentido, la STS de 23 de enero de 1998 (rec. núm. 5397/1992), concluye que *“aunque se considera acreditada la conducta típica, como señalaron ya las Sentencias de este Tribunal de 24 y 25 de enero y 9 de mayo de 1983 y, más recientemente en las sentencias de esta Sala de 12 de enero de 1996 y 11 de julio de 1997, puede hablarse de una decidida línea jurisprudencial que rechaza en el ámbito sancionador de la Administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o de culpa, en línea con la interpretación de la STS 76/90, de 26 de abril, al señalar que el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición del exceso (art. 25.1 CE) o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Por consiguiente, tampoco, en el ilícito administrativo puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa”*. Sin embargo, pese a que la responsabilidad objetiva queda vedada por la propia constitución, nos encontramos con pronunciamientos judiciales que, en ocasiones, admiten la misma. Así, IZQUIERDO CARRASCO, considera que el principio de personalidad ha sido quebrantado al

“un principio fundamental del Derecho sancionador, como del Derecho penal, lo constituye el de la personalidad de las sanciones, según el cual éstas no pueden producir efectos perjudiciales respecto a las personas que no han sido sancionadas. La sanción representa el reproche de haber incurrido en una conducta ilícita, reproche que sólo es posible predicar del sujeto sancionado y que únicamente respecto a él ha de producir efecto”.

Pero, aun así, en el ámbito del derecho administrativo sancionador no se tiene en cuenta el grado de participación de los infractores en la sanción administrativa como si ocurre en el derecho penal⁶.

Sin embargo, ello no impide que en aquellas infracciones que haya participado más de una persona o que hayan sido cometidas por todas ellas de manera conjunta, se imponga una sanción a cada uno de ellos, bien como autor de esta o bien como partícipe (entendiéndose al partícipe en sentido amplio, pudiendo ser coautor de la infracción, cómplice, cooperador necesario, inductor, facilitador, etc.) siempre que la normativa sectorial así lo prevea⁷. De ahí, que aun habiéndose vedado la posibilidad de imputar la infracción —*a priori*— a un sujeto distinto de aquel que la cometió, son diversas las

imponerse una multa a un ayuntamiento por el comportamiento de una sociedad mercantil íntegramente participada por el mismo o por la sanción impuesta al padre de un menor de edad. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 258).

⁶ Así lo expone CANO CAMPOS, afirmando al respecto que *“en el Derecho Administrativo sancionador no hay una categorización general en función del grado de protagonismo de los sujetos intervinientes en la realización de la conducta infractora, de manera que la individualización y la graduación de las sanciones (que es inexcusable por exigirlo el principio de proporcionalidad) se realiza atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin excluir la subjetiva de los distintos infractores y su posición relativa respecto al hecho infractor”*. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:91). En el mismo sentido, IZQUIERDO CARRASCO, tras delimitar el concepto de la autoría y la participación en virtud de la tipificación contenida en los artículos 27 y 28 del CP, afirma que *“la situación es bien distinta en el Derecho Administrativo sancionador donde no existe una previsión de carácter general como la que se acaba de recoger. Por tanto, habrá que estarse a lo que establezcan las distintas leyes sancionadoras”*. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 259). La misma reflexión la realiza CASTILLO BADAL, R. (2022). “Garantías de protección de los Derechos de las personas jurídicas ante las actuaciones de naturaleza sancionadora” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dir.) *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*. Civitas, pág. 89. En idénticos términos se contempla en la STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013), concluyendo que *“- A diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, donde la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han delimitado desde antiguo diversas formas y grados de participación del sujeto en la conducta delictiva -autor material, inductor, cómplice, etc-, con el consiguiente reflejo en la individualización y graduación del reproche punitivo, en el derecho administrativo sancionador no existe una catalogación general en función del grado de protagonismo de los sujetos intervinientes en la realización de la conducta infractora, de manera que la individualización y graduación de la sanción -inexcusable en aras del principio de proporcionalidad (artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)- se realiza atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin excluir las subjetivas de los distintos infractores y su posición relativa con respecto al hecho infractor”*. Del mismo tenor se afirma en STS de 1 de octubre de 2019 (rec. núm. 5280/2018), o STS de 28 de enero de 2020 (rec. núm. 7458/2018).

⁷ Lo explica CANO CAMPOS al afirmar que *“el principio de responsabilidad personal de las sanciones también exige que, cuando la infracción haya sido cometida por varias personas, la sanción prevista sea impuesta a todas y cada una de ellas, pues la finalidad de las sanciones no es resarcitoria o reintegradora, sino retributiva y preventiva. Por eso se puede castigar a varias personas por su distinta participación en el hecho infractor (varios autores, inductores, cómplices, etc.)”*. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:54).

normativas sectoriales que amplían el concepto de autor de determinadas infracciones, tipificándose incluso como infracciones administrativas —independientes de la principal— el no haber evitado que determinada infracción haya sido consumada. En este sentido, buen ejemplo es la tipificación que la LPSAPV hace de los sujetos responsables de las infracciones administrativas. Así, declara en su artículo 8 que los sujetos responsables de las infracciones administrativas serán los autores de las mismas, ampliando en el artículo 9 el concepto de autor no solo al autor material del hecho propiamente dicho, sino también al autor mediato y al cooperador necesario.

Es cierto que la tipificación de las infracciones cometidas por no haber evitado la consumación de la infracción principal puede parecer, *a priori*, contrario al principio de responsabilidad personal; sin embargo, siempre y cuando exista una norma que obligue a determinados sujetos a vigilar la actuación de otros por la posición o cualificación que ostentan frente a aquellos, el incumplimiento de sus funciones llevará aparejada la correspondiente sanción. No estamos ante supuestos en los que un sujeto responde por la actuación de otro, sino que es el propio sujeto el que, por haber omitido su deber legal, es merecedor de reproche y, por ende, de ser sancionado⁸. En estos casos, a pesar de la vinculación de las mismas— por ser una de ellas la consecuencia de la consumación de la infracción principal—, existen al menos dos conductas antijurídicas que son merecedoras de sanción por sus respectivos autores; de un lado la infracción principal de la que responderá a título de autor la persona que la haya cometido y, de otro, la infracción accesoria consistente en no haber prevenido la infracción principal, que se imputará al garante. Sin embargo, no podrán sancionarse a los garantes —por considerarse que

⁸ Así lo explica IZQUIERDO CARRASCO al manifestar que “*este segundo sujeto también realiza una acción, o mejor dicho una acción por omisión, pues en caso contrario no se le podría exigir responsabilidad alguna, y es a esa omisión a la que se le imputa el resultado mediante la correspondiente relación de causalidad*”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMUJO, A. (2010: 271). También CANO CAMPOS, en relación con la tipificación de las infracciones derivadas de haber quebrantado el deber de vigilancia, afirma que “*solo se puede sancionar a alguien por lo que ha hecho él o por lo que no ha hecho cuando tenía el deber de hacerlo*”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:54). Así, la STS de 30 de marzo de 2005, (rec. núm. 2607/2018), concluye que “*reconocida la capacitación técnica y conocimientos de las normas por parte de los auditores, la inobservancia de estas ha de presumirse imputable a título de falta de diligencia, a salvo de prueba en contrario que debe aportar la demandante, lo que colma el requisito relativo al elemento de la culpabilidad. No hay en ello, pese a lo afirmado en la demanda, vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, toda vez que concurre prueba, aun indiciaria o circunstancial, de la que deducir válidamente la presencia de dicho elemento subjetivo. Ni es observable una objetivación de la responsabilidad, pues ésta no dimana de la simple constancia del resultado, sino de la inferencia de que este resultado, según la lógica y la experiencia ordinarias, responde a una concreta causa, lo que hubiera podido desvirtuar la actora ante la justificación de la confluencia de cualquier factor desencadenante del mismo resultado extraño a su propia conducta, lo que, por las razones ya indicadas, no puede considerarse que haya sucedido.*”

realmente no existe una infracción en el deber de vigilancia— cuando se acredite que la actuación de los mismos está exenta de culpa en tanto en cuanto esta se ajustó a derecho y hubieron empleado la diligencia debida.

La disparidad en la regulación de los sujetos responsables en las normativas sectoriales deriva, como ya se ha anticipado, de la ausencia de una teoría general de la autoría y la participación en las infracciones en el derecho sancionador administrativo. Mientras que el Código Penal regula, de manera genérica, en el título II, artículos 27 al 29, las personas que podrán ser criminalmente responsables de los delitos cometidos, no ocurre lo mismo en el ámbito del derecho administrativo, que no cuenta con una ley básica en la que se regulen tales extremos sin perjuicio de lo ya mencionado respecto de la LPSAPV.

El derecho penal distingue entre autores y cómplices. Dentro del concepto autor habrá que diferenciar entre el autor en sentido estricto, que es aquel que realiza por sí mismo la conducta antijurídica o aquel que se sirve de otro individuo como medio para realizar la misma, del autor en sentido amplio⁹. Este segundo concepto de autor engloba a aquellas personas que, si bien no pueden ser consideradas autores en sentido estricto porque su función en el *iter* delictivo se limita a inducir o a cooperar con el autor material, son sancionadas con la misma pena que el autor¹⁰. Los cómplices, sin embargo, son aquellos que, no englobándose en ninguno de los supuestos descritos anteriormente, cooperan en la ejecución del hecho delictivo, teniendo una responsabilidad accesoria respecto del

⁹ Así lo ha entendido el TS al manifestar, en STS (Sala Segunda) de 13 de octubre de 2015 (rec. núm. 10164/2015), que “*la autoría material que describe el art. 28 del Código Penal, no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes*”. En el mismo sentido lo ha declarado la Sala Segunda del TS en STS de 2 de marzo de 2017 (rec. núm. 10508/2016); STS de 25 de octubre de 2019 (rec. núm. 1473/2018); o STS de 31 de mayo de 2021 (rec. núm. 2639/2019).

¹⁰ En este sentido se pronuncia GÓMEZ BENÍTEZ, distinguiendo entre el concepto restrictivo de autor, y el concepto extensivo, que es “*aquel que aplica el criterio de la «equivalencia de condiciones» a la definición de la autoría*”. Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (1984). “El dominio del hecho en la autoría”. *ADPCP*, pág. 104. El TS, por su parte, considera —y así lo explica en STS 4429/2015, de 13 de octubre— que “*la autoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria*”. En idénticos términos se afirma, entre otras, STS (Sala segunda) de 30 de junio de 2015 (rec. núm. 10829/2014); STS (Sala segunda) de 23 de marzo de 2017 (rec. núm. 10269/2016); o STS (Sala segunda) de 21 de diciembre de 2022 (rec. núm. 586/2021). El artículo 27 del CP declara que “*Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices*” El artículo 28 del citado texto legal declara que “*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*”.

ilícito principal¹¹. A mayor abundamiento, el derecho penal también tipifica como conductas punibles en determinados supuestos las formas de participación intentada, así como el encubrimiento de los delitos¹². Estos últimos supuestos referenciados no implican la autoría en el delito y como consecuencia de ello, en abstracto, los mismos no deberían ser merecedores de reproche penal en tanto en cuanto no estén positivizados como tal en la Ley (cosa que si ocurre en nuestro sistema punitivo).

A pesar de que han sido varias las teorías conforme las cuales la doctrina penal ha intentado definir el concepto de autor, la que se ha impuesto en los últimos años y ha sido adoptada por la jurisprudencia del TS es la teoría del dominio del hecho. En virtud de la misma —además de explicar la imputación directa de la infracción al autor directo y al autor material en los supuestos de autoría mediata—, la doctrina ha encontrado el modo de justificar que la participación de un sujeto en el hecho de otro, siempre y cuando exista una división de las funciones, es punible y, además, debe corresponderles a los dos sujetos la misma pena por haber llevado a cabo la ejecución de la acción antijurídica conjuntamente¹³. Para el TS, el elemento esencial que permite imputar la conducta de un

¹¹ Respecto de la responsabilidad accesoria que ostentan los partícipes en relación con el delito cometido, CUERDA RIEZU manifiesta que *“en la actualidad se insiste en que tal accesoriadad no es absoluta sino relativa, con lo que se quiere expresar que el injusto de la participación no es solo derivado del injusto del hecho del autor, sino que también contiene un injusto propio”*. CUERDA RIEZU, A. (1992). “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español”. *ADPCP*, pág. 496. En términos similares, OLÁSULO ALONSO declara que *“por mucho que un partícipe pueda merecer la misma pena que el autor, su responsabilidad penal siempre depende de la existencia de un autor que comete el delito. En las jurisdicciones del common law este principio está reflejado en la teoría de la derivative liability; en el derecho francés esto se encuentra en la expresión l’emprunt de crimatille; los sistemas latinoamericanos y el español abarcan esta idea bajo el principio de accesoriadad de la participación, (...)”*. Cf. OLÁSULO ALONSO, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal internacional*. Tirant lo Blanch, pág. 59. Así, el artículo 29 del CP declara que *“Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”*.

¹² Así, el Código Penal tipifica como conductas infractoras en sus artículos 17 y 18 como forma de participación en los delitos cometidos por un tercero la conspiración, la provocación y la proposición, conductas que sólo serán punibles para aquellos casos previstos expresamente en la Ley. Del mismo modo, los artículos 451 y siguientes del referido texto legal configuran al encubridor como aquella persona que participa en un delito ajeno ya consumado ayudando al autor material del mismo de alguno de los siguientes modos: *“1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio. 2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. 3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura”*.

¹³ En este sentido GÓMEZ BENÍTEZ lo explica del siguiente modo: *“existen tres formas de manifestarse el dominio del hecho: el «dominio de la acción», que se refiere a la realización directa del tipo doloso (autor directo), es decir, más propiamente, que corresponde a la realización final (dolo) y por propia mano del tipo; el «dominio de la voluntad», que es el criterio que corresponde a la autoría mediata, y que, por tanto, se manifiesta como instrumentalización de otro, de tal manera que el hecho aparece como obra de la voluntad rectora del no actuante directo; y, finalmente, se habla del «dominio funcional del hecho», que es el criterio que corresponde a la coautoría, y que alude destacadamente, por tanto, al concurso de varios en la realización del hecho según división del «trabajo» o de «funciones”*. Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (1984:109). En el mismo sentido, CUERDA RIEZU, afirma que la teoría del dominio del hecho admite *“como*

sujeto a otro —en el marco de la perpetración de un delito de manera conjunta— no es otra que la voluntad. Así, concluye en relación con la coautoría que:

“cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la "totalidad" de lo hecho en común”¹⁴.

Sin embargo, como se acaba de mencionar, esta regulación general y esta diferenciación entre autores, coautores y partícipes no existe, con carácter general, en el derecho administrativo sancionador, siendo las diferentes normas sectoriales las que han de tipificar las infracciones y los sujetos responsables de las mismas¹⁵. CANO CAMPOS, siguiendo la línea marcada por la doctrina penal en la determinación de los autores y las diferentes formas de participación en los ilícitos ajenos, distingue entre autores y partícipes de la infracción administrativa; sin embargo, resalta como nota característica en la regulación de mismos que *“en virtud del principio de legalidad que exige que la ley*

*auténticas formas de autoría la autoría inmediata unipersonal (dominio de la acción), la autoría mediata (dominio de la voluntad) y la coautoría (dominio funcional)”. Cf. CUERDA RIEZU, A. (1992:335). También QUINTERO OLIVARES, tras justificar que la doctrina del dominio del hecho surgió como fundamento para la autoría mediata, afirma que en virtud de la misma se considera autor a la persona que domina el hecho, concluyendo en este sentido que “el dominio del hecho en la ejecución de un delito no tiene solamente el autor mediato, sino que lo puede tener cualquier otro interviniente, incluso alguno que ni siquiera está en el escenario o en el desarrollo ejecutivo del hecho”. Cf. QUINTERO OLIVARES, G. (2018). “Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades”. *ADPCP*, nº71, pág. 85. En términos similares lo expone GIMBERNAT ORDEIG, E. (2013). “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad”. *ADPCP*, nº 66, págs. 64-67.*

¹⁴ STS (Sala segunda) de 13 de octubre de 2015 (rec. núm. 10164/2015). En el mismo sentido se ha plasmado, entre otras, en STS (Sala segunda) de 11 de noviembre de 1998 (rec. núm. 517/1998); STS (Sala segunda) de 9 de diciembre de 2004 (rec. núm. 2284/2003); STS (Sala segunda) de 16 de enero de 2020 (rec. núm. 10231/2019); STS (Sala segunda) de 17 de junio de 2020 (rec. núm. 3877/2018); STS (Sala segunda) de 22 de abril de 2021 (rec. núm. 10339/2020); o STS (Sala segunda) de 10 de febrero de 2022 (rec. núm. 10441/2021).

¹⁵ Sin perjuicio de lo mencionado, en España, la LPSAPV es un ejemplo de lo que, a mi juicio, debería ser una ley de procedimiento administrativo sancionador en la que constan tipificados los sujetos infractores. En este sentido, los artículos 8 a 10 de la norma referenciada establecen un marco general de sujetos que podrán ser considerados autores en los procedimientos sancionadores que se sustancien dentro del ámbito de aplicación de la referida norma. En este sentido, el artículo 8 establece que solo podrán ser considerados como responsables de las infracciones sus autores para, en el artículo 9, catalogar las personas que pueden ser consideradas como tal y, en el artículo 10, permitir la remisión a la normativa sectorial para que, respetando lo establecido en los artículos precedentes, puedan determinar las personas responsables en atención a la infracción de que se trate. Así, tal y como declara en su exposición de motivos, traslada, aunque con matizaciones, el artículo 28 del CP al artículo 9 de la LPSAPV calificando como autor, no solo al autor en sentido estricto, sino al autor mediato, al cooperador necesario, y al sujeto que, teniendo la obligación de prevenir la comisión de una infracción, no haya obrado con la diligencia debida. No obstante lo anterior, el artículo 10 contempla la posibilidad de ampliar los referidos supuestos en el régimen sectorial.

determine los sujetos responsables, solo una norma con rango de ley puede determinar la responsabilidad sancionadora de los partícipes, de modo que si nada se prevé al respecto solo serán responsables los autores o sujetos que realizan el hecho tipificado como infracción”¹⁶.

De ahí que, dependiendo de la norma, existan leyes que solo contemplan la posibilidad de sancionar al autor material y otras que tipifican como infracción autónoma de la principal —aunque estrechamente ligada a ella— la cooperación en la ejecución de esta, llegando incluso a tipificar como infracción administrativa no haber evitado que la infracción sea cometida cuando exista ese deber de garante¹⁷.

De este modo nos encontramos con que dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen leyes sectoriales que no hacen referencia expresa a las personas que pueden ser consideradas como autores de las infracciones. En este sentido y a modo de ejemplo, podemos destacar que en el articulado de la LRJTAPPP no se hace referencia alguna a los responsables de las infracciones tipificadas en su artículo 13. Tampoco el TRLA hace referencia expresa a los mismos. En estos supuestos en los que la norma sectorial no contiene una previsión acerca de los autores de las infracciones que pudieran cometerse solo podrá ser declarado autor de la misma la persona —física o jurídica— que haya realizado la conducta antijurídica tipificada en la Ley ya que de lo contrario se estaría vulnerando el principio de legalidad que propugna como exigencia para poder sancionar previsiones claras y expresas respecto de las conductas que constituyen una infracción

¹⁶ CANO CAMPOS, T. (2018:98).

¹⁷ En relación con la tipificación como infracciones autónomas de la principal la participación en ella, IZQUIERDO CARRASCO expone que “*el amplio número y la extensión de las conductas tipificadas en la legislación administrativa origina que, en muchas ocasiones, aparezcan como infracciones autónomas lo que podrían considerarse como supuestos de autoría mediata o de participación. Esto es, el legislador escinde un proceso fáctico para construir diversos tipos en función de los actos realizados por cada uno de los sujetos intervinientes. Por tanto, lo habitual será la existencia de dos o más infracciones con distintos autores (...), y no una única infracción con cómplices o con otros supuestos de participación*”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMILLO, A. (2010: 260). Así viene regulado en el apartado 4 del artículo 28 de la LRJSP, que establece que “*4. Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas*”.

administrativa, así como las consecuencias de éstas y los sujetos responsables de las mismas¹⁸.

En un plano intermedio, existen infinidad de normas que establecen los sujetos que podrán ser responsables de las infracciones administrativas. Así, por ejemplo, es posible destacar el artículo 61 de la LDC; el artículo 38 de la LRJ; el artículo 21 de la LMST; el artículo 52 de la LSA, etc¹⁹. Estos supuestos deberían generar pocas dudas acerca de quien puede ser considerado autor de la infracción cometida ya que es la propia ley la que

¹⁸ En este sentido lo razona REBOLLO PUIG, afirmando que “o sea, que las muchas leyes que se limitan a tipificar infracciones y a establecer las sanciones correspondientes sin incluir ninguna regla sobre los responsables deben entenderse en el sentido de que sólo son tales los autores; y de que sólo son autores los que realizan la acción típica. Lo impone el principio de legalidad pues, a falta de norma legal que amplíe el círculo de responsables, sancionar a alguien que no sea el que realizó la acción típica sería sancionar una conducta sin la correspondiente previsión legal clara y expresa”. Cf. REBOLLO PUIG, M. (2014). “Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes”. *RVAP*, nº 99-100, pág. 2529. En el mismo sentido lo declara el referido autor en REBOLLO PUIG, M. (2015). “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables en las infracciones” en REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M. Y CARBONELL PORRAS, E. (Coords). *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel, págs. 843-866.

¹⁹ A título ilustrativo conviene transcribir los artículos arriba referenciados. En primer lugar, el tenor literal del artículo 61 de la LDC es como sigue “1. Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta ley o, en el caso de empresas, sus sucesores legales o económicos. (...)”. El artículo 38 de la LRJ establece que “1. Son sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley, les den soporte, publiciten, promocionen u obtengan beneficio de las mismas. 2. Se consideran también sujetos infractores y organizadores de juego a los efectos del presente artículo, exigiéndoseles idéntica responsabilidad, a las personas físicas o jurídicas que obtuvieran un beneficio relevante vinculado directamente al desarrollo de actividades de juego como consecuencia de las acciones u omisiones referidas en el apartado anterior”. También el artículo 31 de la Ley 28/2005 considera responsables a “su autor, entendiéndose por tal la persona física o jurídica que cometa los hechos tipificados como tales”, aclarando después la persona considerada autor para cada una de las infracciones tipificadas. Por último, la LSA afirma en su artículo 52 que “1. La responsabilidad administrativa por las infracciones reguladas en esta ley corresponderá: a) En las infracciones contra la seguridad de la aviación civil, a las personas físicas o jurídicas sujetas al cumplimiento de la obligación infringida. b) En las infracciones en relación con el transporte y los trabajos aéreos, a las personas que las hayan cometido, a los titulares de la licencia de explotación, permiso o autorización o a los explotadores de las aeronaves. c) En las infracciones relativas al transporte de mercancías peligrosas o sujetas a normas especiales por vía aérea, al explotador de la aeronave, al expedidor de la mercancía, al agente de servicios de asistencia en tierra y al agente de carga. d) En las infracciones relativas a la disciplina del tráfico aéreo en materia de ruido, a la compañía aérea, explotador u operador o al piloto al mando de la aeronave con la que se haya cometido la infracción. e) En las infracciones en relación con el funcionamiento y uso de los aeropuertos, a las personas que cometan la infracción o a las autorizadas para la prestación de servicios y para la gestión de las infraestructuras aeroportuarias. f) En las infracciones en relación con la coordinación de los aeropuertos y el uso de las franjas horarias, a las compañías aéreas, al personal aeronáutico o a las demás personas físicas o jurídicas con responsabilidades en la asignación y gestión de las franjas horarias. g) En las infracciones en relación con la gestión de afluencia del tránsito aéreo (ATFM), a los proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo (ATS), a los operadores de aeronaves, a los gestores aeroportuarios o a las entidades de gestión de la afluencia de tránsito aéreo. h) En las infracciones del deber de colaboración con las autoridades y órganos de la Administración General del Estado con competencias en materia de aviación civil, a la persona física o jurídica que cometa la infracción. i) En las infracciones en relación con la asistencia y compensación a los pasajeros, a las compañías aéreas”.

delimita las personas responsables de ella, sin perjuicio de las interpretaciones que de la misma pudiera hacer la jurisprudencia²⁰.

Otras normas contienen un desarrollo mayor de las formas de participación en la infracción, considerando punible la conducta del cooperador necesario, del cómplice, del partícipe y del autor mediato. Así, por ejemplo, la LOEX en su artículo 51.1 establece que la responsabilidad por las infracciones no sólo se circunscribirá al autor sino también a cualquiera que participe de las mismas. También el EBEP tipifica como formas de participación en la infracción cometida por un tercero la inducción para cometer la misma o el encubrimiento (art. 93.2 y 3). La LAPAD, por su parte, amplía todavía más el concepto de autor de las infracciones, declarando —en línea con lo establecido por la legislación penal— que serán responsables de las mismas los autores en sentido material, el autor mediato y los cooperadores necesarios²¹. En estos supuestos referenciados, cabrá sancionar tanto al autor como al resto de intervinientes en la conducta antijurídica, de modo que por la realización de una única acción podrán imponerse tantas sanciones como personas hayan participado en el hecho infractor sin que ello suponga quiebra alguna del principio de legalidad o personalidad en tanto en cuanto lo que se sanciona es la acción propia, si bien la misma consiste en contribuir a la ejecución de la infracción principal²².

²⁰ En este sentido, y pese al análisis más exhaustivo que se llevará a cabo en el capítulo 5 de la tercera parte del presente trabajo, en principio, a tenor de lo dispuesto en el art. 61 de la LDC solo podrán ser responsables de las infracciones en materia de competencia los autores materiales de las mismas, sus sucesores económicos o legales, y las empresas que controlen a la sociedad infractora (supuesto de imputación de la conducta de la filial a la matriz que se examina en el capítulo 3 de la tercera parte del trabajo). No obstante lo anterior, la jurisprudencia del TJUE y del TS han avalado la aplicación extensiva a los facilitadores de las infracciones en materia de competencia.

²¹ LOEX. Artículo 51. “1. Incurrirán en responsabilidad administrativa quienes sean autores o participen en cualquiera de las infracciones tipificadas en los artículos siguientes. (...)”. EBEP. Artículo 93. Responsabilidad disciplinaria. “(...) 2. Los funcionarios públicos o el personal laboral que indujeren a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que éstos. 3. Igualmente, incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos”. LAPAD. Artículo 42. “1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los mismos. 2. Se consideran autores de las infracciones tipificadas por esta Ley quienes realicen los hechos por sí mismos, conjuntamente o a través de persona interpuesta. 3. Tendrán también la consideración de autores quienes cooperen en su ejecución mediante una acción u omisión sin la cual la infracción no hubiese podido llevarse a cabo”.

²² En este sentido, REBOLLO PUIG, trazando un paralelismo con lo que ocurre a la hora de imponer penas en el ordenamiento jurídico penal, concluye que “nada hay que objetar a estas previsiones de responsabilidad de los partícipes siempre que respeten las exigencias del principio de legalidad; esto es, si se establecen en norma con rango de ley, no en un reglamento, y con una cierta precisión sobre las conductas de participación punibles. Son respetuosas con el principio de personalidad de las sanciones pues se basan en la conducta propia del partícipe, aunque no consista en la realización de un tipo sino en su contribución a que otro, el autor, lo realice”. Cf. REBOLLO PUIG, M. (2014:2536-2537).

También son múltiples las normas que delimitan a los sujetos responsables, debiendo concurrir en el autor la cualificación descrita en la norma. A simple título ejemplificativo, la LOTAU de Castilla la Mancha declara como posibles sujetos responsables de la infracción urbanística consistente en ejecutar una obra sin la preceptiva licencia al promotor, al director de la obra o al empresario (art. 185.1). Otro ejemplo lo encontramos en la LOSEC considera punible tanto la actuación de la entidad de crédito como la de las personas que ostenten cargos de dirección o administración en estas (art. 89.1). En el mismo sentido, los artículos 190 y 191 de la LOSSEAR, también contempla la responsabilidad de los administradores, añadiendo, incluso, que podrán ser los únicos responsables de las infracciones que se cometan²³. En todos estos supuestos, además de darse el hecho antijurídico que habilita a la administración para sanción, habrá de recaer en la persona física autora la condición impuesta por la norma; es decir, siguiendo el primero de los ejemplos, para que una persona pueda ser responsable a efectos de lo dispuesto en el artículo 185 de la LOTAU de Castilla la Mancha, además de haber construido sin licencia, deberá ostentar la condición de promotor de la obra. Esta forma de legislar, tal y como expone REBOLLO PUIG, delimita las conductas punibles que

²³El tenor literal del artículo 185 de la LOTAU de Castilla la Mancha es del siguiente tenor. “1. En las obras o usos del suelo que se ejecuten sin licencia o con inobservancia de sus condiciones o, en su caso, sin comunicación previa o autorización preceptiva, será responsable el promotor, el empresario de las obras y, en su caso, el técnico director de las mismas. También serán responsables en esos casos las autoridades o funcionarios que hayan infringido las normas en vigor en el ejercicio de sus respectivas competencias en materia de policía territorial. (...)”. El artículo 89 de la LOSEC tipifica como responsables de las infracciones cometidas a “1. Las entidades de crédito, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, que infrinjan normas de ordenación y disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este Título”. Del mismo modo, el artículo 190 de la LOSSEAR afirma que “1. Son sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en esta Ley, y en particular, las siguientes: a) Las entidades aseguradoras o reaseguradoras. b) Las sociedades de cartera de seguros, las sociedades financieras mixtas de cartera y las sociedades mixtas de cartera de seguros, cuando sean matrices de un grupo de entidades aseguradoras sujeto a supervisión y las sociedades de grupo mutual, de acuerdo a lo previsto en el título III. c) Las entidades que, en su caso, deban formular y aprobar las cuentas consolidadas de los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras previstos en el artículo 84. d) Las entidades obligadas de los conglomerados financieros cuando se trate de una entidad aseguradora o una sociedad financiera mixta de cartera, siempre que en este último caso corresponda a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones desempeñar la función de coordinador de la supervisión adicional de dicho conglomerado financiero. e) Las personas físicas o entidades que sean titulares de participaciones significativas en entidades aseguradoras o reaseguradoras. f) Las personas que ejerzan la dirección efectiva, bajo cualquier título, en cualquiera de las entidades descritas en las letras anteriores o ejerzan en ellas alguna de las funciones del sistema de gobierno previstas en el artículo 65.3. g) Las personas para quienes legalmente se establezca alguna prohibición o mandato en relación con el ámbito objetivo de esta Ley. h) Los liquidadores de entidades aseguradoras o reaseguradoras. 2. En relación con la letra f) del apartado anterior, se considerará que ejercen la dirección efectiva, bajo cualquier título, quienes ostenten cargos de administración y dirección en la entidad en los términos del artículo 38.2, así como quienes, sin haber sido designados formalmente, desempeñen de facto tales responsabilidades”.

pudieran surgir en relación con la contribución a la consumación de una infracción, aportando mayor seguridad al principio de tipicidad²⁴.

En cualquiera de los supuestos anteriores, el autor o responsable de la infracción cometida es la persona que la haya realizado, exigiéndose además un cierto grado de consciencia en la ejecución de la misma²⁵. La presencia del elemento volitivo en la conducta infractora es algo pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, requiriéndose que la acción antijurídica realizada por el sujeto infractor, además, esté presidida cuanto menos, por negligencia (sin perjuicio de que pueda mediar dolo o culpa). Esto es así porque intrínsecamente al principio de responsabilidad se encuentra la culpabilidad del autor; es decir, el principio de responsabilidad, además de exigir que el destinatario de la sanción sea la misma persona que ha cometido la infracción, requiere que en la actuación antijurídica haya mediado dolo o culpa. De hecho, la definición que la doctrina ha dado de la infracción administrativa califica la misma como aquella conducta típica, antijurídica y culpable²⁶.

²⁴ En palabras del propio autor, “*más que un riesgo para los principios de culpabilidad y personalidad, deben ser vistas como una contribución a la tipicidad puesto que acotan, entre las conductas de contribución a una infracción, las únicas punibles*”. Vid. REBOLLO PUIG, M. (2014:2543). En términos similares, IZQUIERDO CARRASCO considera, en relación con las infracciones imputables a los directivos o miembros del consejo de administración, que “*se sanción a aquel sujeto que, por su posición o cualificación, aparece normativamente como responsable ante la Administración, quedando generalmente sin relevancia la conducta del tercero*”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 277).

²⁵ Así lo expone IZQUIERDO CARRASCO al afirmar que “*solo son responsables los que puedan considerarse autores en sentido estricto, esto es, los que hayan realizado propiamente la acción típica y no los cómplices, encubridores, inductores o cooperadores necesarios de conductas ajenas*”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 260). En el mismo sentido, CANO CAMPOS expone que “*el responsable de la infracción es el sujeto que se encuentra en una determinada relación con los hechos tipificados como infracción y por eso procede imponerle una sanción. Esa especial relación con la infracción concurre en quienes realizan el hecho como propio (autores) y en quienes participan de algún modo en el hecho ajeno*”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:90). También REBOLLO PUIG, M. (2014:2537).

²⁶ DE PALMA DEL TESO define la relación entre la culpabilidad y la responsabilidad de modo que “*si la exigencia de dolo o culpa es el núcleo o sustancia del principio de culpabilidad, el principio de personalidad de las sanciones es la corteza que lo recubre; posición externa que hace que, al ejercitarse la potestad sancionadora de la Administración, los efectos de este principio sean los primeros en sentirse*”. Cf. PALMA DEL TESO, A. (1996). *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, pág. 65. En este sentido, NIETO concluye que “*en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador la culpabilidad también se refiere fundamentalmente al elemento subjetivo del ilícito, es decir, a la intervención del autor, a través de dolo o imprudencia, incompatible con la llamada responsabilidad objetiva, o sea, la derivada automáticamente del hecho*”. Cf. NIETO, A. (2012: 326). En el mismo sentido, IZQUIERDO CARRASCO afirma que “*para la imposición de una sanción no basta con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Junto a la tipicidad y a la antijuridicidad debe concurrir un tercer elemento o categoría de la Teoría General del Ilícito administrativo para poder imponer una sanción. Este elemento es la culpabilidad*”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 249-250).

Como afirma CANO CAMPOS, “*el término «culpabilidad» se contrapone al de «inocencia» y se puede definir como el reproche que el ordenamiento jurídico dirige a un sujeto por no haberse comportado de la forma exigida por el Derecho*”, por ello, solo el sujeto que a sabiendas realice una conducta que está proscrita por el ordenamiento jurídico será merecedor de sanción²⁷.

Así, la doctrina distingue entre dolo, culpa e imprudencia o negligencia en función del grado de culpabilidad con la que haya actuado el infractor. Sin embargo, aun negándose la posibilidad de prescindir de ella, esta garantía de la culpabilidad procedente del derecho penal se ve minorada en su aplicación al procedimiento administrativo sancionador²⁸.

La actuación dolosa en el derecho administrativo sancionador no tiene la misma importancia que en el derecho penal. En este último, los delitos dolosos son la regla general, exigiéndose una conducta dolosa para poder condenar al sujeto infractor, sin perjuicio de la importante labor llevada a cabo tanto por la jurisprudencia como por la doctrina que diferencia distintos tipos de dolo en función de la intención lesiva del autor²⁹.

²⁷ Cf. CANO CAMPOS, T. (2018:53). En el mismo sentido lo concluye CABALLERO GEA, J.A. (2007). *Procedimientos contencioso-administrativos*, Dykinson, pág. 27. Esta exigencia de la culpabilidad ha sido respaldada por la jurisprudencia constitucional, entre otras, en STC 65/1986, de 22 de mayo; STC 14/1988, de 4 de febrero; o STC 149/1991, de 4 de julio, y tomada por la jurisprudencia del TS, habiendo definido la culpabilidad, en STS de 5 de febrero de 1999 (rec. núm. 3091/1991), como “*el reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto a como realmente lo hizo. En otras palabras, la culpabilidad es expresión de no actuar conforme a Derecho*”.

²⁸ Estas diferencias han sido puestas de manifiesto por el TS en su jurisprudencia. En este sentido, afirma en STS de 5 de febrero de 1999 (rec. núm. 3091/1991), que “*el concepto de culpabilidad sirve tanto al Derecho penal como al Derecho Administrativo sancionador. Pero hay que precisar -así lo hace la doctrina científica- que la culpabilidad exigible en las infracciones administrativas lo es en distintos términos que en el Derecho Penal, porque frente a lo limitado de los ilícitos penales, en el Derecho Administrativo sancionador, el repertorio de ilícitos es inagotable, y no puede sistematizarse la interpretación de dicho concepto, ni exigirse a la persona el conocimiento de todo lo ilícito. Si se hiciera así, el Derecho Administrativo sancionador no existiría. Al movernos en el campo del Derecho Administrativo sancionador, debemos tener en cuenta que las normas -el ordenamiento jurídico- protege los intereses públicos, que han de situarse frente a las situaciones objetivas en que quede reflejada la infracción administrativa, porque las circunstancias objetivas concurrentes son relevantes*”. Igualmente, la STS de 31 de mayo de 2000 (rec. núm. 559/1993), el TS considera que no es de aplicación al procedimiento sancionador enjuiciado una circunstancia modificativa de la responsabilidad que sí se aplicaría en el ámbito penal. En palabras de la propia sala, “*no cabe apreciar como circunstancia atenuante el desconocimiento de la empresa de lo hecho por sus empleados para perjudicarle. Esto podría tener trascendencia a efectos de eludir responsabilidades penales, pero no en el ámbito sancionador administrativo*”.

²⁹ En este sentido, en derecho penal podemos distinguir entre un dolo directo de primer grado (que opera en aquellos casos en los que el sujeto infractor busca con su actuación conseguir un resultado antijurídico concreto), un dolo directo de segundo grado (donde se acepta el resultado lesivo) y un dolo eventual (el autor, es conocedor de que en el caso de que lleve a cabo determinada conducta, es probable que lleve aparejado un daño). En palabras de NIETO, “*se habla de un dolo directo en el que se persigue inmediatamente el ilícito (dolo directo de primer grado) o, al menos, se aceptan las consecuencias inevitables que va a producir (dolo directo de segundo grado) y de un dolo eventual, en el que se asumen las consecuencias probables de su actuación*”. Vid. NIETO, A. (2012:240). En Derecho administrativo, el TS ha matizado la definición del dolo, concluyendo en STS, de 30 de noviembre de 2004 (rec. núm.

Sin embargo, en el derecho administrativo sancionador, salvo que una norma exija que la infracción deba ser cometida dolosamente para poder sancionar, el dolo no tiene especial relevancia, actuando más como una circunstancia que agrava la responsabilidad del sujeto infractor en el momento de cuantificar la sanción que debiera corresponderle, que como un elemento del tipo propiamente dicho³⁰.

Ocurre todo lo contrario con la imprudencia. Mientras que el derecho penal no contempla, salvo para los tipos que expresamente lo prevean, la comisión por imprudencia, en el derecho administrativo sancionador la imprudencia ha sido identificada como la forma más común de cometer los ilícitos administrativos tanto por la jurisprudencia como por las propias normas administrativas³¹. Actúa con imprudencia el sujeto que debiendo haber previsto la consecuencia que su actuación pudiera tener, no la ha evitado. En palabras de NIETO, “*actúa con culpa o imprudencia (o negligencia) el que realiza un hecho típicamente antijurídico, no intencionadamente sino por haber infringido el deber de cuidado que personalmente le era exigible y cuyo resultado debía haber previsto*”³².

6573/2001), que “*la noción de intencionalidad en el Derecho Administrativo sancionador requiere que el sujeto responsable del hecho infractor realice la acción infractora con pleno conocimiento de los elementos del injusto, de modo que se deduzca que tiene plena conciencia del propósito de infringir la norma administrativa y de provocar un resultado dañoso de los intereses públicos tutelados, cuya apreciación por el órgano administrativo sancionador exige que se soporte en las circunstancias objetivas concurrentes acudiendo a un mecanismo de inferencia lógica racional para afirmar su existencia, y que, en este supuesto, no ha se ha acreditado se haya producido de modo irracional o arbitrariamente*”.

³⁰ Así NIETO ha afirmado en relación con la exigencia del dolo en el procedimiento administrativo sancionador que en principio “*basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación de la sanción*”. Vid. NIETO, A. (2012:340). En el mismo sentido, IZQUIERDO CARRASCO considera que “*el juego del dolo y de la culpa es diametralmente opuesto en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo sancionador. Así, en el Derecho Penal, el artículo 12 CP establece que «las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley» y, en la práctica, buena parte de los delitos exigen que concurra dolo. Por el contrario, en el Derecho administrativo sancionador la regla general es que las infracciones se pueden cometer culposamente —solo en contadas ocasiones es una exigencia del tipo—, y el dolo, cuando concurre, generalmente se tiene en cuenta como un elemento de agravación de la infracción o de graduación de la sanción*”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMJO, A. (2010: 300-301).

³¹ En este sentido se pronuncia el TS en STS de 12 de mayo de 1998 (rec. núm. 388/1994), afirmando que, “*como exigencia derivada del artículo 25.1 de la Constitución, nadie puede ser condenado o sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados a título de dolo o culpa (principio de culpabilidad)*”. En el ámbito penal, la imprudencia, como se ha mencionado, solo será punible en aquellos casos en los que el propio delito lo admita. Así lo establece el artículo 12 del CP al afirmar que “*las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*”.

³² NIETO, A. (2012:341). En el mismo sentido lo ha manifestado el TS en STS (Sala quinta) de 11 de mayo de 2000 (rec. núm. 97/1999), concluyendo que “*el término negligencia significa descuido, omisión, falta de aplicación, es la falta de actividad o del cuidado necesario en un asunto por quién no está impedido de tenerlo y debe prestarlo, equivaliendo la expresión negligencia en el cumplimiento a su realización en forma defectuosa o imperfecta*”. Del mismo modo se pronuncia el TS en STS (Sala quinta), de 11 de octubre de 2001 (rec. núm. 18/2001).

Así, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo nos encontramos con incontables normas sectoriales que en la tipificación de sanciones e infracciones señalan la imprudencia como elemento suficiente para poder reprocharle al sujeto infractor la conducta antijurídica que hubiera cometido³³. También en el seno de la UE, pese a que la culpabilidad del autor es un requisito para sancionar al infractor a tenor de lo dispuesto en el art. 48.1 de la CDFUE, lo cierto es que la culpabilidad propiamente dicha no está plenamente asentada al existir algunos Estados miembros que prescinden del referido requisito a la hora de sancionar, admitiendo la responsabilidad objetiva³⁴.

A pesar de que la jurisprudencia del TJUE distingue entre actuaciones dolosas e imprudentes, diferenciando entre ambas en función del si el sujeto infractor tenía o no intención de infringir el ordenamiento jurídico, lo cierto es que tanto a la Comisión como al propio TJUE les sirve como fundamento suficiente para sancionar el hecho de que la infracción haya sido cometida, al menos, por negligencia³⁵.

³³ En este sentido, la LDC contempla la posibilidad de sancionar por conductas negligentes, afirmando el artículo 63 de la misma que “1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente ley las siguientes sanciones, para cada una de las infracciones declaradas”. En el mismo sentido, nos encontramos con que la tipificación de las infracciones en la LOPJ, el artículo 417 de la misma contempla como sanciones muy graves “8. La inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas”. Del mismo modo, la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal considera responsables de las infracciones, en su artículo 86, a “las personas físicas o jurídicas que las cometan, aun a título de simple negligencia”. En el mismo sentido, el artículo 63.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, determina que “3. Sólo podrán ser sancionadas las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los hechos constitutivos de infracción aún a título de simple inobservancia”. También el artículo 76 de la LTVMSV tipifica como infracción grave, entre otras, la conducción negligente. El tenor del artículo 76 es como sigue: “son infracciones graves, cuando no sean constitutivas de delito, las conductas tipificadas en esta ley referidas a: (...). m) Conducción negligente. (...)”.

³⁴ Así lo afirma CARNEVALI al declarar que “en el Derecho comparado, solo algunas de las legislaciones de los Estados miembros —como las de Italia, Alemania, Portugal y España— exigen la culpabilidad como condición esencial para la imposición de una sanción administrativa. Sin embargo, en países como Reino Unido, Dinamarca o Grecia, se admiten supuestos de responsabilidad objetiva. Por lo tanto, no es de extrañar que en el ámbito comunitario haya cierta confusión y que el principio no esté lo suficientemente consolidado”. Vid. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001). *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*. Comares, pág. 201. Pese a ello, el art. 48.1 de la CDFUE establece que “todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

³⁵ En este sentido, CARNEVALI concluye que “tanto la Comisión como el TJUE al fundamentar sus resoluciones, no distinguen entre conductas dolosas o imprudentes a la hora de imponer las sanciones, basta que los delitos hayan sido cometidos «al menos con negligencia»”. Vid. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001:205). La jurisprudencia Comunitaria ha definido el dolo como la intencionalidad de infringir la norma. En este sentido, la STJUE de 11 de julio, C- 246/86, *Belasco y otros/Comisión*, entiende que “para que una infracción pueda considerarse dolosa, no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir la prohibición del artículo 85; es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia”. En el mismo sentido lo declara en STJUE, de 8 de febrero, C-279/87, *Tipp-Ex/Comisión*.

Por último, es necesario hacer alusión a la responsabilidad solidaria y subsidiaria que las normas establecen respecto de las personas que han intervenido en la infracción. A pesar de que el principio de responsabilidad exige que en los casos en los que la infracción haya sido cometida por varias personas, respondan todas ellas individualmente de esta, es admitida en nuestro ordenamiento jurídico tanto la responsabilidad solidaria como la responsabilidad subsidiaria. Concretamente, el apartado tercero del artículo 28 de la LRJSP propugna la responsabilidad solidaria como forma de responder de las infracciones que hayan sido cometidas conjuntamente, salvo que se trate de sanciones pecuniarias y sean susceptibles de ser individualizadas, debiendo dirigir la Administración competente el procedimiento administrativo sancionador contra todos ellos³⁶.

La responsabilidad solidaria fue rechazada en un principio no solo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo por considerar que la misma es contraria entre otros al principio de responsabilidad personal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional avaló la misma siempre y cuando sea consecuencia de la colaboración en la realización de la infracción y concurra dolo o culpa, aunque sea leve³⁷. Si bien en la

³⁶ Así, NIETO expone que *“el hecho es único (un incumplimiento) y únicas también la acción y correlativamente la infracción y la sanción; lo que sucede es que de esas infracción y sanción únicas responden solidariamente todos los partícipes, de tal manera que, satisfecha la multa por uno de ellos quedan todos liberados; y, por lo mismo, la Administración puede exigir el pago total a cualquiera de ellos”*. Cf. NIETO, A. (2012:383). En relación con la necesidad de que todos los investigados consten como parte en el procedimiento sancionador, declara CANO CAMPOS que *“todos los responsables solidarios de la comisión de la infracción deben ser sometidos al procedimiento sancionador y castigados conjuntamente con una única sanción, como si se tratara de un único sujeto”*. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:102). LRJSP. Artículo 28. *“(…) 3. Cuando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable”*.

³⁷ En contra de la responsabilidad solidaria nos encontramos pronunciamientos del TS, como por ejemplo la STS de 26 de enero de 1998 (rec. núm. 1394/1994), la cual afirma que *“la referida imputabilidad solidaria, prevista por el mentado artículo 46.1 del Reglamento de Máquinas Recreativas de 1987, no sólo vulnera el principio de legalidad, sino que contraviene el de responsabilidad personal sobre el que se asienta todo el sistema punitivo, ya que nadie puede ser condenado o sancionado sino por actos que, bien a título de dolo o de culpa, le puedan ser directamente imputados. La responsabilidad solidaria, como forma eficaz de garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales, no puede penetrar en el ámbito del Derecho sancionador porque, de lo contrario, se derrumbaría el fundamento del sistema punitivo, según el cual cada uno responde de sus propios actos, sin que quepa, con el fin de una más eficaz tutela de los intereses públicos, establecer responsabilidad alguna sancionable solidariamente por actos ajenos. Cuestión distinta es la posible tipificación de conductas que, por acción u omisión, puedan estimarse por Ley formal sancionables, o que ésta disponga de diferentes formas de participación en el hecho tipificado como tal infracción y señale expresamente la sanción que a estas formas participativas corresponda, pero lo que no cabe es la imputación solidaria de responsabilidades punibles, y siendo este el significado del citado artículo 46.1 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Real Decreto 877/1987, de 3 de julio, debe este precepto considerarse nulo de pleno derecho, acarreado la nulidad de los actos realizados por la Administración a su amparo”*. El mismo argumento

actualidad no se encuentra explícitamente tipificada la responsabilidad solidaria en aquellos supuestos en los que exista algún sujeto con deber de garante que debiera haber evitado la comisión de la infracción, lo cierto es que tal escenario estaba previsto tanto en la Ley 30/1992, como latente en determinadas normas sectoriales³⁸. Así, por ejemplo, se prevé la responsabilidad solidaria de los padres respecto del pago de la sanción impuesta a un menor de 18 años por la comisión de una infracción en materia de tráfico. En este sentido, a pesar de que el autor de la infracción es el menor, la administración se asegura el cobro de la sanción a través de los padres que, como responsables del menor, tenían el deber de evitar la comisión de la infracción por el primero (figura del garante)³⁹.

utiliza el TS en STS de 22 de abril de 1998 (rec. núm. 403/1994). También la STS de 16 de febrero de 1990, reza en relación con la responsabilidad solidaria que *“en todo caso la idea de solidaridad resulta difícilmente conciliable con el sentido propio de un régimen sancionador, en el que lo lógico es que el Estado sancionador imponga la sanción a todos y cada uno de los sancionados, y no a cualquiera de ellos (lógicamente al más solvente si llegara a primar una concepción recaudatoria), a reserva de que luego en el ámbito de sus relaciones internas se aplique entre ellos el resarcimiento propio de la mancomunidad”*. Por su parte, el TC considera que la responsabilidad solidaria no puede imponerse a quienes no hayan contribuido al resultado lesivo, pudiendo entender, a *contrario sensu*, que en los supuestos en los que exista colaboración, la responsabilidad solidaria será válida. Así lo proclama en STC 146/1994, de 12 de mayo. *“El inciso final del apartado 4 del art. 31 de la Ley 44/1978 establece la obligación solidaria de (todos) los miembros de la unidad familiar frente a la Hacienda; la dicción literal de este precepto permite que la Administración se dirija para el cobro de la deuda tributaria, incluidas las sanciones, no sólo al miembro o miembros de la unidad familiar que resulten responsables de los hechos que hayan generado la sanción, sino también a otros miembros que no hayan cometido ni colaborado en la realización de las infracciones y vulnera, por ello, el aludido principio de personalidad de la pena o sanción protegida por el art. 25.1 de la Constitución, incurriendo así en vicio de inconstitucionalidad”*. En relación con la concurrencia de culpa, en STC 76/1990, de 26 de abril, el TC señala que *“el precepto no consagra, como ya se ha dicho, una responsabilidad objetiva, sino que la responsabilidad solidaria allí prevista se mueve en el marco establecido con carácter general para los ilícitos tributarios por el art. 77.1 que gira en torno al principio de culpabilidad”*. En la doctrina, IZQUIERDO CARRASCO sostiene que la responsabilidad solidaria *“no solo afecta a este principio de responsabilidad de la sanción, sino también, como la propia jurisprudencia ha destacado, a otros principios que inspiran el derecho sancionador como el de proporcionalidad, al no permitir una adecuación de la sanción a las concretas circunstancias subjetivas y objetivas del responsable solidario, o incluso el de taxatividad por una falta de predeterminación normativa suficiente de las conductas merecedoras de sanción”*. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 289). Por su parte, PARADA VÁZQUEZ afirma, en contraposición con el Derecho Penal, que *“si en el Derecho Penal la solución en los casos de autoría múltiple consiste en imponer una pena a cada uno de los responsables que se consideran autores de los delitos o faltas, sin que sea posible la responsabilidad solidaria, pues implicaría que las penas impuestas a los incumplidores pudieran trasladarse a los restantes autores, incluso a uno sólo, ningún sentido tiene hacer esto mismo con los autores o responsables de las infracciones administrativas en los casos de autoría múltiple”*. Vid. PARADA VÁZQUEZ, J.R. (1995). *Derecho administrativo. Parte general*. Marcial Pons, pág. 532.

³⁸ Así venía establecido en el artículo 130 de la LPC, cuyo apartado tercero es del siguiente tenor: *“3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderá de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conllevan el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”*.

³⁹ El artículo 82 de la LTVMYSV declara que *“la responsabilidad por las infracciones a lo dispuesto en esta ley recaerá directamente en el autor del hecho en que consista la infracción. No obstante: (...) b)*

Diferente a lo anterior es la posibilidad de declarar responsables subsidiarios a otros sujetos que, aun no habiendo intervenido de manera directa en la infracción, están vinculados al infractor, diferenciando, de este modo, entre el sujeto culpable de la infracción cometida y el responsable del pago de la misma. No se trata, como señala CANO CAMPOS, de una responsabilidad sancionadora, sino de un supuesto de aseguramiento de la deuda⁴⁰. Para que pueda operar esta responsabilidad subsidiaria o solidaria del pago de la multa —tal y como enuncia el artículo 28.4 de la LRJSP—, habrán de ser las propias normas sectoriales las que lo contemplen a lo largo de su articulado⁴¹.

De este modo, la responsabilidad subsidiaria implica que, en el caso de que el responsable principal de la infracción no abone la sanción impuesta, la Administración podrá dirigirse contra el responsable subsidiario. A pesar de que es probable que el responsable subsidiario sea la persona que acabe pagando el importe de la sanción, el hecho de que la misma no haya sido impuesta directamente a él como sujeto infractor tiene consecuencias procedimentales importantes en tanto en cuanto no es necesario que sea parte en el procedimiento sancionador de origen. Pese a que la jurisprudencia ha matizado que los responsables, para poder ser declarados como tal, han de haber actuado con un mínimo de culpa, se han encargado de resaltar que su defensa no debe tener lugar en el

Cuando la autoría de los hechos cometidos corresponda a un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de la multa impuesta sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o, de hecho, por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a éstos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores”. CANO CAMPOS, pese a razonar que la responsabilidad solidaria de los padres respecto de la infracción cometida por sus hijos se debe al deber de garante que tienen para evitar que éstos últimos cometan dichas infracciones, considera “más adecuada la solución técnica que ofrece la LPSPV o el Derecho italiano que prescinden del concepto de solidaridad. El art. 9.2. b) de la LPSPV considera autores a “las personas que incumplan el deber, impuesto por una norma de rango legal, de prevenir la comisión por otro de la infracción”. Cf. CANO CAMPOS, T. (2009). “La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico”. RDA, nº 284-285, mayo-diciembre 2009, págs. 98-99. También la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas prevé en el artículo 93 la solidaridad como criterio de responsabilidad en aquellos casos en los que la conducta haya sido realizada por varias personas. Del mismo modo, el artículo 182 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria afirma que “1. Responderán solidariamente del pago de las sanciones tributarias, derivadas o no de una deuda tributaria, las personas o entidades que se encuentren en los supuestos de los párrafos a) y c) del apartado 1 y en los del apartado 2 del artículo 42 de esta Ley, en los términos establecidos en dicho artículo. El procedimiento para declarar y exigir la responsabilidad solidaria será el previsto en el artículo 175 de esta Ley”.

⁴⁰ En palabras del propio autor, “en rigor, no es una responsabilidad sancionadora, sino por el impago de una deuda que deriva de una multa impuesta a otro sujeto con el que existe una relación de dependencia o vinculación. Estamos, por ello, ante el aseguramiento de una deuda de Derecho público que trae causa de una infracción cometida por otra persona”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:103-104).

⁴¹ Ello se desprende del tenor del art. 28 de la LRJSP que afirma que “(...). 4. Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas”.

procedimiento sancionador principal, sino que en tal caso deberá llevarse a cabo en el procedimiento de ejecución⁴².

El contenido del principio de responsabilidad que ha tratado de examinarse sucintamente tiene un gran contenido jurídico, y no son pocas las cuestiones que el mismo suscita. Este breve esquema de su marco jurídico servirá como base para poder, en un primer lugar, determinar la manera de aplicar lo plasmado en relación con las personas jurídicas y, en un segundo momento, examinar el encaje que determinados pronunciamientos sancionadores en el ámbito de la defensa de la competencia tienen para con el principio de responsabilidad.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PERSPECTIVA HISTÓRICA Y SU COMPARATIVA CON LA LEGISLACIÓN PENAL.

Como se ha expuesto en el apartado anterior, tradicionalmente, el derecho administrativo sancionador se ha servido de los principios inspiradores del orden penal trasladando las garantías propias de este último al primero, incidiendo el derecho penal en la configuración del derecho administrativo sancionador. Sin embargo, si hay algo en lo que el derecho administrativo sancionador estuvo a la vanguardia respecto del derecho penal

⁴² Así lo declara el TS en STS 5 de mayo de 2010 (rec. núm. 357/2005), al afirmar que “*por otra parte, hay que excluir la necesidad de un expediente sancionador independiente, sin perjuicio de la defensa, que puede hacerse en el expediente de derivación*”. En el mismo sentido, la STS, de 29 de enero de 2008 (rec. núm. 150/2003), niega al responsable subsidiario la condición de sancionado y, por ende, las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador. En palabras del propio TS, “*sin perjuicio de que la Administración tenga que aportar las pruebas de los presupuestos de hecho en que la Ley funda la derivación de responsabilidad, sin embargo la posición jurídica del administrador responsable subsidiario no es estrictamente la de un sancionado, por lo que la protección de sus derechos no puede enmarcarse dentro del sistema del art. 24.2 de la Constitución, sino en el régimen de tutela judicial efectiva regulada en el párrafo primero del propio artículo*”. CANO CAMPOS comparte la opinión de los tribunales, afirmando que “*el responsable solidario o subsidiario sufre aquí, al pagar la multa, las consecuencias económicas de una sanción cometida por otro, pero, en rigor, no es sancionador, por lo que podría sostenerse que no son de aplicación los principios de personalidad y culpabilidad propios de ámbito sancionador y el supuesto habría que analizarlo desde la óptica de la responsabilidad por hecho ajeno, por riesgo, por beneficio, etc....*”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:104). Sin embargo, IZQUIERDO CARRASCO difiere de la postura mantenida tanto por los tribunales como por CANO CAMPOS, considerando que “*si la sanción administrativa no pierde su condición o naturaleza sancionadora por el hecho de trasladarse subsidiariamente a otro sujeto parece que una consecuencia de ello sería el necesario traslado de las garantías propias del sancionado al responsable subsidiario*”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 295).

fue en el reconocimiento de la capacidad infractora y sancionadora de las personas jurídicas⁴³.

Mientras que en el derecho penal ha sido típica la aplicación del principio “*societas delinquere non potest*” que negaba la capacidad infractora de las personas jurídicas, el derecho administrativo sancionador viene admitiendo desde hace tiempo la responsabilidad de las personas jurídicas como responsables de las infracciones que ellas mismas cometan tal y como se expone a continuación.

Históricamente, el derecho penal estaba dedicado a las acciones u omisiones antijurídicas realizadas por los ciudadanos, siendo estos últimos los destinatarios de sus mandatos o prohibiciones; de ahí que la dogmática penal clásica negase la responsabilidad de las personas jurídicas con base en la ausencia de culpabilidad de las mismas por negarles la capacidad de acción⁴⁴. Sin embargo, afirmar la irresponsabilidad de las personas jurídicas

⁴³ En este sentido lo afirma GÓMEZ TOMILLO, declarando al respecto que “*la teoría de la responsabilidad de las personas jurídica haya alcanzado un notable alcance, siguiendo un camino inverso del habitual. Históricamente lo normal ha sido la influencia del Derecho penal sobre el Derecho administrativo sancionador, ante la evidencia de su común origen histórico y su más que probable unidad esencial. En este particular campo, por el contrario, el Derecho administrativo sancionador ha tenido la oportunidad de ir por delante, allanando el camino a una potencial admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. (2016). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derecho administrativo sancionador. Especial consideración de criterios político-legislativos de atribución de responsabilidad”. DELICTAE, Revista de Estudios Interdisciplinarios sobre el Delito, Vol. I. pág. 9.

⁴⁴ Así lo declaran BACIGALUPO Y LIZCANO. A este respecto los referidos autores señalan que “*el Derecho penal tradicional no admite la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas (...) ya que se parte de la premisa que el Código Penal solo tiene por destinatarios de sus normas a personas físicas*”, para concluir que “*el individuo como sujeto del Derecho penal ha marcado los conceptos dogmáticos de la teoría del delito y, en consecuencia, un concepto de acción y de culpabilidad elaborados única y exclusivamente a partir de las capacidades del mismo. Consecuentemente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha negado sosteniendo su incapacidad de acción y de culpabilidad*”. Cf. BACIGALUPO, S. Y LIZCANO, J. (2013). *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*. Colección estudios, eurosocial, págs. 39-41. Del mismo modo GRACIA MARTÍN concluye que “*una teoría de la responsabilidad penal y sancionatoria fundada exclusivamente en conceptos y en categorías construidos a partir del substrato del ser humano bloquea ya per deffinitionem toda posibilidad de acceso a la persona jurídica a semejante clase o tipo de responsabilidad*”. Cf. GRACIA MARTÍN, L. (2016). “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”. *RECPC*, nº18, pág. 12. En el mismo sentido lo argumenta LOZANO CUTANDA al afirmar que la “*irresponsabilidad penal de los entes colectivos la fundamente mayoritariamente la doctrina en su incapacidad de culpabilidad. Por culpabilidad, el Derecho penal moderno «considera la participación psíquica del sujeto en el hecho y la posibilidad de derivar de tal hecho un juicio de reprocho, elementos esenciales para la afirmación de la existencia de un delito y para la consecuente atribución de responsabilidad»*”. Vid. LOZANO CUTANDA, B. (1992:212-213). Del mismo modo GALÁN MUÑOZ concluye que “*si partimos de que el Derecho Penal sólo puede sancionar comportamientos que sean acciones u omisiones regidas por una voluntad en sentido psicológico, no podremos sino negar que las personas jurídicas gocen de una verdadera capacidad de acción penal, ya que al ser meros centros de imputación normativa de efectos jurídicos carentes de la capacidad de autodeterminarse, no podrían formar aquella voluntad propia que se necesita para poder realizar conductas penalmente relevantes*”. Cf. GALÁN MUÑOZ, A. (2006). “¿Societas delinquere nec punire potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP”. *RDPC*, nº 18, pág. 229. También RECORDER VALLINA concluye, en el mismo sentido, que el juicio de culpabilidad necesario para poder sancionar

supuso durante muchos años un coladero de impunidad para determinados delitos cometidos por las mismas y amparados en la imposibilidad de sancionarlas. De este modo, se conculcaba la finalidad preventiva de las penas ya que con la sanción exclusiva a las personas físicas que componían la persona jurídica no se reparaba todo el desvalor de la acción⁴⁵.

Como consecuencia de lo anterior, se recomendó en octubre de 1929, en el II Congreso Internacional de Derecho Penal, que los Estados tomaran medidas y sancionaran las acciones u omisiones contrarias a la ley que fueran llevadas a cabo por personas jurídicas siempre y cuando las mismas, con su actuación, pretendieran satisfacer sus propios intereses⁴⁶. En España la primera inclusión —de algún modo— de la responsabilidad de la persona jurídica por su actuación se plasma en la modificación del CP a través de la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, donde se incorpora en el artículo 15 bis la previsión de responsabilidad por actuar en lugar de otro⁴⁷. Sin embargo, pese a considerarse que el sujeto activo de la conducta llevada a cabo

penalmente a un infractor “*parece implicar una valoración de la actitud psíquica del sujeto, lo que lleva a este sector del ordenamiento a considerar que únicamente el hombre puede ser considerado culpable de las acciones contrarias al ordenamiento jurídico*”. Cf. RECODER VALLINA, T. (2008). “Principio de personalidad de las sanciones administrativas: responsabilidad solidaria y subsidiaria. Responsabilidad de las personas jurídicas y de los menores de edad”. *RPAM*, nº 19, pág. 152.

⁴⁵ Así lo declara LOZANO CUTANDA al afirmar que “*la irresponsabilidad de las personas jurídicas derivada del principio *societas delinquere non potest* se ha convertido en un obstáculo para prevenir con eficacia las conductas socialmente intolerables*”. Vid. LOZANO CUTANDA, B. (1992:230). También ZÚÑIGA RODRÍGUEZ expuso que “*sostener que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal significa realmente dejar fuera del alcance de sanciones graves a los sujetos económicos y políticos más importantes de nuestra era*”. Cf. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2004). “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido”. *Revista de Derecho*, nº 2, pág. 154.

⁴⁶ El tenor literal de la recomendación es que “*1.- Se establezcan en Derecho penal interno medidas eficaces de defensa social contra las personas jurídicas, cuando se trate de infracciones perpetradas con el fin de satisfacer el interés colectivo de dichas personas o con empleo de medios suministrados por ellas y que comprometan así su responsabilidad. 2.- La aplicación de medidas de defensa social a las personas jurídicas no debe excluir la posibilidad de responsabilidad penal individual, por la misma infracción, por parte de las personas físicas encargadas de la administración o de la dirección de los intereses de la persona jurídica, o que hayan cometido la infracción con medios suministrados por la persona jurídica. Esta responsabilidad individual podrá ser, según los casos, agravada o atenuada*”. Resoluciones de los congresos de la asociación internacional de derecho penal (1926-2014) en *RIDP*, nº 86, pág. 16. En el mismo sentido lo expone LOZANO CUTANDA al manifestar al respecto que “*ya en 1929, el Segundo Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, que tuvo lugar en Bucarest, recomendó, por ello, la adopción en los ordenamientos penales de «medidas eficaces de defensa social contra las personas morales (...)*”. Vid. LOZANO CUTANDA, B. (1992:230).

⁴⁷ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Artículo 15 Bis. “*El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo*”.

por una persona jurídica es ella misma, se traslada la autoría a la persona física, fracasando, por tanto, el intento⁴⁸.

Con la aprobación y entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995 parece que el legislador tiene la voluntad de avanzar en la regulación de las personas jurídicas, pretendiendo, de un lado, prevenir las conductas antijurídicas llevadas a cabo por estas y, de otro, responsabilizarlas de los delitos que ellas mismas cometan⁴⁹. De este modo, manteniendo el esquema anterior de actuar en lugar de otro —en virtud del cual a pesar de admitir que la acción es propia de la persona jurídica, la autoría se repercute a la

⁴⁸ Así lo expone DE LA CUESTA al afirmar que “*en 1983 la reforma urgente y parcial del viejo Código mantuvo el postulado *societas delinquere non potest*, defendido con carácter general en España introduciendo en su artículo 15 bis la fórmula de actuar en lugar de otro —más llamada a la cobertura de las lagunas de punibilidad derivadas de los delitos especiales, que a la instrumentación de un mecanismo adecuado para la exigencia de responsabilidad penal en los hechos cometidos en el marco de personas jurídicas—*”. Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2013). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”. *RPM*, nº5, septiembre 2013, pág. 10. En el mismo sentido LOZANO CUTANDA expone que “*se ha introducido así, por la Ley orgánica de 25 de junio de 1983, el concepto de autoría en las actuaciones de otro proveniente del Derecho alemán. La inclusión en el Código Penal de esta figura de doble espectro, por la que el sujeto activo es la persona jurídica pero la autoría se transmuta a la persona física, supone indudablemente una quiebra del tradicional principio de *societas delinquere non potest*, aun respetando la necesidad de que el responsable penalmente sea una persona física, y cierra una fuente de impunidad, al evitar que la persona jurídica pueda valerse de sus representantes como órganos penalmente irresponsables para el logro de sus propios fines*”. Vid. LOZANO CUTANDA, B. (1992:232). Por su parte GALÁN MUÑOZ expone que “*el Código Penal español de 1995 parecía partir implícitamente, en su versión originaria, de la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir, ya que, por una parte, no preveía que se les pudiesen aplicar penas propiamente dichas, mientras que, por otra, establecía expresamente en su art. 31 que en los casos en que se diesen en ellas las cualidades exigidas por un tipo delictivo especial propio se podría sancionar por su comisión a los administradores de hecho o de derecho que actuasen en su lugar, pero nunca a ellas mismas, lo que parecía presuponer que las personas jurídicas como tales no podían cometer dichos delitos*”. Cf. GALÁN MUÑOZ, A. (2006:231).

⁴⁹ En este sentido lo afirma DE LA CUESTA, exponiendo y razonando al respecto que “*ya en el nuevo Código Penal de 1995 —en cuyo artículo 31 se mantuvo la norma de actuar en nombre de otro— aludió en su art. 262 a la imposición, entre otros, a la empresa de la pena de inhabilitación especial (...). Pero sobre todo, el elenco de reacciones penales —penas y medidas de seguridad— se completó en el nuevo Código con las llamadas consecuencias accesorias. Entre estas, al lado del comiso, ocupaban una posición de relevancia las previstas por el artículo 129, dirigidas a sociedades, asociaciones, fundaciones o empresas (tanto de titularidad individual como son personalidad jurídica propia) y orientadas a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma*”. Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2013:10-11). En el mismo sentido, GALÁN MUÑOZ concluye que “*el señalado precepto no incide en modo alguno en el tema de la responsabilidad de la persona jurídica, tema que, sin embargo, si es afrontado por nuestro Código Penal en otro precepto legal, en concreto en su art. 129, precepto en el que se contempla un sistema de consecuencias accesorias referidas a las personas jurídicas que, a juicio de ZUGALDÍA ESPINAR, sólo podría ser entendido como un claro reflejo del hecho de que dichas entidades podían ser sujetos activos del Derecho Penal*”. Cf. GALÁN MUÑOZ, A. (2006:232). Sobre esta novedad introducida por el CP de 1995 MIR PUIG puntualiza que “*las medidas ahora introducidas fueron propuestas por primera vez en el proyecto de CP de 1980, entre las medidas de seguridad. Era evidente la voluntad de desvincular estas medidas del binomio delito-pena, para concebirlas como medidas puramente preventivas basadas en la peligrosidad (...). Ello se debía a que seguíamos manteniendo el principio de que ni las empresas ni las personas jurídicas podían delinquir. Su peligrosidad debía ser distinta de la peligrosidad de una persona física. Debía radicar en la utilización de las mismas por parte de personas físicas en algún delito cometido por éstas y en la posibilidad de seguir siendo utilizadas para ulteriores delitos futuros de personas físicas*”. Vid. MIR PUIG, S. (2004). “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *RECPC*, nº6, pág. 3.

persona física—, introduce en el artículo 129 consecuencias accesorias a la pena principal que sí se podían imponer a la persona jurídica infractora⁵⁰.

El legislador va un paso más allá con la aprobación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al declarar la responsabilidad solidaria y directa de la persona jurídica para el abono de la multa impuesta al Administrador de la sociedad que cometió el delito⁵¹. Pese al avance que esto pudiera suponer, lo cierto es que no se cumple con la exigencia pretendida en la exposición de motivos de la referida Ley de “*abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, pues manteniendo la tradicional forma de actuar en el nombre de otro, solo se prevé la responsabilidad solidaria de la persona jurídica para el pago de la multa, según lo dispuesto en el artículo 31 del CP, para aquellos supuestos en los que “*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 o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obra*”⁵².

⁵⁰ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 129.”1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación. c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. (...)”. Afirma MIR PUIG que “las “consecuencias accesorias” que el art. 129 CP permite imponer sobre personas jurídicas o empresas tienen de común una naturaleza no punitiva, sino puramente preventiva. Tanto unas como otras se fundan en la idea de peligrosidad. La diferencia es que las medidas de seguridad se aplican a personas que han delinquido y que encierran el peligro de volver a delinquir, mientras que las consecuencias accesorias se aplican a cosas (armas, efectos del delito, beneficios obtenidos) o a organizaciones incapaces de delinquir pero que son peligrosas porque favorecen la comisión de delitos a personas físicas que los utilizan. La peligrosidad es el presupuesto común de las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, pero en éstas no es la peligrosidad de una persona que puede delinquir, sino la peligrosidad de un instrumento”. Vid. MIR PUIG, S. (2004:4).

⁵¹ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 31. “(...). 2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”.

⁵² En este sentido afirma GALÁN MUÑOZ que “el artículo 31.2 CP parece venir a reconocer por primera vez en nuestro ordenamiento la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser responsable del cumplimiento de una sanción con naturaleza jurídica de pena, exigiendo para ello, que dicha pena se le haya impuesto previamente en sentencia a aquella persona física que sería la autora del delito, conforme a lo establecido en el primer apartado del mismo artículo”, para concluir que “nos encontramos, por tanto,

Es con la aprobación de la LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal cuando, por primera vez, se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. De este modo, son los artículos 31 bis y siguientes del CP los que crean y configuran un cuerpo normativo de aplicación propio para las personas jurídicas excluyéndose la responsabilidad penal de las administraciones públicas⁵³.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, a pesar de tratarse de una responsabilidad personal o por el hecho propio, deriva de la actuación de una persona física que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 bis del CP, habrá de tratarse o bien de representantes legales o administradores de hecho o de derecho de la sociedad, o bien de algún empleado de ésta siempre y cuando los mismos actúen en provecho o beneficio de la entidad de la que forman parte⁵⁴.

ante un verdadero sistema de heteroresponsabilidad de la persona jurídica que viene a fundamentar la responsabilidad penal de dichas entidades en la comisión de un delito especial propio por parte de determinados individuos que actúan en su nombre o por su cuenta". Cf. GALÁN MUÑOZ, A. (2006:263-269). En palabras de DE LA CUESTA, "incardinada en el marco de la regulación del actuar en nombre de otro, el nuevo artículo 31.2 no era de aplicación general, sino que venía solo referido a los supuestos estrictamente previstos por el número 1 del artículo 31: esto es, aquellos delitos especiales en los que la no concurrencia de las condiciones cualitativas o relaciones típicas en el administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica (en la que si concurrían) llevarían a la impunidad. En estos casos, de imponerse a la persona física interviniente la pena de multa "como autor del delito", en virtud de lo dispuesto en el art. 31.2, la persona jurídica "en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó" quedaba sujeta a la responsabilidad directa y solidaria del pago de la misma". Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2013:13).

⁵³ Así lo expone GRACIA MARTÍN al afirmar que "la L.O. 5/2010 introdujo en el Código Penal español una pluralidad de disposiciones con las que se pretendió construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, se establecieron las correspondientes "penas" aplicables a ellas y se fijaron las reglas específicas para la aplicación y para la determinación de éstas". Cf. GRACIA MARTÍN, L. (2016:2). La exclusión referenciada viene regulada en el artículo 31 quinquies del CP que recoge lo siguiente: "1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. 2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal".

⁵⁴ Es la propia LO 5/2010 la que, en su exposición de motivos, rechaza la responsabilidad vicarial de las personas jurídicas y aboga por que la responsabilidad de estas se basa en una responsabilidad por los hechos propios. Así, se plasma en el texto legal que "para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. 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. Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física". En

Como se puede observar la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es algo bastante reciente, pues no ha sido hasta el año 2010 el momento en el cual el legislador consideró oportuno positivizarla pese al rechazo de cierto sector doctrinal⁵⁵.

En el marco del derecho administrativo sancionador, la responsabilidad de las personas jurídicas se positivizó con mucha anterioridad. De manera general se efectuó por primera vez en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de

palabras de DE LA CUESTA, “conforme a lo dispuesto por el nuevo art. 31 bis, en los supuestos expresamente previstos por la ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede derivar de la comisión de determinados delitos en provecho de la entidad por parte de ciertas personas físicas”. Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2013:18). En términos similares lo razona QUINTANA DAIMIEL, concluyendo que “nuestro sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica requiere, para su apreciación, del cumplimiento de lo que podríamos denominar dos presupuestos de atribución de responsabilidad. El primero de ellos, de carácter subjetivo, consiste en la necesaria comisión de un delito por parte de la persona física perteneciente a la organización, especificada por el propio artículo 31 bis CP, y el segundo de ellos, de carácter objetivo, es la ausencia de medidas de vigilancia y control eficaces por parte de la persona jurídica”. Cf. QUINTANA DAIMIEL, A. (2022). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en LOMA OSORIO, D. Y ULLATE, A. (Coords.), *Manual práctico del delito fiscal*, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 276. Así se declara expresamente en el artículo 31 bis del CP que es del siguiente tenor. “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, 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. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

⁵⁵ Así, a modo de ejemplo, GRACIA MARTÍN rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas por entender que “como demuestra y prueba con toda certeza la teoría general de la persona jurídica, en el sustrato de ella están ausentes absolutamente todos los elementos materiales reales que configuran los objetos de todas y cada una de las valoraciones jurídico-penales —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— necesarias para la constitución del concepto de delito y para soportar la pena”. Cf. GRACIA MARTÍN, L. (2016:7). En el mismo sentido, MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELI al considerar a una persona jurídica responsable de una infracción lo que se produce es una “personificación jurídica de las entidades mercantiles como instrumento para localizar un centro de imputación de situaciones jurídicas —antes de la reforma, inevitable y escandalosamente impunes—, concibiéndose éstas por el legislador como un centro de imputación de conductas delictivas —con las penas consiguientes— por hechos cometidos por un tercero”. Vid. MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELI, J.M. (2010). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra la Hacienda Pública”, *Quincena Fiscal*, núm. 20, pág. 33. También MIR PUIG se muestra reacio a admitir la responsabilidad de las personas jurídicas. El referido autor afirma que “si la responsabilidad penal, en sentido estricto, de las personas jurídicas se fundamenta en el hecho de que tienen personalidad jurídica y actúan a través de sus representantes, ello supone reprochar gravemente a una persona, la persona jurídica, lo que ha hecho otra, la persona física que actúa en su nombre; y si se fundamenta en la realidad social de la empresa, supone una responsabilidad colectiva que extiende el grave reproche penal a todos los integrantes de la empresa aunque sólo algunos sean los culpables del delito”. Vid. MIR PUIG, S. (2004:11-12). Del mismo modo, PÉREZ JORDÁ concluye que “la responsabilidad penal de la persona jurídica que la Ley 5/2010 incorpora en el CP es una responsabilidad penal sin delito, siendo la pena que se impone a la persona jurídica una pena sin dolo o imprudencia, vulnerándose a todas luces la garantía reconocida en el meritado artículo 5 CP”. Cf. PÉREZ JORDÁ, I. (2014). “La capacidad infractora de personas físicas y jurídicas en el ordenamiento jurídico tributario (I)”. *Revista de Derecho UNED*, nº15, pág. 466.

las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que con anterioridad la misma ya fuese reconocida por los tribunales españoles por hallarse en determinadas normas sectoriales⁵⁶. Actualmente, con la aprobación de la nueva LRJSP, la responsabilidad de las personas jurídicas se contempla en el artículo 28, habiéndose incluido, además, cuando así lo establezca una Ley, como responsables a los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídicas, y los patrimonios independientes autónomos.

También las Administraciones Públicas, como personas jurídico-públicas, son responsables de los actos que ellas mismas cometen, estando prevista la responsabilidad sancionadora de las mismas cuando sus actuaciones son constitutivas de infracción administrativa. Sin ánimo de ahondar en este tema pues será objeto de un análisis más exhaustivo en los siguientes capítulos a la hora de estudiar los sujetos responsables de las infracciones en materia de competencia, y aun compartiendo la inidoneidad que pueda suponer que una Administración Pública sancione a otra por la comisión de ilícitos administrativos, lo cierto es que tanto las propias normas como la jurisprudencia respaldan esta tesis. No se trata de dilucidar aquí —pues excede del presente trabajo— la practicidad o conveniencia de imponer multas, como medida sancionadora, a las administraciones públicas, sino que se trata de constatar la posibilidad que existe en nuestro ordenamiento jurídico para declarar responsable de la infracción a las personas jurídico-públicas. En este sentido, —y más allá de las sanciones impuestas en materia de competencia a las Administraciones Públicas tanto cuando actúan en el mercado como

⁵⁶ El artículo 130 de la LPC ya establecía que “1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”. En relación con la inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas en leyes sectoriales es posible citar, a modo ejemplificativo, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia cuyos principales receptores eran las personas jurídicas. Del mismo modo, la LCD declara en su artículo 3 que la misma se aplicará a empresarios, profesionales o cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado. La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores contemplaba como destinatarios de las normas en ella contenidas a las personas jurídicas, declarando en su artículo 95 que “las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la presente Ley, así como quienes ostenten de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de estas últimas, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este capítulo”. Por último, también la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que reconocía como responsable de una infracción grave, en su artículo 23, a la persona jurídica que actuase como promotor de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones cuando no se contase con el preceptivo escrito de comunicación. En palabras del propio REBOLLO PUIG, “aquí siempre se las ha considerado posibles responsables de las infracciones administrativas. Lo proclama el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, lo prevén específicamente multitud de leyes sectoriales y lo acepta el Tribunal Constitucional”. Cf. REBOLLO PUIG, M. (2016). “Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores” *Revista ius et veritas*, nº 53, pág. 221.

operadores económicos, como cuando ejercen potestades públicas—, no son pocas las resoluciones sancionadoras dictadas en materia de protección de datos y dirigidas contra una AP por haber infringido las previsiones contenidas en la citada normativa, o sanciones tan variadas como las resultantes de haberlas considerado responsables de un ilícito administrativo por haber vertido aguas residuales sin el debido tratamiento⁵⁷.

Volviendo al tema principal y tal y como detalla MAYOR MENÉNDEZ y se resume aquí sucintamente, la responsabilidad de las personas jurídicas fue enfocada en un primer momento por los tribunales administrativos en atención a la conducta realizada por los empleados dependientes de la misma —pudiéndose aplicar de manera análoga a los administradores—⁵⁸. En este sentido, el Tribunal Supremo imputaba el comportamiento del empleado a la persona jurídica de la que dependía por ser ésta última la que tenía que responder de los comportamientos negligentes de los primeros en el desempeño de sus funciones⁵⁹.

⁵⁷ En relación con las infracciones cometidas por las AAPP en materia de protección de datos, si bien la LOPD no prevé como sanción multar a las mismas, la AEPD sí resuelve el expediente apercibiéndolas de la infracción cometida, así como de su gravedad. En este sentido, la AEPD sancionó al Ayuntamiento de Sotoserrano (Salamanca) por haber enviado mediante la aplicación WhatsApp una reclamación que un ciudadano presentó ante dicho ayuntamiento, revelando, sin su consentimiento, datos personales, lo que constituye una infracción por vulneración del Artículo 5.1.f) del RGPD y Artículo 32 del RGPD (Resolución AEPD PS/00406/2021). También la AEDP dirigió procedimiento sancionador contra la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat de Valenciana por haberse encontrado tarjetas sanitarias sin destruir tiradas en la acera frente a un centro de salud de dicha CCAA y mezclas con otros restos de carácter sanitario, concluyendo que tal actuación constituye una vulneración prevista en el artículo “9.1 de la LOPD en su relación con lo previsto en los artículos 89.2 92.3 y 4 y 108 del RLOPD, tipificada como grave, en el artículo 44.3.h) de dicha norma”, además de una vulneración del “artículo 10 de la LOPD, tipificada como grave, en el artículo 44.3.d) de dicha norma” (Resolución AEPD R/03316/2017). También sancionó a la Consejería de Educación de Andalucía en virtud de los artículos 4.1 en relación con el 44.3c) de la LOPD por haber obligado a un trabajador a aportar un informe médico donde conste el diagnóstico específico que provocaba la baja médica (resolución AEPD R/01418/2018). En relación con vertidos de aguas contaminantes, la Confederación Hidrográfica del Segura sancionó al Ayuntamiento de Murcia con una multa por importe cercano a los 3.000€ por haber vertido aguas residuales sin el debido tratamiento al canal del Reguerón, sanción que fue ratificada en Sentencia del TSJMU de 31 de mayo de 2022 (rec. núm. 97/2020). También el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente sancionó al Ayuntamiento de Quero (Toledo) en virtud de lo dispuesto en el art. 317 RDPH en relación con el art. 116 Ley de Aguas por haber vertido, sin la autorización de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, aguas residuales sin el debido tratamiento al arroyo de La Sangría, sanción que fue confirmada en vía jurisdiccional en SAN de 20 de julio de 2021 (rec. núm. 548/2017).

⁵⁸ En este sentido, el referido autor razona que “*el Tribunal Supremo había mantenido, en una línea jurisprudencial inicialmente dominante, que en el campo del Derecho administrativo sancionador las «personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad por la actuación de sus dependientes, sin que pueda excusarse, como regla, en la conducta observada por éstos»*, lo que es evidentemente extensible, con mayor razón todavía, a la actuación de los administradores o representantes de la entidad”. continúa en los párrafos siguientes analizando los cambios jurisprudenciales que sufre la imputación de las personas jurídicas por las infracciones de sus dependientes. Vid. MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:247-348).

⁵⁹ Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, por ejemplo, en STS de 11 de febrero de 1985, RJ 1985/1020, al afirmar que “*que en este caso y aun admitiendo tratarse de una falta leve o de entidad menor (mera negligencia), no lo es menos que se incumplieron las disposiciones establecidas sobre situación o depósito*”

Esta responsabilidad de la persona jurídica con base en la conducta de sus empleados es rechazada posteriormente por el TS, modificando su postura al respecto, llegándose a la conclusión de que los únicos responsables de los actos cometidos por los empleados de una persona jurídica son ellos mismos conforme el principio de responsabilidad⁶⁰.

La exoneración de responsabilidad a las personas jurídicas por acciones u omisiones cometidas por sus empleados que la jurisprudencia mantuvo durante años no fue finalmente consolidada en nuestro ordenamiento jurídico, más bien al contrario. Esta tesis dejó paso al reconocimiento de la propia capacidad infractora de la persona jurídica y a la posibilidad de imputarle a la misma los comportamientos antijurídicos cometidos por esta, pudiendo, en consecuencia, ser sancionada por sus propios actos en aplicación del

de las llaves de la caja fuerte etc.; omisión imputable a empleado importante o agente de la Compañía o Banco y que a estos particulares efectos (al margen de las relaciones jurídico-internas y sus efectos) inciden sobre la empresa por falta in vigilando, ya que la normal marcha o efectividad de las medidas de seguridad a ella incumben sin poder, como regla, escudarse en la conducta de sus empleados para exonerarse de responsabilidad en todo caso, pues aunque sea cierto que en determinados casos límite (caso de accionamiento de aparatos de alarma con peligro para la vida de los empleados, etc.) la exoneración es predicable, la falta o cumplimiento, en otros, de las medidas establecidas (conexiones, situado de llaves etc.) acarrea la responsabilidad administrativa de la empresa como titular del negocio o Banco y sin perjuicio de las acciones de todo tipo que puedan corresponderle sobre sus propios empleados o sobre los delincuentes, puesto que no puede olvidarse que aquí nos encontramos ante un supuesto muy próximo a la llamada responsabilidad objetiva por razones de prevención de los delitos y medidas de seguridad pública". En el mismo sentido se pronuncia en STS de 30 de junio de 1987, afirmando que "la empresa sancionada, en cuanto titular del establecimiento violentado, responde en tanto no se demuestre lo contrario, de todas y cada una de las anomalías que se adviertan en sus instalaciones de seguridad, responsabilidad que deriva de la obligación legalmente impuesta de poseer tales instalaciones y de usarlas, con la salvedad antes expresada y con ello no se conculca el principio de responsabilidad de la sanción — que nada tiene que ver con la responsabilidad de los autores del robo— ya que en el campo del Derecho Administrativo sancionador las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad por la actuación de sus dependientes y empleados sin que puedan excusarse, como regla, en la conducta observada por estos". Siguiendo la misma línea argumentativa, en STS de 20 de abril de 1989, concluye que "el hecho de no estar cerrado el recinto de caja es imputable a la entidad sancionadora, por la actuación negligente de sus empleados".

⁶⁰ Como ejemplo de esa línea interpretativa es conveniente destacar la STS de 3 de diciembre de 1990, donde el TS Argumenta que "han de ser acogidas las alegaciones que formula la parte actora en orden a la ausencia de culpabilidad en la entidad bancaria por inobservancia de las medidas de protección (...) recordando que la potestad sancionadora de la Administración, dentro de la función de «policía» en el sentido clásico de la palabra, ofrece un entorno intrínsecamente penal destacando el componente de la culpabilidad, lo que lo ha conducido a afirmar que son imputables directa e inmediatamente a los empleados, las conductas incumplidoras del deber de usar los medios impeditivos y obstativos a la acción criminal y no a la empresa, como consecuencia de la dimensión personalísima del ilícito sea penal o administrativo". Del mismo tenor es la STS de 30 de noviembre de 1991, afirmando al respecto que "el principio de derecho inherente al ejercicio de la potestad sancionadora de que los hechos constitutivos de una infracción sean atribuibles a una persona o personas determinadas impide que se pueda imputar la comisión del hecho sancionable a aquellos que en el ordenamiento jurídico administrativo se les contemple como posibles sujetos de la infracción, sobre los que previamente deberá, para hacer efectiva aquella, recaer el juicio de culpabilidad por la infracción, condición inexcusable para poder ser hecho efectivo el principio de personalidad de la sanción".

principio de responsabilidad tal y como declaró el Tribunal Constitucional en STC de 19 de diciembre de 1991. Argumento que continua vigente y aplicándose actualmente.

La STC de 19 de diciembre de 1991 supone un punto de inflexión en la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas ya que por primera vez se las reconoce capacidad infractora a estas⁶¹. En palabras de LOZANO CUTANDA, “*esta Sentencia del Tribunal Constitucional ha venido a reconocer explícitamente la responsabilidad directa de las personas jurídicas y su capacidad infractora en el ámbito del Derecho administrativo sancionador*”⁶².

Sin perjuicio del avance que la misma supone ya que, además de reconocer capacidad infractora a las personas jurídicas exige para poder sancionar que en la conducta llevada a cabo por las mismas esté presente la culpabilidad, lo cierto es que en la misma el TC se limita a afirmar tales extremos, prácticamente sin fundamentar dichas aseveraciones. Si partimos de la base de que las personas jurídicas no son más que una ficción jurídica que para actuar necesitan de la intervención de personas físicas, y que en el derecho administrativo sancionador rige el principio de responsabilidad personal, es necesario ahondar acerca de cómo se construye la responsabilidad y culpabilidad de éstas; labor a la que dedicaremos el siguiente capítulo.

⁶¹ Así se declara expresamente en STC 264/1991, de 19 de diciembre, al afirmar que “*este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios - principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora*”. En términos similares lo ha declarado el TC en STC 150/1991, de 4 de julio; STC 76/1990, de 26 de abril; o en ATC 237/2012, de 11 de diciembre.

⁶² LOZANO CUTANDA, B. (1992:214-215). En el mismo sentido lo declara REBOLLO PUIG al afirmar que la STC 246/1991 “*admitió que estas personas también tienen capacidad de acción, o sea de realizar infracciones y de culpa*”. Cf. REBOLLO PUIG, M. (2016:223). Del mismo modo, MAYOR MENÉNDEZ concluye que la referida STC “*señala que el principio de culpabilidad (...) rige también en materia de infracciones administrativas, como el principio de personalidad de la sanción. Pero añade que «todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora»*”. Vid. MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:348).

CAPÍTULO 2. LA MODULACIÓN Y EL CONTENIDO DE LOS PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD CUANDO SE APLICAN A LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR PERSONAS JURÍDICAS.

I. LA MODULACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS COMETIDAS POR PERSONAS JURÍDICAS

Tal y como se acaba de exponer en el capítulo anterior, la STC 246/1991 declaró que las personas jurídicas gozan de capacidad infractora y, por ende, pueden ser sujetos responsables de las infracciones que ellas mismas cometan, debiéndose dirigir el correspondiente procedimiento sancionador frente a las mismas. Al igual que a las personas físicas destinatarias de un procedimiento sancionador, a las personas jurídicas le son de aplicación los principios propios del derecho penal; concretamente, para poder sancionar a las mismas como responsables de una infracción habrán de respetarse los principios de personalidad y culpabilidad tal y como se detallará a continuación⁶³.

Como es sabido, el principio de responsabilidad personal consagrado en el derecho administrativo sancionador consiste en un mandato impuesto al legislador cuyos

⁶³ Así lo ha declarado la jurisprudencia constitucional, admitiendo la aplicación de los principios de culpabilidad y personalidad en el DAS. Así, la STC 76/1990, de 26 de abril, afirma respecto de las sanciones tributarias que “*no existe, por tanto, un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias ni nada ha cambiado al respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, y con independencia del mayor o menor acierto técnico de su redacción, en el nuevo art. 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente. Con ello queda dicho también que el citado precepto legal no ha podido infringir en modo alguno los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) y de legalidad sancionadora (art. 25.1 de la Constitución)*”. Del mismo modo lo declara en STC 270/1994, de 17 de octubre, al afirmar que “*a la luz de la Constitución habría por consiguiente que expulsar del ordenamiento jurídico todo supuesto de sanción penal o administrativa que viniera fundamentada no en la realización de una determinada conducta prohibida, claramente determinada o cuando menos determinable, sino en la presencia de una cierta “tipología de autor”. Tal fundamento, propio del Derecho penal y administrativo sancionador de los regímenes totalitarios, no se compadece con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de culpabilidad por el hecho, que, por el contrario, caracterizan a dichos conjuntos normativos en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro*”. En relación con el principio de responsabilidad la STC 219/1988, de 22 de noviembre, concluye que “*en el caso presente, una interpretación favorable a los derechos fundamentales en juego debió evitar que la interpretación y aplicación de la norma llegara a una conclusión lesiva de aquellos derechos, es decir, a un indebido traslado de responsabilidad personal (no de responsabilidad civil subsidiaria), a persona ajena al hecho infractor, al modo de una exigencia de responsabilidad objetiva sin intermediación de dolo o culpa, sin practicarse la prueba de descargo propuesta por el recurrente a la Jefatura de Tráfico, sin que, por tanto, la Administración cumpliera lo establecido en el art. 278.II del Código de la Circulación para imponer la sanción al dueño del vehículo*”. También la STC 246/1991, de 19 de diciembre concluye al respecto que “*este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa. Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios — principio de la personalidad de la pena o sanción—*”.

presupuestos permiten imponer una sanción al sujeto que, conforme al mismo, pueda declararse responsable. Así, para poder considerar a una persona responsable de una infracción habrá de declararse la responsabilidad personal de la misma —proscribiéndose la posibilidad de responder por las infracciones cometidas por un tercero—, además de constatarse que en su actuación medió dolo o culpa y que concurren en él las condiciones necesarias para poder imputarle la infracción cometida⁶⁴.

El reconocimiento del principio de responsabilidad y la exigencia de la culpabilidad a la hora de imponer sanciones administrativas por las infracciones cometidas por personas físicas es pacífica, sin embargo, el problema viene a la hora de dilucidar si estos principios son de aplicación a las actuaciones llevadas a cabo por personas jurídicas, así como la configuración de éstas. La primera de las respuestas planteadas fue resuelta en STC 246/1991, de 19 de diciembre, declarando el Tribunal Constitucional que el régimen sancionador administrativo incluye como garantía el principio de culpabilidad, incluyéndose en el mismo a las personas jurídicas como destinatarias de las normas y sujetos responsables de las infracciones que comentan. De esta forma, el TC cierra la puerta a la posibilidad de que las empresas sean declaradas responsables de una infracción mediante un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa, no sin antes precisar que la culpabilidad en las personas jurídicas, por la propia naturaleza de las mismas, habrá de aplicarse de un modo diferente a como se emplea respecto de las personas físicas⁶⁵. En el

⁶⁴ Así lo expone CANO CAMPOS, manifestando al respecto que “*como principio del Derecho sancionador o límite al ius puniendi, el concepto de culpabilidad expresa el conjunto de presupuestos o requisitos que permiten “culpar” a alguien, declararle “culpable” y por ello imponerle una sanción. En este sentido se traduce en una serie de exigencias que afectan a los elementos de la teoría de la infracción. En concreto en las siguientes exigencias: a) La responsabilidad personal y por el hecho. Con la sanción solo se debe castigar al infractor, lo que impide la traslación de la responsabilidad sancionadora a una persona ajena. (...). b) La exigencia de dolo o culpa (responsabilidad subjetiva). (...) Se excluye así la sanción objetiva o por el resultado. El art. 130 LAP no consagra expresamente la responsabilidad subjetiva, pues habla de “simple inobservancia”, aunque si se entiende –como es debido para que el precepto sea conforme a la Constitución– que la inobservancia se refiere a las normas de cuidado dicha exigencia estaría implícita en el precepto. (...). c) La imputación personal o culpabilidad en sentido estricto. Requiere que la conducta pueda atribuirse o reprocharse a su autor por concurrir en éste las condiciones físicas y psíquicas”*. Cf. CANO CAMPOS, T. (2009:84-85). En el mismo sentido, GONZÁLEZ BOTIJA, con alusión expresa al artículo 28 de la LRJSP, concluye que “*se puede ser responsable de una infracción administrativa a título de dolo o culpa*”. Vid. GONZÁLEZ BOTIJA, F. (2018). “Drones: seguridad pública y régimen sancionador”. RVAP, nº 111, pág. 305. En términos similares lo declara también PICÓN ARRANZ, concluyendo que “*la responsabilidad subjetiva en el ámbito sancionador determina que solo podrán ser sancionados por conductas infractoras quienes resulten responsables de ellas a título de dolo o culpa*”. Vid. PICÓN ARRANZ, A. (2022). “El nuevo régimen sancionador del dopaje: más sombras que luces”. RAAP, núm. 59, pág. 242.

⁶⁵ Así, la STC 246/1991, de 19 de diciembre, declara expresamente que la admisión de la responsabilidad directa de las personas jurídicas “*no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la*

mismo sentido lo entiende y defiende gran parte de la doctrina administrativista, afirmando la capacidad de acción y culpa de las personas jurídicas⁶⁶.

No obstante, también existen ciertas voces críticas en la doctrina que niegan tal circunstancia por considerar que en su condición de personas jurídicas está implícita la incapacidad de acción propia, lo que limita su responsabilidad⁶⁷. En tanto en cuanto las personas jurídicas no tienen capacidad de acción, las mismas no pueden responder de un modo culpable —tal y como exige nuestro ordenamiento jurídico—, lo que conlleva a no

persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos". En el mismo sentido lo ha declarado el TS, en aplicación de la referida STC, entre otras, en STS de 7 de noviembre de 2007 (rec. núm. 9852/2003) o STS de 16 de diciembre de 2015 (rec. núm. 1973/2014).

⁶⁶ En este sentido lo expone DE PALMA DEL TESO, admitiendo que *"la capacidad de acción, de culpabilidad y de sanción de las personas jurídicas; éstas pueden ser sujeto activo de las infracciones, y no simplemente responsables de las acciones ajenas. La persona jurídica también es susceptible de ser dirigible normativamente, y por tanto, es posible hacer efectivo, respecto a ellas, la finalidad de prevención que el Derecho Sancionador Administrativo está llamado a cumplir"*. Cf. DE PALMA DEL TESO, A. (1996:198). Del mismo modo, REBOLLO PUIG, explica en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas que *"no supone que se responda por infracciones ajenas sino exclusivamente de las infracciones propias, por lo que el principio de responsabilidad personal queda a salvo"*. Vid. REBOLLO PUIG, M. (1989). *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. MAP. Pág. 766. BAJO FERNÁNDEZ sintetiza el contenido de la STC 246/1991 del siguiente modo: *"la persona jurídica es responsable de la infracción administrativa; los principios del Derecho penal son aplicables al Derecho sancionador administrativo por ser ambos manifestación del ordenamiento punitivo del Estado; también lo es el principio de culpabilidad porque es inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa: esta observación no impide la responsabilidad de las personas jurídicas sino que el principio de culpabilidad «se ha de aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas»*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (1998). "Culpabilidad y persona jurídica" en FARALDO CABANA, P. Y VALEIJE ÁLVAREZ, I. (Coords.). *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*, pág. 15. MAYOR MENÉNDEZ también respalda la tesis mantenida por el TC, afirmando al respecto que la responsabilidad de las personas jurídicas *"no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas"*. Vid. MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:348). En el mismo sentido, RECODER VALLINA, T. (2008:153) y PÉREZ JORDÁ, I. (2014:436-437), añadiendo este último al respecto que *"falta en ellos —las personas jurídicas— el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas"*.

⁶⁷ La imposibilidad de apreciar culpabilidad en la conducta de las personas se basa en la relación directa que tiene dicho concepto con las personas físicas. En palabras de NIETO, las personas jurídicas *"en cuanto que no son personas físicas, son insusceptibles de una imputación, como la de culpabilidad, reservada por su propia naturaleza a los seres humanos. La consecuencia lógica de ello habría de ser la exclusión de su responsabilidad administrativa sancionadora, exactamente igual que lo que sucede (o sucedía) en el Derecho Penal"*. Cf. NIETO, A. (2012: 391). También GRACIA MARTÍN niega la responsabilidad de las personas jurídicas con base en su imposibilidad de actuar. Afirma el referido autor que *"ninguna organización en cuanto tal tiene la capacidad de actuar por sí misma directamente, porque para que un ser pueda actuar así es absolutamente necesario que esté dotado del imprescindible equipamiento biopsíquico que permite generar por sí mismo una voluntad libre, y hacer operar a esta en el mundo exterior como causa libera actualizándola en él igualmente por medio de sí mismo. (...) Esta constatación irrefutable, demuestra por sí misma la imposibilidad de hacer a la persona jurídica sujeto de responsabilidad en todo orden sancionador"*. Vid. GRACIA MARTÍN, L. (2020). "Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo". *RAAP*, nº 55, pág. 85

aceptar la responsabilidad de las mismas, o bien, a declarar su responsabilidad omitiendo el requisito de la culpabilidad en la conducta llevada a cabo por ellas⁶⁸.

Una vez aceptada la aplicación del principio de culpabilidad al régimen sancionador administrativo de las personas jurídicas, la segunda de las cuestiones que suscita el reconocimiento de esta exigencia deriva de la aplicación de la misma. Es decir, admitida la tesis que confirma que en la actuación antijurídica de las personas jurídicas ha de mediar la culpa, es importante sintetizar cómo o de qué modo se les imputa ésta porque, a pesar de la labor realizada por la STC 246/1991, de 19 de diciembre que reconoce la necesidad de constatar un elemento de culpa en las acciones u omisiones realizadas por las personas jurídicas, esta no resuelve la disyuntiva en relación con el modo de apreciar la misma, dejando un vacío interpretativo que se ha tratado de resolver doctrinalmente⁶⁹.

Lo principal en este momento es partir de la necesidad de aplicar de una manera distinta el principio de culpabilidad a las personas físicas y jurídicas como consecuencia de las diferencias que existen entre ambas. Una persona jurídica es una ficción legal que, a diferencia de las personas físicas, no tiene capacidad para actuar como tal sino que actúa

⁶⁸En este sentido NIETO afirma que “*de lo que se trata, en definitiva, es de llegar a la responsabilidad no a través de la culpabilidad, como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción. En términos deliberadamente simplistas podría decirse, por tanto, que estos casos responsable no es el culpable sino «el que puede pagar»*”, todo ello con base en la argumentación de que “*aunque parezca una tautología, hay que afirmar con énfasis que la culpabilidad solo puede ser exigida a los seres capaces de ser culpables. Es un absurdo jurídico —aparte de real— pretender exigirla a quien no puede tenerla, pues la única consecuencia es la impunidad. De la evidente incapacidad de las personas jurídicas para ser culpables en sentido estricto no debe deducirse su impunidad sino algo muy diferente: que no hay que exigirles tal culpabilidad*”. Cf. NIETO, A. (2012: 402). El mismo rechazo plasma PARADA VÁZQUEZ en su obra, argumentado al respecto que “*una quiebra de la exigencia de culpabilidad es, sin embargo, la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas, admisión que ha sido una de las causas del desarrollo de la potestad sancionadora administrativa que permitía castigar a entes que, por no ser personas físicas, no se consideraban culpables ante del Derecho penal y que, además, no podían ser condenados a penas privativas de libertad, las ordinarias en aquel Derecho. Ciertamente la culpabilidad está ausente en las infracciones cometidas por las personas jurídicas desde el Derecho romano (societas delinquere non potest), aunque lo esté en los titulares de sus órganos de gobierno o en sus empleados. Castigar a la persona jurídica como tal y no a los titulares de sus órganos de gobierno y a sus empleados es, a la vez que una excepción al principio de la necesidad del elemento de culpabilidad propio del Derecho punitivo, una singularidad notable del Derecho administrativo sancionador con respecto al Derecho penal continental*”. Cf. PARADA VÁZQUEZ, J.R. (2015). *Derecho administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*. 22ª Edición, OPEN, págs. 398-399.

⁶⁹ En este sentido lo expone MAYOR MENÉNDEZ al afirmar que “*el problema consiste, obviamente, en cómo ha de configurarse y fundamentarse ese elemento subjetivo de la culpa en las personas jurídicas, cuando precisamente lo que las caracteriza es su total ausencia real de cualquier elemento volitivo propio autónomo. La respuesta a esta pregunta no se encuentra de forma totalmente satisfactoria en la citada sentencia del TC 246/1991*”. Vid. MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:348). Del mismo modo BAJO FERNÁNDEZ expone que “*la STC que estamos comentando en absoluto da luz para saber cómo ha de entenderse la culpabilidad cuando se refiere a las personas jurídicas*”, para concluir que “*por más circunloquios que la sentencia realiza, no sale del círculo vicioso de que la persona jurídica tiene capacidad de culpabilidad porque tiene capacidad de infracción y de la identificación simplificadora de la culpabilidad con la infracción*”. Cf. BAJO FERNÁNDEZ, M. (1998:17-18).

a través de sus órganos, no nace sino que es creada, no muere sino que es extinguida, etc. De ahí que la jurisprudencia y la doctrina propugnen la necesidad de modular el principio de culpabilidad clásico de las personas físicas cuando el mismo se aplique a infracciones cometidas por las personas jurídicas⁷⁰.

Como se acaba de exponer, las personas jurídicas no son más que un centro de imputación de negocios jurídicos incapaces de actuar por sí mismas, conformadas en mayor o menor medida por un conjunto de personas físicas; personas con capacidad de actuación que materializan a través de sus propios actos la voluntad de la persona jurídica a la que sirven⁷¹. Por ello la culpabilidad habrá de aplicarse de manera diferente a las personas físicas y jurídicas, puesto que, en todo caso, serán las personas físicas las que materialmente realicen la conducta antijurídica. Con base en la afirmación anterior y en el reconocimiento de la responsabilidad de la persona jurídica como una responsabilidad directa, la doctrina, a raíz de lo dispuesto en la STC 246/1991, ha configurado la culpabilidad de las personas jurídica a través de la traslación del elemento volitivo de la persona física actuante a la persona jurídica en la que se integra⁷².

⁷⁰ Así se desprende del contenido de la STC 246/1991, de 19 de diciembre y es defendido por LOZANO CUTANDA, afirmando la autora al respecto que “*en un sentido estricto y literal, las personas jurídicas no pueden ser culpables, ni tampoco inocentes. No nacen ni mueren ni compran ni venden, pero el Derecho finge todo ello. Puesto que de esta «ficción jurídica» se trata, la responsabilidad con culpa de estas personas jurídicas tiene que explicarse de una manera distinta a la culpa y la inocencia de una persona física*”. Vid. LOZANO CUTANDA, B. (1992). “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)”. *RAP*, nº 129, pág. 224. En el mismo sentido MAYOR MENÉNDEZ defiende la modulación de la responsabilidad exponiendo al respecto que “*esa necesaria «modulación» del principio de culpabilidad para su aplicación en el Derecho administrativo sancionador a las personas jurídicas nace de la propia ficción jurídica que constituye una persona jurídica, que no puede ser ni inocente ni culpable en el mismo sentido que una persona física*”. Vid. MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:346).

⁷¹ REBOLLO PUIG define a las personas jurídicas como “*organizaciones más o menos complejas a cuyo servicio actúan, con distribución de funciones y en virtud de muy diversos vínculos jurídicos, personas concretas que son las que materialmente actúan*”. Cf. REBOLLO PUIG, M. (1989:765). En el mismo sentido, LOZANO CUTANDA expone que “*el Derecho configura a las personas jurídicas como un centro de imputación de negocios jurídicos distinto e independiente de cada uno de sus miembros*”. Vid. LOZANO CUTANDA, B. (1992:212). Del mismo modo se recoge en el Código Civil, afirmándose en el artículo 35 que: “*son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados*”.

⁷² Así lo declara expresamente MAYOR MENÉNDEZ: “*el principio de culpabilidad de las personas jurídicas se construye desde una ficción jurídica consistente en una traslación de responsabilidad, ya que la malicia o negligencia de las personas físicas a través de las cuales actúa la persona jurídica se imputa a esta última*”. Vid. MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:349). En el mismo sentido, LOZANO CUTANDA concluye al respecto que “*no estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. Por el contrario, el elemento volitivo está presente, pues se tiene por cierta y reconocida la negligencia de los empleados, pero —y esta es la singularidad— la responsabilidad «se traslada» a la persona jurídica, a la que se considera directamente imputable*”. Vid. LOZANO CUTANDA, B. (1992:224). LÓPEZ LÓPEZ, tras afirmar la

La propia STC 246/1991, de 19 de diciembre concluye expresamente que:

“todo lo cual nos lleva a la conclusión de que la Sentencia del Tribunal Supremo que se impugna no ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia de la demandante de amparo. En este caso, en efecto, siendo cierta y reconocida la falta de funcionamiento de las instalaciones de alarma por negligencia o comodidad de los empleados de la entidad recurrente, lo que la Sentencia impugnada lleva a cabo es una traslación de la responsabilidad a la entidad bancaria en cuestión razonando su juicio de reprochabilidad en la necesidad «de estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad». Ni ha habido falta de actividad probatoria de unos hechos que nadie discute (por lo que la presunción de inocencia no entra en juego ni ha sido vulnerada), ni la traslación del juicio de reprochabilidad en los términos descritos lesiona ningún otro derecho o principio constitucional”.

Esta traslación de la responsabilidad, a pesar de haber sido acogida por la doctrina administrativista, presenta serias dudas en relación con su argumentación. El hecho de que la STC 246/1991 haya afirmado tanto la exigencia de culpabilidad en las infracciones cometidas por las personas jurídicas, como la mutación del elemento subjetivo de la persona física a la jurídica sin resolver la fundamentación en que la misma se basa, ha llevado aparejado el surgimiento de múltiples teorías que tratan de explicar dicho cambio de responsabilidad con el fin de no aceptar el argumento —que *a priori* puede parecer lógico— basado en una responsabilidad objetiva de la persona jurídica por la actuación de un tercero, proscrita por nuestro ordenamiento jurídico⁷³.

incapacidad que tienen las personas jurídicas de actuar por sí mismas, afirma que sí pueden actuar jurídico-formalmente, y es por ello por lo que “*el ente moral y el órgano responden (cada uno) a título propio cuando realizan la conducta de manera conjunta; lo que encaja perfectamente con las exigencias que se derivan del principio de personalidad de las sanciones, en la medida en que no se les hace responder por una acción ajena*”, confirmando la necesidad de buscar el elemento volitivo en la persona física actuante. Cf. LÓPEZ LÓPEZ, H. (2009). *El principio de culpabilidad en materia de infracciones tributarias*, Aranzadi, Thomson Reuters, pág. 106. Igualmente, siguiendo a los citados autores, RECODER VALLINA confirma que “*el TC se aleja de la concepción objetiva de la responsabilidad, pues aprecia la existencia de un elemento volitivo (negligencia de los empleados), pero la responsabilidad se traslada a la persona jurídica, que pasa a ser considerada directamente imputable*”. RECODER VALLINA, T. (2008:154). Del mismo modo, PÉREZ JORDÁ enuncia que “*para poder apreciar el elemento subjetivo en las personas jurídicas a la hora de cometer la infracción tributaria, habrá que examinar la conducta de las personas físicas, más concretamente la de los administradores y liquidadores y, en ciertas ocasiones los síndicos y los interventores, a través de las que se manifiesta la «voluntad» de las sociedades, para determinar si su comportamiento es doloso o negligente*”. Cf. PÉREZ JORDÁ, I. (2014:434-435).

⁷³ En este sentido y en relación con el vacío que deja la STC 246/1991 respecto de la fundamentación de la traslación del elemento subjetivo, LOZANO CUTANDA critica que “*en la argumentación del Tribunal se omite cualquier mención al criterio en virtud del cual la negligencia de los empleados resulta trasladable a la empresa, lo que podría hacer pensar que a la empresa se le imputa la responsabilidad de cualquier tercero que de una manera u otra esté relacionado con las medidas de seguridad, con independencia de su vinculación a la sociedad*”. Vid. LOZANO CUTANDA, B. (1992:227).

II. EN BÚSQUEDA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS: LAS TEORÍAS DE IMPUTACIÓN Y SU CONTRASTE CON EL DERECHO PENAL.

1. EL FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Tal y como se acaba de exponer, la admisión de la culpabilidad de las personas jurídicas por las infracciones que ellas mismas cometan supuso un avance en la configuración de la responsabilidad sancionadora de éstas, si bien, la traslación del elemento subjetivo de la persona física actuante a la empresa a la cual sirve necesitaba de una explicación que permitiese entender y concluir que ésta se trata de una responsabilidad directa y personal y no por el hecho de un tercero. Por ello, la doctrina, haciéndose eco de tal necesidad, trató de elaborar una teoría de imputación que respetase tanto el principio de culpabilidad como el de personalidad ya que, como razona CANO CAMPOS, *“la culpabilidad o imputación personal constituye, pues, la parte o elemento de la teoría de la infracción que determina los elementos o condiciones bajo las cuales el autor es responsable por el hecho antijurídico cometido”*, debiendo señalarse al respecto que *“actúa de forma culpable la persona a la que se le puede exigir que actúe de conformidad con las normas”*⁷⁴.

En un primer momento, la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas trató de fundamentarse bajo la idea de la relación de subordinación. En este sentido, se consideraba que la persona jurídica, como consecuencia de dicha relación de subordinación, es titular de una obligación frente a las administraciones públicas, teniendo éstas potestad para sancionarla en aras de prevenir una reiteración futura de la conducta⁷⁵. De este modo, la sanción no se configuraría como una verdadera sanción administrativa —quedando al margen la exigencia de culpabilidad—, sino más bien como un incentivo para que la persona jurídica cumpliera con las exigencias impuestas por las normas⁷⁶.

⁷⁴ CANO CAMPOS, T. (2009:105).

⁷⁵ MAYOR MENÉNDEZ fundamenta la culpabilidad de las personas jurídicas —en un primer momento— con base en *“la simple capacidad de ser titular de una obligación hacia la Administración pública, en el seno de una especial relación de subordinación, imponiéndose la sanción para prevenir que puedan cometerse más infracciones”*. Vid. MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:349).

⁷⁶ Así se declara en el fundamento de Derecho segundo de la STS de 27 de abril de 1988 que es del siguiente tenor: *“el ordenamiento sobre medidas de seguridad en establecimientos de banca y en general de los que*

En un segundo momento, la fundamentación que parece que se acogió por parte de la jurisprudencia del TS se basaba en la culpa *in vigilando* de la persona jurídica respecto de sus dependientes. Así, y con base en la obligación que tienen las empresas de vigilar la conducta de sus empleados, se construyó un modelo de culpa *in vigilando* que situaba a la persona jurídica como garante de la actuación de sus subordinados en tanto en cuanto los mismos no cumplieran con las obligaciones legalmente impuestas o llevaran a cabo conductas antijurídicas⁷⁷. Sin embargo, esta teoría no puede ser acogida por conculcar el principio de responsabilidad personal de las infracciones administrativas en virtud del cual se proscribe la posibilidad de responder por las acciones antijurídicas de un tercero salvo que exista un precepto legal que lo autorice expresamente⁷⁸.

manejan en sus agencias cantidades de dinero en efectivo tiene una finalidad manifiesta de prevención general de cuya licitud y conveniencia no puede dudarse. Es evidente que la frecuencia de los robos con fuerza o intimidación debe ser contrarrestada haciendo todo lo posible para que el lucro que logran sus autores sea mínimo. Está en juego en ello el interés general de que funcionen escrupulosamente todos los mecanismos especiales y generales de disuasión y los empleados o dependientes que por negligencia o comodidad no cumplen las normas o instrucciones causan un daño al interés público del que debe responder la empresa en la medida congruente representada por la escala de infracciones y de multas. No se trata aquí de una sanción debida a una conducta directamente culpable, sino de un modo razonable de estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad". En el mismo sentido, haciéndose eco de la referida sentencia, lo expone MAYOR MENÉNDEZ, afirmando que "*no se trataría de una sanción debida a una conducta directamente culpable, sino de un modo razonable de estimular el seguro cumplimiento de las medidas de seguridad que obligan a la persona jurídica*". Vid. MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:349).

⁷⁷ También MAYOR MENÉNDEZ expone al respecto que "*otro posible fundamento se encontraría en la culpa in eligendo o in vigilando, ya que la persona jurídica está obligada a velar por el cumplimiento de las obligaciones que le son impuestas por el ordenamiento jurídico y ha de responder del incumplimiento de las mismas que derive de la negligencia o malicia de las personas jurídicas encargadas de realizar dicho cumplimiento. De esta manera, el persona jurídica adopta, frente a la Administración, una postura de garante del cumplimiento efectivo y real de las obligaciones asumidas, ya sea por una incorrecta elección de las personas físicas que incumplen dichas obligaciones, ya sea por la omisión de la vigilancia debida para asegurar dicho incumplimiento*". Vid. MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:349-350). La jurisprudencia del TS parece haber admitido, en cierto modo, la culpa *in vigilando* de la sociedad respecto de sus empleados como fundamento no de la culpabilidad pero sí de la negligencia. En este sentido lo afirma la STS de 17 de julio de 2018 (rec. núm. 2878/2017), al afirmar en el FJ segundo de la misma que "*consideramos, en efecto, que sería posible un comportamiento negligente en un supuesto como este; pero la eventual calificación de la conducta como "culposa" dependerá específicamente de las circunstancias del caso y de la justificación ofrecida por el órgano sancionador. Cabría, en efecto, contemplar en abstracto una culpa in vigilando de la sociedad, partiendo del deber —ampliamente analizado por la doctrina y jurisprudencia civiles— que pesa sobre las empresas de velar por el comportamiento de sus dependientes, apoderados o empleados para evitar que actuaciones culposas o dolosas de éstos puedan causar daños a terceros que han confiado en la compañía en cuyo nombre o por cuya cuenta actúan*". En el mismo sentido la STS de 11 de febrero de 1985 afirma, en relación con la imputación a la entidad de la conducta de los empleados consistente en una omisión de las medidas de seguridad, que se basa en una "*falta in vigilando, ya que la normal marcha o efectividad de las medidas de seguridad a ella incumben, sin poder, como regla, escudarse en la conducta de sus empleados para exonerarse de responsabilidad*".

⁷⁸ Es decir, sólo en aquellos casos en los que la normativa sectorial prevea un deber de controlar la conducta de los administradores, representantes legales o empleados al servicio de una persona jurídica podría tipificarse como infracción (autónoma de la principal) el haber omitido dicha obligación. BAJO FERNÁNDEZ, trayendo a colación la STS de 17 de octubre de 1989, afirma, en relación con la culpa *in eligendo* o *in vigilando* que "*no pueden ser utilizados porque significan una responsabilidad objetiva vedada en el Derecho administrativo sancionador*". Cf. BAJO FERNÁNDEZ, M. (1998:19). Tampoco acepta esta formulación REBOLLO PUIG, argumentando al respecto que "*ni siquiera tiene sentido hablar de culpa in*

La fundamentación que mayor acogimiento doctrinal ha obtenido es la formulada por REBOLLO PUIG que toma como punto de partida la teoría del órgano y representación de las Administraciones Públicas. Como se ha expuesto, las personas jurídicas necesitan relacionarse y actuar a través de personas físicas, las cuales manifiestan la voluntad de las primeras por expreso deseo de las mismas⁷⁹. Al igual que ocurre en el binomio funcionario titular de un órgano administrativo y administración, sucede en la relación administrador-persona jurídica (extensible a los representantes legales). De este modo, la persona jurídica es responsable directa de las acciones y omisiones antijurídicas llevadas a cabo por sus administradores o representantes legales por ser estos los que, mediante su actuación, expresan la voluntad de las personas jurídicas, imputándoseles sus actos a éstas últimas como propios⁸⁰. En palabras del propio REBOLLO PUIG, “*lo que sucede*

eligendo o in vigilando de la persona jurídica sobre sus administradores. ¿tendría sentido hablar de culpa in eligendo o in vigilando de un municipio sobre su alcalde? Pues no mucho, más razonable es en el caso de otras personas jurídicas. A fin de cuentas, quien habría elegido o vigilado mal a esos titulares serían los titulares de otros órganos de la entidad, con lo que el problema de la imputación a la persona jurídica seguiría sin resolver”. REBOLLO PUIG, M. (2016:227). En palabras del propio TS en STS de 20 de mayo de 1992 (rec. núm. 35/1991), “*la doctrina de la culpa in vigilando, plenamente aplicable en materia de responsabilidad civil, dando lugar a diversos supuestos de la denominada responsabilidad objetiva, no tiene cabida cuando se trata de definir una responsabilidad punitiva o sancionadora, que necesariamente ha de basarse, salvo precepto expreso que autorice otra cosa, en la intencionalidad subjetiva e individualizada de los agentes*”.

⁷⁹ Argumenta la teoría del órgano MUÑOZ MACHADO del siguiente modo: “*la persona es el centro final de imputación, pero sus actuaciones materiales las desarrolla a través de estructuras o instituciones que forman parte de la misma. Esto son sus órganos a través de los cuales actúa. (...) Necesita éste manifestarse a través de personas físicas, que expresen la voluntad de la persona jurídica*”. Al construirse la teoría del órgano, se afirma que “*los servidores del Estado no son personas ajenas al Estado, sino que se incorporan a su organización y forman parte de la misma*”, de modo que “*las acciones imputadas al Estado se consideran propias de éste. Una acción se imputa al Estado porque él mismo la quiere y reconoce como propia*”. Cf. MUÑOZ MACHADO, S. (2017). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. BOE, págs. 21-22.

⁸⁰ Como máximo exponente de esta teoría, REBOLLO PUIG argumenta al respecto que “*el Derecho Administrativo sancionar admite la capacidad de acción y de culpa de las personas jurídicas sobre la base de mantener la ficción general a todas las normas del Derecho, salvo el Penal, según la cual, la voluntad de acción de determinados sujetos es la de la entidad a todos los efectos*”, de modo que “*es imposible dissociar la voluntad y acción de la persona jurídica de la voluntad y acción de las personas que ocupan sus órganos rectores, (...) Así, no cabe hablar de una culpa de la entidad distinta de la de sus administradores, ni imaginar infracciones distintas de éstos y de la persona jurídica. Ello supone que siempre y en todo caso, aun cuando el administrador actúe deliberadamente en contra de lo indicado por otros órganos e incluso en beneficio personal, sus acciones u omisiones típicas constituyen infracciones propias de la persona jurídica que, por tanto, será la que sufra la sanción*”. Cf. REBOLLO PUIG, M. (1989:774). También MAYOR MENÉNDEZ considera como la teoría más convincente la teoría de la imputación iniciada por REBOLLO PUIG, argumentando al respecto que la teoría de la imputación “*parte de afirmar que a la persona jurídica le es imputable o trasladable, como infracción propia, la actuación dolosa o negligente del personal a su servicio, especialmente en caso de negligencia o dolo de sus administradores*”. Vid. MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:350). En el mismo sentido, AYALA MUÑOZ, PERAL DÍEZ Y GONZALEZ TOBARRA afirman que “*dado que el representante legal es el órgano que expresa directamente la voluntad de la persona jurídica, no puede escindir la voluntad de la persona jurídica de la persona física a ningún efecto. Tampoco, pues, a efectos de la responsabilidad que de sus decisiones se derive. Puede aquí afirmarse, por tanto, sin matiz alguno, lo que se ha expuesto más arriba sobre la imputación a las personas jurídica, como propios, de los actos de las personas físicas*”. Cf. AYALA MUÑOZ,

sencillamente y lo que explica esta responsabilidad es que las personas jurídicas actúan mediante órganos y esos órganos tienen, entre otros elementos, el subjetivo de uno o varios titulares —personas físicas— que imputan, dentro de ciertos límites, su voluntad a la persona jurídica. Eso es todo. Así que, no es que las personas jurídicas sufran sanciones por las infracciones cometidas por quienes las administran, dirigen o representan, sino por infracciones cometidas por ellas mismas. No es tampoco que pechen con la culpa de otro, sino con la suya propia. No cabe hablar de dos voluntades o de dos culpas distintas: la de la persona jurídica es la de los titulares de sus órganos y no tiene otra; no, al menos, ad extra; no, desde luego, en sus relaciones con la Administración. Por eso, en Derecho Administrativo sancionador, como en el Derecho Administrativo en general, la persona jurídica tiene capacidad de acción y de culpa, como tiene buena o mala fe o confianza legítima o derechos humanos y tantos otros atributos de las personas físicas sin que en ello se haya visto nada sorprendente. Esas personas físicas no son nada más que los titulares de órganos de la persona jurídica y, en consecuencia, la voluntad y la culpa de esta es irremisiblemente la de aquellas”⁸¹.

Es importante recordar que, conforme al principio de culpabilidad, toda sanción administrativa ha de estar precedida de cierta intencionalidad para cometer la infracción por parte del autor de la misma, y que, al igual que ocurre con las personas físicas, la actuación antijurídica de las personas jurídicas ha de llevar aparejado un juicio de culpabilidad si bien de manera diferente. De este modo, y conforme a lo establecido en los párrafos precedentes en relación con la traslación del elemento volitivo, será dolosa la infracción cometida por una persona jurídica cuando haya mediado dolo en la conducta

N., PERAL DÍEZ, C., Y GONZALEZ TOBARRA, P. (2013). *Manual de derecho administrativo sancionador*, tomo 1, Thomson Reuters, Aranzadi, pág. 201. También NIETO, a pesar de negar la culpabilidad de las personas jurídicas, reconoce que “desde la Edad Media y desde los inicios del Derecho Canónico sabemos que las personas morales actúan necesariamente a través de sus órganos o, más exactamente, a través de las personas físicas titulares de sus órganos. Pues bien, la llamada teoría del órgano sirve cabalmente para imputar legalmente a la persona jurídica la actuación que realizan las personas físicas en ella integradas. Y por ello mismo, si la persona jurídica se beneficia de todos los actos provechosos realizados por sus órganos, igualmente debe responder de todos los actos perjudiciales”. Cf. NIETO, A. (2012: 393-394). Es decir, el referido autor, pese a abogar por una responsabilidad de las personas jurídicas que no tenga en cuenta la culpabilidad a la hora de sancionar a las mismas, defiende y se muestra conforme con la imputación de la conducta de la persona física a la jurídica (teoría del órgano).

⁸¹ REBOLLO PUIG, M. (2016:226-227). A pesar de que no ha prosperado, también en el ámbito del derecho penal DIEZ RIPOLLÉS considera este modo de imputación el más acertado. En palabras del referido autor, “la variante que hemos llamado de hecho delictivo societario, que imputa a la sociedad, como hecho delictivo propio, el ejecutado materialmente por sus representantes o empleados, marca la vía correcta a seguir. Ello exige configurar un nuevo sujeto de imputación, la persona jurídica, y un sistema de responsabilidad penal ajustado a sus características”. Vid. DIEZ RIPOLLÉS, J.L. (2012). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”. *Indret*, pág. 9.

de sus administradores, y culposa en los casos en los que la actuación de estos haya sido negligente⁸².

Esta teoría de la imputación ha sido aceptada y consolidada por la jurisprudencia que ha respaldado la responsabilidad de la persona jurídica con base en la atribución de las acciones y omisiones antijurídicas cometidas por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones como si de sus propios actos se tratase por encontrarse los primeros al servicio de la persona jurídica, no englobándose, por tanto, en el concepto de tercero⁸³. Además, a modo ejemplificativo, la propia LPSAPV, al establecer las reglas generales que rigen para la aplicación de los distintos regímenes sancionadores sectoriales en el ámbito de su territorio, propugna —como modo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas— que el juicio de reprochabilidad de la infracción habrá de hacerse respecto de las personas físicas que conformen sus órganos de administración o dirección⁸⁴.

⁸² REBOLLO PUIG declara expresamente al respecto que “*si los administradores actuaron con dolo, dolosa será la infracción de la entidad, y no culposa por no elegir o no vigilar bien a sus directivos; si estos incurrieron solo en negligencia, la infracción de la persona jurídica será solo culposa; y si en aquellos no se detecta ni negligencia (por ejemplo, por error invencible para lo que cabe exigir al administrador) lo mismo habrá que predicar de la entidad que, consecuentemente, no será responsable*”. Vid. REBOLLO PUIG, M. (2016:228).

⁸³ Así, por ejemplo, la STS de 20 de mayo de 1992 (rec. núm. 35/1991), declara en su FJ sexto que “*cuanto se ha expuesto no comporta una pretensión del principio de culpabilidad, que indudablemente rige en materia sancionadora ni un olvido del de personalidad de la sanción (responsabilidad por hechos propios), sino una acomodación de estos principios a la efectividad de un deber legal, el exacto cumplimiento de unas medidas de seguridad impuestas a las Empresas para prevenir la comisión de actos delictivos, deber que arrastra, en caso de incumplimiento, la correspondiente responsabilidad para el titular de las mismas, aunque tenga su origen en una actuación o en un no hacer negligentes de quienes, encontrándose a su servicio, no como terceros, tienen encomendado por voluntad de aquél el efectivo funcionamiento de las instalaciones de seguridad, responsabilidad directa que cobra, si cabe, mayor sentido cuando, como en este caso, el titular de la Empresa es una persona jurídica -una Sociedad anónima-, constreñida por exigencias de su misma naturaleza a actuar por medio de personas físicas; mutatis mutandis es lo que ocurre cuando en el ámbito negocial los actos u omisiones de los órganos de una persona jurídica se consideran actos u omisiones propios de ésta y no de los individuos que encarnan aquéllos*”. En el mismo sentido, la STS de 10 de diciembre de 1992 argumenta que “*en el campo del Derecho Administrativo, las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad por la actuación de sus dependientes, sin que puedan excusarse, como regla general, en la conducta observada por estos*”. Del mismo modo, el TS, declara en STS de 3 de mayo de 1993, que “*las entidades bancarias y crediticias son responsables administrativamente por la negligencia de sus empleados en el uso de las medidas de seguridad obligatorias instaladas en cumplimiento de las disposiciones vigentes, salvo que tal proceder no es consecuencia de la desatención sino de circunstancias o situaciones de riesgo personal grave para los propios empleados o terceras personas. Ni el principio de tipicidad de la infracción ni el de personalidad de la sanción se vulneran con tal interpretación porque, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad por la actuación de sus dependientes, sin que puedan excusarse, como regla, en la conducta observada por éstos*”. Del mismo tenor en la STS de 30 de noviembre de 1992.

⁸⁴ En este sentido, el artículo 9 de la LPSAPV dispone en su apartado quinto que “*(...). 5. Cuando el eventual responsable sea una persona jurídica, el juicio de culpabilidad se hará respecto de la persona o personas físicas que hayan formado la voluntad de aquélla en la concreta actuación u omisión que se pretenda sancionar. En estos casos, no se podrá sancionar, por la misma infracción, a dichas personas físicas*”.

Sin embargo, también existen posiciones doctrinales que rechazan esta postura, bien por considerar que la teoría del órgano no es aplicable a las personas jurídicas, o bien por considerar que la misma supone una responsabilidad por el hecho ajeno⁸⁵. Pese a ello, lo cierto es que la responsabilidad de las personas jurídicas se ha configurado, partiendo del principio de culpabilidad, como una responsabilidad individual y directa, derivada de una acción propia, y aplicable a cualquier persona jurídica y para cualquier infracción siempre que la tipificación de esta cuente con un respaldo legal previo⁸⁶.

2. LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL

⁸⁵ En este sentido, GRACIA MARTÍN rechaza de plano la teoría de la responsabilidad jurídica y el órgano formulada por REBOLLO PUIG. Sostiene apodícticamente que “*quien afirma que la acción propia de la persona jurídica es la del órgano imputada a ella, confunde de un modo palmario el concepto jurídico fundamental de acción con la institución de la imputación jurídica, que es tan extraña a aquel, que no puede tener ni el espacio más microscópico en ningún Derecho sancionador. Y por si esto fuera poco, quien cree y afirma que a la persona jurídica se le pueden imputar las acciones de sus órganos, simplemente desconoce en qué consiste la ficción jurídica de la imputación, pues como veremos, según las reglas de esta, ninguna acción es susceptible de imputación jurídica*” para concluir que “*la teoría de la persona jurídica dice, pues, precisamente todo lo contrario a lo que afirma Rebollo Puig: que destinatarios de normas y deberes de conducta solo pueden ser individuos humanos, y en ningún caso las personas, y si no puede serlo ni siquiera una persona física, cómo podría serlo una jurídica cuyo substrato real no es nada más que una organización que no puede ser vista ni contemplada más que como un objeto, como una «cosa»*”. Vid. GRACIA MARTÍN, L. (2020:57 y 61). GÓMEZ TOMILLO defiende la necesidad de crear una responsabilidad *ad hoc* para las personas jurídicas huyendo de la clásica formulación de culpabilidad y responsabilidad. Si bien es compartible la posición respecto de la creación de una responsabilidad propia de las personas jurídicas, cabría rechazar la argumentación que fundamenta tal afirmación en tanto en cuanto afirma que la teoría de la representación supone una responsabilidad por el hecho de otro. En palabras del propio autor, “*debe rechazarse tal construcción, al menos, por dos razones. Por una parte, con ella se pierden algunas ventajas de atribuir responsabilidad a las personas jurídicas. En concreto, aparecen las dificultades asociadas al tener que individualizar responsabilidades en estructuras complejas (mal puede trasladarse a una persona jurídica la culpabilidad de una física cuyas condiciones se desconocen. Por otra, la teoría de la representación, en última instancia, implica una responsabilidad por hechos de otro, incompatible con el principio de responsabilidad de las sanciones*”. Cf. GÓMEZ TOMILLO, M. (2017). “La culpabilidad de las personas jurídicas por comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento”. *RAP*, nº 203, pág. 66.

⁸⁶ Así configura REBOLLO PUIG la responsabilidad de las personas jurídicas, concluyendo al respecto que “*los rasgos de esta responsabilidad sancionadora pueden sintetizarse así: – Se trata de una responsabilidad por acción propia de la persona jurídica, no por acción de otro, como demostraremos. – No necesita consagración legal específica, sino que se acepta para todas las infracciones administrativas. Precisamente porque se trata solo de hacerlas responsables de sus propias infracciones, basta la norma que tipifica una acción y como probar que en el caso es ella quien la ha realizado. Solo excepcionalmente, si así lo establece explícita o implícitamente una ley, cabe excluir la responsabilidad de las personas jurídicas. –Es una responsabilidad directa y normalmente exclusiva que no requiere identificar previa ni simultáneamente a una persona física. –Afecta a todo tipo de personas jurídicas: sociedades mercantiles de todo género, fundaciones, asociaciones, cooperativas, iglesias, órdenes religiosas, etcétera, y hasta Administraciones. –No se altera ni se extingue ni se transmite por el hecho de que la estructura o composición u organización o propiedad de la persona jurídica cambien; mientras la persona jurídica que incurrió en infracción permanezca, ella será la responsable*”. REBOLLO PUIG, M. (2016:221-222).

En contraposición a todo lo expuesto hasta el momento sobre la responsabilidad de las personas jurídicas que en el ámbito del derecho punitivo administrativo se ha fundamentado en la capacidad de actuación propia de la que son titulares las sociedades, su homólogo el derecho penal —que en este sentido, se ha nutrido y beneficiado de los avances doctrinales y jurisprudenciales que se han elaborado en el marco del derecho administrativo sancionador respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas— no ha acabado de aceptar esta tesis, trasladando solo algunos elementos de la misma en la tipificación de la conducta de éstas contenida en el artículo 31 bis del Código Penal⁸⁷.

Al igual que ocurre en el derecho administrativo sancionador, el Código Penal tipifica — como no podía ser de otro modo— una responsabilidad directa de la persona jurídica por los hechos propios, a fin de no contravenir el principio de responsabilidad personal constitucionalmente garantizado. Reconoce, así, que las acciones y omisiones antijurídicas llevadas a cabo por los administradores, representantes legales y demás miembros de la sociedad vinculan a ésta, que responderá en concepto de autora⁸⁸. Para poder atribuir, por tanto, responsabilidad penal a una persona jurídica por la actuación de sus dependientes será necesario que se cumplan una serie de requisitos acumulativos: en primer lugar, es necesario que se haya realizado una conducta antijurídica que haya sido tipificada y prevista como tal en el Código Penal; en segundo lugar, se requiere que la persona que haya cometido esa acción u omisión se trate de un administrador, directivo u empleado de la sociedad; en tercer lugar, la actuación de la persona física ha de haber tenido lugar en nombre y provecho —directo o indirecto— de la persona jurídica a la que

⁸⁷ El tenor literal del artículo 31 bis del CP es como sigue: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, 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. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. (...)”.

⁸⁸ En palabras de BACIGALUPO Y LIZCANO, “una vez determinado el sujeto imputable (...) habrá que determinar adecuadamente el sujeto persona física que dentro de la estructura empresarial tendrá capacidad de obrar y será garante (posición de garante= para realizar acciones y omisiones que puedan ser el “hecho de conexión” que será considerado como hecho propio de la persona jurídica. Se deben establecer básicamente dos formas de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: a) la primera forma de atribución requiere de la existencia de un hecho (hecho de conexión) realizados por los administradores (de hecho, o de derecho) o por los representantes legales de la persona física o del ente colectivo. (...). b) la segunda forma de atribución del hecho a la persona jurídica también debe tener lugar cuando hayan actuado otras personas dentro de la estructura empresarial, siempre con capacidad de decisión, que no hayan sido debidamente supervisados o controlados por quienes ostentan una posición de garante”. Cf. BACIGALUPO, S. Y LIZCANO, J. (2013:52).

representa; y, por último, ha de existir y tiene que constatarse (como se expone a continuación) que hay un defecto organizativo en la sociedad⁸⁹.

A pesar de lo expuesto en el párrafo precedente, parece ser que el artículo 31 bis del CP tenía intención de distinguir, a la hora de declarar responsable a una persona jurídica, si el delito había sido cometido bien por un empleado, o bien por un administrador o representante legal de la empresa. En virtud de lo contenido en el citado precepto legal, la actuación de los administradores y representantes legales de las personas jurídicas se entenderían realizados por estas últimas, pudiendo considerarse a las mismas autoras del delito siempre y cuando los primeros actuasen en nombre y en beneficio de la persona jurídica a la que representan. Por el contrario, los delitos que hubiesen sido cometidos por un dependiente no se imputarían de manera directa a las mismas, sino que la responsabilidad de la persona jurídica se fundamentaría en defectos organizativos de la propia sociedad que hubiesen propiciado que un empleado pudiera llevar a cabo acciones u omisiones antijurídicas sin que haya existido un control sobre esa conducta. En ambos casos, la conducta antijurídica realizada por la persona física daría lugar a dos delitos diferenciados de los que responderían también dos sujetos responsables distintos: de un lado estaríamos ante un delito individual del que sería responsable la persona física actuante, y, de otro, de un delito corporativo cuyo autor es la persona jurídica en la que se integra el autor del delito individual⁹⁰.

⁸⁹ Así lo entiende y expone VELASCO NÚÑEZ, afirmando al respecto que “*para que haya responsabilidad penal de la PJ debe haber un hecho punible de referencia realizado por un directivo o por un empleado de la corporación y que esté dentro de cualquiera de las 27 categorías de los comisibles por las PJ, pero además debe probarse un defecto de organización/gestión o un déficit de control en esta que tenga relación directa con la causación de la infracción que debe haberse realizado en su nombre y para beneficiarla directa o indirectamente*”. Vid. VELASCO NÚÑEZ, E. (2020). *10 años de responsabilidad penal de la persona jurídica. Análisis de su jurisprudencia*. Thomson Reuters Aranzadi, pág. 91. En un sentido similar PÉREZ JORDÁ confirma que “*el Código Penal exige únicamente en su nuevo art. 31 bis para poder exigir responsabilidad penal a la persona jurídica —salvo a determinadas entidades públicas o representativas que quedan exoneradas—: 1º. Que se haya cometido uno de los delitos previstos en el Código para poder atribuir la misma, pues no en todos se contempla la responsabilidad de la persona jurídica; 2º. Que ese delito se haya cometido en nombre o por cuenta, y además en su provecho, de una persona jurídica; 3º. Que se haya cometido por su administrador de hecho o de derecho o por su representante legal; 4º. O por cualquier otro empleado sometido a «la autoridad» de los anteriores (esto es, en relación de dependencia jerárquica con ellos), siempre que en este caso se haya actuado en el ejercicio de las actividades sociales de la persona jurídica y no se haya ejercido sobre aquél el debido control*”. Cf. PÉREZ JORDÁ, I. (2014:455-457).

⁹⁰ En este sentido lo expone GÓMEZ-JARA DÍEZ afirmando que “*las personas jurídicas son también autoras de delitos —sc. Del delito corporativo— y deben ser hechas responsables por el delito cometido por ellas mismas. Así, la persona jurídica responde por el delito corporativo, la persona física por el delito individual*”. Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2017). *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Thomson Reuters, Aranzadi, págs. 112-113. En el mismo sentido VELASCO NÚÑEZ concluye que “*de una acción punible (la hecha por el directivo) se suelen*

Si se siguiese el esquema diferenciador de responsabilidades establecido en el Código Penal para las personas jurídicas en función de la persona física que realiza materialmente la acción, se podría concluir que la culpabilidad de la persona jurídica dependería, también, del autor material del delito. En este sentido podrían mantenerse dos posturas diferenciadas. De un lado, siguiendo a la doctrina administrativista mayoritaria, los delitos cometidos por los administradores o representantes legales de la sociedad se le imputarían a esta directamente, trasladando la intencionalidad de la conducta de la persona física a la jurídica, mientras que en los delitos cometidos por el resto de los empleados la fundamentación de la culpabilidad se basaría en una culpa *in vigilando*⁹¹. De otro lado, podría argumentarse que la culpa que media en los delitos cometidos por los representantes o administradores de la sociedad se basa en una culpa *in eligendo*, pues la sociedad no ha sido capaz de reclutar para estos puestos a personas físicas que aboguen por una cultura del cumplimiento y no cometan delitos, y una culpa *in vigilando* en el

seguir dos responsabilidades penales: la de la propia PF autora y, si se hace representándola o en su beneficio, directo o indirecto, también la de la PJ". Vid. VELASCO NÚÑEZ, E. (2020:51).

⁹¹ Esta es la opción aceptada por la Fiscalía General del Estado que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica en un sistema de atribución por transferencia de la persona física actuante o vicarial. Así se recoge en la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, exponiendo al respecto en la página 3 de la citada circular que "*vale la pena recordar los dos modelos fundamentales que permiten sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica. El primero atribuye la responsabilidad penal a la persona jurídica entendiéndose que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación. Su principal dificultad radica en determinar qué personas físicas pueden comprometer al ente colectivo con su actuación. El segundo modelo, más ambicioso, pero de más difícil encaje en un Derecho Penal antropocéntrico, construye un sistema de imputación propio de la persona jurídica, con nuevos conceptos de acción, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc., de tal modo que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito. Se trata de la responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica. Su principal escollo estriba en fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica, destacando las teorías que elaboran la responsabilidad del ente colectivo a partir de lo que se denomina "culpabilidad por defecto de organización". Conforme a este modelo, la persona jurídica es culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial. Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica". También PÉREZ JORDÁ defiende que en el Derecho Penal existen dos tipos de responsabilidades de la persona jurídica, "de un lado «por falta in vigilando», puesto que la normal marcha o efectividad de las medidas de seguridad que a ellas incumben, no le permiten, como regla, escudarse en la conducta de sus empleados para exonerarse de responsabilidad, por lo que la empresa responde por una infracción propia como consecuencia de las conductas de sus empleados, consecuencia, además, de su deber de vigilancia; y, ello supone, normalmente, su culpabilidad. Y por otro, la responsabilidad de las personas jurídicas por la actuación de los titulares de sus órganos de representación y administración. En estos supuestos, no se hace necesario acudir a la falta «in vigilando» de la persona jurídica, sino que se recurre a la teoría del órgano". Cf. PÉREZ JORDÁ, I. (2014:437-439).*

caso de los delitos cometidos por los dependientes, al haber fracasado los controles de vigilancia o labores de supervisión que las personas jurídicas han de llevar a cabo respecto de la conducta de sus empleados a fin de evitar que los mismos lleven a cabo acciones u omisiones antijurídicas⁹².

Pese a lo racional de las referidas interpretaciones, la configuración que de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha dado jurisprudencialmente es distinta. La Sala segunda del TS ha negado sendos planteamientos afirmando taxativamente que la fundamentación de la culpabilidad de las personas jurídicas se basa única y exclusivamente en los defectos de organización empresarial fundada en la inexistencia o la inadecuación de programas de cumplimiento normativo que garanticen, además de que la gestión empresarial se desarrolla conforme a derecho, los modos de prevenir, detectar y sancionar los posibles incumplimientos.

Son los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis del Código Penal, los que establecen la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica para aquellos casos en los que se adoptara un modelo de prevención de delitos. Para que se dé tal eximente es necesario que la persona jurídica implante y mantenga eficazmente un modelo que ayude a evitar la comisión del delito. Se trata de la ejecución eficaz de la estructura del modelo de prevención, así como a una interacción efectiva en la empresa característica del sistema denominado *compliance*. Tal concepto fue introducido por el legislador en el Código Penal tras la reforma llevada a cabo en el año 2015 y, tal y como lo ha definido ANTICH SOLER, el *compliance* es “*un conjunto de elementos que configuran un área del saber relacionado con la forma de proceder correctamente las personas físicas y las personas jurídicas en aras de respetar todo el conjunto normativo existente, tanto de hard law como soft law*”⁹³.

⁹² En palabras de VELASCO NÚÑEZ, “*en las acciones criminales realizadas por (los directivos) quienes tienen el poder de decidir, por la cúpula o parte elevada de la cúspide jerárquica de la corporación, concurre la posibilidad de encontrar la reprochabilidad propia de la entidad que representan, de la PJ, cuando se actúa en su beneficio directo o indirecto, tanto en acciones directamente dolosas como en omisiones que fundamentan la culpabilidad propia de la entidad, por haber puesto a su frente (culpa in eligendo) a directivos que delinquen para favorecer a la entidad. Mientras que en las que el delito es cometido por el empleado la reprochabilidad propia de la corporación radica en la omisión de medidas evitativas —preventivas— del actuar del subordinado (culpa in vigilando), ya que como establece el art. 31 bis 1.b CP, cuando la acción punible la realizan “quienes están sometidos a la autoridad” de los Directivos, arrastran a la responsabilidad penal de la PJ (...)*”. Vid. VELASCO NÚÑEZ, E. (2020:51).

⁹³ ANTICH SOLER, J. (2017). Tesis doctoral *Compliance program penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Universitat Autònoma de Barcelona, pág. 18.

En este sentido lo ha declarado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo concluyendo que:

“la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP , tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”⁹⁴.

Más exhaustiva a la hora de determinar los requisitos que han de darse para fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica es la STS de 19 de julio de 2017 (rec. núm. 1813/2016), que configura como exigencias derivadas del artículo 31 bis del código penal los siguientes:

“a) Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable en el art. 301 CP que es precisamente una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas. b) Concorre un innegable provecho o beneficio directo para la sociedad. c) Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito. No exige esto aquí demasiados comentarios a la vista del panorama al que nos enfrentamos. Ni siquiera se hace necesario evocar lo que sobre este punto y en relación a esta entidad lo que razonó la STS 154/2016. Es patente que en una empresa cuyos únicos administradores cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la

⁹⁴ STS (Sala segunda) de 29 de febrero de 2016 (rec. núm. 10011/2015). La referida sentencia continúa argumentando que el “núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “compliances” o “modelos de cumplimiento”, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar”, para concluir, por tanto, que “la acreditada ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos en Transpinelo hace que, como consecuencia de la infracción contra la salud pública cometida por sus representantes, surja la responsabilidad penal para esta persona jurídica”. Del mismo tenor es la STS (Sala segunda) de 16 de marzo de 2016 (rec. núm. 1535/2015), que afirma que “la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad”. En el mismo sentido la STS (Sala segunda) de 8 de mayo de 2019 (rec. núm. 407/2018), declara que “el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica reside en aquellos elementos organizativos-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad de la empresa”.

colaboración de la mayor parte de los titulares formales del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo. Lo destaca la sentencia de instancia: sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantasen medidas para prevenir sus propios propósitos y planes”⁹⁵.

Por todo lo expuesto parece acertado concluir que la culpabilidad de la persona jurídica en el derecho penal —a diferencia de lo que ocurre en el derecho administrativo sancionador donde la culpabilidad de la persona física se transmuta a la de la jurídica— se resume en la inexistencia o inadecuación de un programa de cumplimiento normativo propio de la empresa, habiéndose configurado la misma como una responsabilidad propia y ajena de la culpabilidad de la persona física que realiza materialmente la acción u omisión susceptible de reproche penal⁹⁶.

⁹⁵ STS (Sala segunda) de 19 de julio de 2017 (rec. núm. 1813/2016) fundamento jurídico vigésimo octavo. En el mismo sentido el TS declara en el FJ primero de la STS (Sala segunda) de 13 de junio de 2016 (rec. núm. 1867/2015) que “*el art. 31 bis del Código penal actúa como una cláusula de determinación de la autoría definitiva del tipo de autor en las personas jurídicas. El art. 31 bis señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito, esto es, un delito cometido por persona física - representantes legales o por empleados - en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, y que por ésta no han adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar. En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad*”.

⁹⁶ Así lo razona GÓMEZ-JARA, afirmando a este respecto que “*dado que la responsabilidad por el hecho ajeno está vedada en el ámbito propio del Derecho penal, la asunción de un modelo de heteroresponsabilidad de la persona jurídica deberá siempre incluir un fundamento de análisis basado en la conducta de la propia persona jurídica y no exclusivamente en el comportamiento de la persona física. En este sentido parece que no tienen encaje en el planteamiento del Tribunal Supremo los modelos puros de responsabilidad penal de la persona jurídica por “transferencia” de la persona física*”. Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2017:55). También VELASCO NÚÑEZ afirma al respecto que “*la jurisprudencia, buscando un tratamiento del principio de culpabilidad que case con la teoría del hecho propio, ha exigido, para poder condenar, la concurrencia de este elemento del delito, interpretando la incidencia en el desvalor de la conducta de la PF que realiza el hecho punible en su relación con la PJ, residenciándola en la implantación o no de elementos de control preventivos (in vigilando) que resuelven adecuadamente la reprochabilidad de la acción de la PJ cuando la realiza el empleado, pero , salvo quienes inciden en los defectos estructurales y organizativos (in procedendo o in gestionando) de la corporación no ha explorado tanto la de la corporación cuando la acción beneficiosa la hace el directivo (in eligendo), lo que ocurre muchísimas veces más en la práctica de los casos que están llegando a los Tribunales, y en donde la culpa aflora en los defectos en la organización y gestión*”. Vid. VELASCO NÚÑEZ, E. (2020:65). En el mismo sentido GÓMEZ TOMILLO declara que “*debe hablarse de culpabilidad de las personas jurídicas por defecto de organización. Desde tal punto de vista, se trataría del juicio de censura que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa*”. Cf. GÓMEZ TOMILLO, M. (2017:67-68). Del mismo modo, BACIGALUPO Y LIZCANO afirman en relación con la determinación de la culpabilidad de las personas jurídicas que “*la responsabilidad penal de cualquier sujeto no puede tener lugar sin culpabilidad. En este sentido, la culpabilidad penal de una persona jurídica o un ente colectivo, según entiende la doctrina mayoritaria y también muestran las legislaciones de Derecho comparado, se fundamenta sobre la existencia de un déficit de organización o de infracción del debido deber de cuidado. Por tanto, la exigencia de un déficit o defecto de organización debe ser el presupuesto*

Nos encontramos, por tanto, con que existe una contradicción evidente entre lo pretendido por la norma y la justificación e interpretación proporcionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha integrado como elemento del tipo previsto en el artículo 31 bis.1 del Código Penal contar con las medidas *ad hoc* que eviten la comisión de delitos cuando esta exigencia no viene impuesta en la ley⁹⁷. A mayor abundamiento, contar con un programa de cumplimiento normativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 31 bis. 2 del CP, eximiría o atenuaría, según los casos, la responsabilidad criminal de la persona jurídica en el supuesto de que, pese a ello, el delito hubiese sido consumado⁹⁸.

de punibilidad de las personas jurídicas". Cf. BACIGALUPO, S. Y LIZCANO, J. (2013:54). También la STS (Sala segunda) de 11 de octubre de 2017 (rec. núm. 1625/2016), concluye que "la responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica". En términos similares lo declara el TS en STS (Sala segunda) 2 de septiembre de 2015 (rec. núm. 111/2015); STS (Sala segunda) 29 de febrero de 2016 (rec. núm. 10011/2015); o STS (Sala segunda) de 11 de octubre de 2017 (rec. núm. 1625/2016).

⁹⁷ En palabras de VELASCO NÚÑEZ, "(...) la inexistencia de un "sistema efectivo de control" de infracciones delictivas que, ya hemos señalado, sólo impone el CP para las acciones realizadas por los empleados, pero que no se exige (Art. 31 bis 1.a CP) cuando las realiza el Directivo, pues en ese caso, su actuación representativa y en beneficio de la corporación, orilla la exigencia de controles —aunque los pueda valorar después, de cara a eximir a la entidad de las consecuencias penales por la acción de éste— pues solo incide en la legalidad o no del modo de gestionar y organizar la corporación. La cuestión no es baladí, porque los órganos judiciales que exigen este elemento negativo también en la acción criminal del Directivo, cuando la acción la comete el directivo, pueden llegar a absolver a la corporación (...) si la acusación no logra acreditar al juez ese extremo impeditivo que, entendemos la ley no exige, y, de hacerlo, debería probar la defensa, única en cuyas manos está hacerlo". Vid. VELASCO NÚÑEZ, E. (2020:91). De igual modo ROCA DE AGAPITO denuncia que el TS, en su fundamentación en la STS de 29 de febrero de 2016, "se salta el tenor literal del artículo 31 bis CP, pues, como ya han advertido algunos autores al comentar estas resoluciones, conceptos como el «defecto organizativo-estructural» o la «cultura de legalidad» no aparecen recogidos expresamente en ningún momento en la ley". Cf. ROCA DE AGAPITO, L. (2018). "Novedades acerca del sistema de sanciones penales para las personas jurídicas tras la reforma de 2015. Aproximación a los primeros pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo" en HUERGO LORA, A. (Dir.). *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*, Iustel, pág. 224. También GÓMEZ-JARA DÍEZ concluye al respecto que "la mayor parte de la doctrina española considera válido un concepto como es el de culpabilidad por defecto de organización que por su propia definición, como sea observado, no permite la inclusión de causas de atenuación o exclusión de la RPPJ. Ciertamente, los planteamientos de nuestro país se inclinan por dicha inclusión y, por tanto, se debería renunciar a dicho concepto, o, en su defecto, fundamentar cómo, a partir del mismo, resulta posible la introducción de las mismas". Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2012). "La culpabilidad de la persona jurídica" en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. Y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson Reuters, pág. 167.

⁹⁸ Del tenor literal del apartado segundo del artículo 31 bis del CP se desprende que "2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: (...) En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena", habiéndose interpretado por la Fiscalía General en la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, que "existe un doble régimen de exención de responsabilidad de la persona jurídica, uno para los delitos cometidos por los administradores o dirigentes y otro para los cometidos por sus subordinados, ambos sustancialmente idénticos pues, de las cuatro condiciones que el apartado 2 del art. 31 bis exige en relación con las conductas de los sujetos incluidos en el apartado 1 a), solo la 3ª, referida a la elusión fraudulenta de los modelos de organización, resulta inaplicable a los autores del delito del apartado 1 b)". También la Fiscalía General en la referida circular recoge en su conclusión 20ª que "la cláusula de exención de la responsabilidad de la persona

Este extremo ya se puso de relieve en el voto particular formulado por CONDE-PUMPIDO TOURÓN que, estando de acuerdo con el fallo recaído en STS de 29 de febrero de 2016 — que casaba la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, anulando la pena de disolución impuesta contra la sociedad pero manteniendo la pena de multa—, discrepaba acerca de la fundamentación dada por la mayoría de la Sala que abogaba por una culpabilidad de las personas jurídicas —enmarcada dentro del art. 31 bis 1º del CP— fundamentada en defectos organizativos. En este sentido, el voto particular rechazaba el parecer de la Sala que admitía como elemento integrante del tipo no contar con un programa de cumplimiento normativo efectivo —cultura del cumplimiento— cuando del tenor literal del CP no se desprende tal extremo, debiendo operar éste a simple efecto de poder apreciar la existencia del mismo como causa que exime de responsabilidad a la persona jurídica que, habiendo puesto todos los medios a su disposición necesarios para evitar que se cometan delitos, estos han fracasado y el delito se ha consumado⁹⁹. Así, el voto particular referenciado, concluye que:

jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplan las condiciones y requisitos legales". GÓMEZ TOMILLO defiende esta postura al exponer que *"se trataría, en fin, de un juicio que no estaría presente de forma automática en los casos en los que se verifique la realización de los elementos objetivos del tipo, sino que, al contrario, puede excluir la responsabilidad sancionatoria, cuando la persona jurídica acredite la correcta organización cara a la evitación de ilícitos administrativos"*. Cf. GÓMEZ TOMILLO, M. (2017:68-69).

⁹⁹ STS (Sala segunda) 29 de febrero de 2016 (rec. núm. 10011/2015). Así, CONDE PUMPIDO, en el FJ segundo de su voto particular, expone en relación con la exigencia de una cultura de cumplimiento como elemento integrante del tipo que *"los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis CP, y estos son los que deben ser probados por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada. No pretendemos, con esta afirmación, otorgar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una naturaleza objetiva. La persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art 31 bis 1º CP), porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de constituir una ficción). Pero esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del art 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la "culpa in eligendo" y la "culpa in vigilando", o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa "in constituyendo" y la culpa "in instruendo". Sin constituir un elemento adicional del tipo objetivo que exija a la acusación acreditar en cada supuesto enjuiciado un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada, " como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran ", que es lo que, con cierta confusión, constituye el elemento típico que exige acreditar en cada caso la sentencia mayoritaria (fundamento jurídico octavo)". También, en relación con la apreciación de los programas de cumplimiento como circunstancia eximente de la responsabilidad de la persona jurídica razona que *"sin perjuicio de todas las matizaciones que puedan hacerse a esta doctrina general, y que estimamos que no corresponde ahora desarrollar, consideramos que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia**

“por ello nos causa preocupación, en la medida en que puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad, la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba en esta materia, que puede constatar, por ejemplo, en diversos párrafos del fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria, que establecen la doctrina de que no se puede dispensar a la acusación de su obligación de acreditar la «inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito» en el seno de la persona jurídica, en lugar de considerar que el objeto de la prueba no es la inexistencia, sino la disposición de estos instrumentos”¹⁰⁰.

De lo expuesto hasta el momento se puede apreciar la diferencia que existe entre los dos ordenamientos punitivos del Estado en relación con la configuración de la responsabilidad que las personas jurídicas presentan en ambos. Mientras que el derecho penal ha admitido una culpabilidad basada en los defectos organizativos de la persona jurídica, el derecho administrativo ha ido más allá, abogando por una responsabilidad propia de las personas jurídicas configurada mediante la traslación de la conducta antijurídica realizada por sus representantes legales o administradores, debiendo mediar culpa en la misma.

Una vez expuesta la responsabilidad de las personas jurídicas con arreglo a lo establecido en el derecho administrativo sancionador en general, el grueso del estudio se centrará en determinar las particularidades que la misma presenta en relación con el derecho de la competencia. Sin ánimo de adelantar los sucesivos capítulos y teniendo en cuenta la incidencia que el derecho de la Unión Europea tiene en esta materia, se abordaran

probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos. Y, en todo caso, sobre la base de lo alegado y aportado por la empresa, deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos segundo o cuarto del art 31 bis, en el bien entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control la consecuencia será la subsistencia de la responsabilidad penal. Prueba de que el propio Legislador sigue este criterio probatorio de carácter general es que en el párrafo segundo del número 2º del art 31 bis se establece expresamente que cuando las circunstancias que dan lugar a la exención «solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena»". Del mismo tenor lo argumentaba la Fiscalía General en la Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, declarando en su conclusión cuarta que “los programas de autorregulación corporativa, compliance guide o corporate defense (...) no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa a la que no se refiere el art. 31 bis del Código Penal y que constituye una categoría de todo punto ajena a nuestra dogmática penal”. Tampoco DIEZ RIPOLLÉS se muestra conforme con la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en la existencia de defectos organizativos, habiendo concluido, además, el referido autor que “debieran preverse repercusiones sobre el injusto de la persona jurídica para el caso de que estuviera bien organizada, lo que no sucede”. Vid. DIEZ RIPOLLÉS, J.L. (2012: 14-25).

¹⁰⁰ STS (Sala segunda) 29 de febrero de 2016 (rec. núm. 10011/2015).

cuestiones que, *a priori*, presentan serias dudas de compatibilidad con el principio de responsabilidad personal aplicable a las personas jurídicas.

Para ello, en un primer momento será menester hacer un breve estudio acerca de la potestad sancionadora de la Administración en materia de competencia, los órganos encargados de ejecutarla, así como los principios que rigen la misma para, en un segundo momento, conceptualizar el derecho de la competencia. Una vez sentadas las bases, el grueso de la investigación de centrará en delimitar a los sujetos responsables de las infracciones de competencia y analizar pormenorizadamente tanto los supuestos de traslación de responsabilidad “intraempresarial” derivados de ilícitos cometidos por grupos de empresas, como los “interempresarial” derivado de cambios estructurales en la empresa infractora; así como la posibilidad de incluir entre los responsables de la infracción a terceros ajenos al autor de la infracción como los administradores de las sociedades implicadas o el facilitador de la misma.

Así, siguiendo el *iter* enunciado en el párrafo precedente, en el siguiente capítulo se expondrán las principales cuestiones que la aplicación por parte de las Administraciones públicas del derecho de defensa de la competencia presenta. Esto es, las peculiaridades presentes en la aplicación pública del derecho de la competencia derivada de la dualidad de ordenamientos jurídicos que regulan y aplican el derecho de la competencia.

**SEGUNDA PARTE. EL MARCO GENERAL DEL
DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN
EUROPEA Y EN ESPAÑA**

CAPÍTULO 1. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de defensa de la competencia, tal y como se analizará con mayor profundidad en el capítulo siguiente, puede definirse como aquella rama del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad ordenar y garantizar el ejercicio de la actividad económica en el mercado, protegiéndose de ese modo tanto a los operadores económicos que actúan en el mismo como a los consumidores. Lo que ocurre es que en realidad no existe un único mercado global, sino que, además de éste, dependiendo de dónde se estén llevando a cabo las operaciones comerciales, los distintos mercados nacionales también podrán verse afectados. Asimismo, como consecuencia de la adhesión de España a la Unión Europea, además de los mercados ya mencionados, también nos encontramos con el mercado europeo que está caracterizado por la supresión de las aduanas y las restricciones de la libre circulación de bienes o mercancías en el ámbito de su territorio, de forma que los intereses de los operadores económicos no solo deberán quedar salvaguardados cuando actúen en el mercado nacional propio sino, también, cuando lleven a cabo transacciones en el mercado común europeo.

La protección del mercado común le corresponde a la UE; por ello, los Estados miembros han cedido el ejercicio de competencias que, en principio, le son propias y, por ende, han limitado su autonomía para ceder las mismas a la Unión a fin de que esta última satisfaga los objetivos comunes¹⁰¹. Para ello, la UE se sirve de un conjunto de normas —derecho

¹⁰¹ En España, esta posibilidad de ceder competencias a favor de la UE está contenida en el artículo 93 de la CE, exponiéndose en el mismo que “*mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión*”. También la doctrina se ha encargado de analizar la integración de España en la UE sobre el principio de atribución de competencias. En este sentido, SARMIENTO ha declarado que “*el principio de atribución es la base sobre la cual se articula un sistema de reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión, donde los Estados miembros atribuyen un número limitado de competencias a la Unión y esta las ejerce con arreglo a las condiciones fijadas por los Tratados constitutivos*”. Vid. SARMIENTO, D. (2018). *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, pág. 106. ALONSO GARCÍA, razona respecto de las competencias de atribución que las mismas de han visto matizadas por los poderes implícitos. Señala a este respecto que “*encierra una doble formulación, amplia y restrictiva: de acuerdo con la primera, la existencia de un objetivo dado implica la existencia de cualquier poder, aun cuando no previsto expresamente, razonablemente necesario para alcanzar dicho objetivo; conforme a la segunda, la existencia de un poder dado implica también la existencia de cualquier otro poder razonablemente necesario para el ejercicio de aquel*”. Vid. ALONSO GARCÍA, R. (1994). *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 50. También COSCULLUELA ha razonado que la integración de España en la UE “no

originario y derivado— cuyas notas fundamentales son la aplicación directa en todos los EM, así como la supremacía de las mismas respecto de las legislaciones estatales.

En el ámbito que ahora nos ocupa, es decir, en relación con la regulación del mercado europeo a través de su protección mediante la defensa de la competencia, la misma se encuentra positivizada en los artículos 101 y 102 del TFUE. Estos preceptos proscriben los actos consistentes en pactos entre empresas o el abuso de una posición de dominio en el mercado que sean susceptibles de afectar al mercado interior de la UE, falseando el mismo. No obstante, la referida norma protege al mercado común de las actuaciones concurrenciales que puedan llevar a cabo las empresas, lo que no excluye que nuestro ordenamiento jurídico nacional haya de hacer lo propio para garantizar una competencia efectiva dentro del mercado nacional, lo que el legislador español materializó mediante la aprobación de la LDC¹⁰². Sin perjuicio de lo anterior, y tal y como se ha enunciado anteriormente, las legislaciones contenidas en ambos ordenamientos jurídicos han de ser compatibles entre sí, habiéndose dotado a la legislación europea de primacía respecto de las legislaciones nacionales, además de haberse reconocido la aplicación directa del DUE por los organismos y tribunales de los distintos EM¹⁰³.

se trata de la integración en una organización internacional clásica, por cuanto aquí se produce una cesión de competencias de cada Estado a la UE, que en virtud de los Tratados que la rigen puede aprobar un nuevo Derecho, que forma un auténtico Ordenamiento con los clásicos elementos que le atribuyera Santi Romano". Cf. COSCULLUELA MONTANER, L. (2022). *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*. Thomson Reuters, Cívitas, pág. 89. En el mismo sentido se pronuncia ALBERTI ROVIRA al afirmar que "estos objetivos y finalidades no dan lugar, por sí mismos, a competencias comunitarias, pero constituyen el primer paso hacia su definición y concreción, mediante la determinación en los Tratados de las acciones necesarias para lograr esos objetivos y, después, de las concretas actuaciones que se habilitan a favor de las instituciones comunitarias para llevar a cabo tales acciones". Cf. ALBERTI ROVIRA, E (2003). "La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros (Hacia una lógica constitucional más visible de la atribución de competencias a la Unión)" en *RVAP*, nº 65/2, págs. 46-47. También FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE razona al respecto que "la UE se basa en el principio de atribución. Esto es, que tiene las competencias que le son atribuidas expresamente por los Estados miembros en los Tratados"; añadiendo que "los estados miembros renuncian voluntariamente a ejercer las competencias que le atribuyen a la Organización Internacional —en el caso que nos ocupa, la UE— y que ésta ejercerá a partir de la adhesión del Estado miembro concernido sólo dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados en los tratados". Cf. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2015) "las competencias de la Unión Europea" en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (Coord.) *Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015, pág. 87.

¹⁰² Sin perjuicio de que el presente trabajo se centre en el análisis más actual de la legislación, es cierto que, con anterioridad a la entrada de España en la UE, en nuestro país ya se regulaban las prácticas restrictivas de la competencia en la ya derogada Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia.

¹⁰³ En relación con el principio de primacía es importante destacar que el mismo supone la inaplicabilidad de la normativa nacional cuando la misma contraviene lo dispuesto en el DUE. Ya lo advirtió DIEZ-PICAZO al manifestar que "habida cuenta de los principios de eficacia directa y de primacía (...) la norma sancionatoria nacional debe ceder". Vid. DIEZ-PICAZO, L.M. (1993). "Derecho comunitario y medidas sancionadoras". *REDA*. Cívitas, pág. 257. En términos similares lo declara GARCÍA DE ENTERRÍA al haber afirmado que "el desplazamiento de las normas procesales internas como una consecuencia del efecto

De ese modo, nos encontramos con una dualidad de legislaciones en materia de defensa de la competencia con consecuencias tanto para los operadores económicos —que deberán actuar con respeto a ambos ordenamientos jurídicos—, como para las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las mismas —que deberán sancionar

directo del Derecho Comunitario y la correlativa habilitación del juez nacional para asumir todos los poderes jurisdiccionales que sean precisos para proteger eficazmente los derechos surgidos del ordenamiento comunitario". Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1993). "La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho Comunitario. Sentencia *Borelli* de 3 de diciembre de 1992, del Tribunal de Justicia y el artículo 5 CEE". *REDA*, nº 78, pág. 328. Del mismo modo ALONSO GARCÍA concluye que "la primacía implica, en última instancia, el desplazamiento —en el sentido amplio de la expresión— de los ordenamientos jurídicos nacionales en caso de contracción con el Derecho europeo". Cf. ALONSO GARCÍA, R. (2005). "Constitución Española y Constitución Europea: guion para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía". *REDC*, nº 73, pág. 342. También MARTIN REBOLLO ha concluido al respecto que "el principio de primacía del derecho comunitario es un principio esencial de este derecho que resulta inherente a la propia naturaleza de la Unión. (...) como digo, es un principio que está estrechamente vinculado al basamento jurídico e institucional de la Unión, de manera que si una norma interna, cualquiera que sea, pudiera superponerse a la normativa comunitaria, ésta perdería su carácter común y se pondría en cuestión la propia base jurídica de la Unión". Vid. MARTÍN REBOLLO, L. (2016). "Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control". *RAP*, núm. 200, pág. 177. Del mismo tenor lo ha expuesto COSCULLUELA MONTANER, L. (2022:89-90); MOLINA DEL POZO, C.F. (2011). "Aplicación del Derecho comunitario y potestad sancionadora en el contexto de la Unión Europea". *RPAM*. Nº. 25, págs. 98-98; o FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2015:297). El propio TJUE se pronunció en este sentido en STJUE, de 15 de julio de 1964, C-6/64, *Flaminio Costa/ENEL*, afirmando que "considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad". En términos similares lo reitera en STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato / SpA Simmenthal*. Realmente el principio de primacía es la consecuencia directa de la obligación que tienen los órganos nacionales de aplicar directamente en Derecho de la Unión. Esta obligación ha sido declarada expresamente por el TJUE, habiendo afirmado en STJUE de 5 de febrero de 1963, C-26/62, *NV Algemene Transport-en Expeditie Inderneming van Geng & Loos / Nederlandse administratie der belastingen*, que "la función del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177, cuya finalidad es garantizar la unidad de interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, confirma que los Estados han reconocido al Derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos". En términos similares lo declara en STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato / SpA Simmenthal* al concluir que "estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquéllos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que sean parte en relaciones jurídicas sometidas al Derecho comunitario; que este efecto también afecta a los Jueces, que, cuando conocen de un asunto en el marco de su competencia, tienen por misión, en su calidad de órganos de un Estado miembro, la protección de los derechos concedidos a los particulares, por el Derecho comunitario; como es lógico, el hecho de que existan dos ordenamientos jurídicos paralelos, en ocasiones, lleva aparejado que las disposiciones contenidas en las normas de Derecho europeo y en las normas nacionales sean contrarias entre sí produciéndose, por tanto, una dicotomía entre ambas". En un sentido similar se pronuncia también en STJUE de 13 de noviembre de 1990, C-106/98, *Marleasing/Comercial Internacional de Alimentación*; o en STJUE de 26 de octubre de 2006, C-317/05, *G. Pohl-Boskamp*. También BACIGALUPO advierte que "el derecho comunitario puede ser invocado de forma directa ante los Tribunales nacionales". Vid. BACIGALUPO, E. (2010). *Sanciones administrativas (derecho español y comunitario)*. Colex, pág. 77.

cualquier incumplimiento independientemente del mercado en el que se produzca—¹⁰⁴. Pero, además, la dualidad también se manifiesta en los organismos con potestad para sancionar los incumplimientos del ordenamiento jurídico, debiendo distinguir —como se hará más adelante—, entre las potestades de las que goza la Comisión, la CNMC y las Autoridades Autonómicas de competencia. Sin embargo, antes de entrar de lleno a analizar los organismos con potestad para poder sancionar las conductas *antitrust*, es preciso hacer una sucinta referencia a la potestad sancionadora de la que gozan, de manera genérica, tanto nuestras autoridades de competencia nacionales como los propios organismos de la UE.

Para ello, lo primero que hay que tener en cuenta es la distinción existente entre las formas que tiene la Unión Europea para ejercer su competencia sancionadora, pudiendo distinguir entre una potestad sancionadora directa y, por otro lado, la potestad sancionadora indirecta. La primera de ellas se ejerce por los propios organismos de la UE, mientras que la segunda es ejercida por los órganos nacionales con competencia para ello cuando aplican en sus resoluciones el Derecho de la Unión Europea, compartiendo ambas los principios relativos al ejercicio de la potestad.

La potestad sancionadora directa, como se acaba de mencionar, entraña la capacidad de la que dispone la Unión para perseguir, con sus propios medios, los incumplimientos de

¹⁰⁴ Así lo plasma FONT GALÁN al afirmar que “*ni las mencionadas limitaciones a tales derechos soberanos de los Estados miembros suponen la erradicación de la facultad soberana de éstos para regular legalmente, en el marco específico de su jurisdicción territorial, el funcionamiento de la competencia económica en el mercado interno o nacional, ni la imperatividad y supremacía normativa del Derecho europeo de la competencia conlleva un efecto derogatorio o en todo caso excluyente de las legislaciones nacionales*”. Cf. FONT GALÁN, J.I. (1986). *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, pág. 84. También GUILLÉN CARAMÉS ha expuesto al respecto que “*ni las mencionadas limitaciones suponen la erradicación de la facultad de los Estados miembros para regular legalmente, en el ámbito de su jurisdicción territorial, el funcionamiento de la competencia económica en el mercado interno o nacional. Igualmente, tampoco se deriva de la supremacía del Derecho Comunitario, un efecto derogatorio o en todo caso, excluyente de las legislaciones nacionales en materia de competencia. Esta situación desemboca en la existencia de una doble legislación reguladora de la defensa de la competencia directamente aplicable en España: la legislación comunitaria y la legislación española*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2010). *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*. Thomson Reuters. AranzadI, pág. 73. En el mismo sentido, LINDE PANIAGUA declara que “*la circunstancia de que una materia esté protegida por la competencia exclusiva de la Unión no significa que los Estados miembros no puedan entrar a normar en la misma materia, o que no puedan dictar actos ejecutivos, si el acto legislativo o ejecutivo de la Unión les autoriza expresamente, o bien si el acto de la Unión solicita la colaboración de los Estados*”. Vid. LINDE PANIAGUA, E. (2012). “Naturaleza y caracteres de la Unión Europea” en LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGGESE, M. Y FUENTETAJA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, pág. 139.

las normas europeas; es decir, permite el ejercicio directo del *ius puniendi* —en sentido amplio—¹⁰⁵.

El respaldo legal bajo el que se asienta la potestad sancionadora directa de la Unión no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina¹⁰⁶. Fuera como fuese, de lo que no cabe duda es que, en relación con el derecho de la competencia, la potestad sancionadora se encuentra explícitamente enunciada en el artículo 103.2 del TFUE, previéndose en el mismo la posibilidad de establecer multas con el objetivo de garantizar el cumplimiento de los actuales artículos 101 y 102 del TFUE¹⁰⁷. En este sentido, tal y como se expondrá

¹⁰⁵ En este sentido lo expone FUENTETAJA al afirmar que “*al tratar el tema de la potestad sancionadora de la Unión Europea es necesario aclarar que la misma comprende, en sentido estricto, la potestad sancionadora directa que el Derecho Europeo atribuye a la propia Unión para establecer infracciones y sanciones europeas mediante actos legislativos europeos como para imponer dichas sanciones europeas ejerciendo tal potestad por las Instituciones, órganos y organismos de la Unión que conforman la Administración Europea. Pero también incluye, ya en sentido lato, una potestad sancionadora indirecta que la Unión ejercería a través de las Administraciones nacionales cuando ejecutan y aplican el Derecho europeo. (...) Tanto la potestad sancionadora directa —ejercida por la Administración europea— como la indirecta —ejercida por las Administraciones nacionales en ejecución descentralizada del Derecho Europeo— comparten conceptos y principios comunes (...)*”. Cf. FUENTETAJA PASTOR J.A. (2021). “La potestad sancionadora de la Unión Europea: fundamento y alcance” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador (2021)*. Thomson Reuters. Civitas, págs. 227-228. También distingue CARNEVALI entre las sanciones comunitarias indirectas y las directas, definiendo estas últimas como aquellas que “*su imposición corresponde a la Comisión y puede recurrirse al TJCE, siendo sus principales destinatarios las personas jurídicas*”. Cf. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001). *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*. Comares, pág. 169.

¹⁰⁶ A modo de ejemplo se puede observar cómo BACIGALUPO defiende que la base suficiente de la potestad sancionadora de la UE se puede encontrar en los artículos 40, 43.2.2 y 172 del tratado (Vid. BACIGALUPO, E. (2010:92), mientras que, de otro lado, DIAZ PICAZO Y CARNEVALI comparten postura afirmando que, si bien el art. 172 del tratado no constituye por sí solo base jurídica suficiente para afirmar la potestad sancionadora de la Unión, la interpretación finalista del mismo podría valer. Cf. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001:133) Y DIEZ-PICAZO, L.M. (1993:261-267). De acuerdo con una interpretación finalista de las normas comunitarias — en virtud de la cual los poderes conferidos a la Unión por los distintos Estados miembros lo están para garantizar el correcto desarrollo de los fines de ésta—, es medianamente pacífica la postura que admite como fundamento jurídico de la potestad sancionadora el artículo 172 en relación con el 235 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Así, partiendo del carácter procesal del artículo 172 del Tratado y en relación con los artículos 5, 100 y 235 del mismo, se ha interpretado que la expresión “*poderes de acción necesarios*” incluye la potestad sancionadora, entendiéndose que negarle la posibilidad de sancionar a la Unión Europea supondría negarle un instrumento de acción necesario para garantizar el cumplimiento de sus normas y, por ende, los fines previstos en los Tratados Constitutivos. Vid. Cf. DIEZ-PICAZO, L.M. (1993:261 y 267); CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001:129-131); o GUILLÉN CARAMÉS, J. (2010:60). Para ello, la sanción no se concibe tanto como una competencia de la que ha de gozar la Unión, sino más bien, como el instrumento necesario del que ha de disponer la misma con el fin de garantizar el cumplimiento de sus normas. Cf. FUENTETAJA PASTOR J.A. (2021:231).

¹⁰⁷ TFUE. Artículo 103. “2. *Las disposiciones a que se refiere el apartado 1 tendrán especialmente por objeto: a) garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 101 y en el artículo 102, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas; b) determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 101, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de asegurar una vigilancia eficaz y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo; c) precisar, eventualmente, respecto de los distintos sectores económicos, el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102; d) definir las respectivas funciones de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación de las disposiciones establecidas en el presente apartado; e) definir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte, y las disposiciones de la presente sección y*

a continuación, el organismo europeo con competencia para sancionar las conductas prohibidas en materia de defensa de la competencia es la Comisión Europea.

Por otro lado, en España, tal y como enuncia NIETO, la potestad sancionadora ejercida por la Administración deriva del genérico *ius puniendi* del Estado, coexistiendo con la potestad penal, de ahí que ambas manifestaciones compartan —en cierto modo— en el ejercicio de sus competencias los mismos principios generales¹⁰⁸. Dejando al margen las fundamentaciones que la doctrina ha realizado para tratar de justificar la división del *ius puniendi* del Estado, lo cierto es que la potestad sancionadora a favor de la Administración Pública se encuentra constitucionalmente garantizada en el artículo 25 de la CE, donde se faculta a la Administración para imponer sanciones administrativas con el único límite de que las mismas no consistan en penas privativas de libertad; de ahí que las Administraciones públicas puedan reaccionar sancionando a los sujetos responsables de los incumplimientos de la Ley ¹⁰⁹.

las adoptadas en aplicación del presente artículo, por otra". En este sentido se pronuncia NIETO MARTÍN al afirmar que *"el Derecho comunitario cuenta con una serie de sanciones pertenecientes al denominado «derecho penal en sentido amplio» destinadas a reprimir las prácticas restrictivas de la competencia (arts. 85 y 86 TCE) y otra serie de ilícitos previstos en el TCECA, siendo la mayoría de los autores que se han ocupado de este tema de la opinión que varios preceptos del TCE confieren la capacidad para crear nuevas sanciones"*. Vid. NIETO MARTÍN, A. (1994). "Algunas formas de influencia del derecho comunitario sobre el derecho penal" en ADPCP. Pág. 395.

¹⁰⁸ En palabras del propio NIETO, *"la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico ius puniendi del Estado, que es único aunque luego de subdivide en estas dos manifestaciones"*. Cf. NIETO, A. (2012:46). En el mismo sentido TORNOS afirma que *"hoy ya nadie cuestiona que el Estado posee el Ius puniendi con el fin de tratar de evitar conductas que se consideran socialmente reprobables, y que en nuestro sistema jurídico este poder está reconocido al juez penal y a la Administración"*. Vid. TORNOS MAS, J. (2014). "¿Quién debe ejercer el «ius puniendi» del Estado? REDA, nº 161, Cívitas, pág. 11. ALARCÓN SOTOMAYOR también sostiene la misma tesis, afirmando que *"conviven, por tanto, en nuestro Derecho dos sistemas punitivos: el Derecho penal, que es aplicado por los jueces y tribunales, y el Derecho administrativo sancionador, que corresponde utilizar a la Administración"*. Cf. ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014). "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador". RAP, nº 195, septiembre-diciembre 2014, pág. 136. También COSCULLUELA se pronuncia a este respecto manifestando que *"en España, como en la generalidad de los Estados europeos, la potestad sancionadora de la Administración Pública coexiste con la Penal"*. Vid. COSCULLUELA MONTANER, L. (2022:364). FERNANDEZ FARRERES comparte lo mencionado por los autores precedentes, afirmando, además, que *"la existencia de una potestad administrativa que permite el ejercicio del ius puniendi del Estado al margen del poder judicial, sin perjuicio de que este pueda revisar a posteriori la correspondiente decisión administrativa sancionadora, confirma una vez más la peculiaridad del Derecho Administrativo"*. Cf. FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022:241).

¹⁰⁹ En relación con las tesis mantenidas por la doctrina para justificar la separación del ejercicio del *ius puniendi* estatal entre los tribunales penales y la Administración civil, existen alegatos que refieren la imposibilidad material de los tribunales de asumir la ingente cantidad de sanciones administrativas, la especialización de la Administración pública para conocer y resolver sobre determinados asuntos, etc. Así, por ejemplo, COSCULLUELA considera que *"para la justificación de la potestad sancionadora de la Administración pública se dan varias razones. La primera es la insuficiencia del aparato judicial para asumir todas las sanciones administrativas. (...). La segunda razón directamente relacionada con la anterior es la especialización de aparato administrativo en determinados sectores, para la apreciación de*

Este reconocimiento de la potestad sancionadora a favor de la Administración también ha sido declarado en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional. En este sentido, el TC en el fundamento jurídico segundo de la STC de 3 de octubre de 1983, afirmó lo siguiente:

“No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediatez de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra CE no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, ap. 3.º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos. Debe, pues subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que, de manera directa, se encuentran contemplados por el art. 25 CE y que dimanen del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos se transforman en derechos subjetivos de ellos

determinadas infracciones; especialización que no tienen como regla general los jueces. Otras razones son mas profundas. Se considera que el proceso penal es visto en nuestro ámbito cultural como una «pena» en si mismo con independencia del resultado del proceso. Percepción que no se tiene respecto del procedimiento sancionador, en el que el ciudadano lo ve muchas veces como un «accidente» que estadísticamente alguna vez le puede ocurrir, dada la proliferación de normas prohibitivas existentes”. Vid COSCULLUELA MONTANER, L. (2022:654). Por su parte, PARADA, tras criticar la organización del sistema punitivo español en contraposición con algunos de los países europeos, considera que deberían ser los tribunales penales los únicos con potestad para sancionar, debiendo conocer de las infracciones que se conozcan. Sin embargo, es consciente de que esto lleva aparejados dos problemas fundamentales, siendo los mismos *“un problema cuantitativo derivado de la masificación, en progresión creciente, de este tipo de infracciones, como ocurre con las infracciones de tráfico; un segundo problema es el de la coordinación: coordinación entre los órganos administrativos y los órganos judiciales, coordinación entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial”.* Cf. PARADA VÁZQUEZ, J.R. (1972). “El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal”. RAP, nº 67, pág. 55. GÓMEZ PUENTE defiende que el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la administración deriva del cumplimiento de la legalidad. En palabras del citado autor, *“la garantía última del cumplimiento de la legalidad viene dada por el ejercicio de la potestad punitiva del Estado que se atribuye a la Administración en razón del conocimiento directo e inmediato de la actividad que le reportan sus facultades de policía (de control e inspección)”.* Vid. GÓMEZ PUENTE, M. (2022). “El ordenamiento sancionador aeronáutico: tipicidad indirecta y competencia sancionadora” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador.* Thomson Reuters, Civitas, pág. 650. El artículo 25 de la CE que consagra la potestad sancionadora de las AAPP es del siguiente tenor: *“1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.*

*y consisten en no sufrir sanciones, sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas*¹¹⁰.

De este modo, tal y como dispone el artículo 25 de la LRJSP, la potestad sancionadora se ejercerá por la Administración cuando así lo haya reconocido una norma con rango de ley; concretamente, será el órgano administrativo al que expresamente se le haya atribuido mediante una ley o reglamento el ejercicio de la potestad sancionadora el órgano competente para ejercerla que, tal y como se expondrá a continuación, en el supuesto de defensa de la competencia que nos ocupa, serán la CNMC y las autoridades de defensa de la competencia autonómicas¹¹¹.

Una vez enmarcado el tema objeto de estudio del presente capítulo, habiendo definido el marco teórico general en el que se encuadra la potestad sancionadora tanto en la Unión Europea como en España, procede analizar, en un primer momento, los organismos sancionadores tanto en la UE como en España para aplicar el derecho en materia de defensa de la competencia para, en un segundo momento, hacer sucinta referencia a los principios que provenientes del derecho penal, se aplican de manera analógica —si bien con matizaciones— en el ejercicio de la potestad sancionadora.

II. LOS ORGANISMOS ENCARGADOS DE VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Como se acaba de exponer resumidamente en el apartado anterior, en la regulación de la defensa de la competencia nos encontramos con dos normas reguladoras paralelas pero interrelacionadas entre sí: la que emana de la UE, —concretamente los artículos 101 y 102 del TFUE— y la legislación nacional materializada en la LDC —sin perjuicio del desarrollo reglamentario que se ha llevado a cabo de la misma por el RDC—. Como

¹¹⁰ STC 77/1983, de 3 de octubre. En el mismo sentido lo ha declarado, entre otras, en STC 2/2003, de 16 de enero, afirmando que “*si bien nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que la ha admitido en el art. 25.3, dicha aceptación se ha efectuado sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos*”; o en STC 219/2007, de 8 de octubre donde se reitera la aplicación de los principios penales al procedimiento administrativo sancionador.

¹¹¹ El artículo 25 de la LRJSP es del siguiente tenor: “*1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril. 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario. (...)*”.

consecuencia de lo anterior, también nos encontramos con una dualidad de organismos encargados de velar y, en su caso, reprimir y sancionar, las conductas contrarias a las leyes: la Comisión Europea y la CNMC. Sin embargo, tal y como se desarrollará a continuación, la aplicación y fiscalización de las conductas contrarias a los artículos 101 y 102 del TFUE se caracteriza por la descentralización, no siendo competente únicamente la Comisión para reprimir estos comportamientos. Por último, es necesario destacar que además de los dos organismos anteriores, también se encuentran legitimadas para sancionar con base exclusivamente en la legislación nacional y siempre dentro del ámbito de su Comunidad Autónoma las autoridades autonómicas de competencia¹¹².

Si bien es cierto que tanto la Comisión como la CNMC tienen atribuidas otras funciones en relación con el mantenimiento efectivo de la competencia en el mercado, con el fin de no desviarnos del contenido del presente estudio, el análisis se centrará en exclusiva en la potestad que ambas autoridades tienen para sancionar las conductas anticompetitivas¹¹³.

1. LA DESCENTRALIZACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LOS ILÍCITOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA REGULADOS EN LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DEL TFUE.

Como se acaba de exponer, la fiscalización de la actuación de las empresas en el mercado europeo no recae en un único organismo con competencia para sancionar, sino que la misma se haya descentralizada. De este modo, serán competentes para sancionar los

¹¹² Sin perjuicio del análisis que se llevará a cabo en las páginas siguientes, la potestad para sancionar de las Autoridades Autonómicas de Competencia encuentra su base en el artículo 1.3 de la LCC. En este sentido lo declara GUILLÉN CARAMÉS, concluyendo que *“las competencias ejecutivas sobre este ámbito corresponden a las CCAA, si bien, en aquellos supuestos en los que la conducta anticompetitiva altere o pueda alterar el comercio supraautonómico o el conjunto del mercado nacional será el Estado el que tenga la competencia de ejecución con la finalidad fundamental de salvaguardar la unidad de mercado, competencia que encuentra su razón de ser en el art. 149.1.13º”*. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005). *Libre competencia y Estado autonómico*. Marcial Pons, pág. 178.

¹¹³ En relación con la CNMC y a simple modo ejemplificativo se puede destacar que en materia de defensa de la competencia, además de la capacidad que tiene para perseguir y sancionar los ilícitos anticoncurrenciales, la CNMC goza de la potestad para controlar las concentraciones económicas que pudieran darse en el mercado a fin de evitar que las mismas supongan una amenaza para con el mercado; también tiene atribuida la potestad para vigilar el cumplimiento de las resoluciones dictadas en los procedimientos sancionadores; también tiene la obligación de cooperar y coordinar con el resto de autoridades autonómicas, etc. Parecidas funciones tiene atribuida la Comisión Europea en materia de defensa de la competencia, gozando, además, de otras funciones ajenas a la competencia tales como el seguimiento del cumplimiento de la normativa de la UE por los distintos EM o la ejecución del presupuesto de la UE y así se le ha reconocido en el artículo 17 del TUE.

ilícitos en materia de defensa de la competencia con base en el incumplimiento de los arts. 101 y 102 del TFUE tanto la Comisión Europea como las autoridades de competencia de cada uno de los Estados miembros, reservándose la intervención de la primera, tal y como se expondrá a continuación, para las infracciones más graves o aquellas que mayores perjuicios tengan para con el mercado común¹¹⁴.

La Comisión Europea, en lo que ahora nos interesa, actúa como la autoridad de competencia que ostenta la potestad sancionadora directa de la UE y ha sido definida como “*la institución diseñada para asumir en la estructura político administrativa europea la función ejecutiva. Todas las funciones que se le asignan explícitamente en los Tratados así lo demuestran (art. 17.1 TUE), tanto su actividad de supervisión del cumplimiento del Derecho Europeo como de motor de la integración*”¹¹⁵. Concretamente, “*la Comisión es responsable de la ejecución y de la orientación de la política comunitaria en materia de competencia*”, debiendo, para ello, “*proseguir una política general dirigida a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el Tratado y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas*”¹¹⁶.

En el marco de la defensa de la competencia, la Comisión tiene expresamente atribuida la potestad para sancionar tanto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como en el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la

¹¹⁴ Esta reserva a favor de la Comisión se encuentra positivada en el artículo 4 del Reglamento 1/2003, sin perjuicio de que el mismo texto legal, en su artículo 5, habilite a las autoridades de competencia de los distintos Estados miembros para conocer y sancionar las conductas anticompetitivas con base en los artículos 101 y 102 del TFUE, como se analizará a continuación con mayor detenimiento. A pesar de ello, tal y como se expondrá a continuación, actualmente son las autoridades nacionales las que suelen perseguir los incumplimientos de los artículos 101 y 102 del TFUE, reservándose la Comisión el conocimiento de aquellas infracciones más graves o las que mayor perjuicio tienen para con el mercado común. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2010:104; 109-110).

¹¹⁵ FUENTETAJA PASTOR, J.A. (2012). “Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea” en LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGGESE, M. Y FUENTETAJA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, pág. 230. En similares términos lo ha declarado RUILOBA ALVARIÑO, afirmando que la Comisión es “*una institución independiente de los Estados que lleva a cabo la gestión centralizada de los asuntos comunes a la Unión y que, de acuerdo al artículo 17.1 TUE, encarna el interés general*”. Cf. RUILOBA ALVARIÑO, J. (2015) “el sistema institucional” en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (Coord.) *Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015, pág. 196. También SARMIENTO ha declarado al respecto que “*la Comisión es la institución que mejor refleja el ideal europeo, y en su promoción y defensa debe volcarse exclusivamente. Por este motivo, la Comisión no es solo el poder ejecutivo de la Unión, sino también la «guardiana de los Tratados», la encargada de asegurar el cumplimiento del Derecho de la Unión en todo su territorio*”. Vid. SARMIENTO, D. (2018:87).

¹¹⁶ En este sentido lo ha afirmado el TJUE en STJUE de 28 de febrero de 1991, C-234/89, *Delimitis/Henninger Bräu* y STJUE de 7 de junio de 1983, C-100/80, *Musique Diffusion française/Comisión*. En términos similares, STJUE de 22 de junio de 2006, asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, *Bélgica/Comisión*; STJUE de 28 de junio de 2005, Asuntos acumulados C-189/02, C-202/02, C-205/02 a C-208/02 y C-213/02, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*; STG de 15 de julio de 2015, T-462/12, *Pilkington Group/Comisión*.

aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Concretamente, son los artículos 103 y 105 del TFUE y el artículo 4 del Reglamento 1/2003 los que positivizan la potestad que tiene la Comisión para investigar, instruir y sancionar las vulneraciones en materia de competencia¹¹⁷.

A pesar de que el poder sancionador de la Comisión ha sido puesto en duda, la jurisprudencia del TJUE se ha encargado de resolver cualquier incertidumbre al respecto y reconocérselo en tanto en cuanto esta potestad constituye la base para poder ejecutar las normas de la Unión y, por ende, conseguir los fines perseguidos¹¹⁸.

¹¹⁷ El artículo 104 del TFUE declara que “1. El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102. 2. Las disposiciones a que se refiere el apartado 1 tendrán especialmente por objeto: a) garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 101 y en el artículo 102, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas; 30.3.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/89 ES93 b) determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 101, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de asegurar una vigilancia eficaz y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo; c) precisar, eventualmente, respecto de los distintos sectores económicos, el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102; d) definir las respectivas funciones de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación de las disposiciones establecidas en el presente apartado; e) definir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte, y las disposiciones de la presente sección y las adoptadas en aplicación del presente artículo, por otra”. Por su parte, el art. 105 del mismo texto legal afirma que “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104, la Comisión velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102. A instancia de un Estado miembro o de oficio, y en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, que le prestarán su asistencia, la Comisión investigará los casos de supuesta infracción de los principios antes mencionados. Si comprobare la existencia de una infracción, propondrá las medidas adecuadas para poner término a ella. 2. En caso de que no se ponga fin a tales infracciones, la Comisión hará constar su existencia mediante una decisión motivada. Podrá publicar dicha decisión y autorizar a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias, en las condiciones y modalidades que ella determine, para remediar esta situación. 3. La Comisión podrá adoptar reglamentos relativos a las categorías de acuerdos sobre las que el Consejo haya adoptado un reglamento o una directiva con arreglo a la letra b) del apartado 2 del artículo 103”. En cuanto a las competencias de la Comisión, el artículo 4 del Reglamento 1/2003 expone que “a efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento”. También la doctrina ha razonado lo propio, habiéndose concluido por SÁNCHEZ SANTANA que “los Tratados han incorporado tradicionalmente medidas legales encaminadas a regular estas no deseadas prácticas mercantiles y conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 103 del TFUE, el Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, actualmente en vigor y que sustituyó al primer Reglamento del Consejo 17/1962, de 6 de febrero, desarrolla la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (en lo sucesivo TFUE), encomendando a la Comisión Europea la lucha contra estas no deseadas prácticas, y otorgando lo que llamamos «tríada de potestades»: investigación, instrucción y ejecución del procedimiento e incluso la imposición de medidas cautelares, (Cfr. Artículo 8 Reglamento 1/2003), todo un elenco de potestades que dota a la Comisión de semejanzas a un Tribunal «strictu sensu”. Vid. SÁNCHEZ SANTANA, J.A. (2011). “La potestad sancionadora de la Comisión Europea. La presunción de inocencia, el principio «nemo tenetur prodere seipsum» y los derechos de defensa en la jurisprudencia del TJUE”. RDCE, nº. 15, enero – junio 2011, pág. 661. En el mismo sentido lo han declarado CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001:196-197) o MOLINA DEL POZO, C.F. (2011:112-113).

¹¹⁸ En este sentido se pronuncia el TJUE en STJUE de 17 de diciembre de 1970, C-25/70, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel/Köster*, declarando que “tanto el sistema legislativo del Tratado, reflejado en particular en el último guion del artículo 155, como la práctica constante de las Instituciones comunitarias establecen, de acuerdo con las concepciones jurídicas aceptadas en todos los Estados

La potestad sancionadora de la que goza la Comisión no se limita a la resolución del procedimiento sancionador con la imposición de la eventual sanción, sino que en la misma se integran también las facultades de instrucción del procedimiento y de ejecución de las resoluciones sancionadoras. De este modo, podemos afirmar que en el ámbito de la UE se concentran en la Comisión todas las facultades sancionadoras¹¹⁹.

Esta concentración de poderes en la Comisión no ha sido bien vista por parte de la doctrina, lo que ha supuesto críticas al respecto. Y es que, a pesar de haber incorporado al procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia numerosas garantías para los investigados provenientes de los procedimientos penales—tal y como se expondrá más adelante—, el hecho de que no exista una separación formal entre la fase de instrucción y de resolución del procedimiento podría suponer una vulneración del principio de imparcialidad¹²⁰. Sin embargo, esta separación sí que se encuentra

miembros, una distinción entre las medidas que se basan directamente en el mismo Tratado y el Derecho derivado, destinado a garantizar la ejecución de las mismas; que no se puede, pues, exigir que todos los detalles de los Reglamentos relativos a la política agrícola común sean elaborados por el Consejo según el procedimiento del artículo 43; que se cumple esta disposición cuando los elementos esenciales de la materia que hay que regular son aprobados de acuerdo con el procedimiento previsto en dicha disposición; que, por el contrario, las disposiciones de ejecución de los Reglamentos de base pueden ser aprobadas según un procedimiento diferente al del artículo 43, bien por el propio Consejo, bien por la Comisión en virtud de una habilitación de acuerdo con el artículo 155". En términos similares y con referencia expresa a la sentencia antes citada, el TJUE concluye en STJUE, 27 de octubre de 1992, C-240/90, Alemania/Comisión, que "procede afirmar que las medidas consistentes en establecer sanciones como incrementos o exclusiones en el caso en que el operador económico afectado comunique informaciones falsas a la Comisión no exceden del marco de ejecución de los principios establecidos en los Reglamentos de base y que, puesto que el Consejo no se la ha reservado, esta competencia puede ser objeto de delegación a la Comisión".

¹¹⁹ Esto es lo que SÁNCHEZ SANTANA ha denominado como la triada de potestades, siendo las mismas "investigación, instrucción y ejecución del procedimiento e incluso la imposición de medidas cautelares". Vid. SÁNCHEZ SANTANA, J.A. (2011:661). En contra de lo que ocurre en la UE, en España, pese a que toda la competencia sancionadora en materia de competencia le corresponde a la CNMC, lo cierto es que tal y como se expondrá a continuación, las fases de instrucción y de resolución del procedimiento sancionador están atribuidas a órganos diferentes.

¹²⁰ Esta ausencia de separación entre la fase de instrucción y de resolución del procedimiento sancionador ha sido cuestionada, entre otros, por MOLINA DEL POZO, C.F. (2011:116-117) o SÁNCHEZ SANTANA, J.A. (2011:669), los cuales afirman que ello puede suponer una quiebra de la imparcialidad que el órgano resolutor tiene que tener en estos procedimientos. Además de las críticas de la doctrina, esta acumulación de funciones por la Comisión ha sido alegada ante los órganos jurisdiccionales de la Unión, poniendo en duda la imparcialidad de la misma en la tramitación de los procedimientos en relación con el derecho de defensa y el acceso a los documentos. No obstante, la repuesta dada por el Tribunal se centra en la segunda parte del motivo referenciado, limitándose a señalar en relación con la separación de las fases del procedimiento que ambas están reconocidas a la Comisión en el Reglamento núm. 17. Así lo declara el TPI en STPI de 8 de julio de 2008, T-99/04, AC-Treuhand/Comisión, al afirmar en los apartados 47 y 48 que "el procedimiento administrativo con arreglo al Reglamento n° 17, que tramita la Comisión, se subdivide en dos fases distintas y sucesivas, cada una de las cuales tiene una lógica interna propia, a saber, una fase de investigación preliminar, por un lado, y una fase contradictoria, por otro. La fase de investigación preliminar, durante la que la Comisión ejerce las facultades de investigación previstas por el Reglamento n° 17 y que se extiende hasta el pliego de cargos, está destinada a permitir que la Comisión reúna todos los elementos pertinentes que confirmen o no la existencia de una infracción de las reglas sobre la competencia y adopte una primera postura sobre la orientación y la continuación que proceda dar al

consagrada en nuestro ordenamiento jurídico interno, concretamente, y con carácter básico, es el artículo 63.1 de la LPACAP el que dispone la necesaria separación entre la fase de instrucción y resolución del procedimiento sancionador, sin perjuicio de que han de ser las propias normativas sectoriales las que atribuyan las competencias a los órganos concretos (art. 25.1 LRJSP)¹²¹. De acuerdo con las exigencias legales impuestas, la LDC contempla la separación entre la fase de instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia, habiéndose atribuido a la Dirección de Competencia la primera, y al Consejo la facultad de resolver¹²².

Así, la Comisión Europea —sin perjuicio de que, tal y como se expondrá a continuación, la CNMC tenga competencia para sancionar con base en los artículos 101 y 102 del TFUE— se configura como el organismo principal cuyo cometido es velar por el buen funcionamiento del mercado común europeo, debiendo perseguir y sancionar las

procedimiento. En cambio, la fase contradictoria, que se extiende desde la notificación del pliego de cargos hasta la adopción de la decisión final, debe permitir que la Comisión se pronuncie definitivamente sobre la infracción. 48. Por un lado, en lo que se refiere a la fase de investigación preliminar, el Tribunal de Justicia ha puntualizado que dicha fase tiene como punto de partida la fecha en que la Comisión, en el ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 11 y 14 del Reglamento nº 17, adopta medidas que implican la imputación de una infracción y conllevan repercusiones importantes sobre la situación de las empresas sospechosas (...). Por otro lado, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que sólo al comienzo de la fase contradictoria administrativa la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento, y disfruta del derecho de acceso al expediente para garantizar el ejercicio efectivo de su derecho de defensa. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después del envío del pliego de cargos (...). En efecto, si ese derecho se extendiera al periodo anterior al envío del pliego de cargos se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la fase de la investigación preliminar, la empresa afectada estaría en condiciones de identificar las informaciones que ya son conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas”.

¹²¹ El artículo 63 de la LPAC declara que “1. Los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos. Se considerará que un órgano es competente para iniciar el procedimiento cuando así lo determinen las normas reguladoras del mismo. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. (...)”. Por su parte, el artículo 25 del referido texto legal, afirma que “1. (...). 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario”.

¹²² Así se declara expresamente en los artículos 49 y siguientes de la LDC. Concretamente, el apartado 1 de la LDC declara que “el procedimiento se inicia de oficio por la Dirección de Competencia, ya sea a iniciativa propia o del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o bien por denuncia. Cualquier persona física o jurídica, interesada o no, podrá formular denuncia de las conductas prohibidas por esta ley, con el contenido que se determinará reglamentariamente. La Dirección de Competencia incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas y notificarán a los interesados el acuerdo de incoación, excepto en el supuesto previsto en el apartado 4 de este artículo”. Por su parte, es el apartado 5 del art. 51 de la LDC el que faculta al Consejo para resolver los procedimientos sancionadores en esta materia, afirmándose en el mismo que “una vez instruido el expediente, la Dirección de Investigación lo remitirá al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, acompañándolo de un informe en el que se incluirá la propuesta de resolución, así como, en los casos en los que proceda, propuesta relativa a la exención o a la reducción de multa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 65 y 66 de esta Ley”.

conductas que pretendan corromperlo, además de ejecutar y orientar las políticas en materia de competencia, basando su actuación en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE. Sin embargo, la competencia para sancionar las conductas anticompetitivas que pongan en riesgo el mercado europeo no es exclusiva de la Comisión, habiéndose descentralizado la misma a favor de los organismos competentes de los distintos EM como consecuencia de la promulgación del Reglamento 1/2003. De este modo nos encontramos con una dualidad de autoridades de competencia —entendiendo que uno de ellos es la Comisión y otro el organismo competente de un Estado miembro— con capacidad para reprimir los incumplimientos de los arts. 101 y 102 del TFUE. En España, como ya se ha adelantado y se pasará a desarrollar a continuación, dicha competencia radica en la CNMC¹²³.

La CNMC —sin perjuicio de las competencias propias de las distintas autoridades de competencia autonómicas— es el organismo nacional encargado de velar por la existencia de una competencia efectiva en el mercado además de garantizar el buen funcionamiento del mismo tal y como se regula expresamente en el artículo 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; concretamente, es el artículo 29 del citado texto legal el que le atribuye la potestad para sancionar los incumplimientos del derecho de la competencia en todos los mercados o sectores de la economía del territorio nacional¹²⁴. Sin embargo, tal y como

¹²³ La configuración que las autoridades de competencia nacionales tengan es algo en lo que el legislador europeo no ha reparado, no imponiendo ninguna forma o requisito más allá de que habrán de aplicar el ordenamiento jurídico de la UE en materia de competencia. Así, podrán tratarse, según afirmó la STJUE de 30 de enero de 1974, C-127/73, *BRT/SABAM*, tanto de órganos administrativos como judiciales. En palabras del propio TJUE: “*que dicho artículo tiene por efecto que las autoridades de los Estados miembros -con inclusión en determinados Estados miembros de los órganos jurisdiccionales especialmente encargados de aplicar la normativa nacional sobre la competencia o de controlar la legalidad de dicha aplicación por las autoridades administrativas-son igualmente competentes para aplicar lo dispuesto por los artículos 85 y 86 del Tratado*”. En España, el legislador nacional encomendó desde el principio la fiscalización de la defensa de la competencia a una autoridad administrativa. Tal y como concluye FERNÁNDEZ LÓPEZ, “*en el caso español, las «autoridades nacionales», que son administrativas, aplicarán los artículos 85.1 y 86 TCEE (...) a fin de defender el criterio público de preservación de la competencia, sin que ello sea óbice para que los órganos jurisdiccionales apliquen las mismas normas en conflictos privados en virtud de su efecto directo*”. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. (1997). “*Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia*”. *Anuario de Competencia*, nº 1, pág. 223.

¹²⁴ Con anterioridad a la promulgación de la LCNMC las competencias de la CNMC se contemplaban en los artículos 12 y 24 a 26 de la LDC; no obstante, los presentes se encuentran actualmente derogados por la LCNMC. De este modo, el apartado segundo del art. 1 de la LCNMC establece que “*1. (...) 2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios*”; mientras que el artículo 29 consagra la potestad sancionadora de la CNMC afirmando al respecto que “*1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá facultades de inspección en el ejercicio de sus competencias. Asimismo, podrá*

explica CASTILLO BADAL, esta competencia sancionadora de la CNMC no puede entenderse autónomamente “*sino vinculado a la competencia sustantiva, en términos generales, de supervisión de los mercados*”¹²⁵.

Pero además, como se ha expuesto recientemente, la potestad sancionadora de la CNMC entraña el deber de persecución de los ilícitos anticoncurrenciales que afecten al mercado común europeo, siendo para este último los artículos 3 y 5 del Reglamento 1/2003 los que habilitan inequívocamente a las autoridades de competencia nacionales de los distintos EM para aplicar, en el ejercicio de sus funciones, las normas comunitarias sobre competencia¹²⁶. En el mismo sentido, el artículo 6 del Reglamento 1/2003 establece que “*los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y*

imponer sanciones de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título IV de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en el Título VI de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en el Título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en el Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, en el Título VIII de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en el título VII de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal y en el Título VII de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario.2. Para el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo. (...)”. También la doctrina ha declarado lo propio. Así MAGIDE HERRERO expone que “*como venía haciendo la CNC, la CNMC ejerce funciones de defensa de la competencia en todos los sectores o mercados económicos, y lo hace en todo el territorio nacional*”. Vid. MAGIDE HERRERO, M. (2020). “Del esquema institucional para la aplicación de esta Ley. De los órganos competentes para la aplicación de esta Ley” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. Y GUTIÉRREZ, A. (Dirs). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (sexta edición)*. Thomson Reuters. Civitas, pág. 875. En el mismo sentido lo entiende CASTILLO BADAL al concluir que “*igualmente, ejercerá sus funciones en relación con todos los mercados o sectores productivos de la economía*”. Cf. CASTILLO BADAL, R. (2022:72). En términos más ambiguos ÁLVARO MONTERO afirma que “*en el campo de la defensa de la competencia se reconoce la potestad sancionadora a los órganos reguladores previstos en la LDC y se materializa en la imposición de sanciones cuando un operador económico realiza conductas contrarias a la norma*”. Cf. DE ÁLVARO MONTERO, A (2008). “El régimen sancionador en la Ley de defensa de la competencia” en PAREJO ALFONSO, L. Y PALOMAR OLMEDA, A (Dirs). *Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*. La Ley, págs. 390-391.

¹²⁵ Cf. CASTILLO BADAL, R. (2022:72).

¹²⁶ El artículo 3 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado declara que “*I. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado. (...)”.* Del mismo modo, el art. 5 del citado texto legal afirma que “*las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes: orden de cesación de la infracción, adopción de medidas cautelares, aceptación de compromisos, imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional. Cuando la información de que dispongan no acredite que se reúnen las condiciones para una prohibición, podrán decidir asimismo que no procede su intervención”.*

82 del Tratado”. Concretamente, en España las competencias se dividen entre la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la civil —mercantil—. De este modo, en el ámbito de lo contencioso administrativo —y en cuanto a los procedimientos sancionadores se refiere— son competentes los juzgados de lo contencioso administrativo para conocer de los recursos que se interpongan contra las autorizaciones de entrada y registro acordadas por la CNMC, y la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional para resolver los recursos que se interpongan contra los demás actos dictados por la CNMC¹²⁷. En el ámbito de la jurisdicción civil, serán los juzgados de lo mercantil los competentes para conocer “*de las acciones relativas a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como de las pretensiones de resarcimiento del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia*”¹²⁸.

Así, la CNMC se ha configurado como el organismo estatal con potestades sancionadoras para fiscalizar la actuación de las personas jurídicas que operan en territorio nacional, pudiendo reprimir las prácticas contrarias a la competencia, no solo desde la perspectiva del Derecho de la Unión —cuando las conductas de las mismas afecten al mercado europeo—, sino también con base en el ordenamiento jurídico interno.

Esta habilitación a favor de las autoridades nacionales de competencia, tal y como argumenta GUILLÉN CARAMÉS, lleva aparejada como consecuencia positiva para el ordenamiento europeo que el mismo se aplique progresivamente de manera uniforme en

¹²⁷ Así viene expresamente regulado en el artículo 8 de la LRJCA que establece que “(…). Además, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, este se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición. (...)”. Por otro lado, la Disposición Adicional Cuarta garantiza en su apartado quinto que “(…). 5. Los actos y disposiciones dictados por la Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Consejo Económico y Social, Instituto Cervantes, Consejo de Seguridad Nuclear, Consejo de Universidades y Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, directamente, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. (...)”.

¹²⁸ Artículo 86 bis de la LDC. En el mismo sentido lo expone la DA primera de la LDC al afirmar que “1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de esta ley y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

los distintos Estados miembros, huyendo de la aplicación exclusiva del derecho nacional propio¹²⁹.

De este modo, la potestad para sancionar las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE que tienen las autoridades de competencia de los distintos Estados miembros constituirá la regla general, habiéndose reservado a la Comisión la competencia para sancionar los ilícitos más graves o con mayores consecuencias en el mercado común—sin perjuicio de la facultad que tiene de avocar para sí misma la competencia sancionadora de cualquier asunto del que tenga conocimiento aunque esté siendo instruido por una autoridad de competencia nacional—¹³⁰.

Así, la Comisión se configura como la autoridad central de orientación de la política comunitaria en materia de defensa de la competencia, gozando la misma de preferencia para conocer de la tramitación de determinados asuntos. Son los propios preceptos del Reglamento 1/2003 los que facultan a la Comisión para conocer de cualquier asunto en el que sean de aplicación los artículos 101 y 102 del TFUE, aunque exista un procedimiento iniciado por la autoridad competente de cualquier Estado miembro. Para ello, se regula la posibilidad —previa consulta a la autoridad nacional de que se trate— de que la Comisión pueda avocar para sí misma la competencia para tramitar un

¹²⁹GUILLÉN CARAMÉS razona al respecto que “*otra de las finalidades perseguidas por dicho precepto — haciendo alusión al artículo 3.1 del Reglamento 1/2003— radica en evitar que las autoridades nacionales apliquen en exclusiva el Derecho Nacional a asuntos que puedan afectar a las relaciones económicas transfronterizas, lo que podría dar lugar a decisiones diferentes entre los distintos Estados miembros, creando situaciones de inseguridad jurídica entre los operadores económicos en dichos mercados. Al aplicar las autoridades nacionales el Derecho Comunitario de Competencia, se consigue como efecto principal la progresiva aplicación uniforme del mismo en todos los Estados miembros*”. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2010: 79).

¹³⁰ También es GUILLÉN CARAMÉS el que nos ilustra al efecto al argumentar que la verdadera finalidad del Reglamento 1/2003 es “*que la Comisión se encargue de controlar directamente los asuntos que, en su opinión, tengan una relevancia especial para el Derecho Comunitario, dejando el resto a la supervisión por parte de las autoridades nacionales*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2010: 104). LAGUNA DE PAZ declara que la atribución de la competencia para conocer de un asunto reside, como se expondrá más adelante en que habrá de ser la autoridad mejor situada la que resuelva el asunto. Así, el referido autor concluye que “*en principio, se entiende que la Comisión está bien situada para resolver cuando se de alguno de los tres supuestos siguientes: (i) los acuerdos o prácticas tengan efectos en más de tres Estados miembros; (ii) el asunto esté estrechamente ligado a otras disposiciones comunitarias cuya aplicación esté reservada a su competencia exclusiva, o cuya aplicación, por la Comisión sea más eficaz; (iii) se plantee una cuestión nueva*”. Por el contrario, “*se entiende que una autoridad nacional está bien situada para tramitar un asunto si se cumplen las tres siguientes condiciones: (i) que exista un vínculo material entre la infracción y su territorio (...); (ii) que la autoridad pueda poner fin a la infracción de manera efectiva, es decir, pueda ordenar su cese y —en su caso— sancionarla adecuadamente; (iii) que pueda reunir —en su caso, con ayuda de otras autoridades— las pruebas requeridas para probar la infracción*”. Cf. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2020). *Derecho administrativo económico*, Civitas, Thomson Reuters, pág. 1199.

procedimiento sancionador que ha sido incoado por una autoridad de competencia nacional, debiendo dejar de conocer esta última del asunto de que se trate¹³¹.

Tal y como expone GUILLÉN CARAMÉS, existen una serie de supuestos dentro de los cuales la Comisión puede ejercitar esa potestad, así como otros supuestos en los que se contempla que sea la Comisión la que conozca determinados asuntos por ser la autoridad mejor situada. Con ello lo que se pretende es reservar a la Comisión el conocimiento de aquellos incumplimientos más graves o que ocasionen mayor perjuicio al mercado común, confiando a los organismos competentes de cada Estado miembro el resto de incumplimiento menos graves o cuya complejidad no sea excesiva¹³².

¹³¹ De este modo, el apartado 6 del artículo 11 del Reglamento 1/ 2003 dispone que “*la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia*”. En este sentido, ALONSO GARCÍA razona que “*el objetivo de la citada disposición, que no es otro que el evitar el riesgo de decisiones contradictorias, nacional por un lado y comunitaria por otro, asegurando, además, la primacía de la decisión comunitaria sobre la nacional*”. Vid. ALONSO GARCÍA, R. (1990). “La aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado CEE por órganos administrativos y judiciales españoles”, *RIE*, vol. 17, nº2, pág. 442. En términos similares, ARAUJO BOYD concluye que “*no puede existir, estrictamente hablando, una concurrencia de procedimientos sino, a lo más, una sucesión de procedimientos. La autoridad nacional, en efecto, podría comenzar un procedimiento en aplicación de las normas comunitarias; pero lo debería cerrar tan pronto se produjese la intervención de la Comisión*”. Vid. ARAUJO BOYD, M. (1998). “La intervención concurrente de la Comisión y las autoridades nacionales de competencia en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE. Reflexiones desde la práctica”. *Anuario de competencia*, nº1, pág. 161. En términos similares, ARROYO APARICIO concluye que “*las autoridades de competencia de los Estados miembros quedan privadas de sus competencias una vez que la Comisión haya incoado un procedimiento para la adopción de una decisión con arreglo al capítulo III del Reglamento*”. Vid. ARROYO APARICIO, A. (2005). “La aplicación descentralizada de los arts. 81 y 82 del Tratado CE según el Reglamento CE núm. 1/2003” en FONT GALÁN, J.I. Y PINO ABAD, M. (Coords). *Estudios de derecho de la competencia*, Marcial Pons, pág. 259. En el mismo sentido lo declara STUCCHI, P. (2022). *Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, Aranzadi, pág. 123. En relación con la incoación de un procedimiento sancionador por la Comisión y la imposibilidad de que la autoridad nacional incoe paralelamente un procedimiento sancionador por los mismos hechos con base en ilícitos tipificados en los arts. 101 y 102 del TFUE se ha pronunciado el TJUE recientemente. Así, en STJUE de 20 de abril de 2023, C-815/21, *Amazon.com y otros/Comisión*, concluye que “*de ello se deduce que cuando, con arreglo al artículo 11, apartado 6, primera frase, del Reglamento n.º 1/2003, la Comisión incoa un procedimiento contra una o varias empresas por una presunta infracción de los artículos 101 TFUE o 102 TFUE, las autoridades de competencia de los Estados miembros quedan privadas de su competencia para investigar a las mismas empresas por las mismas conductas supuestamente contrarias a la competencia, producidas en el mismo o los mismos mercados de productos y en el mismo o los mismos mercados geográficos durante el mismo o los mismos períodos. Tal privación de competencia se justifica por el hecho de que las autoridades de competencia de los Estados miembros están facultadas para aplicar las normas de competencia de la Unión Europea de forma paralela a la Comisión, de modo que, como resulta del considerando 17 del Reglamento n.º 1/2003, este último tiene como objetivo, en particular, garantizar la aplicación coherente de las normas de competencia de la Unión y una gestión óptima de la red de autoridades públicas encargadas de la aplicación de estas normas*”.

¹³² Así, GUILLÉN CARAMÉS concluye que “*la comunicación sobre la ECN enumera en su apartado 54 una serie de supuestos en los que la Comisión Europea puede ejercitar esa facultad: a) los miembros de la Red prevén adoptar decisiones contradictorias en el mismo asunto; b) los miembros de la Red prevén adoptar una decisión que entra obviamente en conflicto con la jurisprudencia consolidada; en este supuesto, las normas establecidas en las sentencias de los tribunales comunitarios y las decisiones y reglamentos previos*

Una vez delimitada y expuesta la potestad que tiene la CNMC para aplicar tanto el Derecho de la Unión como la normativa nacional se hace necesario identificar los supuestos en los que se utilizará cada uno de ellos. Para poder resolver la cuestión planteada es tan sencillo como tener en cuenta el mercado afecto a la práctica anticompetitiva. De este modo, en aquellos casos en los que como resultado de la conducta anticompetitiva se vea afecto en exclusiva al mercado europeo, la CNMC habrá de resolver con base en la legislación comunitaria —sin perjuicio de que la Comisión pueda avocar el procedimiento y tramitarlo ella misma—; mientras que en el caso en el que la práctica anticompetitiva afecte solo al mercado nacional, la normativa aplicable al supuesto de hecho será la interna, en nuestro caso, la LDC¹³³. Todo ello sin perjuicio de

de la Comisión deberían servir como guía; con respecto a la apreciación de los hechos (por ejemplo, la definición del mercado), solamente una divergencia significativa justificaría una intervención de la Comisión; c) los miembros de la Red alargan indebidamente el procedimiento en el asunto; d) es necesario adoptar una decisión de la Comisión para desarrollar la política comunitaria de competencia, en especial cuando se plantea un problema de competencia similar en varios Estados miembros o para asegurar la aplicación efectiva; e) la autoridad interesada no se opone". Continúa relatando que "la Comunicación sobre la ECN establece en sus apartados 14 y 15 que la Comisión es la autoridad particularmente mejor situada para conocer de un asunto concreto en los siguientes supuestos: 1ª) cuando los acuerdos o las prácticas tienen efecto sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales); 2ª) cuando el asunto de que se trata está estrechamente vinculado a otras disposiciones comunitarias cuya aplicación está reservada a su competencia exclusiva o cuya aplicación por la Comisión redunde en una mayor eficacia; 3ª) cuando se plantee un problema de competencia nuevo y el interés comunitario requiera la adopción de una decisión de la Comisión para desarrollar la política comunitaria de competencia o para velar por su observancia efectiva". Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2010: 109-110). En términos similares, y con referencia a la antigua Comunicación 97/C 313/03 de la Comisión, de 15 de octubre de 1997, relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE, PETITBÓ JUAN Y BERENGUER FUSTER afirman que el reparto entre la Comisión y las autoridades nacionales se basa en criterios relativos a "la eficacia en la investigación y al lugar en el que se producen los efectos, a la naturaleza de la infracción, y, finalmente, a la especial importancia que determinados asuntos tienen para la comunidad", concluyendo en relación con los supuestos de especial importancia que "en esas circunstancias se encuentran los asuntos que plantean un problema jurídico nuevo; es decir, que no ha sido objeto de una decisión de la Comisión o una sentencia del TJCE; aquellos asuntos de importancia económica que además impliquen la obstaculización para que operadores de otros Estados miembros accedan al mercado y, finalmente, las prácticas que hayan sido realizadas por una empresa pública o bien por empresas a las que hayan concedido derechos especiales o exclusivos, o tengan encargada la gestión de servicios de interés económico general o tengan el carácter de monopolio". Cf. PETITBÓ JUAN, A. Y BERENGUER FUSTER, L. (1998). "La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos". *Anuario de la Competencia*, nº1, pág. 57. En el mismo sentido, CASES PALLARÉS concluye que la Comisión "podrá formular determinadas prioridades en su acción, de modo que determinados sectores o expedientes sean objeto de un profundo análisis y otros queden, por ahora, si no obviados, sí más alejados de sus preocupaciones". Vid. CASES PALLARÉS, LL. (1995). *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Marcial Pons, pág. 75. Del mismo modo LAGUNA DE PAZ, J.C. (2020:1199).

¹³³ Así lo declara BAÑO LEÓN al afirmar, en relación con las conductas que reprimen tanto el ordenamiento jurídico europeo como el nacional, que a pesar de que "ambos ordenamientos se enfrentan a las mismas conductas, aunque el Derecho Comunitario solo se ocupa de aquellas susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros, las limitaciones de la competencia que atañen únicamente a cada Estado miembro incumben a la legislación de cada país miembro". Cf. BAÑO LEÓN, J.M (1996). *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. McGraw-Hill, pág. 42. Igualmente, GUILLÉN CARAMÉS afirma que "debe mencionarse que el Derecho Comunitario se va a

que, tal y como se expondrá a continuación, en aquellos supuestos en los que la CNMC incoe un procedimiento y la conducta anticompetitiva lo sea tanto con base en la legislación europea como en la nacional, la CNMC pueda declarar simultáneamente la infracción de ambos ordenamientos jurídicos¹³⁴. No obstante, la CNMC no es la única autoridad competente para sancionar los incumplimientos de la LDC, compartiendo la competencia sancionadora, tal y como se expondrá a continuación, con las autoridades autonómicas de competencia.

2. EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA REPRIMIR Y SANCIONAR LAS INFRACCIONES DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LA CNMC Y LAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE COMPETENCIA.

Tal y como se ha reiterado a lo largo del presente capítulo, la defensa de la competencia en el mercado europeo está atribuida, de manera descentralizada, tanto a la Comisión como a las autoridades de competencias de los distintos EM, encontrándonos, en nuestro caso, con que la CNMC tiene la potestad para incoar procedimientos sancionadores que afecten al mercado común y sancionar a los responsables de los mismos por haber incumplido los artículos 101 o 102 TFUE. Sin embargo, la configuración de la CNMC como organismo fiscalizador de la competencia cuando se ve afecto el mercado común no excluye a la misma de la obligación que tiene para con el mercado nacional, debiendo sancionar también las conductas que con base en la LDC hayan de declararse anticompetitivas, todo ello como consecuencia de la dualidad de legislaciones en materia de defensa de la competencia que coexisten en nuestro ordenamiento jurídico.

ocupar de aquellas conductas susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros, mientras que, si las limitaciones de la competencia no trascienden al mercado europeo, y atañen únicamente a un Estado miembro, serán de la competencia de las normas internas de competencia". Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2010: 91-92).

¹³⁴ Tal y como se expondrá a continuación con mayor detenimiento, la posibilidad de declarar la infracción en materia de competencia con base tanto en los artículos 101 y 102 del TFUE y la norma nacional quedó resuelta por el TJUE en STJUE de 13 de febrero de 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm y otros/Bundeskartellamt*, que concluyó al respecto que “*considerando que el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias las consideran desde puntos de vista diferentes; que, en efecto, en tanto que el artículo 85 considera las prácticas colusorias en razón de los obstáculos que de ellas pueden derivarse para el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas valoran dichas prácticas sólo en el marco de las consideraciones particulares en que se inspira cada ordenamiento*”. En parecidos términos se declaró en STJUE de 10 de julio de 1980, C-253/78, *Procureur de la République/Giry y Guerlain*.

De lo anterior, podemos concluir que la CNMC se configura como la autoridad que tiene atribuida la potestad sancionadora en materia de defensa de la competencia en España. No obstante, para la persecución de las conductas anticompetitivas de la LDC también nos encontramos con una dualidad de órganos que, dependiendo del mercado afectado por la práctica anticompetitiva, tienen competencia para sancionar: la CNMC y las autoridades autonómicas. De ahí que sea necesario delimitar el ámbito competencial de ambas.

Como punto de partida conviene resaltar que en aquellos casos en los que el mercado afecto por una práctica anticompetitiva se limite al mercado nacional o exceda del territorio autonómico —tal y como viene regulado en el artículo 1 de la LCC—, habrá de ser la CNMC la que, con base en los preceptos contenidos en la LDC, sancione a los responsables de las mismas¹³⁵. Para ello, la CNMC habrá de ajustar su actuación al procedimiento específico legalmente establecido al efecto en el título IV de la LDC y desarrollado por los artículos 25 a 39 del RDC con absoluto respeto a los principios que rigen el ejercicio de la referida potestad —arts. 25 a 31 de la LRJSP—, sin perjuicio de que el procedimiento sancionador se regirá, en lo no dispuesto por la normativa sectorial, por lo previsto con carácter general en la LPAC¹³⁶.

¹³⁵ En este sentido lo ha declarado el TJUE en STJUE de 13 de febrero de 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm y otros/Bundeskartellamt*, que “considerando que el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias las consideran desde puntos de vista diferentes; que, en efecto, en tanto que el artículo 85 considera las prácticas colusorias en razón de los obstáculos que de ellas pueden derivarse para el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas valoran dichas prácticas sólo en el marco de las consideraciones particulares en que se inspira cada ordenamiento”. En términos similares se declara en STJUE de 10 de julio de 1980, C-253/78, *Procureur de la République/Giry y Guerlain*. También nuestro TC declara lo propio, concluyendo en STC 208/1999, de 11 de noviembre, que “los efectos restrictivos de la libre competencia que, con independencia de su origen, determinan la aplicación de la normativa comunitaria, son aquellos que se producen “dentro del Mercado Común” y, por tanto, son “susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros” (arts. 85 y 86 TCE). Mientras que las legislaciones de éstos serán aplicables en relación con el mercado nacional, siempre que los efectos de las conductas o situaciones prohibidas no desborden este ámbito”. Sobre la potestad de la CNMC para perseguir los ilícitos anticoncurrenciales e iniciar los procedimientos sancionadores ya tuve la ocasión de pronunciar en FERNÁNDEZ BACARIZA, L. (2022). “La potestad de iniciación de procedimientos sancionadores: las resoluciones de la CNMC por las que se acuerda no iniciar procedimiento sancionador contra Uber/Cabify/Unauto (S/0637/18) y Glovo (S/0026/20)” en CARBONELL PORRAS, E. (Coord.), *Gobiernos Locales y economía colaborativa*, Iustel, págs. 211 y siguientes.

¹³⁶ La DA primera de la LPAC contempla la primacía de los procedimientos especiales en determinadas materias frente al procedimiento administrativo común previsto en esta Ley. Así, el legislador dispuso en el apartado primero de la DA primera que “los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales”. Por su parte, el artículo 45 de la LDC contiene una remisión a la antigua LPC, debiéndose entender actualmente esa remisión a la LPAC. Concretamente afirma que “los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Pero, tal y como se desarrollará a continuación, y como consecuencia del reparto competencial presente en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que muchas Comunidades Autónomas hayan decidido ejercer funciones ejecutivas de cara a garantizar la competencia en sus respectivos territorios, esto no supone de modo alguno que la CNMC pierda totalmente su capacidad de actuación. Así, la CNMC será competente para conocer de aquellas prácticas contrarias a la competencia cuyas consecuencias, aunque hayan sido realizadas en el territorio de cualquier Comunidad Autónoma que tenga competencia ejecutiva al respecto, trasciendan del mercado autonómico¹³⁷.

De este modo, la CNMC, además de ser el único organismo nacional con competencias para aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE, tendrá competencias para aplicar los artículos 1,2 y 3 de la LDC cuando las consecuencias del incumplimiento de los mismos afecten a todo el territorio nacional o excedan del territorio de una CA tal y como se prevé en el art. 1 de la LCC¹³⁸. Además, la CNMC será el órgano competente de representación, en materia de defensa de competencia, ante otras autoridades nacionales, internacionales o ante la Unión Europea, quedando el resto de las competencias en manos de los organismos autonómicos de competencia.

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley”.

¹³⁷ Así lo declaró expresamente el Tribunal Constitucional en STC 208/1999, de 11 de noviembre, al afirmar que “*la competencia ejecutiva que, en materia de defensa de la competencia, cabe atribuir a las Comunidades Autónomas, en virtud de la asunción de comercio interior se halla, pues, limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado con trascendencia extracomunitaria habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes; pero, con esas limitaciones, la competencia ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos, no puede resultar enervada por la legislación del Estado*”.

¹³⁸ Así lo ha declarado MAGIDE HERRERO, afirmando que “*la competencia de la CNMC se extiende lógicamente a todo el territorio nacional, de modo que podrá conocer de prácticas o actuaciones que se desarrollen en cualquier parte de ese territorio, si bien siempre que, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1/2002 y tratándose de prácticas a las que se refieren los artículos 1,2 y 3 de la LDC, esas «conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional»*”. Cf. MAGIDE HERRERO, M. (2020:875). La misma conclusión es expuesta por GUILLÉN CARAMÉS, afirmando al respecto que “*resulta evidente que existen una serie de actuaciones que quedan retenidas en poder del Estado por constituir elementos que sí afectan al interés general del mercado nacional*”, concretando, con base en el art. 1.5 de la Ley 1/2002, que serán competencias atribuidas en exclusiva a la CNMC el conocimiento “*de los aspectos relacionados con las concentraciones y ayudas públicas, así como los reglamentos de exención*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2015) “Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y las autoridades autonómicas en la aplicación del Derecho de la Competencia”. *Estudios de Deusto*, vol. 63, enero-junio, pág. 62 y 63.

El punto de inflexión en la descentralización de la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia lo supuso la STC 208/1999, de 11 de noviembre, que aceptó incluir dentro del concepto de mercado interior la ejecución de la defensa de la competencia como materia perteneciente al mismo. De este modo, tras afirmar que la defensa de la competencia no se encuentra atribuida como tal al Estado, las Comunidades Autónomas que así lo hayan previsto en sus Estatutos de Autonomía, podrán ejercer funciones ejecutivas en esta materia¹³⁹.

La solución adoptada por el Tribunal Constitucional, sin embargo, no dejó de suscitar críticas entre la doctrina. Así, siguiendo la estela de GARRIDO FALLA que calificó como principio la defensa de la competencia —en lugar de como materia—, existen autores que consideraban que el hecho de que la defensa de la competencia tuviera incidencia en el mercado interior de las Comunidades Autónomas no suponía, por sí sola, la aceptación de que pasase a ser una competencia propia de estas; habiéndose afirmado que las competencias de las que disponen las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia son limitadas, no pudiendo ejecutar todas las actuaciones necesarias de cara a garantizar de manera efectiva la defensa de la competencia¹⁴⁰.

¹³⁹ Así, la STC 208/1999, de 11 de noviembre declara que “aun prescindiendo de esa conclusión, del simple hecho de que la totalidad de la defensa de la competencia no haya quedado reservada al Estado, sino sólo la legislación, cabría deducir inmediatamente que las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia han de estimarse, en alguna medida, atribuidas a las Comunidades Autónomas; conclusión a la que podría llegarse por un mero razonamiento a contrario: la atribución de la legislación al Estado comportaría, de suyo, la asunción, con el alcance que luego se dirá, de la ejecución por las Comunidades Autónomas recurrentes, en tanto no resulte incluida en otras competencias estatales. Pero, establecido que la materia “defensa de la competencia” puede quedar, al menos en parte, incluida en la de “comercio interior” y destacado el hecho de que, en tal materia, los Estatutos de Autonomía reconocen al Estado (como no podía ser menos según más adelante se dirá), la competencia de legislación, ha de concluirse nítidamente que, con ello, las Comunidades Autónomas recurrentes han asumido competencias ejecutivas en la materia, cuestión que, a tenor de las consideraciones anteriores, ha quedado zanjada desde el momento en que tales competencias han quedado, al menos en parte, incluidas en la de “comercio interior””.

¹⁴⁰ Así, GARRIDO FALLA redacta un voto particular en la STC 208/1999 en el que expone que “la defensa de la competencia es un principio estructural en el sistema de “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38 CE), sistema cuyo funcionamiento podría convertirse en anárquico sin una adecuada ordenación de la competencia en la totalidad de los sectores económicos (industrial, comercial, agrícola y de servicios) que componen el mercado nacional. De acuerdo con el art. 149.1.13 de nuestra Constitución, pertenece al Estado el título competencial (de carácter horizontal, según cierta terminología) para imponer tal ordenación. Cosa distinta, como quedó dicho, es que pueda reservarse la ejecución, en los términos expresados y siempre que se trate de comercio interior (es decir, intracomunitario y sin repercusión exterior), a las Comunidades Autónomas. (...). Como quedó dicho en el apartado anterior, la regulación de la competencia (es decir, su defensa) afecta no sólo a los comerciantes, sino a la totalidad de los sectores (industrial, de servicios...) que integran el mercado nacional y, sobre todo, actúa en un plano diferente y previo al de la regulación de las relaciones entre comerciantes y usuarios. Dicho de otra forma, el término “comercio” hace referencia, en primer lugar, al conjunto de relaciones que pueden darse entre comerciantes y usuarios -o entre aquéllos entre sí- cuyo objeto es el trueque o compraventa de mercancías. La regulación de estas relaciones puede ser objeto del Derecho mercantil en cuyo caso la

No obstante, y a pesar de las críticas de la doctrina, el fallo de la STC 82/1999 y el artículo 1.3 de la posterior LCC habilitan a las Comunidades Autónomas que así lo hayan previsto en sus Estatutos de Autonomía para crear las autoridades que estimen pertinentes de cara a ejercer las funciones ejecutivas en materia de competencia¹⁴¹.

competencia exclusiva corresponde al Estado "ex" art. 149.1.6 CE, o de legislación administrativa en defensa del consumidor, cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas recurrentes en virtud del título competencial "comercio interior" que se contiene en sus Estatutos de Autonomía; de hecho las Comunidades Autónomas han dictado leyes de comercio interior -ninguna de las cuales, por cierto, trata de defensa de la competencia- y establecen oficinas para atender las reclamaciones de consumidores y usuarios. En cambio, la "defensa de la competencia", como su propio nombre indica (y resulta ocioso recordarlo) atiende a un problema que es anterior, y constituye presupuesto, respecto de las susodichas relaciones, a saber: el de las relaciones recíprocas entre las distintas empresas (industriales, comerciales, de servicios) que constituyen el mercado nacional, por lo que el título competencial para su ordenación está en el art. 149.1.13 CE. El hecho de que esta regulación afecte también al comercio y a las relaciones de los comerciantes entre sí no debe confundirnos". Exhaustivo es tanto el análisis como la crítica que GUILLÉN CARAMÉS realiza respecto de la fundamentación jurídica y el fallo de la referida sentencia. Así, tras mostrarse en contra tanto de la interpretación inversa que el TC realiza del sistema competencial previsto en el TC —en virtud de cual el Estado ostenta la competencia residual sobre todas aquellas materias que no estén atribuidas de forma expresa a las CCAA—, como de la inclusión de la defensa de la competencia como materia subsumida en el comercio interior, el citado autor concluye que *“esta constatación no permite demostrar que la competencia de comercio interior subsuma la de la defensa de la competencia: en primer lugar, porque, en realidad, es la defensa de la competencia la que se proyecta sobre el comercio interior; y, en segundo lugar, porque el ejercicio de las competencias sobre el comercio interior pueden demandar que las Comunidades Autónomas lleven a cabo actuaciones destinadas a garantizar la defensa de la competencia, pero sólo en este ámbito y no en otros sobre los que también despliega su eficacia la defensa de la competencia”*. Además, GUILLÉN CARAMÉS señaló que, como consecuencia de la aplicación descentralizada de la defensa de la competencia, podrían darse disfuncionalidades en la unidad del mercado. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005: 133-136 y 148). En este sentido también lo declara BIGLINO CAMPOS y afirma que *“desde el punto de vista que se acaba de mencionar parece imposible entender, como hace el Tribunal, las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia en el título de mercado interior. Es cierto que entre ambos extremos existen ciertos puntos de contacto, porque los poderes públicos de las Comunidades Autónomas deben regular el comercio interior garantizando la defensa de la competencia. pero cabe añadir que dichas instituciones deberán respetar también otros preceptos y principios constitucionales que, no por ello, pasan a ser competencia de las Comunidades Autónomas. Sucede que, en cuanto a principio, la defensa de la competencia se proyecta en muchos ámbitos distintos, que incluyen el comercio interior pero que, a su vez, lo superan. En efecto, la defensa de la competencia afecta a todos los sectores económicos, por lo que influye, por ejemplo, en la estructura empresarial (limitando las concentraciones de empresas), en la producción y en el desarrollo técnico”*. Vid. BIGLINO CAMPOS, B (2000). “Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/1999, sobre la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia”. *REDC*. N°20, mayo-agosto 2000, pág. 311. En términos similares, MAGIDE HERRERO, M. (2000). “El reparto competencial en materia de defensa de la competencia. Perspectivas abiertas tras la STC 208/1999”. *RAAP*, n°17, pág. 526; o LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1999). “Defensa de la competencia y Comunidades Autónomas. Breve comentario a la STC 208/1999, de 11 de noviembre”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 36, págs. 124 y ss.

¹⁴¹ Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. Artículo 1. “(...). 3. *Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma (...)*”.

Pese a este reconocimiento, no todas las Comunidades Autónomas han decidido crear autoridades autonómicas de defensa de la competencia. Así, actualmente solo Andalucía, Castilla y León, Aragón, Galicia, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura y el País Vasco cuentan con autoridades autonómicas que ejercen funciones ejecutivas de defensa de la competencia¹⁴². El resto de CCAA han decidido no asumir competencias en esta materia, a excepción de Canarias donde han decidido asumir sólo la competencia inspectora y de instrucción, cediendo la resolución de los procedimientos a la CNMC¹⁴³.

¹⁴² En este sentido, y tras declararse en el artículo 47.1. 3º de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía que “1. *Son competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma: (...) 3.ª Las potestades de control, inspección y sanción en los ámbitos materiales de competencia de la Comunidad Autónoma, en lo no afectado por el artículo 149.1. 18.ª de la Constitución*”, se crea con la aprobación de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía la Agencia de Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía. El Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León se regula en el Decreto 15/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las funciones de la Comunidad de Castilla y León en materia de defensa de la competencia. En Aragón, el Tribunal de Defensa de la Competencia se crea por el Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia en Aragón. La Autoridad Catalana de Competencia, si bien se creó mediante la aprobación del Decreto 222/2002, del 27 de agosto, por el que se crean los órganos de defensa de la competencia de la Generalidad de Cataluña, actualmente se rige por lo dispuesto en la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia. En la Comunidad Valenciana, es la Comisión de Defensa de la Competencia la que, con base en el artículo 49.1. 35ª de su Estatuto de Autonomía, se encarga de fiscalizar la competencia efectiva en su territorio con base en las competencias atribuidas en el Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell, por el que se crea la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana y se aprueba su reglamento. La Autoridad Vasca de Competencia, sin perjuicio de que inicialmente se crease su predecesor mediante el Decreto 81/2005, de 12 de abril, de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi, actualmente se encuentra regulada en la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia. Por su parte, es la Ley 2/2005, de 24 de junio, de creación del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura la que dota de competencias a la CCAA de Extremadura para el ejercicio de las competencias que le atribuyen en materia de defensa de la competencia. Por último, la Comisión Galega da Competencia fue creada mediante la aprobación de la Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia.

¹⁴³ En este sentido se declara en el Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda de Canarias. MAGIDE HERRERO relata al respecto que “*de acuerdo con lo anterior, se crearon en el ámbito autonómico la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía; el Tribunal Y el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón; el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León, el Tribunal catalán de Defensa de la Competencia, posteriormente sustituido por la Autoridad Catalana de la Competencia; el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana, posteriormente sustituido por la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana; el Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura; el Tribunal y posteriormente Consejo gallego de Competencia, ulteriormente sustituido por el Instituto Gallego de Consumo y de la Competencia; y el Tribunal y el Servicio vascos de Defensa de la Competencia, posteriormente sustituidos por Autoridad vasca de Competencia*”, para continuar analizando el caso de aquellas otras CCAA que optaron por no crear organismos específicos. Así, expone que “*este es el caso de Madrid, Cantabria, Castilla- La Mancha, Islas Baleares, Navarra, el Principado de Asturias, La Rioja y la Región de Murcia. Por su parte, en la Comunidad Autónoma de Canarias de produce una situación peculiar y difícilmente compatible con la distribución estatutaria de competencias interpretada a la luz de lo fallado en la Sentencia del TC 208/1999: existe un Servicio Canario de Defensa de la Competencia con funciones de instrucción, pero la resolución de los procedimientos instruidos por aquel se ha venido estimando competencia de la CNC (y ahora de la CNMC) hasta que no se cree un organismo u órgano propio autonómico con funciones decisorias*”. Cf. MAGIDE HERRERO, M (2020:878-879). También MARCOS, F. argumenta que pese a que actualmente ni Madrid ni Castilla-La Mancha cuentan con órganos

De este modo, aquellas CCAA que hayan decidido crear organismos de competencia autonómicos por estar previsto en sus Estatutos de Autonomía, serán estos los encargados de reprimir las conductas anticompetitivas que se circunscriban en exclusiva a mercados de su territorio. Sin embargo, para aquellas CCAA que no cuenten con tales órganos será la CNMC la que asuma la competencia sancionadora para las infracciones de la LDC en virtud de lo establecido en el artículo 4.1 de la Ley 1/2002¹⁴⁴.

Si ponemos el foco en el primer caso, es decir, en aquellas Comunidades Autónomas que han decidido desarrollar una organización completa que permita el ejercicio de las competencias de defensa de la competencia, es menester determinar y concretar sus potestades reales teniendo en cuenta que estas coexisten con las del Estado. Por ello, lo primero que conviene destacar es que los organismos autonómicos de defensa de la competencia tendrán potestad para aplicar, exclusivamente el derecho nacional, proscribiéndose por el artículo 1.5 de la LCC toda actuación que tenga que ver con la aplicación del Derecho europeo por estar su competencia atribuida en exclusiva a la CNMC como ya se ha expuesto con anterioridad¹⁴⁵.

de defensa de la competencia, si que los tuvieron hasta el año 2011, de modo que “*en diciembre de 2011 se extinguió el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, y en julio de 2011 fue suprimido el tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla- La Mancha*”, para continuar detallando aquellas CCAA que cuentan con autoridades de competencia propias, concluyendo que “*desde 2011, diez CCAA han creado autoridades de defensa de la competencia (Cataluña, Galicia, Madrid, País Vasco, Extremadura, Aragón, Castilla y León, Castilla- La Mancha, Valencia y Andalucía), con diferentes articulación y organización jurídica, que han asumido dichas competencias, aunque con actividades y rendimiento desiguales en la práctica*”. Vid. MARCOS, F. (2012). “Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción”. *RAP*, núm. 188, págs. 338-340. En términos similares, LÓPEZ BENÍTEZ, además de nombrar las comunidades que han creado organismos de defensa de la competencia autonómicos, analiza detalladamente dos de los modelos organizativos: el catalán y el murciano. Cf. LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2005). “La defensa de la competencia en el estado de las autonomías: el tribunal de Defensa de la Competencia estatal y los tribunales autonómicos” en FONT GALÁN, J.I. Y PINO ABAD, M. (Coords). *Estudios de derecho de la competencia*, Marcial Pons, págs. 135-147.

¹⁴⁴ En este sentido se declara en el artículo 4 de la LCC que es del siguiente tenor: “*1. El Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas para la instrucción y resolución de los procedimientos que tengan por objeto conductas que sean competencia tanto del Estado como de estas últimas. Dichos convenios establecerán las formas y mecanismos concretos a través de los cuales se instrumentará la referida colaboración. (...)*”. También en el mismo sentido lo señala GUILLÉN CARAMÉS, concluyendo que “*es de suponer, por tanto, que habrá CCAA que no desarrollen una organización específica, atribuyendo al Estado, mediante el empleo del instrumento de los convenios de colaboración, la facultad para instruir y resolver los expedientes de ámbito infraautonómico que serán de los relativos a procedimientos sancionadores y a la concesión de autorizaciones singulares que son los ámbitos de defensa de la competencia que en un principio son de competencia autonómica*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005:185).

¹⁴⁵ Así, el apartado 5 del artículo 1 de la LCC declara que “*(...) 5. Corresponderá en todo caso al Estado: (...) d) La aplicación en España de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, de acuerdo con lo dispuesto al respecto en el artículo 25 c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*”.

Dentro de la normativa nacional, tal y como se regula en el artículo 13 de la LDC, las autoridades autonómicas de competencia podrán desarrollar funciones ejecutivas en relación con la defensa de la competencia, es decir, dictar actos administrativos que apliquen la normativa nacional, incluyéndose en los mismos los actos resolutorios de los procedimientos sancionadores¹⁴⁶. En palabras de GUILLÉN CARAMÉS, las competencias de las autoridades de competencia autonómicas consistirán en “*preservar el funcionamiento del mercado intracomunitario y procurar una competencia efectiva del mismo, mediante el ejercicio de las funciones de instrucción, resolución, inspección, así como la consultiva que viene especialmente atribuida a dichos órganos por sus Leyes correspondientes*”¹⁴⁷.

Al ceñir el ámbito de actuaciones de las autoridades autonómicas a su propio territorio, la CNMC será el órgano competente para conocer de aquellos procedimientos que incidan de manera global en el territorio nacional o que excedan del territorio de una Comunidad Autónoma¹⁴⁸. Así, la propia LCC hace una reserva expresa a favor del Estado en su artículo 1, tanto para aquellos supuestos en los que las consecuencias de la práctica anticompetitiva tenga incidencia en más de una comunidad autónoma o afecte al mercado

¹⁴⁶ El artículo 13 de la LDC es del siguiente tenor: “1. Los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de esta Ley ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley de acuerdo con lo dispuesto en la misma y en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. (...)”. La duda acerca de lo que pueden considerarse actos ejecutivos la resuelve TORNOS MAS al declarar que “la función ejecutiva se reduce a los actos administrativos de aplicación o a los reglamentos organizativos, en tanto que estos últimos se limitan a estructurar el aparato administrativo que ha de ejercer las funciones ejecutivas”. Cf. TORNOS MAS, J (1999). “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989”. *Anuario de la competencia*, nº1, págs. 104-105. También MARCOS ha afirmado que “las competencias autonómicas se limitan a la aplicación de las normas sancionadoras de defensa de la competencia a aquellas conductas prohibidas que restrinjan o distorsionen la competencia”. Vid. MARCOS, F. (2012:339-340).

¹⁴⁷ Cf. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2015:42).

¹⁴⁸ En este sentido REBOLLO PUIG, haciendo referencia a la LDC concluye que “la ejecución de esa legislación en cuanto a los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas está repartida: es autonómica en la medida en que el asunto afecte solo al ámbito interno de la Comunidad Autónoma; cuando supere el ámbito autonómico pasa a ser competencia estatal”. Vid. REBOLLO PUIG, M. (2005). “Competencia sobre competencia” en FONT GALÁN, J.I. Y PINO ABAD, M. (Coords). *Estudios de derecho de la competencia*, Marcial Pons, pág. 70. En el mismo sentido, LÓPEZ BENÍTEZ expone que “la ejecución de la normativa sobre defensa de la competencia pasa a ser, por consiguiente, cometido que, por regla general, corresponde a las Comunidades Autónomas y que sólo excepcionalmente —cuando se den los criterios antes aludidos de que la práctica que pueda alterar la competencia afecte a un ámbito supracomunitario o al conjunto del mercado nacional— puede ser retenida por las instancias estatales”. Cf. LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2005:102). También han razonado lo propio GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005:175-178) o TORNOS MAS, J. (1999: 106).

nacional, como para conocer los procedimientos que tengan que ver con concentraciones económicas, ayudas públicas o reglamentos de exención¹⁴⁹.

Lo que sí es común tanto para las autoridades de competencia autonómicas como para la CNMC es que, en el ejercicio de la potestad sancionadora, su actuación habrá de respetar tanto el procedimiento legalmente previsto al efecto como los principios que rigen la misma y que, emanados del artículo 25 de la CE, se encuentran positivizados en los artículos 25 a 31 de la LRJSP. Dado la vinculación que los principios sancionadores tienen para con el presente trabajo —por consistir la tercera parte del mismo en un análisis de la adecuación que las resoluciones sancionadoras en esta materia tienen para con los mismos—, se hace necesario traerlos a colación y realizar un sucinto análisis de los mismos; acometido que pasaremos a abordar seguidamente.

III. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

¹⁴⁹ En este sentido se contempla en el apartado primero del artículo 1 de la LCC, garantizando que “corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas. 2. En todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos: a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma. b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma. (...)5. Corresponderá en todo caso al Estado: a) La aplicación de las normas contenidas en el capítulo II y en el capítulo III del Título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. b) La autorización, mediante reglamentos de exención, de categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas a que se refiere el artículo 5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. (...)”. En el mismo sentido lo detalla CONTRERAS DE LA ROSA, concluyendo no solo la potestad de las CNMC para fiscalizar la actuación anticoncurrencial de las empresas que excede del territorio de una CCAA o que afecta a la libre competencia a nivel nacional, sino también para aquellas conductas que afectan a la unidad de mercado, al equilibrio económico, concesión de autorizaciones singulares de las reguladas en el art. 4 LDC o los supuestos expresamente regulados en el apartado 5 del art. 1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero. Cf. CONTRERAS DE LA ROSA, I. (2005). “La descentralización de los órganos de defensa de la competencia” en FONT GALÁN, J.I. Y PINO ABAD, M. (Coords). *Estudios de derecho de la competencia*, Marcial Pons, págs. 327-329.

1. LA CONSAGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN LA UE Y EN ESPAÑA.

Como es sabido, la Administración tiene atribuida constitucionalmente la función de servir con objetividad a los intereses generales, habiéndosele otorgado para ello determinadas potestades que la hace situarse en una posición de supremacía respecto del resto de los ciudadanos. Aquí radica la fundamentación de la potestad sancionadora. Sin embargo, el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración no puede realizarse de manera arbitraria; por ello, como medio de control del ejercicio de la referida potestad, la misma habrá de respetar una serie de principios que actúan como garantía para con los investigados y, además, seguir el procedimiento legalmente establecido al efecto.

A pesar de que la teoría es clara al respecto, no siempre va acompañada de la consiguiente regulación que permita ajustar la potestad de la Administración a unos principios claros. Así ocurre con la legislación europea la cual, como ya denunció NIETO, es deficiente al no existir una regulación que recoja de manera expresa los principios que inspiran la potestad sancionadora, habiendo tenido que suplirse la misma jurisprudencialmente¹⁵⁰. La principal referencia a los principios que rigen la actuación sancionadora de los órganos de la UE —además de la CDFUE— está contenida en el artículo 215 del Tratado CEE, que ha configurado como fuente del DUE los principios generales de los distintos Estados miembros¹⁵¹.

¹⁵⁰ En este sentido, NIETO expone que “*la elaboración teórica de un Derecho Administrativo Sancionador —a falta de una regulación normativa— sobre la base de principios generales no debe sorprender a nadie y muchos menos a los españoles, que siempre hemos vivido en estas condiciones, puesto que nuestro Derecho Administrativo Sancionador ha sido y sigue siendo, tal y como desde el principio he puesto de relieve, un Derecho de formación pretoriana. Para el Derecho europeo es también una necesidad de la escasez de normas positivas y la cobertura jurídica es incluso expresa, puesto que, según el artículo 215 del Tratado CEE, los principios comunes a los Estados miembros constituyen una de las fuentes del Derecho Comunitario. La identificación de estos principios generales comunes no es, desde luego, tarea fácil, y corresponde al propio Tribunal*”. Cf. NIETO, A. (2012:65). También SORIANO aboga por la necesaria tipificación de los principios que han de regir en el procedimiento sancionador de la UE por considerar que “*una Unión Europea sin principios generales del Derecho es una organización huérfana de auténtica legalidad. Ésta no puede quedar confinada entre las reglas detallistas de la urdimbre de reglamentos y directivas, sin otra conexión entre sí que la genérica ejecución de los Tratados*”. Vid. SORIANO GARCÍA (2016). “Régimen sancionador: peculiaridades en el ámbito del Derecho de la Competencia y una reflexión general” en GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CUERDO MIR, M. (Dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Civitas-Thomson Reuters, pág. 49.

¹⁵¹ Así, el TCCEE “*En matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions*”.

De este modo, al no existir un catálogo o una lista taxativa que recoja los principios que han de regir la actuación de la Comisión Europea cuando la misma tramita procedimientos de naturaleza sancionadora, ha llevado a que sea el propio TJUE el que haya tenido que determinarlos e integrarlos en el ordenamiento jurídico europeo a través de su jurisprudencia, tomando como referencia los principios sancionadores de los distintos estados que integran la UE¹⁵².

NIETO ha descrito y explicado esta realidad químicamente a través de lo que el mismo ha denominado la teoría de los vasos comunicantes. De este modo, los principios que son de aplicación en los procedimientos sancionadores de los diferentes Estados miembros, el TJUE los integra en el ordenamiento jurídico europeo a través de la jurisprudencia; jurisprudencia que, por vincular a los Estados miembros, se aplica en todos ellos, consolidándose y produciendo, por tanto, una retroalimentación entre ambos ordenamientos jurídicos¹⁵³. Por ello, y en virtud de los principios de equivalencia y efectividad, podríamos concluir que los principios que son de aplicación a los procedimientos sancionadores en el DUE son muy similares o casi iguales a los que se aplican por las Administraciones Públicas nacionales al sancionar con base en nuestro ordenamiento jurídico interno¹⁵⁴. Es por ello por lo que los siguientes apartados del estudio se centrarán en analizar someramente los mismos.

¹⁵² En este sentido lo manifiesta CARNEVALI al afirmar que “*aunque la CE no cuente con un catálogo propio, el TJCE se ha encargado de precisar, conforme a una importante labor jurisprudencial, de qué manera éstos integran el Derecho Comunitario, llegando a confirmar principios generales de Derecho Comunitario*”. Cf. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001:136-137). En el mismo sentido lo advierte MOLINA DEL POZO, añadiendo que el TJUE “*puede decirse, que ha sido el encargado de establecer unos principios comunes y, en definitiva, una estructura uniforme de este Derecho sancionador europeo emergente. Efectivamente, el TJUE, en el desarrollo de la tarea de llevar a cabo la misión apuntada, ha acogido, interpretado y aplicado, los principios que los propios Estados miembros aplican en sus ordenamientos internos a la hora de reprimir infracciones del orden jurídico administrativo al ámbito de la unión y en relación con el Derecho comunitario*”. Cf. MOLINA DEL POZO, C. (2011: 107-108).

¹⁵³ En palabras del propio NIETO, “*con esta elaboración analítica («química») del Derecho Administrativo Sancionador de la Comunidad Europea se está produciendo una curiosa transmisión del pensamiento jurídico a través de los flexibles vasos comunicantes de la jurisprudencia. Tal como acaba de decirse, los principios más generalizados en algunos de los Estados miembros pasan a la Comunidad Europea por el canal de su Tribunal de Justicia, y desde allí se produce un efecto de retroalimentación, puesto que vuelven a los Ordenamientos jurídicos de los demás Estados ya con el marchamo del Derecho Comunitario, progresando con ello la homogeneización de todos los Derechos*”. Vid. NIETO, A. (2012:66).

¹⁵⁴ En este sentido, los principios de equivalencia y efectividad, como concreción del principio de igualdad, garantizan que las normas procedimentales que rigen los procedimientos europeos se apliquen de igual modo en los nacionales. En este sentido, Sarmiento ha concluido que el principio de equivalencia “*exige a los Estados miembros que las normas procesales que rigen los procesos judiciales nacionales se apliquen indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la violación del Derecho interno*”, mientras que el principio de efectividad garantiza que “*los Estados miembros, al prever el régimen procesal aplicable ante sus tribunales, no pueden articularlo de modo que*

En España, es pacífica la postura que considera la potestad sancionadora de las AAPP como una subdivisión del *ius puniendi* del Estado, coexistiendo con la penal; de ahí que los principios constitucionalmente garantizados para el orden penal sean de aplicación en los procedimientos administrativos sancionadores, si bien, con matizaciones¹⁵⁵. Es decir, la jurisprudencia del TC admite la traslación de las garantías del proceso penal recogidas

«haga imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión»”. Vid. SARMIENTO, D. (2018:443-444).

¹⁵⁵ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, tras exponer la jurisprudencia constitución que avala la traslación de los principios penales al ejercicio de la potestad sancionadora, concluyen que “*de este modo, la inmensa laguna que suponía la ausencia de un cuadro normativo general que definiere los principios generales de funcionamiento de las sanciones administrativas y de su aplicación se encuentra suplida por esa remisión general (que vendría impuesta por un principio constitucional, lo que supone su superioridad sobre cualquier eventual determinación contraria de las Leyes), a los «principios del orden penal», lo cual es de una extraordinaria importancia práctica, como bien se comprende*”. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R. (2022). *Curso de Derecho Administrativo II*. Civitas, Thomson Reuters, pág. 191. En el mismo sentido NIETO afirma que “*el alcance de este ius puniendi genérico aparece descrito en la STS de 4 de junio de 1986 en la que se alude a «todo derecho de carácter sancionador, esto es, tanto al Derecho penal común como al especial, tanto al Derecho penal general como al Derecho Sancionador Administrativo (...) por ser natural que el Estado, en el ejercicio de su potestad punitiva, sea cual sea la jurisdicción o campo en que se produzca, venga sujeto a unos mismos principios*». Cf. NIETO, A. (2012:52). También ALARCÓN SOTOMAYOR, tras remarcar la inexistencia de un reconocimiento explícito de los derechos aplicables al procedimiento sancionador en la Constitución, afirma el reconocimiento de los mismos por parte del TC en su jurisprudencia que la autora califica de prudente, advirtiendo que “*no afirma, sin más, la aplicación de todos los derechos del art. 24.2 de la CE al procedimiento administrativo sancionador, entre otras razones, porque algunos de ellos son absolutamente incompatibles con él. Y para los que sí admite cierta traslación, lo hace rodeándola de todo tipo de cautelas y matices, muchos más de los que ya el propio TC introduce para los aspectos sustantivos o materiales. Insiste en que no cabe una aplicación literal y que sólo se proyectan en el procedimiento administrativo sancionador «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica». O sea, no son todos los derechos del art. 24.2 de la CE, ni en todo su contenido ni extensión*”. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2007). *El procedimiento administrativo sancionador y los Derechos Fundamentales*. Thomson Civitas, pág. 32. En el mismo sentido FERNÁNDEZ SEGADO, refiriéndose a la posibilidad de aplicar analógicamente los principios penales al procedimiento administrativo sancionador, concluye que “*las garantías del «proceso debido», son aplicables no sólo en el proceso penal sino también en los procedimientos administrativos sancionadores con las matizaciones que resultan de su propia naturaleza, en cuanto que en ambos casos se ejercita el «ius puniendi» del Estado*”. Cf. FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2000). “El derecho a la libertad y a la seguridad personal. Su construcción jurisprudencial”. *RPAM*, pág. 64. COSCULLUELA, en relación con los principios del artículo 25 de la CE afirma que “*el Tribunal Constitucional interpretando el artículo 25 de la Constitución ha sentado la conclusión de que los principios que en él se contienen que son los clásicos del Derecho Penal, son también aplicables al Derecho administrativo sancionador*”. Cf. COSCULLUELA MONTANER, L. (2022:657). También BOUAZZA ARIÑO, en relación con la naturaleza de los delitos y las infracciones administrativas concluye que, al fin y al cabo, es algo que depende de la voluntad del legislador. En palabras del citado autor, “*la naturaleza administrativa o penal de una sanción en sí misma no tiene por qué determinar el reconocimiento de diferentes derechos y garantías en el ámbito interno. El legislador podría optar, por ejemplo, por la asimilación de los regímenes jurídicos aplicables a las sanciones, lo que en mi opinión, jugaría un papel importante desde la perspectiva del principio de subsidiariedad. (...). No obstante, ello, si consideramos que no existe una diferencia ontológica entre la sanción administrativa y la penal, debería reducirse sustancialmente la discrecionalidad del legislador ya que no se comprendería la diferencia de régimen jurídico aplicable. Tal diferencia quizá encontrará una mejor justificación en un criterio de competencia en base a una decisión de política jurídica por la que el legislador decide qué materias penales convendrá atribuir a la competencia de los tribunales y cuáles a las de la administración*”. Cf. BOUAZZA ARIÑO, O. (2022). “Sanciones administrativas y garantías del proceso penal en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *RDCE*, núm. 72, págs. 529-530.

en los artículos 24 y 25 de la CE al procedimiento administrativo sancionador, si bien esta trasposición deberá efectuarse con cautela ya que ni se admiten todos, ni se pueden aplicar de manera automática, máxime si tenemos en cuenta que en el presente estudio los principios habrán de aplicarse a personas jurídicas¹⁵⁶.

Como consecuencia de todo lo mencionado hasta ahora y teniendo en cuenta que el presente estudio se basa en el análisis que las resoluciones en materia de defensa de la competencia dictadas tanto por las autoridades de competencia como por los órganos jurisdiccionales tienen para con el principio de responsabilidad personal y el resto de los principios, es necesario hacer una breve referencia a los principios que rigen en el procedimiento administrativo sancionador a fin de poder apuntar —porque el desarrollo se llevará a cabo en los siguientes capítulos— las deficiencias que los mismos plantean en su aplicación a las personas jurídicas en el ámbito de la defensa de la competencia. Si bien es cierto que tanto la LDC como el RDC guardan silencio al respecto, la aplicación supletoria de la Ley 40/2015, así como la aplicación directa del art. 25.1 CE y la jurisprudencia que desarrolla el mismo, consagran los principios que habrán de respetarse a la hora de imponer las sanciones que correspondan por el incumplimiento de las

¹⁵⁶ Así lo concluyó el TC en la STC 18/1981, de 8 de junio, que “*ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas*”. Siguiendo esa línea jurisprudencial, la STC 239/1988, de 14 de diciembre, diferenciado de la aplicación de estos principios a los procedimientos propiamente sancionadores de aquellos que simplemente restringen los derechos de los ciudadanos, concluyó que “*los postulados del art. 25.1 de la Constitución no pueden extenderse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica*”. Del mismo tenor son las STC 175/2007, de 23 de julio; STC 276/2000, de 16 de noviembre; STC 14/1999, de 22 de febrero; o STC 246/1991, de 19 de diciembre. En el mismo sentido lo declaró el TS, entre otras, en STS 2688/1980, de 29 de septiembre; STS 2128/1980, de 10 de noviembre; STS de 16 de diciembre de 2015 (rec. núm. 1973/2014); STS de 23 de noviembre de 2016 (rec. núm. 1003/2015); STS de 28 de septiembre de 2017 (rec. núm. 426/2015); STS de 19 de diciembre de 2018 (rec. núm. 3006/2016); STS de 22 de octubre de 2020 (rec. núm. 4535/2019); o STS de 7 de octubre de 2020 (rec. núm. 5429/2019). También la doctrina ha concluido lo propio. Entre otros, CANO CAMPOS, T. (2018:24); REBOLLO PUIG, M. (1989). *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, MAP, págs. 420 y siguientes; SUAY RINCÓN, J. (1989). *Sanciones administrativas*. Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, págs. 111 y ss; o GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1982) “La incidencia de la Constitución española sobre la potestad sancionadora de la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, *REDA*, nº 29, págs. 359 y ss.

disposiciones sobre competencia a las personas físicas o jurídicas que las hayan infringido¹⁵⁷.

Dejando al margen el principio de responsabilidad, pues el análisis del mismo ha ocupado gran parte de las líneas contenidas en el capítulo 1 de la primera parte del estudio por ser éste el hilo conductor del presente trabajo, lo que procede es pasar a conceptualizar y señalar las características principales del resto de principios que, debiendo operar en el procedimiento administrativo sancionador en materia de defensa de la competencia, se ven modulados —si no quebrantados— como consecuencia de los principios de equivalencia y efectividad en aras de garantizar la aplicación efectiva de la legislación, siendo estos el principio de legalidad, proporcionalidad, prescripción y *non bis in idem*.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS POSIBLES MODULACIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como se ha expuesto, el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración está presidida por una serie de principios —provenientes del ordenamiento penal— que actúan como garantías para los investigados en los mismos. No obstante, los referidos principios son fuertemente modulados —tal y como se expondrá en los capítulos siguientes— en la aplicación del derecho de la competencia, de ahí la importancia y la necesidad de estudiar el contenido de estos a fin de poder concluir si existe un quebranto de tales principios o, sí por el contrario, simplemente están aplicándose de manera más laxa.

En primer lugar, es preciso analizar el principio de legalidad reflejado en la expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* por ser el mismo la base de todo el sistema sancionador. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 49.1 de la CDFUE y

¹⁵⁷ Como es sabido, tanto la LDC como el RDC se limitan a regular el procedimiento sancionador en materia de competencia. A pesar de que no existe previsión expresa que recoge los principios que rigen dicho procedimiento, es cierto que en el título V del RDC podemos encontrar referencias implícitas a los principios de responsabilidad (ya que el artículo 61 del RDC establece los sujetos infractores), proporcionalidad (porque los artículos 62 al 66 establecen las sanciones a imponer así como los criterios que permiten graduar la sanción, llegando incluso a eximir a determinados infractores del pago de las mismas), y prescripción de las infracciones y sanciones (artículo 68 del mismo texto legal). El resto de los principios serán de aplicación por estar establecidos tanto en la LRJSP como en la jurisprudencia del TC y TS. Tal y como menciona CANO CAMPOS, el legislador perdió la oportunidad de incorporar a la ley 40/2015, de 1 de octubre, el catálogo real de los principios que rigen en el procedimiento sancionador, así como las aportaciones y matizaciones que el TC ha realizado de los mismos. Vid. CANO CAMPOS, T. (2016). “La nueva regulación de la potestad sancionadora de la Administración”. *RAP* N° 201, págs. 25-68.

en el art. 25.1 de la CE, habiéndose tipificado como principio rector de la potestad sancionadora de las AAPP en el art. 25 de la LRJSP¹⁵⁸.

El principio de legalidad entraña la garantía para los investigados en el procedimiento administrativo sancionador de que la tipificación de las infracciones, así como las sanciones a imponer deberán estar delimitadas legalmente con anterioridad a la comisión de las mismas, coincidiendo la doctrina con la jurisprudencia emanada del TC en virtud de la cual se concluyó que el principio de legalidad está compuesto por tres exigencias básicas: *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*¹⁵⁹. Estas tres exigencias básicas se traducen en

¹⁵⁸ El art. 25 de la CE establece en su apartado primero que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Del mismo modo, el art. 49.1 de la CDFUE declara lo propio respecto del ordenamiento jurídico internacional, siendo el tenor literal del mismo: “1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. (...)”. Por su parte, el art. 25 de la LRJSP, además de exigir la tipicidad propiamente dicho, reconoce el derecho al procedimiento sancionador, habiéndose declarado por el legislador que “1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril”.

¹⁵⁹ Así lo recoge el fundamento jurídico cuarto de la STC 133/1987, de 21 de julio, al afirmar que “de todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: La existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador”. También esta fundamentación es acogida por el Tribunal Constitucional en STC 61/1990, de 29 de marzo al afirmar que “partiendo del principio (STC 18/1981) de que la regulación de las sanciones administrativas ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal (doctrina también del T.S. y del TEDH), en ya numerosas Sentencias se ha declarado -dado que el principio de legalidad del art. 25.1 se traduce en un derecho subjetivo de carácter fundamental, SSTC 77/1983 y 3/1988- que dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal, interpretando así los términos «legislación vigente» del art. 25.1 de la C.E., sin admitir, salvo casos o hipótesis de normas preconstitucionales, la remisión al Reglamento”. En términos similares lo declara en STC 260/2007, de 20 de diciembre, concluyendo que “dicha predeterminación normativa supone la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) las conductas infractoras y conocer de antemano a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción de que pueda hacerse merecedor el infractor”. Del mismo tenor son las STC 283/2006, de 9 de octubre; STC 297/2005, de 21 de noviembre; STC 113/2002, de 9 de mayo o STC 75/2002, de 8 de abril. En el mismo sentido se pronuncia NIETO, concluyendo que “el principio de legalidad penal «prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas [y establece] que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal (principio de tipicidad) y asimismo que la ley penal que contenga la tipificación de delito y falta y su correspondiente pena ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión». Vid. NIETO, A. (2012:170). De igual modo, CANO CAMPOS

un doble mandato para el legislador; de un lado, la reserva legal —que hace referencia al rango de la norma que ha de contener la prohibición— y, de otro, la tipicidad de las infracciones y sanciones administrativas¹⁶⁰. No obstante, son varios los autores que han concluido que, además de las exigencias que el TC ha declarado que explícitamente integran el principio de legalidad tipificado en el artículo 25.1 de la CE, este se ve completado con muchas otras que se deducen directamente del mismo, como puede ser la prohibición de la analogía, la prohibición de la interpretación extensiva, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o el *non bis in idem* que, a día de hoy, han sido tipificados como principios propios y autónomos —aunque derivados del de legalidad— de la potestad sancionadora¹⁶¹.

afirma que el principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador “*exige una norma previa (que permite al ciudadano saber a qué acomodar su comportamiento e implica la prohibición de retroactividad in peius), una norma escrita (que excluye la costumbre y los principios generales del Derecho no positivizados como fuente del Derecho sancionador) y una norma cierta (que impone un determinado grado de precisión a las normas sancionadoras y excluye la analogía in mala parte y la interpretación extensiva)*”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018-26).

¹⁶⁰ En este sentido BUENO ARMIJO razona al respecto que “*este principio de legalidad sancionadora abarca, en realidad, una triple garantía: el principio de reserva de ley, el principio de tipicidad y el principio de irretroactividad. (...) Sin embargo, debido menor a la menor frecuencia con que resulta invocado (y menos aun aplicado) el principio de irretroactividad, son numerosísimas las resoluciones del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia ordinaria que en términos muy parecidos, se limitan a identificar el principio de legalidad sancionadora con la reserva de ley y la exigencia de tipicidad*”. Cf. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010:113-114). Por su parte, NIETO concluye que “*el principio de legalidad ofrece en el Derecho Administrativo Sancionador la misma ambigüedad que caracteriza todos los principios generales del Derecho, potenciada aquí aún más por la circunstancia de que integra dos elementos normativos —la reserva legal y el mandato de tipificación— que distan mucho de ser precisos separadamente considerados*”. Vid. NIETO, A. (2012:162). En términos similares lo han afirmado CANO CAMPOS, T. (2018:24-25); COSCULLUELA MONTANER, L. (2022:657); FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022:245); o GONZÁLEZ- VARAS IBÁÑEZ, S. (2023). *Derecho administrativo sancionador*, Aranzadi, págs. 26 y 27.

¹⁶¹ NIETO ha afirmado que “*el principio de la legalidad penal, tal como se ha elaborado en las culturas jurídicas occidentales, se extiende a un repertorio muy amplio de manifestaciones y garantías, entre las que se encuentran la reserva absoluta de Ley para la definición de las conductas constitutivas de delitos y de las correspondientes penas, la proscripción de la costumbre como fuente del Derecho, la prohibición de la analogía in malam partem y de la interpretación extensiva, la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo, la determinación, certeza o taxatividad de las normas penales, la prohibición del bis in idem, la garantía jurisdiccional y la garantía de la ejecución penal*”, para concluir que “*el artículo 25 de nuestra Constitución no reconoce en modo alguno el principio de la legalidad en su sentido amplio y propio, sino únicamente el de ciertos corolarios del mismo*”, y que “*el principio de legalidad específico que aquí interesa tiene mucho en común con la figura genérica; pero en estos momentos importa más subrayar lo peculiar que lo común. En todo caso, el punto de referencia más útil ha de ser el principio de legalidad penal, distinto ciertamente al nuestro, pero sobre todo el que ha influido sensiblemente tanto en la práctica como en la elaboración dogmática y, sobre todo, por la circunstancia de que con ambos puede formarse un cierto principio de legalidad punitiva perfectamente admisible a la sobra del artículo 25 de la Constitución*”. Vid. NIETO, A. (2012: 169 y 176-177). También CANO CAMPOS ha entendido al respecto que “*es evidente que el art. 25.1 de la CE no recoge expresamente todas esas exigencias y así lo ha reconocido el propio TC al afirmar que dicho precepto «roza el laconismo», pero añade de inmediato que presenta un contenido que «va más allá de sus palabras», por lo que «no obstante, su parquedad expresiva, el texto constitucional analizado hace algo más que asumir como propio el principio nullum crimen nulla poena sine praevia lege en su estricta formulación y lo incorpora con su entero significado y su proyección en otras facetas, como ocurre tantas veces cuando la Constitución, cuerpo vivo y documento*

Por su parte, el DUE también consagra el principio de legalidad para el procedimiento administrativo sancionador, de modo que, tanto las infracciones como las sanciones a imponer, deben tener un respaldo normativo previo y claro. Al igual que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico interno, se entiende cumplido este requisito cuando el infractor es capaz de conocer con la simple lectura del texto legal las consecuencias que llevan aparejadas las acciones calificadas como infracción¹⁶².

En este sentido y en materia de defensa de la competencia, son los artículos 62 y 63 de la LDC los que contemplan tanto las infracciones como las sanciones susceptibles de ser impuestas a los sujetos responsables de las prácticas anticompetitivas. Por su parte, son los artículos 101 y 102 del TFUE los que tipifican en el seno de la UE las prácticas *antitrust*, siendo el artículo 23 del Reglamento 1/2003 el que fija como sanción la multa que procede imponer por los incumplimientos de los artículos 101 y 102 del TFUE.

histórico, incide sobre tipos abstractos preexistentes cuyo perfil y sustancia da por sabidos, por estar enraizados en un subsuelo cultural. Por ello, este Tribunal ha ido poniendo de relieve, caso a caso, muchas de tales manifestaciones del principio de legalidad», haciendo posterior alusión al principio de culpabilidad, a los derechos fundamentales en el procedimiento sancionador, a la relevancia de las demás garantías constitucionales y a la positivización legal. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:26-27). En el mismo sentido, BUENO ARMIJO, tras señalar que el principio de legalidad está integrado por el principio de reserva de ley, la irretroactividad y el principio de tipicidad, añade que “*el mismo artículo 25.1 CE contenga, implícitamente, y según la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, otros principios fundamentales, como el mandato del non bis in idem o el principio de culpabilidad*”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 113-114).

¹⁶² En este sentido lo ha declarado la jurisprudencia del TJUE, habiéndose afirmado, entre otras, en STJUE de 25 de septiembre de 1984, C-117/83, Könecke/Balm, que “*hay que subrayar que una sanción, incluso de carácter no penal, sólo puede ser impuesta si se funda en una base legal clara y carente de ambigüedad*”. En el mismo sentido lo reitera en STJUE de 18 de noviembre de 1987, C-137/85 - Maizena/BALM. También en STJUE de 3 de mayo, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, el TJUE razona que “*este principio implica que la Ley debe definir claramente las infracciones y las penas que las castigan. Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, qué actos y omisiones desencadenan su responsabilidad penal*”. El mismo principio se reconoce y aplica en resoluciones del TJUE resolviendo cuestiones en materia de defensa de la competencia, entra otras, en STJUE de 8 de febrero de 2007, C-3/06, *Groupe Danone/Comisión*; STJUE de 22 de junio de 2006, asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, *Bélgica/Comisión*; STJUE de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-189/02, C-202/02, C-205/02 a C-208/02 y C-213/02, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*; o STJUE de 26 de enero de 2017, C-619/13, *Mamoli Robinetteria/Comisión*. En términos similares lo ha declarado CARNEVALI, afirmando que “*el TJCE, casi desde sus inicios, ha sostenido que toda sanción debe apoyarse sobre una base legal clara y no ambigua. Con ello se pretende exigir a la norma comunitaria el necesario grado de certeza, que no suponga afectar a la garantía de seguridad jurídica*”. Cf. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001:191). En el mismo sentido lo expone FUENTETAJA. Vid FUENTETAJA PASTOR, J.A. (2021:253-254). También el artículo 2.2 del Reglamento 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, establecía expresamente que “*no se podrá pronunciar sanción administrativa alguna que no esté contemplada en un acto comunitario anterior a la irregularidad. En caso de modificación posterior de las disposiciones sobre las sanciones administrativas contenidas en una normativa comunitaria, se aplicarán con carácter retroactivo las disposiciones menos severas*”.

Volviendo al contenido del principio de legalidad y al mandato impuesto al legislador, a continuación, procede analizar sucintamente el presupuesto de la reserva legal, y el requisito de la tipificación de las sanciones y las infracciones.

Como ya se ha adelantado, la primera de las exigencias intrínsecas al principio de legalidad es la reserva de Ley. El artículo 25 de la CE, al tipificar el principio de legalidad emplea el término “*legislación vigente en aquel momento*”, lo que da pie a que exista cierta duda acerca del rango de la norma que debe regular tanto las infracciones como las sanciones para cumplir con lo dispuesto en el mandato constitucional. Ha sido la propia jurisprudencia del TC la encargada de resolver la cuestión, habiéndose afirmado por la misma que la tipificación de las infracciones y las sanciones administrativas habrán de estar reguladas en una norma con rango de ley como consecuencia de la garantía formal que supone la reserva legal, entendiéndose cumplida la referida reserva cuando la tipificación se encuentre en una Ley ordinaria —a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal donde se exige la tipificación de los delitos y las penas en una Ley orgánica—¹⁶³.

¹⁶³ En relación con el contenido de la reserva legal derivada del principio de legalidad se pronunció el TC en Sentencia 142/1999, de 22 de julio de 1999, afirmando en su FJ tercero que “*la primera garantía que contiene el principio de legalidad es la garantía formal, cuyo significado estriba en que únicamente cabe imponer una condena por un hecho cuando existe una norma jurídica con un determinado rango (lex scripta), que prevé que tal hecho es punible y que si se realiza le corresponderá una determinada pena, pero siempre que dicha norma jurídica exista con carácter previo a la conducta que es objeto de la condena (lex praevia). En definitiva, que existe una reserva de ley para definir delitos y para amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal*”. También la STC 3/1988, de 21 de enero, señala en su fundamento jurídico quinto que “*(...) la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 el límite consistente en el principio de legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, como consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan*”. En el mismo sentido lo declara en la STC 16/2004, de 23 de febrero al afirmar que “*el principio de reserva de Ley constituye una garantía de «carácter formal», que «se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora*”. La reserva de ley incluye no solo la tipificación de las conductas infractoras como tal, sino que se exige también que estén contenidos en una norma legal, entre otros, los sujetos responsables y las causas que extinguen la responsabilidad. Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022:248-249). En términos similares lo ha declarado HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A. (2019). “Exhaustividad del RGPD y estándares de protección del principio de legalidad sancionadora”. *Derecho digital e innovación*, núm. 2. En relación con la necesidad de que la infracción se encuentre en una Ley ordinaria u orgánica, NIETO se decanta, con carácter general, por la suficiencia de la ley ordinaria para la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas, reservándose la utilización de las leyes orgánicas a aquellos supuestos en los que las conductas afecten a DDFD de los ciudadanos. En palabras del propio autor, “*dejando a un lado las eventuales similitudes con el Derecho Penal, lo que indaga es la conexión que puedan tener las infracciones administrativas con un derecho fundamental, también protegido por Ley Orgánica*”. Vid. NIETO, A. (2012:216). También CANO CAMPOS asegura la suficiencia de la ley ordinaria, afirmando que “*el alcance de la reserva de ley no es tan riguroso como en el ámbito penal. No sólo porque no se exige una ley orgánica (basta la ordinaria, del Estado o de las CCAA según la materia de que se trate*”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:29). En el mismo sentido, la STC 25/1984, de

El fundamento que ampara la reserva de Ley en el derecho administrativo sancionador no es otro que la protección de la libertad de los ciudadanos en tanto en cuanto la tipificación de conductas prohibidas constriñe la libertad de los mismos. Tal y como razona CANO CAMPOS, “*las normas sancionadoras restringen la libertad con las reglas de conducta y con la amenaza de privar al ciudadano de determinados bienes y derechos si no las respeta, por lo que se considera que el legislador debe determinar al menos, los aspectos esenciales de tales normas*”, además de someterse al procedimiento de elaboración de leyes establecido constitucionalmente¹⁶⁴.

Sin embargo, el hecho de que exista una reserva legal no excluye la colaboración reglamentaria en el ámbito del derecho administrativo sancionador —permitiéndose

23 de febrero, concluye que “*la «legislación» en materia penal o punitiva se traduce en la «reserva absoluta» de Ley. Ahora bien, que esta reserva de Ley en materia penal implique reserva de la Ley Orgánica, es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del art. 81.1 con el mencionado art. 25.1. El desarrollo al que se refiere el art. 81.1 y que requiere Ley Orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los «derechos fundamentales», un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar*”. Sin embargo, FERNÁNDEZ FARRERES ya advirtió de que “*con arreglo al artículo 25 del texto constitucional la potestad sancionatoria de la Administración debe contar no solo con la correspondiente cobertura legal, sino que la Ley en cuestión tiene que ser Ley Orgánica*”. Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1983). “Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en bancos, cajas de ahorro y otras entidades”. *RAP*, núms. 100-102, pág. 2601.

¹⁶⁴ Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:27). En este sentido, BUENO ARMIJO añade que el sentido de la reserva de ley es que “*solo los titulares de la soberanía puedan aprobar normas sancionadoras, en tanto limitativas de las dos libertades republicanas clásicas, para lo que se exige que sean votadas en el Parlamento por sus legítimos representantes*. Cf. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010:115). En términos similares HERNÁNDEZ GONZÁLEZ concluye que el principio de legalidad “*encuentra su fundamento último en los principios de libertad (licitud de lo no prohibido) y de seguridad jurídica (saber a qué atenerse en la conducta particular), que aparecen proclamados en la antesala misma de la Norma Fundamental como sustento del propio sistema constitucional*”. Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (2005). “La reserva de Ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *RAP*, nº 166, CEPC, pág. 172. Por su parte, el TC declaró en STC 83/1984, 24 de Julio al afirmar en su fundamento jurídico cuarto que “*este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado, Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador*”. En el mismo sentido, al referirse a la reserva legal como garantía implícita en el principio de legalidad, el Tribunal Constitucional vuelve a declarar en STC 42/1987, de 5 de mayo, que la misma “*tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes*”. También en STC 45/1994, de 25 de febrero, expuso que “*una constante doctrina de este Tribunal ha declarado que el derecho fundamental contenido en el art. 25.1 C.E., extensible al ordenamiento administrativo sancionador, incorpora una doble garantía: la primera de orden material y alcance absoluto, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes*”.

mayor flexibilidad que en la tipificación de los delitos y sus correspondientes penas—, si bien es cierto que su utilización será residual y solo para aquellas cuestiones secundarias¹⁶⁵. Para observar el mandato de la reserva legal, será necesario que la Ley regule los aspectos esenciales de las infracciones y sanciones que pudieran imponerse, proscribiéndose regulaciones independientes del reglamento¹⁶⁶. Es el propio artículo 27.3

¹⁶⁵ La fundamentación que da NIETO de cara a poder aceptar la colaboración reglamentaria en relación con la tipificación de las infracciones y de las sanciones administrativas, además de las razones que atañen al modelo constitucional de distribución de competencias, al carácter insuprimible de la potestad reglamentaria en algunas materias, y a las exigencias de prudencia y oportunidad, no es otra que la imprevisibilidad de la sociedad. En palabras del propio autor, “*la ley, en determinadas materias, no puede prever de antemano de forma precisa y exhaustiva toda una serie de circunstancias, las cuales, además, muchas veces han de ser objeto de múltiples correcciones en el curso del tiempo para adecuarlas a la dinámica de la propia materia social a la que se refiere*”. Vid. NIETO, A. (2012:225-227). En el mismo sentido lo declara FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ concluyendo, respecto de la posible colaboración reglamentaria respecto de la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas que “*es posible distinguir unos elementos esenciales de la infracción que pueden perfectamente —y por ello deben— ser regulados por la Ley. Nada impide, en efecto, que la Ley administrativa (por emplear una expresión gráfica) se comporte en este punto como la Ley penal y al igual que ésta describa la conducta que incrimina en términos que permitan al ciudadano en todo momento saber a qué atenerse, que es lo que el principio de legalidad pretende asegurar, y que recabe el auxilio de las normas reglamentarias siempre que sea preciso para integrar el tipo así descrito. (...) Lo fundamental en todo caso es saber a qué atenerse a partir de la propia Ley, es decir, que ésta defina con claridad la frontera de lo prohibido (...)*”. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1993). “El principio de legalidad en materia sancionadora” en *Los Derechos Fundamentales y libertades Públicas (II), volumen I*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, pág. 643. GÓMEZ PUENTE, si bien en relación con la legislación sancionadora aeronáutica, concluye al respecto que “*no infringe el principio de reserva de ley cuando la remisión se hace en favor de normas reglamentarias, no solo porque tales normas reglamentarias traen causa de las correspondientes habilitaciones legales para el desarrollo de la LSA o de otras leyes, sino también porque, por la propia técnica de tipificación indirecta, más que ante una remisión en sentido estricto, dirigida a habilitar el ejercicio de la potestad reglamentaria, parece que nos hallamos ante un reenvío, ante una integración o recepción de la norma reglamentaria (que especifica o concreta una obligación) en la norma legal que define la infracción (el tipo) y garantiza, por sí sola, el cumplimiento del principio de reserva de ley, a condición, claro está, de que esa norma reglamentaria que integra o completa el tipo no sea nula por infracción de este mismo principio*”. Vid. GÓMEZ PUENTE, M. (2022:652). En términos similares lo declaran MESTRE DELGADO, J.F. (1988). “Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora”. *REDA*, núm. 57, págs. 79 y ss; o FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022:249).

¹⁶⁶ Así lo ha declarado la jurisprudencia constitucional al haber afirmado en STC 42/1987, de 7 de abril, que “*la reserva de Ley no excluye «la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (STC 83/1984, de 24 de julio), pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes*”. Del mismo modo, la STC 61/1990, de 29 de marzo, reitera que “*esta garantía formal, repetimos, ha sido considerada a veces susceptible de minoración o de menor exigencia, no sólo en supuestos de normas sancionadoras preconstitucionales («no es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva para considerar nulas e inaplicables disposiciones reglamentarias respecto de las cuales esa exigencia formal no existía antes de la Constitución», según STC 219/1989, fundamento jurídico 2.º, sino también, caso de remisión de la norma legal a normas reglamentarias, si en aquella quedan «suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica... y naturaleza y límites de las sanciones a imponer» (STC 3/1988, fundamento jurídico 9.º), como, en fin, en las situaciones llamadas de sujeción especial «aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal vendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 de la Constitución» (STC 219/1989, fundamento jurídico 2.º). En todo caso, se dice en estas Sentencias, lo que prohíbe el art. 25.1 C.E. es la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, pero no la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora*”. En los mismos términos se

de la LRSP el que determina los límites de la colaboración reglamentaria en el derecho administrativo sancionador al afirmar que “*las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes*”¹⁶⁷.

pronuncia la STC 16/2004, de 23 de febrero, consolidando que “*la reserva de Ley no excluye “la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley” (STC 83/1984, de 24 de julio), pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes*”. En términos similares también se declara en STC 25/2002, de 11 de febrero; STC 161/2003, de 15 de septiembre; o STC 25/2004, de 26 de febrero. Cano Campos, tras realizar una inmensurable labor investigadora, ejemplifica tipificaciones supletorias de reglamentos en materia sancionadora y la respuesta que de los mismos ha dado la jurisprudencia. Así, el citado autor afirma que “*la reserva de ley también incluye las reglas para determinar la extensión de la sanción, las formas punibles de comisión, las causas de extinción de la responsabilidad y la determinación de los sujetos responsables, incluidos los supuestos de responsabilidad solidaria y subsidiaria. La jurisprudencia considera, sin embargo, que la reserva de ley no abarca la determinación del plazo de prescripción de las infracciones y sanciones, porque se considera una cuestión secundaria*”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:28). Es constante en la doctrina la necesidad de que la ley previa que habilite al reglamento establezca suficientemente los elementos clave de la conducta para que, posteriormente, el reglamento pueda entrar a regular siempre y cuando no cree una regulación independiente. Cf. NIETO, A. (2012:235); REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 123-124); o HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (2005:175-187).

¹⁶⁷ Cierto es que no se exige la misma taxatividad respecto de la Ley que habilita a las entidades locales para la tipificación de infracciones y sanciones administrativas, pues teniendo en cuenta que los Ayuntamientos no gozan de potestad legislativa, se estaría limitando la actuación sancionadora atribuida a los mismos. En este caso, bastará con que la Ley fije los criterios mínimos de antijuridicidad y las clases de sanciones y, de ese modo, los Ayuntamientos podrán establecer tanto los tipos de infracciones como el reproche ligado a cada una de ellas. Así lo declara el TC en STC 132/2001, de 8 de junio, al concluir en el fundamento jurídico sexto que “*del art. 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica*”. También nuestro Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina sentada por la STC 132/2001, de 8 de junio, entre otras, en STS de 24 de mayo de 2005 (rec. núm. 2043/2002); STS de 29 de septiembre de 2003 (rec. núm. 5167/1998); STS de 2 de junio de 2003 (rec. núm. 3729/1999); STS de 6 de junio de 2003 (rec. núm. 11406/1998); STS de 9 de junio de 2003 (rec. núm. 11399/1998); o STS de 23 de junio de 2003 (rec. núm. 2829/2001). También ha razonado lo propio la doctrina, entre otros, Vid. GALÁN GALÁN, A. (2010). “La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local”. *Revista CEMCI*, pág. 49; DOMÉNECH PASCUAL, G. (2004). “La tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales”. *RGDA*, pág. 23; BELLO PAREDES, A. (2001). “La reserva de ley en el ámbito sancionador local, ¿estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?”. *REAL*, págs. 281-304; VELASCO CABALLERO, F. Y DíEZ SASTRE, S. (2004). “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”. *Cuadernos de Derecho Local*,

De todo lo expuesto podemos concluir que el primero de los elementos que conforman el principio de legalidad constitucionalmente garantizado en el artículo 25.1 de la CE es la necesidad de que las infracciones y las sanciones estén lo suficientemente concretadas en una Ley que bastará con que sea ordinaria. Pero, además, como ya se ha mencionado, el principio de legalidad entraña una segunda garantía: la necesaria tipificación de las conductas prohibidas, así como las consecuencias derivadas del incumplimiento de las mismas.

Lo primero que hay que tener en cuenta de cara a poder definir el principio de tipificación es la definición de infracción administrativa, habiéndose caracterizado la misma como la acción u omisión típica, antijurídica y culpable¹⁶⁸. Si atendemos a la definición dada por la doctrina, para entender que un comportamiento es sancionable habrá de estar tipificado como tal en una ley, no pudiéndose concluir que cualquier acción reprobable constituya una infracción, de ahí la importancia de que las conductas susceptibles de sanción se hallen descritas, con la mayor claridad posible, en una norma con rango de Ley¹⁶⁹.

El principio de tipicidad propiamente dicho no se limita a imponerle al legislador la obligación de la tipificación clara de las conductas prohibidas en las normas, sino que además, el mismo, incluye un mandato directo a las AAPP de modo que a la hora de

págs. 50-62; ORDUÑA PRADA, E. (2001). “Ordenanza municipal y potestad sancionadora: la sorprendente concisión de la STC 132/2001, de 8 de junio”. *REAL*, págs. 363-384; IZQUIERDO ARINES, M. (2013). “El principio de legalidad sancionadora. Excepciones y modulaciones del principio. El caso singular de las relaciones entre los titulares de licencias de auto-taxi y los Ayuntamientos: evolución jurisprudencial; la reciente doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el apartado 7.º del artículo 16.2 b) de la Ley de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid”. *RPAM*, págs. 291-320; o LASAGABASTER HERRARTE, I. (2002). “La potestad reglamentaria, en especial la local, y la reserva de ley del art. 25 CE en materia sancionadora: (nota a la STC 132/2001, de 8 de junio)”. *RVAP*, págs. 275-291.

¹⁶⁸CANO CAMPOS afirma que “*la jurisprudencia, siguiendo la definición de delito, establece como elementos de la infracción la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Pero la tipicidad se puede incluir dentro de la antijuridicidad, de modo que los elementos o categorías básicas serían la antijuridicidad y la culpabilidad*”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:65). En el mismo sentido, BUENO ARMIJO define la sanción administrativa como “*una acción u omisión típica, antijurídica y culpable*”, añadiendo al respecto que “*ello implica que no puede sancionarse ninguna conducta que no haya sido descrita como infracción por una norma sancionadora*”. Cf. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010:161-162).

¹⁶⁹ Así lo ha declarado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en STS (Sala quinta) de 17 de marzo de 2004 (rec. núm. 33/2003), en la cual, tras admitir que la conducta del recurrente suponía una conducta contraria a “*la seriedad, decoro y ejemplar comportamiento que cabe esperar de todo militar*”, continúa anulando la sanción impuesta al mismo en tanto en cuanto “*la acción típica que se sanciona en el art. 8.28 de la Ley Orgánica 11/91, Disciplinaria de la Guardia Civil, ha de ser susceptible de producir descrédito o menosprecio de la Institución, ya que el tipo disciplinario no acoge la disyunción que se refleja en la sentencia al describir la acción típica como consistente en ejecutar acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar*” o “*susceptibles de producir descrédito o menosprecio de la Institución, sino que ese resultado potencial es un elemento normativo del tipo disciplinario*”. En el mismo sentido se pronuncia en STS 7270/1999, de 17 de noviembre.

sancionar habrán de identificar de manera clara el fundamento legal de la infracción que se hubiere cometido¹⁷⁰. De este modo, la referida exigencia se verá cumplida en aquellos casos en los que el legislador, a la hora de tipificar la infracción de que se trate, haya identificado la conducta infractora de un modo claro y sencillo que haga que la misma pueda ser apreciada por todos los destinatarios de la norma, preservando de este modo, además, la seguridad jurídica¹⁷¹.

¹⁷⁰ Así se desprende de la jurisprudencia del TC. En este sentido, y en relación con el mandato impuesto al legislador, TC declara en STC 162/2008, de 15 de diciembre, que la garantía material del principio de legalidad “*aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor previsión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones*”. En el mismo sentido en STC 151/1997, de 29 de septiembre, afirma que “*el principio de legalidad en el ámbito penal, que se expresa en las exigencias de ley certa, praevia, scripta et stricta, comporta, en primer lugar, un mandato frente al legislador, el de taxatividad, según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el «máximo esfuerzo posible» (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones*”. Del mismo tenor son las STC 297/2005, de 21 de noviembre; STC 252/2005, de 11 de octubre; o en STC 62/1982, de 15 de octubre. En relación con la necesidad de que las AAPP fundamenten la infracción identificando el fundamento legal incumplido, es en la STC 161/2003, de 15 de septiembre, donde el Tribunal Constitucional concluye que “*es necesario confirmar ahora que esta cuestión se sitúa en el ámbito del art. 25.1 CE. No es preciso, sin embargo, pronunciarse con carácter general sobre las posibles correcciones que, en virtud del principio iura novit curia, puede introducir el órgano judicial en el proceso de aplicación de la ley llevado a cabo por la Administración en ejercicio de la potestad sancionadora. Pero sí hay que declarar que corresponde a la Administración identificar al ejercer esa competencia, de forma expresa o implícita, el fundamento legal de la sanción que se impone y que no puede servir de cobertura a la sanción una ley que, sólo en un juicio realizado a posteriori, un órgano judicial, con desconocimiento de las exigencias del principio de seguridad jurídica, ha considerado aplicable a los hechos que se declararon probados por la Administración*”. En el mismo sentido lo declara en STC 297/2005, de 21 de noviembre, razonando que “*cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora debe ser “la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación [la impuesta por los arts. 54.1 a) y 138.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común], identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona, sin que esté excluido, como acaba de exponerse, que una norma de rango reglamentario desarrolle o concrete el precepto o los preceptos legales a cuya identificación directa o razonablemente sencilla el sancionado tiene un derecho que se deriva del art. 25 CE*”.

¹⁷¹ Así lo ha declarado el TC en STC 113/2002, de 9 de mayo, al afirmar que “*este Tribunal ha señalado que la garantía de lex certa no resulta satisfecha tan sólo mediante la tipificación de las infracciones y la definición y, en su caso, graduación de las sanciones que pueden ser impuestas a los infractores, realizadas por la ley, sino que, además, es elemento esencial y lógico de dicha garantía la determinación de la correlación necesaria entre los actos o conductas tipificados como ilícitos administrativos y las sanciones consiguientes a los mismos*”. En el mismo sentido se pronuncia en STC 14/1998, de 22 de enero al concluir que “*el art. 25.1 C.E. establece, en su dimensión material, una «imperiosa exigencia de predeterminación normativa» (STC 42/1987), de lex praevia y lex certa (STC 133/1987), de modo que la ley ha de describir ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa*”. En términos similares de concluye también en STC 219/1989, de 21 de diciembre; o STC 207/1990, de 17 de diciembre. También la doctrina ha puesto de relieve la necesidad de que la tipificación de la infracción de realice con la mayor precisión posible, de manera clara, evitando el uso de expresiones vagas, etc. En palabras de NIETO, “*consiste en la exigencia de que los textos normativos describan con suficiente precisión —o, si se quiere, con la mayor precisión posible— las conductas que se amenazan con una sanción así como estas mismas sanciones*”. Vid. NIETO, A. (2012:260). BUENO ARMIJO va más allá, concluyendo que “*el mandato de taxatividad no se agota en la mera existencia de una previsión normativa en la que se describa una*

Pese a ello, lo cierto es que, no sería ni útil ni lógico negar la posibilidad de modular este principio en aras de evitar que conductas ilícitas escapen de una regulación extremadamente taxativa. Si se exige que la tipificación de una infracción recoja con detalle todas las conductas subsumibles en el tipo se estarán permitiendo, indirectamente, otras conductas igualmente lesivas que, por no estar contempladas, no pueden ser sancionadas, de ahí que se haya aceptado una modulación del principio de tipicidad¹⁷².

En línea con lo anterior, también se admite la interpretación de la normativa sancionadora, en cuanto a la subsunción de conductas en los tipos sancionadores se refiere, siempre y cuando se realice de manera previsible. En relación con la previsibilidad en la interpretación y aplicación de las normas habrá que tenerse en cuenta los razonamientos del tipo semántico, metodológico y axiológico, habiendo afirmado taxativamente al respecto nuestro TS en STS (Sala quinta) de 21 de marzo de 2006, (rec. núm. 54/2005), que *“la actividad sancionadora es previsible si respeta el significado posible de las palabras de la norma, si utiliza métodos de interpretación y aplicación acordes con la lógica y que se encuentran aceptados por la comunidad jurídica y si, finalmente, no se separa de la axiología básica constitucional”*. De ahí que los jueces revisores hayan de respetar el sentido de la resolución sancionadora salvo que la fundamentación de la misma se base en una interpretación sorpresiva de la norma¹⁷³.

determinada conducta y se califique como infracción. Es, además, necesario que dicha descripción contenga los elementos suficientes como para caracterizar una conducta concreta y que esta pueda ser claramente identificada y conocida por los ciudadanos”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 164-165). En términos similares lo declaran CANO CAMPOS, T. (2018:34-35); COSCULLUELA MONTANER, L. (2022:658-659); FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022:246); o GONZÁLEZ- VARAS IBÁÑEZ, S. (2023:36-37).

¹⁷² En este sentido declara BUENO ARMIJO que *“se trata de una necesidad derivada de la propia realidad y, en concreto, de la naturaleza de las conductas humanas, siempre variables y proteicas. (...) de entender el principio de taxatividad como una exigencia absoluta, el resultado sería la aprobación de listas casi interminables de infracciones en las que se describiese cada una de las conductas consideradas sancionables, con todas sus peculiaridades, aun siendo muy similares entre ellas. Incluso así, quedarían fuera conductas que el legislador hubiera deseado tipificar como infracciones. Ello obliga, necesariamente, a admitir la existencia de tipos infractores redactados con cierta abstracción”*. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 167). NIETO considera que *“la precisión absoluta es literalmente imposible en parte por la incapacidad técnica del legislador, en parte por la inabarcabilidad de la casuística y, en fin, por la insuficiencia del lenguaje como instrumento de expresión”*. Cf. NIETO, A. (2012:270).

¹⁷³ En este sentido lo ha declarado el TC habiéndose concluido en STC 145/2005, de 6 de junio, que *“a partir del relato de hechos probados ninguna duda cabe de que la subsunción realizada por la Sentencia condenatoria y ratificada por la de apelación es plenamente razonable en el sentido de que no hay razón interpretativa o aplicativa de tipo semántico, metodológico o axiológico que la haga imprevisible para sus destinatarios”*. En el mismo sentido, la STC 129/2003, de 30 de junio, desarrolla los mismos, considerando por tanto que *“por lo que a la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras se refiere, ésta depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad (...), hallándose en todo*

Aunque hasta ahora me he referido solo a la tipicidad de las infracciones, no conviene pasar por alto que el principio de tipicidad también se aplica al ámbito de las sanciones, exigiéndose que de la lectura de la norma sancionadora se pueda identificar perfectamente el reproche que merece la conducta prohibida sin perjuicio de que jurisprudencialmente se haya reconocido a las autoridades sancionadoras amplios márgenes en la aplicación de las mismas¹⁷⁴.

*caso vinculadas por los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aquí en su vertiente subjetiva (...), que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos “programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente” (...). Concretamente, la previsibilidad de tales decisiones debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica”. En el mismo sentido se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en STS de 31 de marzo de 2004 (rec. núm. 129/2000) o en STS de 30 de mayo de 2008 (rec. núm. 8213/2002). En relación con la vinculación que los jueces revisores de la actuación administrativa tienen para con la interpretación dada por la Administración a la norma, la STC 131/2003, de 30 de junio, declaró que “nuestro control sobre las decisiones judiciales que aplican tipos sancionadores sólo puede penetrar allí donde tal aplicación tenga lugar en virtud de interpretaciones sorprendidas, que excedan del tenor literal posible del precepto o que se aparten de las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional o de los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica”. Sobre el papel interpretativo que los jueces tienen para la aplicación del derecho es menester señalar la encomiable disertación que GARCÍA DE ENTERRÍA realizó a raíz de la STC de 2 de noviembre de 1983. En este sentido, el referido autor, razonaba que “la función interpretativa de las Leyes no es la adición de algo nuevo al precepto de cuya interpretación se trata, sino una mediación imprescindible para poder introducir dicho precepto en el mundo real y articularlo en el sistema jurídico general”, concluyendo al respecto que el contenido de la libertad de criterios de la sentencia que el TC respalda “se trata de un reconocimiento de la libertad justificada en dos razones y en función de ellas perfectamente delimitada: por una parte, la libertad debida a toda obra de «creación jurídica», componente obligado en la operación aplicativa; por otra parte, de la libertad que ha de reconozcarse al órgano competente según la Constitución para efectuar esa operación, titularidad que excluye, en principio, a la operación misma del control por el Tribunal Constitucional”. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1986). *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Cuadernos cívitas, págs. 129 y 131.*

¹⁷⁴En este sentido lo ha declarado el TC, afirmando en su STC 14/1998, de 22 de enero que “la habilitación legal por la que se faculta a la Administración para ponderar el alcance de la sanción en los supuestos de infracciones leves que tipifica la Ley no es, ni mucho menos, discrecional y enteramente libre. En efecto, en su art. 88.1 se establecen expresamente los criterios a tener en cuenta por la Administración para la graduación de las sanciones: Intencionalidad, daño producido y reincidencia o reiteración. Son, pues, criterios perfectamente definidos y objetivados que condicionan normativamente la actuación de la Administración y que permiten la revisión jurisdiccional de la decisión que, en cada caso, hubiese alcanzado. Se cumplen pues, las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los mencionados preceptos constitucionales, puesto que la decisión de la Administración sobre la imposición de la sanción de retirada de la licencia no es discrecional, como pretenden los recurrentes, sino que viene condicionada por la concurrencia de los criterios preestablecidos en el art. 88.1 de la propia Ley”. También el TC en STC 113/2002, de 9 de mayo, concluye que “integrado el contenido del art. 67.1.1, inciso 2, con el art. 69.1 LSV, se puede concluir -coincidiendo con lo declarado en la STC 14/1998-, que aquél cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los arts. 25.1 y 9.3 CE, pues la imposición de la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, por una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave o muy grave, y, por otra, por la concurrencia de los criterios preestablecidos en el art. 69.1 LSV”. Siguiendo la jurisprudencia del TC, también el TS resuelve en este sentido en STS de 6 de marzo de 2003 (rec. núm. 9710/1997); STS de 7 de junio de 2018 (rec. núm. 681/2016); o STS de 8 de junio de 2018 (rec. núm. 1506/2016). Lo propio ha sido razonado por la doctrina, entre otros, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 182); o CANO CAMPOS, T. (2018:35).

En virtud de todo lo expuesto parece posible concluir que los requisitos anteriormente enunciados se cumplen en materia de defensa de la competencia al contener la LDC, en sus artículos 62 y 63, tanto un catálogo de infracciones administrativas como las sanciones correspondientes por la consumación de las mismas. No obstante, es necesario preguntarse si es posible sancionar a una persona jurídica por haber llevado a cabo una conducta que pone en riesgo la competencia en el mercado pero que no se encuentra tipificada como tal en una norma. *A priori*, la respuesta puede parecer sencilla, sin embargo, y a pesar de ser cuestiones que se estudiaran de manera más exhaustiva en los siguientes capítulos, sancionar al directivo o representante legal de una empresa sin que la conducta antijurídica del mismo esté descrita en la norma podría suponer una quiebra del principio de legalidad. Máxime, si se tiene en cuenta no solo que la conducta antijurídica del mismo no se encuentra plasmada en la norma, sino que, además, tampoco encontramos referencia alguna a criterios que pudieran modular la eventual sanción que le correspondiera. Lo mismo cabe decir de la posibilidad de sancionar al facilitador de la infracción principal sin el suficiente amparo legal preceptivo, pudiéndose llegar a afirmar que las primeras resoluciones que sancionaron en este sentido obedecían a interpretaciones sorprendidas de la norma.

A pesar de todo lo mencionado hasta el momento, estas no son las únicas exigencias que se requieren a la hora de sancionar, siendo especialmente relevante que la Administración gradúe las sanciones que procesa imponer para que exista una relación proporcional entre la infracción cometida y la sanción conforme al principio de proporcionalidad que pasaremos a analizar seguidamente.

3. LA PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES EN LA LDC

Si continuamos con el análisis de los principios que rigen en el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración es menester analizar el principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo 29 de la LRJSP, ya que el mismo es, además, un principio general del Derecho. Este principio, además de entrañar la prohibición de que la consecuencia jurídica de las infracciones administrativas pueda consistir en penas

privativas de libertad, exige que a la hora de sancionar exista una proporción real entre la conducta antijurídica y la sanción que proceda imponer¹⁷⁵.

Este principio entraña un doble mandato: por un lado, la obligación que tiene el legislador a la hora de tipificar las infracciones y las sanciones de modo que se guarde cierta proporción entre ambas en función de la gravedad de la primera; y, por otro lado, la exigencia a la Administración de que en el ejercicio de su potestad sancionadora pondere, a la hora de individualizar e imponer la sanción, de un lado, el riesgo de la conducta infractora, y de otro, el resultado lesivo producido como consecuencia de la misma¹⁷⁶.

¹⁷⁵ El artículo 29 de la LRJSP tipifica el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas del siguiente tenor: “1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios: a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad. b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora. c) La naturaleza de los perjuicios causados. d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa. (...)”. En este sentido, además de proscribir las sanciones que lleven aparejada la privación de libertad del infractor, y establecer una serie de parámetros que habrá de tener en cuenta el órgano resolutor a la hora de cuantificar la sanción, concluye que, en ningún caso, el cumplimiento de la sanción puede ser más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la ley. Ha sido la propia jurisprudencia del TC la que ha declarado en sus pronunciamientos que el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho. Así se desprende de la STC 62/1982, de 17 de noviembre, al haberse afirmado en la misma que “para determinar si las medidas aplicadas eran necesarias para el fin perseguido, hemos de examinar si se han ajustado o si han infringido el principio de proporcionalidad. La Sala no ignora la dificultad de aplicar en un caso concreto un principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación”. Esto ha sido respaldado por el TS en STS de 22 de marzo de 2004 (rec. núm. 11477/1998), afirmando al respecto que “el principio de proporcionalidad de las sanciones es un principio general de derecho informador de la totalidad del ordenamiento jurídico, como ha declarado la jurisprudencia”. En términos similares se declara en STS (Sala segunda) de 6 de octubre de 2022 (rec. núm. 10077/2022). En el mismo sentido CANEDO afirma respecto del principio de proporcionalidad que “este Principio General del Derecho se integra en el más general de “prohibición del exceso”, en el cual se incluyen la adecuación al fin, la necesidad y la elección de la medida más ajustada al fin pretendido o proporcionalidad en sentido estricto”. Vid. CANEDO, M.P. (2015). “Análisis del principio de proporcionalidad como presupuesto para calcular las sanciones en derecho de la competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CUERDO MIR, M. (Dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia*, pág. 84. En términos similares, CANO CAMPOS, T. (2018:115); REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 852); FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022:258); COSCULLUELA MONTANER, L. (2022:660); o AMOEDO-SOUTO, C.A. (2023:689).

¹⁷⁶ El doble mandato se desprende de las resoluciones tanto del TC como del TS. En este sentido, el TC diferencia entre la potestad que tiene el legislador a la hora de tipificar en la norma las sanciones asociadas a cada infracción —las cuales han de ser proporcionadas al bien jurídico protegido—, de la potestad interpretativa que tiene la Administración para individualizar la misma en función del supuesto de hecho. Así lo pone de manifiesto, entre otras, en STC 55/1996, de 28 de marzo; STC 88/1996, de 23 de mayo o STC 161/1997, de 30 de octubre. Por su parte, el TS ha hecho lo propio, habiendo especificado en STS 11034/1992 de 5 de junio de 1992, que “es el legislador quien debe atender prioritariamente a tal principio en el marco de la regulación de la potestad sancionadora en los diversos sectores, y que sólo cuando, en aplicación del marco legal, la gradación de la sanción haya olvidado elementos que debió tener en cuenta la Administración, o haya efectuado una aplicación manifiestamente irracional del reproche para que está

Para ello —en relación con las sanciones que llevan aparejadas las infracciones en materia de competencia—, y partiendo de los límites generales previstos para modular las mismas —que podrán ser, como máximo, del 1, 5 o 10% del volumen de negocios de la empresa infractora dependiendo de si la sanción es leve, grave o muy grave— establecido en el art. 63 de la LDC, el art. 64 de la LDC contempla una serie de criterios que habrá de tener en cuenta la autoridad de competencia a la hora de determinar el importe de la sanción a fin de que la misma sea acorde y proporcionada con la conducta anticompetitiva¹⁷⁷. Además, se prevé en el artículo 5 de la LDC la posibilidad de exonerar de sanción a aquellas conductas que, pese a estar prohibidas, no tienen una incidencia significativa en el mercado. Estos son los denominados acuerdos *de mínimos* que se expondrán con mayor detenimiento en el capítulo siguiente.

No obstante, a pesar de la relevancia que tiene que exista una proporción entre la infracción cometida y la sanción (recordemos que el propio artículo 29 de la LRJSP

habilitada, sólo en tales casos podrá invocarse el principio de proporcionalidad para reducir la cuantía de la sanción”. En términos similares STS (Sala segunda) de 28 de mayo de 2012 (rec. núm. 1573/2011); o STS (Sala segunda) de 06 de octubre de 2022 (rec. núm. 10077/2022). También la doctrina ha declarado, aunque de diversas formas, que el principio de proporcionalidad opera tanto en el plano normativo como en el plano aplicativo de las infracciones y sanciones administrativas. Cf. NIETO, A. (2012:515); CANO CAMPOS, T. (2018:56); REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMILLO, A. (2010: 852); o CANEDO, M.P. (2015:85-86). De los razonamientos y conclusiones aportados por la doctrina se puede este modo, se puede deducir, tal y como expone GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, que “*el Estado de Derecho solo se realiza plenamente cuando también el legislador permanece vinculado a unos principios jurídicos fundamentales*”. Vid. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, pág. 322.

¹⁷⁷ De este modo, el artículo 64 de la LDC contempla una serie de criterios generales que habrá que tener en cuenta la autoridad de competencia a la hora de sancionar, así como otras circunstancias que pudieran servir también para modular la sanción a imponer: agravantes y atenuantes. El tenor literal del art. 64 de la LDC es como sigue: “1. *El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción. b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables. c) El alcance de la infracción. d) La duración de la infracción. e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos. f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción. g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.* 2. *Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes: a) La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley. b) La posición de responsable o instigador de la infracción. c) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas. d) La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente según lo previsto en el artículo 62.* 3. *Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes: a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción. b) La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas. c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado. Se considerará atenuante cualificada el efectivo resarcimiento del daño con anterioridad a que se dicte la resolución. d) La colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 de esta Ley*”. Además, los artículos 65 y 66 del mismo texto legal regulan la exención o reducción de la multa en aquellos supuestos en los que las empresas infractoras se hayan acogido a la política de clemencia, habiendo colaborado activamente en la investigación llevada a cabo por la autoridad de competencia.

pretende evitar la desproporción tanto cuando la misma sea perjudicial como favorable para el infractor), no puede invocarse su vulneración como corolario del art. 25 de la CE tal y como se ha declarado jurisprudencialmente, habiéndose vetado el acceso al mismo tanto al recurso del amparo como al recurso contencioso administrativo especial para la protección de los Derechos Fundamentales¹⁷⁸.

Al igual que ocurre en nuestro derecho interno, en el ordenamiento jurídico europeo el principio de proporcionalidad ha sido admitido jurisprudencialmente, exigiéndose que exista cierta correlación entre la infracción cometida y la sanción a imponer¹⁷⁹. En

¹⁷⁸ En este sentido lo declara el TS en STS de 26 de mayo de 2003 (rec. núm. 7726/1999), habiéndose razonado por el TS que el principio de proporcionalidad “no constituye un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, aunque cabe inferirlo de determinados preceptos constitucionales, opera esencialmente como un criterio de interpretación y permite revisar la facultad discrecional reconocida a la Administración para elegir la sanción oportuna, o su grado, extensión o duración, siempre que en la resolución figuren los datos necesarios para que se pueda llevar a cabo un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”. Ya en términos similares lo declaró el TC en STC de 89/1983 de 2 noviembre, al concluir, ante un supuesto de hecho similar, que “la facultad de interpretar y aplicar la ley penal, subsumiendo en las normas los hechos que se llevan a su conocimiento, corresponde a los Tribunales de ese orden (artículo 117.3 de la CE) y que sólo dentro del mismo, a través de los recursos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece, puede buscarse la corrección de los defectos eventualmente producidos en tanto que éstos se reduzcan a errores en la interpretación de las leyes penales sustantivas, pues, de otro modo, si se aceptase la identificación que el recurrente nos propone entre infracción de Ley e infracción constitucional, el recurso constitucional de amparo resultaría desnaturalizado para transformarse en un recurso universal de casación violentando lo dispuesto en los artículos 53.2, 161.1, b), de la CE y 41 y 44 de la LOTC. Es cierto, claro está, que una aplicación defectuosa de la ley penal puede implicar también, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo, pero ni la Constitución garantiza, ni el recurso de amparo protege, el hipotético derecho, que aquí se conecta con el principio de legalidad penal, a obtener de los Tribunales de justicia decisiones que coincidan con el criterio que los mismos justiciables tienen sobre la cuestión”. En términos similares lo afirmo también en STC 75/1984 de 27 junio; o STC 254/1988 de 21 diciembre. En este sentido lo ha razonado NIETO justificando que la imposibilidad de recurrir en amparo con base en la vulneración del principio de proporcionalidad es consecuencia de que este principio se aplica en el momento de la imposición de las sanciones administrativas y no como elemento de control de la legalidad de las normas sancionadoras. Cf. NIETO, A. (2012:516-519).

¹⁷⁹ En este sentido se ha pronunciado el TJUE en múltiples de sus resoluciones. Así, en STJUE de 10 de noviembre de 2022, C-385/21, *Zenith Media Communications*, razona en relación con la proporcionalidad que ha de existir entre la conducta infractora contraria al art. 101 del TFUE y la sanción a imponer que los Estados miembros, “al mismo tiempo que conservan la posibilidad de elegir las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del artículo 101 TFUE sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento que confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio”. En idénticos términos se concluye en STJUE de 3 de abril de 2019, C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*. También la STJUE de 14 de septiembre de 2017, C-177/16, *Biedrība "Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība" Konkurences padome*, señala que “cuando una autoridad de competencia nacional inflige una multa, ésta, como toda sanción impuesta por las autoridades nacionales como consecuencia de una infracción del Derecho de la Unión, debe ser efectiva, proporcionada y disuasoria”. Mayores orientaciones establece la STJUE de 13 de noviembre, C-331/88, *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA y otros*, al razonar que “el principio de proporcionalidad, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. En virtud de este principio, la legalidad de la prohibición de una actividad económica está supeditada al requisito de que las medidas de prohibición sean apropiadas y necesarias para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas

palabras de CARNEVALI, conforme al principio de proporcionalidad “*cabe exigir que exista una debida relación entre las finalidades que se persiguen a través de la intervención pública y los medios empleados para ello*”¹⁸⁰. Por ello, conforme al principio de proporcionalidad, se entenderán contrarias al ordenamiento jurídico europeo —al igual que ocurre en nuestro ordenamiento interno— todas aquellas medidas sancionadoras que se consideren excesivas por no guardarse la debida proporción entre la infracción cometida y la sanción contemplada para la misma¹⁸¹.

Parece ser que las previsiones contenidas en la LDC cumplen con el principio de proporcionalidad en tanto en cuanto no sólo prevén distintas sanciones en función de la gravedad de la infracción, sino que, además, establecen criterios adicionales para modular, con mayor acierto, la sanción que habrá que imponerse en cada caso. Sin embargo, son varias las cuestiones que la aplicación práctica del derecho de la competencia nos hace cuestionar el respeto al principio de proporcionalidad. En este sentido, tal y como se expondrá en los capítulos siguientes, el hecho de que no exista un catálogo de criterios —similar al contenido en el art. 64 de la LDC— que permita modular la responsabilidad de los representantes legales o directivos de la sociedad infractora puede ser contrario al referido principio. Lo mismo ocurre cuando el importe de la multa se calcula, no con base en el volumen de negocios de la persona jurídica infractora, sino de la empresa en su conjunto —como ocurre en los casos de traslación de la responsabilidad entre empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial—, lo que eleva la sanción correspondiente hasta una cuantía, a veces, desproporcionada.

Además de la proporcionalidad, en aras de garantizar que la respuesta por parte del Estado —Administración y jueces— ante una conducta antijurídica no sea desproporcionada, en aquellos supuestos en los que una acción sea constitutiva tanto de infracción

adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos”. En términos similares también se concluye en STJUE de 21 de septiembre, C-68/88, *Comisión/Grecia*; o STJUE de 8 de julio de 1999, C-186/98, *Nunes y de Matos*.

¹⁸⁰ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001:148).

¹⁸¹ En virtud de la STJUE de 10 de julio, C-295/12, *Telefónica y Telefónica de España/Comisión*, SORIANO GARCÍA, tras realizar un examen de la misma, considera que el principio de proporcionalidad en la UE se ha visto disminuido por la imposición de “*una de las tres multas más altas impuestas nunca antes por la Comisión, sin que quede suficientemente explicada por qué la operadora alemana, con un mercado mucho más amplio, era merecedora de gracia, de atenuación, en relación con la hispana*”, revindicando la necesidad de una norma de procedimiento administrativo europeo. En sus propias palabras, “*cierto es que cada Estado miembro tiene sus propios principios y tradiciones en su aplicación. Pero no obstante ello, debe potenciarse, exactamente a través del Tribunal de Justicia, un ius commune que fije parámetros homogéneos sobre los que reposar la seguridad y certeza del Derecho*”. Vid. SORIANO GARCÍA, J.E. (2015:49-53).

administrativa como de ilícito penal, la misma solo podrá sancionarse una vez. Lo mismo ocurre en aquellos casos en los que un bien jurídico está protegido por dos o más normas propias de un mismo ordenamiento jurídico. Esta proscripción de aplicación de una duplicidad de sanciones —aun provenientes de ordenamientos jurídicos distintos— está consagrada en el principio *non bis in idem* que será objeto de estudio a continuación.

4. EL NON BIS IN IDEM Y LA POSIBILIDAD DE SANCIONAR DOBLEMENTE LAS INFRACCIONES DE LA COMPETENCIA

Como se ha reiterado a lo largo del presente estudio, la capacidad que tiene el Estado para reprimir conductas antijurídicas de los ciudadanos se encuentra repartida entre los jueces de lo penal y la Administración; reservándose los incumplimientos más graves del ordenamiento jurídico a los primeros. Es por ello por lo que frecuentemente, nuestro ordenamiento jurídico tipifica una conducta como antijurídica desde ambos ámbitos de actuación, encontrándonos con el solapamiento de las normas de derecho penal y de derecho administrativo, las cuales sancionan de distinta manera un mismo comportamiento¹⁸².

¹⁸² Así, por ejemplo, conducir bajo los efectos del alcohol está tipificado como una infracción muy grave en el artículo 77.C de la LTVMSV y, al mismo tiempo, el artículo 379.2 del CP tipifica como delito conducir bajo la influencia de “*drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas*”. Del mismo modo, la actuación de los funcionarios arbitraria e ilegal se encuentra castigada desde el ámbito administrativo y penal. Así, el artículo 6.d) del RDAE contempla como infracción muy grave “*la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*”; mientras que por su parte, el artículo 404 del CP califica el acto de dictar una resolución arbitraria e injusta como un delito de prevaricación (en su tipo básico), previéndose como pena la inhabilitación de empleo por un periodo de tiempo de entre nueve y quince años. También podría darse en aquellos supuestos en los que un sujeto mate o lesione a algún animal de los declarados como protegidos. En este sentido el artículo 45.4.a) de la Ley 2/1991, de 14 de febrero, para la protección y regulación de la fauna y flora silvestres en la Comunidad de Madrid, califica como infracción grave “*a) La destrucción, muerte, deterioro, agresión física, recolección, comercio, captura y exposición para el comercio o naturalización no autorizados de especies de fauna o flora catalogadas como vulnerables o de interés especial así como la de sus propágulos o restos*”, considerándose muy grave en el apartado 5.a) del mismo artículo cuando el animal sea de los catalogados como en peligro de extinción; mientras que el artículo 334 del CP prevé que “*1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general: a) cace, pesque, adquiera, posea o destruya especies protegidas de fauna silvestre; b) trafique con ellas, sus partes o derivados de las mismas; o, c) realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración. La misma pena se impondrá a quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, destruya o altere gravemente su hábitat*”.

Sin embargo, a pesar de que una conducta sea merecedora de reproche y así conste en varias normas, el principio *non bis in idem* impide que, por los mismos hechos, una persona pueda ser sancionada más de una vez, evitando, de este modo, un doble castigo al infractor, con excepción de aquellas situaciones en las que la relación entre la Administración y el administrado se basa en una sujeción especial¹⁸³.

Este principio se encuentra legalmente garantizado, no solo en nuestro ordenamiento jurídico interno, sino que el artículo 4 de la CEDH (protocolo 7) y el artículo 50 de la CDFUE reconocen la imposibilidad de acumular dos o más sanciones¹⁸⁴. Este último, a pesar de referirse a las sanciones penales, interpretados conforme a la jurisprudencia del TEDH, es de aplicación a las sanciones administrativas¹⁸⁵. Nuestra Constitución no

¹⁸³ En este sentido, NIETO afirma que “*la prohibición tradicional del (non) bis in idem implica —dicho sea en términos deliberadamente simplificados— que nadie puede ser condenado dos veces por el mismo hecho*”. Cf. NIETO, A. (2012:429). Del mismo modo lo exponen GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, concluyendo al respecto que nuestra jurisprudencia admite como excepción del principio *non bis in idem* las sanciones disciplinarias. Así, en estos casos, “*la constatación de que una persona ha cometido un delito puede tener, por sí misma, una significación directa en el ámbito interno de la organización que la potestad disciplinaria protege*”. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R. (2022:209). El TC se ha pronunciado al respecto, afirmando en STC 2/1981, de 30 de enero, que “*el principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración*”. En el mismo sentido lo ha declarado el TC en STC 66/1984, de 6 de junio. A modo ejemplificativo, un funcionario de la AGE que le sustrae —sin violencia, fuerza o intimidación— el teléfono móvil de un compañero (siendo la cuantía del mismo superior a 400€), podrá ser, de un lado, condenado a una pena de prisión de entre 6 y 18 meses por un delito de hurto tipificado en el art. 234 del CP; y, de otro, sancionado con suspensión de funciones, apercibimiento, o cualquier otra sanción de las contempladas en el art. 14 del RDD por la comisión de una falta grave consistente en la grave desconsideración a compañeros, tipificada como tal en el art. 7.1.e) del referido texto legal.

¹⁸⁴ CEDH. Artículo 4. “*1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. (...)*”. También la CEDF regula en su artículo 50 que “*nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley*”. Por ello, y en aplicación de los mismos, la jurisprudencia del TJUE ha señalado, entre otras, en STJUE de 26 de febrero de 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson* o STJUE de 20 de marzo de 2018, C-524/15, *Menci*, que “*el principio ne bis in idem prohíbe la acumulación tanto de procesos como de sanciones de carácter penal en el sentido de dicho artículo por los mismos hechos contra la misma persona*”.

¹⁸⁵ Así lo señala el TEDH en STEDH de 10 de febrero de 2009, *Serguei Zolotoukhine contra Rusia*. En el caso examinado por el TEDH se enjuician doblemente unos mismos hechos, primero desde el sistema punitivo penal y, con posterioridad, mediante el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. EL TEDH, tras examinar y exponer las similitudes que en el supuesto concreto presentaban ambos procedimientos, señalando la naturaleza punitiva de ambos, concluyó que, a pesar de que el primer procedimiento finalizó con una sentencia absolutoria para el investigado, el principio *non bis in idem* lo que consagra es la imposibilidad de doble enjuiciamiento, no de doble sanción, concluyendo que el enjuiciamiento al que se refiere el principio entraña tanto aquellos de naturaleza jurídica penal como administrativa. Por ello, la STEDH de 10 de febrero de 2009 declara que “*el Tribunal ha constatado anteriormente que el demandante fue condenado por «actos menores de alteración del orden público» en un procedimiento administrativo que debe asimilarse a un «proceso penal», en el sentido autónomo que posee esta expresión en el marco del Convenio. Una vez «firme» la condena, se formularon varias*

reconoce expresamente el principio *bis in idem*, pero ha sido el propio TC el que, desde sus inicios, ha considerado al mismo implícito en el principio de legalidad sancionadora del artículo 25.1 CE, abriendo la posibilidad de recurrir los incumplimientos del mismo mediante el recurso de Amparo¹⁸⁶. Sin embargo, tanto la LRJSP como la LDC tipifican de manera explícita la prohibición de doble sanción que entraña la vertiente material del *bis in idem*, proscribiendo, por tanto, la imposición de dos o más sanciones que tengan idéntico sujeto, hechos y fundamento¹⁸⁷. Esta prohibición se entiende, no solo en relación con la posibilidad de incoar dos procedimientos simultáneos o paralelos que finalicen con la imposición de la correspondiente sanción, sino también sucesivos.

acusaciones en materia penal contra el demandante. La mayor parte de ellas se referían a su comportamiento en momentos distintos y en lugares diferentes. Sin embargo, la acusación de «actos perturbadores» se refería precisamente al mismo comportamiento que el mencionado en la condena anterior de «actos perturbadores menores» y también englobaba esencialmente los mismos hechos. A la luz de lo que antecede, el Tribunal estima que las diligencias incoadas contra el demandante, en aplicación del artículo 213.2 b) del Código Penal, se referían esencialmente a la misma infracción por la que el interesado ya había sido condenado por decisión firme en virtud del artículo 158 del Código de infracciones administrativas. Por lo tanto, ha habido violación del artículo 4 del Protocolo núm. 7».

¹⁸⁶ En relación con el reconocimiento implícito del principio *non bis in idem* en el art. 25.1 CE lo ha declarado el propio TC en STC 2/1981, de 30 de enero, razonando que “*si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución. Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia*”. Lo mismo es reiterado en STC 2/2003, de 16 de enero, concluyendo que “*el principio non bis in idem integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. Así, hemos declarado que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones «en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento*”. En términos similares lo declaró el TC en STC 204/1996, de 16 de diciembre; STC 270/1994, de 17 de octubre; STC 234/1991, de 16 de diciembre; o STC 154/1990, de 15 de octubre. En relación con la posibilidad de denunciar la vulneración del mismo mediante el recurso de Amparo, así ha sido aceptado por el TC, habiendo declarado el mismo que el principio *non bis in idem* constituye un derecho fundamental del sancionado. En este sentido se pronunció el TC en STC 154/1990, de 15 de octubre; STC 204/1996, de 16 de diciembre; o STC 2/2009, de 16 de enero.

¹⁸⁷ Así la LRJSP regula de manera genérica el principio *non bis in idem*, determinando en su artículo 31 que “*1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. (...)*”. CANO CAMPOS ha afirmado que, efectivamente, lo que protege el artículo 31.1 de la LRJSP es la vertiente material del *bis in idem*. En palabras del propio autor, “*en su vertiente material, que es la que realmente consagra el art. 31.1 LRJSP, el non bis in idem trata de evitar la posibilidad de que se apliquen las consecuencias sancionadoras previstas en las distintas normas que sobre un mismo hecho pueden concurrir, exigiendo la aplicación de solo una de ellas*”. VID, CANO CAMPOS, T. (2018:48). También ALARCÓN SOTOMAYOR argumenta que “*esta prohibición, que constituye la vertiente material o sustantiva de la garantía non bis in idem, según la jurisprudencia constitucional, no solo si se trata de imponer varias penas judiciales o varias sanciones administrativas sino, sobre todo, partiendo de la identidad ontológica de unas y otras —de su misma naturaleza punitiva—, si se pretende imponer una pena y una sanción*”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 360).

Ahora bien, tal y como expone CANO CAMPOS, lo que proscribire la garantía material del *bis in idem* es que a una misma conducta le sean de aplicación las consecuencias jurídicas descritas en dos normas jurídicas diferentes, siendo perfectamente posible que un comportamiento antijurídico lleve aparejado como consecuencia del incumplimiento de un precepto legal la imposición de dos o más sanciones (entendiendo sanción como castigo), no vulnerándose el referido principio por ello¹⁸⁸.

Además de la vertiente material, el principio *bis in idem* entraña una segunda prohibición desde el punto de vista procesal, y se materializa en la teórica imposibilidad de iniciar varios procedimientos sancionadores por los mismos hechos simultánea o posteriormente. A pesar de que el ámbito del derecho penal esta vertiente del principio *non bis in idem* está plenamente aceptada, no ocurre lo mismo en la esfera sancionadora de la Administración¹⁸⁹. En este sentido, se admite la incoación de un procedimiento sancionador con posterioridad a la finalización del proceso penal en determinados casos.

¹⁸⁸ En este sentido lo declara CANO CAMPOS, argumentando al respecto que “*no se trata de que no se puedan imponer dos o más sanciones por lo mismo, pues casi todas las normas sancionadoras prevén como reacción punitiva dos o más sanciones y de diverso tipo (normalmente una pecuniaria y otra privativa de derecho). Lo que el non bis in idem pretende evitar es que se realicen dos o más reproches normativos por lo mismo, esto es, valorar y sancionar desde la misma perspectiva jurídica lo ya valorado y sancionado*”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:49-50). A modo de ejemplo, la persona que conduce bajo los efectos del alcohol, como se ha mencionado con anterioridad, infringe tanto el art. 77.c) de la LTVMYSV como el art. 379.2 del CP. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, la sanción impuesta por la conducta antijurídica consiste en una multa de 1.000€ (art. 80.2.a) de la LTVMYSV) y la pérdida de 4 o 6 puntos, dependiendo de la tasa de alcohol, del carné de conducir (anexo II de la LTVMYSV). Por su parte, el art. 379.2 del CP establece como consecuencia jurídica de conducir bajo la influencia del alcohol la privación del derecho a conducir por un plazo de entre uno y cuatro años, y la imposición de una multa/privación de libertad/trabajos en beneficio de la comunidad. ¿Quiere decir el *bis in idem* que, en el caso de una infracción administrativa, no se podrá multar y retirar los puntos simultáneamente? No, claro que se puede porque así lo establece la norma. Lo que el principio *non bis in idem* consagra es la imposibilidad de que, por conducir bajo los efectos del alcohol, un sujeto sea juzgado tanto por el derecho penal —con la imposición de las correspondientes penas— como por el derecho administrativo sancionador; debiendo elegirse solo una vía, en virtud de la cual, se le impondrán las sanciones contempladas en la normativa aplicable para ese procedimiento. Si se aceptase que cada infracción solo pudiera llevar aparejada una única consecuencia desfavorable para el infractor, se perdería parte de la función preventiva de las sanciones ya que, cuanto mayor sea la amenaza por el incumplimiento —siempre respetando el principio de proporcionalidad—, menor será el número de personas “dispuestas a pagar ese precio”.

¹⁸⁹ En el ámbito del Derecho penal sería impensable que un sujeto acusado de homicidio, tras la finalización del procedimiento con sentencia absolutoria, fuese nuevamente investigado por los mismos hechos. Sin embargo, en el derecho administrativo sancionador solo operará tal prohibición en aquellos procedimientos en los que la situación para el investigado sea tan gravosa como si se tratase de un procedimiento penal. Así lo ha declarado el TC en STC 334/2005, de 20 de diciembre, afirmando que “*la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento -su grado de complejidad- como a las de la sanción que sea posible imponer en él -su naturaleza y magnitud- pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal*”. En el mismo sentido lo declaró en STC 2/2003, de 16 de enero o la STS de 25 de septiembre de 2019 (rec. núm. 85/2018).

Así, si el procedimiento penal finaliza con sentencia condenatoria o declara la inexistencia del hecho o la falta de participación del investigado, no será posible incoar un procedimiento administrativo sancionador posterior; sin embargo, si el procedimiento penal finaliza con sentencia absolutoria para el investigado (siempre y cuando no sea por inexistencia objetiva del hecho o falta de participación), será posible incoar, a posteriori, el procedimiento sancionador que corresponda¹⁹⁰. En el mismo sentido, la administración tampoco podrá incoar un segundo procedimiento sancionador cuando el primero de ellos haya finalizado sin sanción por no ser los hechos constitutivos de infracción administrativa o por que el sujeto no hubiese sido declarado responsable de la misma¹⁹¹.

¹⁹⁰ En palabras de NIETO, “la sentencia condenatoria es el máximo exponente del non bis in idem y la consagración de una postura ideológica de carácter inequívocamente garantizador de los ciudadanos: ante la solemnidad y el rigor de los tribunales penales quedan paralizadas para siempre las actuaciones de los humildes órganos administrativos”. Vid. NIETO, A. (2012:458). Esta afirmación es completada por CANO CAMPOS, argumentando que “si en el proceso penal previo se dicta sentencia condenatoria, la Administración no podrá tramitar (o reanudar) un procedimiento administrativo ni imponer una sanción por los mismos hechos ya castigados penalmente. Tampoco si la resolución penal declara la inexistencia de los hechos o la falta de participación en ellos del imputado. Pero si el proceso penal concluye con sentencia absolutoria, cabe la iniciación o continuación del procedimiento administrativo sancionador. También cuanto el proceso penal concluya con condena pero los hechos daban lugar a un concurso ideal entre el delito enjuiciado y la infracción cometida”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:51). ALARCÓN SOTOMAYOR afirma lo mismo, de modo que “en caso de que la sentencia penal absuelva, la Administración podrá continuar o incoar el procedimiento sancionador y, si procede, imponer la sanción”; por el contrario, si la sentencia penal condena, “la Administración no podrá sancionar por el mismo ilícito, pero sí por infracción administrativa en concurso, eso sí, con vinculación a la declaración de hechos probados que incorpore la sentencia penal”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 414-415). También el Tribunal Supremo, en línea con lo establecido por el TC, concluye en STS de 19 de abril de 1999 (rec. núm. 408500/1982), que “a) si el Tribunal penal declara inexistente los hechos, no puede la Administración imponer por ellos sanción alguna; b) si el Tribunal declara la existencia de los hechos pero absuelve por otras causas, la Administración debe tenerlos en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo distinta de la penal, imponer la sanción que corresponda conforme al ordenamiento administrativo; y c) si el Tribunal constata simplemente que los hechos no se ha probado, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo y, si así fuera, sancionarlos administrativamente”. Del mismo tenor es la STS (Sala quinta) de 11 de diciembre de 2012 (rec. núm. 62/2012); o la STS de 20 de noviembre de 2014 (rec. núm. 3850/2012).

¹⁹¹ También CANO CAMPOS ha señalado al respecto que “si se tramita contra un sujeto un procedimiento administrativo sancionador y concluye con resolución declarando la inexistencia de infracción o de responsabilidad, no cabe posteriormente iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionador por lo mismo. Salvo que se trate, claro está de un concurso de infracciones y el nuevo procedimiento trate de enjuiciar una infracción distinta”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:51-52). En parecidos términos, NIETO, tras exponer las consecuencias que tiene una sentencia absolutoria penal sobre el procedimiento administrativo sancionador, concluye que “la Administración reanudará sus actuaciones; pero aún está por aclarar hasta qué punto le vinculan las declaraciones que la sentencia haya realizado sobre los hechos”. Vid. NIETO, A. (2012:459). En este sentido lo ha declarado la AN en reiteradas ocasiones al pronunciarse sobre la posibilidad de incoar, por parte de la CNMC, un procedimiento sancionador con posterioridad a la anulación, por parte de los tribunales, de una resolución sancionadora previa. Así, a modo ejemplificativo, la SAN de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 707/2018), concluye que “la actora denuncia que la incoación de un segundo expediente sancionador, pese a la sentencia de la Sala que había anulado la sanción, vulnera el principio non bis in idem en su vertiente procesal o procedimental. (...). En su vertiente material, como indicó la STC de 30 de enero de 1981, el principio exige que no recaiga duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento y, por tanto,

Sin embargo, y como consecuencia del límite temporal que la caducidad supone para la tramitación de los procedimientos sancionadores, como regla general nuestras leyes si admiten la posibilidad de que, una vez se haya producido la caducidad imputable a la administración de un procedimiento sancionador, siempre y cuando el mismo no haya prescrito, se podrá incoar un procedimiento posterior, admitiéndose incluso, que aquellos actos y trámites que se hubiesen mantenido iguales de no haberse producido la caducidad se puedan incorporar al nuevo procedimiento, lo cual no ha estado exento de críticas por la doctrina¹⁹².

El principio *non bis in idem*, como se ha mencionado, solo garantiza el derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos cuando se cumpla la triple identidad del hecho, es decir, que los hechos sean los mismos, que hayan sido realizados por el mismo sujeto, y que el fundamento protegido por las normas coincida. Por ello, en ocasiones, es

despliega su eficacia "ex post" ya que impide una nueva sanción por algo que ya ha sido sancionado. En su vertiente procedimental significa que un mismo hecho antijurídico no puede enjuiciarse simultáneamente por los órganos jurisdiccionales y administrativos pues en las relaciones entre Administración y jurisdicción penal, determina la preferencia de esta última y también, como aquí sucede, prohíbe iniciar un nuevo procedimiento sancionador si la sanción impuesta en un procedimiento anterior ya fue anulada. Para que pueda hablarse de "bis in ídem" debe concurrir una triple identidad entre los términos comparados: objetiva (mismos hechos), subjetiva (contra los mismos sujetos) y causal (por el mismo fundamento o razón de castigar). La identidad subjetiva supone que el sujeto afectado debe ser el mismo, cualquiera que sea la naturaleza o autoridad judicial o administrativa que enjuicie y con independencia de quién sea el acusador u órgano concreto que haya resuelto, o que se enjuicie en solitario o en concurrencia con otros afectados. La identidad fáctica supone que los hechos enjuiciados sean los mismos, y descarta los supuestos de concurso real de infracciones en que no se está ante un mismo hecho antijurídico sino ante varios. Y la identidad de fundamento o causal, implica que las medidas sancionadoras no pueden concurrir si responden a una misma naturaleza, es decir, si participan de una misma fundamentación teleológica, lo que ocurre entre las penales y las administrativas sancionadoras, pero no entre las punitivas y las meramente coercitivas. (...). Y centrándonos en la modalidad procedimental del principio citado, que impide abrir un nuevo procedimiento sancionador anulada la sanción por los mismos hechos, este criterio se encuentra avalado tanto por el Tribunal Supremo como por el TJUE". Del mismo tenor son la SAN de 24 de marzo de 2023 (rec. núm. 607/2018) o la SAN de 13 de abril de 2023 (rec. núm. 1/2021).

¹⁹² A pesar de que varios autores han considerado contrario al *bis in idem* procesal la posibilidad de incoar procedimientos sancionadores tras la declaración de caducidad, lo cierto es que se declara expresamente en la LPAC, donde el artículo 95.3 recoge que “en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado”. En este sentido, ver CANO CAMPOS, T. (2001). “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”. *RAP*, núm. 156, septiembre-diciembre 2001, págs. 242-243; FERNANDEZ FARRERES, G (2022:502); o FERNÁNDEZ POLANCO, S. (1999). “La nueva regulación del silencio administrativo”, *RJA*, núm. 5, pág. 43. A modo de excepción es posible citar a la LGT, la cual proscribió explícitamente la posibilidad de incoar un procedimiento sancionador tras la declaración de caducidad y así lo regula en su artículo 211.4. En este sentido, declara que “(...) 4. El vencimiento del plazo establecido en el apartado 2 de este artículo sin que se haya notificado resolución expresa producirá la caducidad del procedimiento. La declaración de caducidad podrá dictarse de oficio o a instancia del interesado y ordenará el archivo de las actuaciones. Dicha caducidad impedirá la iniciación de un nuevo procedimiento sancionador”.

posible tramitar dos procedimientos sancionadores sucesivos o simultáneos por unos mismos hechos por considerarse que el bien jurídico protegido por ambas normas difiere¹⁹³.

De este modo, a pesar de que el DUE también consagra como principio fundamental de la UE el *non bis in idem*, lo cierto es que de la jurisprudencia del TJUE se desprende la posibilidad de sancionar unos mismos hechos desde el punto de vista europeo y nacional si ninguna de las dos sanciones integran el desvalor total de la acción. Si se pone el foco en la defensa de la competencia que ahora nos interesa, la misma acción antijurídica puede lesionar, no sólo los intereses del mercado europeo, sino también el comercio interior, suscitándose la duda acerca de si es posible sancionar dos veces una misma acción o no.

Como se acaba de mencionar, ha sido el propio TJUE el que ha resuelto esta cuestión — que ha sido incorporada de manera genérica por nuestro legislador en el artículo 31.2 de la LRJSP— habiéndose concluido que siempre y cuando las autoridades nacionales se abstengan de aplicar el DUE y su reproche se dirija exclusivamente a la incidencia que la conducta sancionada tiene en el mercado interno del Estado miembro, la prohibición de la doble sanción no se vería vulnerada por no coincidir los bienes jurídicos protegidos por ambas legislaciones¹⁹⁴.

¹⁹³ Así, por ejemplo, no vulnera el *bis in idem* por tratarse de sujetos distintos la imposición, por los mismos hechos, de una sanción a dos sujetos distintos. Así lo ha declarado el TS en STS de 12 de julio de 2001 (rec. núm. 428/1996). También el TC en STC 236/2007, de 7 de noviembre, se permite una doble sanción en tanto en cuanto, “*debe señalarse que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes. En este sentido, hemos declarado que la exigencia de un fundamento diferente requiere «que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de ley)»*”. Del mismo modo, el TSJ de Asturias, en STSJ de 20 de enero de 1998 (rec. núm. 1235/1995), admite la imposición de dos sanciones como consecuencia de unos mismos hechos por entender que “*tales procedimientos son consecuencia de la aplicación de normativas diferentes, de inexcusable acatamiento para cada órgano, y, en el presente caso, ambas Administraciones (autonómica y Estatal) protegen intereses distintos (Pesca fluvial y Dominio Público Hidráulico) con normativas diferentes en cada ámbito, lo que lleva a desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada por ser ajustada a derecho*”.

¹⁹⁴ Así se declara en STJUE de 13 de febrero de 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm y otros/Bundeskartellamt*, la cual, por considerar que el bien jurídico protegido por la legislación europea y la interna de cada Estado miembro difiere, declara la compatibilidad de la doble sanción. En palabras del propio TJUE, “*dicha disposición no tiene incidencia alguna en el caso de que dichas autoridades no pretendan aplicar los mencionados artículos, sino únicamente su Derecho interno. Considerando que el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias las consideran desde puntos de vista diferentes; que, en efecto, en tanto que el artículo 85 considera las prácticas colusorias en razón de los obstáculos que de ellas pueden derivarse para el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas valoran dichas prácticas sólo en el marco de las consideraciones particulares en que se inspira cada ordenamiento*”. En el mismo sentido se declara en STJUE de 10 de julio de 1980, C-253/78, *Procureur de la République/Giry y Guerlain* en la cual, el TJUE, con referencia expresa a la STJUE de 13 de febrero de 1969, concluye que “*mientras que los artículos 85 y 86 las contemplan en razón de los obstáculos que de*

Esta teoría de la “doble barrera” defiende la aplicación paralela de ambas legislaciones, considerando que, de un lado, el derecho europeo protege el mercado europeo de obstáculos que puedan surgir en relación con la libre circulación de mercancías, mientras que nuestro derecho interno lo que protege es la competencia efectiva en el mercado propio español¹⁹⁵.

Pese a ello, existen voces en la doctrina que critican el hecho de poder sancionar doblemente unos mismos hechos pese a que el mercado geográfico afectado sea distinto por considerar que la misma vulnera el *non bis in idem*¹⁹⁶.

No obstante, la doble sanción lleva aparejados unos requisitos. El primero de ellos, como se acaba de exponer, es la necesidad de que los bienes jurídicos protegidos por las normas sean diferentes, debiendo sancionar cada autoridad de competencia con base en una normativa diferente —la Comisión sancionará con base en el TFUE y la CNMC aplicará la LDC—. Además, en estos casos, la Comisión Europea gozará de primacía en lo que se

ellas pueden derivarse para el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas, inspiradas por consideraciones propias a cada una de ellas, valoran las prácticas restrictivas solamente en ese marco. De ello se deduce que las autoridades nacionales pueden actuar también respecto a situaciones que pueden ser objeto de una Decisión de la Comisión”. Además, como se ha expuesto en el texto principal, nuestro legislador ha acogido la posibilidad de imponer una doble sanción en el art. 31.2 de la LRJSP siempre y cuando la autoridad nacional, a la hora de sancionar, guarde la debida proporción. Así, el art. 31.2 de la LRJSP declara que “cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción”.

¹⁹⁵ GUILLÉN CARAMÉS argumenta al respecto que “las normas comunitarias y las de los Estados miembros en materia de competencia defienden dos bienes jurídicos distintos: por un lado, las normas del Tratado tratan de eliminar los obstáculos a la libre circulación de mercancías en el mercado común y de consolidar y salvaguardar la unidad de este mercado; y por otro, las legislaciones nacionales se inspiran en principios propios y establecen regulaciones concebidas para sus mercados, que es un ámbito material de protección”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2010:76-77). En el mismo sentido, MARTÍNEZ LAGE Y BROKELMANN secundan la posibilidad de sancionar paralelamente una misma conducta anticompetitiva con base en que “mientras que el artículo 85 TCE contempla las restricciones de la competencia también desde la perspectiva de los obstáculos que estas pueden crear al comercio entre los Estados miembros (...), los Derechos nacionales contemplan las prácticas restrictivas desde las consideraciones propias a cada uno de ellos”. Vid. MARTÍNEZ LAGE, S. Y BROKELMANN, H. (1996). “Las relaciones entre las autoridades nacionales y las autoridades comunitarias en materia de competencia: el control de las concentraciones”. *Anuario de Competencia*, nº1, pág. 121. Del mismo tenor lo han expuesto CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001:242); FONT GALÁN, J.I. (1986:87-88); o ARAUJO BOYD, M. (1998:164).

¹⁹⁶ Como se ha expuesto, esta posibilidad de sancionar doblemente ha sido criticada por Nieto en tanto en cuanto no se establece ningún tipo de vinculación entre ordenamientos. Vid. NIETO, A. (2012:494). En términos similares declara BAÑO LEÓN que una correcta interpretación del Derecho proscribía que se sancionen doblemente unos mismos hechos, concluyendo al respecto que “es un contrasentido pretender que esa jurisprudencia pueda admitir una doble sanción por la comisión de un mismo hecho cuando la finalidad pretendida por la medida aflictiva comunitaria o española es idéntica: proteger la competencia. Y ello en los dos sentidos, cuando primero se haya interpuesto la sanción comunitaria y cuando sea la autoridad nacional la primera que castiga unos determinados hechos”. Cf. BAÑO LEÓN, J.M (1996:54). Del mismo modo lo razona SORIANO GARCÍA, J.E. (1998). *Derecho público de la competencia*. Marcial Pons, págs. 481 y ss.

refiere a la imposición de la sanción sobre la autoridad de competencia nacional, la cual, a la hora de sancionar, habrá de hacerlo teniendo en cuenta la resolución dictada por primera. Esta vinculación se fundamenta en el principio de proporcionalidad de las sanciones, en virtud del cual, la autoridad nacional de competencia habrá de tener en consideración la sanción impuesta por la Comisión de cara a graduar la sanción que cabría imponer al infractor por haber infringido, también, las disposiciones nacionales.

Así, el propio TJUE ha declarado que *“no obstante, la posibilidad de un doble procedimiento diera lugar a una acumulación de sanciones, una exigencia general de equidad, que se encuentra por lo demás recogida al final del párrafo segundo del artículo 90 del Tratado CECA, requeriría que se tuviera en cuenta cualquier decisión sancionadora anterior al determinar la sanción que en su caso se impusiera”*¹⁹⁷.

También ha sido declarado por el propio TJUE la posibilidad que tiene una autoridad nacional de competencia para sancionar de manera conjunta —en un mismo procedimiento— el desvalor de una conducta anticompetitiva que afecta no solo al mercado europeo sino también al mercado nacional sin que ello suponga una vulneración del principio *non bis in dem*. En este sentido, podría pensarse que el hecho de que se tramite un único procedimiento, pero fuesen de aplicación dos normas paralelas podría suponer la vulneración del referido principio; sin embargo, el TJUE niega tal posibilidad, sin perjuicio de que a la hora de cuantificar las sanciones deba guardarse la debida proporción a la naturaleza de la infracción¹⁹⁸. En virtud de lo expuesto, parece que el

¹⁹⁷ STJUE, de 13 de febrero, C-14/68, *Walt Wilhelm y otros/Bundeskartellamt*. En el mismo sentido lo ha afirmado en STJUE, de 14 de diciembre, C-7/72, *Boehringer Mannheim/Comisión*, declarando que *“al fijar la cuantía de una multa la Comisión está obligada a tener en cuenta las sanciones que ya se han impuesto a la misma empresa por el mismo hecho, si se trata de sanciones impuestas por infracciones al Derecho de la competencia de un Estado miembro y, por consiguiente, cometidas en territorio comunitario”*. En este sentido lo ha declarado CARNEVALI al afirmar que *“en el sector de las sanciones comunitarias directas en el que a la Comisión le cabe un papel preponderante en la imposición de la sanción, el TJCE ha ido desarrollando una serie de pautas que han permitido resolver los conflictos que una dualidad sancionatoria puede crear”*, para concluir que *“el que se admita la posibilidad de una doble sanción —comunitaria y nacional— debe entenderse por cuanto ambas, en su conjunto, castigan el desvalor del comportamiento, pero, para que la pena definitiva sea proporcional, es preciso que en la graduación de la segunda sanción se tenga en consideración la primera de ellas”*. Cf. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001:239-243). También GUILLÉN CARAMÉS concluye que *“se consagra la idea de la primacía del Derecho Comunitario sin dejar de reconocer la posibilidad de su aplicación conjunta o en paralelo con los ordenamientos nacionales en materia de competencia”*. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2010:78). Así, NIETO declara que *“el Derecho comunitario sólo acepta la posibilidad del bis in idem en la medida en que la acumulación de las sanciones no viole el principio comunitario de proporcionalidad”*. Vid. NIETO, A. (2012:494).

¹⁹⁸ En este sentido, la STJUE de 3 de abril de 2019, C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, declaró expresamente que *“el principio non bis in idem no es aplicable en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que la autoridad nacional de competencia aplica en paralelo, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 1/2003, el Derecho nacional de la competencia”*.

TJUE avala la doble sanción siempre y cuando se enjuicien bienes jurídicos diferentes y entre las mismas se guarde la debida proporción.

Una vez expuestas las principales garantías que entraña el *non bis in idem*, así como los demás principios de la potestad sancionadora, conviene entrar a analizar la importancia que tiene el transcurso del tiempo en el procedimiento sancionador, habiéndose vetado la posibilidad de sancionar o ejecutar las sanciones una vez transcurridos determinados plazos tipificados por el legislador en función de la gravedad de la infracción. Por ello, a continuación, se analizará sucintamente el principio de prescripción de las infracciones y sanciones.

5. LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN MATERIA DE COMPETENCIA.

Además de todos los principios anteriormente estudiados, la Administración, a la hora de ejercitar su potestad sancionadora, está condicionada por el tiempo, debiendo distinguirse entre la prescripción y la caducidad —si bien no procede ahora entrar a realizar un análisis exhaustivo de ambas figuras—, operando la primera de ellas en el momento en el que se consuma la infracción y la última una vez incoado el procedimiento administrativo sancionador; habiéndose configurado la prescripción como el principal límite temporal

*y las normas sobre competencia de la Unión y sanciona, con arreglo al artículo 5 de dicho Reglamento, a una empresa imponiéndole, en una misma resolución, una multa por la infracción del mencionado Derecho y una multa por incumplir dichas normas”, para concluir en relación con la proporcionalidad de las sanciones a imponer que “cuando, en una misma resolución, la autoridad nacional de competencia imponga dos multas para sancionar una infracción del Derecho nacional de la competencia y una infracción del artículo 82 CE, dicha autoridad deberá cerciorarse de que las multas consideradas conjuntamente son proporcionadas a la naturaleza de la infracción, lo que, en el litigio principal, corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente”. En relación con la posibilidad de sancionar doblemente en un mismo procedimiento, BUENO ARMIJO parece afirmar que, para el TJUE, la única protección que entraña el principio *non bis in idem* es de carácter procedimental. Así, en palabras del propio autor, “para este Tribunal, basta con respetar la vertiente procesal del principio *non bis in idem* para dar pleno cumplimiento a esta garantía, dado que es esta la que constituye su verdadero contenido. Dicho de otra forma: si no existe más de un proceso punitivo contra la misma persona y por los mismos hechos, no puede haber vulneración del *non bis in idem*, aun cuando en el seno del único proceso tramitado se haya impuesto más de un castigo en aplicación de normas distintas”. Vid. BUENO ARMIJO, A. (2021). “El principio «non bis in idem» en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español”, en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dir.). *Anuario de derecho administrativo sancionador (2021)*. Thomson Reuters. Civitas, pág. 287. En términos similares lo razona el referido autor en BUENO ARMIJO, A. (2022). “Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea”. *RAP*, n° 218, págs. 191-192.*

de la actuación administrativa y constituyendo uno de los principios de la potestad sancionadora¹⁹⁹.

La prescripción ha sido regulada de manera básica en el artículo 30 de la LRJSP, aplicándose la misma tanto a las infracciones como a las sanciones administrativas, limitando, de ese modo, el ejercicio del *ius puniendi* de la Administración²⁰⁰. En sí, la prescripción proscribía que transcurrido el tiempo legalmente previsto la Administración pueda, o bien sancionar, o bien ejecutar una sanción impuesta, habiéndose afirmado por la doctrina que lo que prescribe no es en sí la infracción o la sanción sino el ejercicio de la potestad administrativa²⁰¹.

Si distinguimos entre la prescripción de las infracciones y la de las sanciones, los efectos de la misma en una y otra difieren. Así, en el primero de los supuestos, la prescripción implica que la Administración, una vez transcurrido el plazo previsto en la norma, no podrá incoar el procedimiento sancionador contra el presunto responsable y, por ende, declarar la existencia de infracción. En el segundo caso, la prescripción supone la imposibilidad de ejecutar la sanción previamente impuesta, pero existiendo en este segundo supuesto una condena por la infracción cometida que no desaparece. En cualquiera de los casos, el hecho de que la Administración sancione o ejecute la sanción

¹⁹⁹ Ya tuve ocasión de pronunciarme en relación con las diferencias existentes entre la prescripción, la caducidad y demás figuras afines en FERNÁNDEZ BACARIZA, L. (2022). “El principio de buena administración en relación con la caducidad de los procedimientos sancionadores en materia de contrabando (al hilo de la sentencia del TS 4117/2021, de 4 de noviembre)”. *REDA*, N.º 219, 2022, págs. 207-236.

²⁰⁰ Así, el artículo 30 de la LRJSP establece que “1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año. (...)”.

²⁰¹ En este sentido lo razona CANO CAMPOS, afirmando al respecto que “en rigor, lo que prescribe o se extingue con el transcurso del tiempo no son las infracciones cometidas o las sanciones impuestas, sino la potestad de la Administración (su ejercicio en ese caso concreto) para perseguir las infracciones y sancionarlas o para ejecutar por la fuerza las sanciones previamente impuestas”. Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:176). En el mismo sentido, BUENO ARMIJO manifiesta que “la prescripción supone la imposibilidad sobrevenida de sancionar una infracción administrativa (prescripción de la infracción) o de ejecutar o exigir el cumplimiento de una sanción ya impuesta (prescripción de la sanción), por el mero transcurso de un lapso determinado de tiempo”. Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 863). También MARTÍN REBOLLO argumenta que “el tiempo acaba por borrar la infracción; el tiempo termina también con la sanción. De manera que, pasado cierto tiempo (proporcional a la gravedad de la infracción) los hechos infractores ya no se pueden sancionar”. Cf. MARTÍN REBOLLO, L. (2020). *Manual de Derecho Administrativo y guía para el estudio de las Leyes Administrativas (5ª edición)*. Thomson Civitas Aranzadi. Pág. 1172. Igualmente, COSCULLUELA MONTANER, L. (2022:661), FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022:259); o AMOEDO-SOUTO, C.A. (2023:690-691).

impuesta una vez prescritas las mismas, supondría una vulneración del ordenamiento jurídico, llevando aparejada la nulidad de pleno derecho del acto²⁰².

Con el establecimiento de los plazos de prescripción lo que se pretende es que la Administración, a la hora de sancionar, actúe de manera eficaz, de modo que la posibilidad de ser sancionado no se prolongue en el tiempo²⁰³. El fundamento jurídico que sustenta la prescripción no es pacífico, habiéndose señalado, por un lado, que la justificación de la prescripción reside en la protección de la seguridad jurídica, de modo que la amenaza de sancionar no se pueda prolongar indefinidamente en el tiempo; y, por otro lado, existe jurisprudencia que avala como fundamento de la misma la innecesidad de sancionar una vez ha transcurrido un largo periodo de tiempo²⁰⁴.

²⁰² Así lo afirma CANO CAMPOS, exponiendo que *“la imposición de una sanción por una infracción que ha prescrito, o la ejecución de una sanción ya prescrita, constituyen actos nulos de pleno derecho, pues en la medida en que se está castigando o ejecutando un castigo por algo que ya no merece reproche alguno, se estaría desconociendo el derecho fundamental a la legalidad sancionadora, que exige castigar únicamente en los casos previstos legalmente”*. Vid. CANO CAMPOS, T. (2015). “Ejecutividad, ejecución y prescripción de las sanciones en el Derecho de la Competencia” en Guillén Caramés, J. y Cuerdo Mir, M. (Dirs.). *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia*, pág. 62. De manera más global, pues se refiere en general a las vulneraciones del art. 25 de la CE, GARCÍA LUENGO concluye que *“buena parte de las vulneraciones sustantivas que pueden afectar a una resolución sancionadora conduzcan, en nuestro sistema, a la nulidad de pleno derecho y no a la mera anulabilidad, ya que, si estamos ante la vulneración de una garantía derivada del artículo 25 de la Constitución, procede activar la causa de nulidad reconocida hoy en el artículo 47.1.a) de la LPAC”*. Cf. GARCÍA LUENGO, J. (2021). “Algunas especialidades de la nulidad de las sanciones” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas, pág. 208.

²⁰³ Así lo ha declarado el TC respecto de los delitos, afirmando en STC 63/2005, de 14 de marzo, que *“lo que la existencia de la prescripción del delito supone es que éste tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión. Pero también obedece a la propia esencia de la amenaza penal, que requiere ser actuada en forma seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen. Para lograr esa inmediatez no basta con la prohibición de dilaciones indebidas en el procedimiento, sino que el legislador penal ha acudido a un instrumento más conminatorio, por el que se constriñe a los órganos judiciales a iniciar el procedimiento dentro de un término previa y legalmente acotado o a olvidarlo para siempre. Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades anteriormente mencionadas”*. En el mismo sentido se declara en STC 157/1990, de 18 de octubre; STC 79/2008, de 14 de julio; STC 37/2010, de 19 de julio; o STC 25/2018, de 5 de marzo.

²⁰⁴ La tesis de la seguridad jurídica es declarada por nuestra jurisprudencia constitucional, habiéndose declarado en STC 157/1990, de 18 de octubre, que *“el Tribunal ha admitido que el ordenamiento limite temporalmente la vía de la correspondiente acción. La prescripción encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica”*, a pesar de que penalmente pudiera entrañar otras fundamentaciones. En el mismo sentido se declara en STS 8805/1988, de 14 de diciembre, manifestando al respecto que *“el Derecho administrativo sancionador se inspira, de acuerdo con jurisprudencia reiterada y uniforme, en los mismos principios que el Derecho Penal, cuya jurisprudencia viene admitiendo que la prescripción debe ser declarada de oficio en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicional (...) con base en razones de orden público, interés general y de política penal, así como en la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones expectantes de posible sanción y su permanencia al derecho material sancionador”*. En términos similares lo afirman la STS de 9 de diciembre de 2022 (rec. núm. 4278/2021);

Por su parte, NIETO ha considerado que las verdaderas razones que entraña el principio de prescripción de las infracciones y sanciones administrativas son sociopolíticas, estableciendo un paralelismo entre las infracciones administrativas y la prescripción, y los pecados y la confesión. En palabras del propio autor, *“en mi opinión las razones que más pesan a la hora de establecer plazos prescriptorios son de índole sociopolítica. El Estado tiene conciencia de que existe una enorme masa de ciudadanos —sin exageración puede hablarse de la mayoría de la población— que de forma deliberada o no son autores de infracciones administrativas más o menos graves. (...). Si en la actualidad sabemos —como PRODI ha estudiado muy bien apoyado en una bibliografía amplísima aunque curiosamente desconocida por los juristas— el origen común, y sus contantes interrelaciones posteriores, de los pecados y los delitos, siempre se ha hecho notar que la simetría de estos dos órdenes parece romperse ante la ausencia de la prescripción de los pecados. Y, sin embargo, el paralelo subsiste pues que la prescripción de los ilícitos mundanales es el correlativo de la confesión religiosa (católica). El Dios de Roma como*

STS de 21 de julio de 2021 (rec. núm. 6452/2019) o STS de 15 de abril de 2021 (rec. núm. 1382/2020). También doctrinalmente se respalda la tesis de la seguridad jurídica, habiendo razonado BANACLOCHE PALAO que *“no puede olvidarse que la prescripción nace a la vida jurídica como respuesta a un problema que se produce en la vida real: la dificultad intrínseca que corresponde a toda investigación de delitos (bien por vez primera, bien como continuación de una labor abandonada) que va a realizarse mucho tiempo después de que se hayan cometido aquéllos. Tal investigación presenta siempre dos graves inconvenientes: para el acusador, la dificultad de encontrar elementos que permitan reconstruir lo sucedido y formar una mínima convicción al juzgador (pues las piezas de convicción pueden estar perdidas, los testigos no recordar con precisión, los documentos resultar destruidos o desaparecidos, etc.); y para el acusado, la dificultad de recabar los datos reveladores de su inocencia. La imposibilidad de dar una respuesta adecuada a tales inconvenientes, particularmente al segundo, es lo que justifica la creación de la figura de la prescripción, que significa una opción del legislador dirigida a no perseguir los ilícitos penales cometidos tiempo atrás. Esta opción representa un claro ataque a la justicia material, porque se deja de juzgar un delito o falta; pero la injusticia que así se produce se considera siempre menor a la que podría resultar de la celebración de un proceso que no goza ni siquiera a priori de las condiciones idóneas que permiten garantizar su adecuado desarrollo”*. Cf. BANACLOCHE PALAO, J. (1997). “Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal”. *RDP*, pág. 287. En el mismo sentido lo declara CHOZAS ALONSO, añadiendo, además, que *“la prescripción no sólo protege la seguridad jurídica del acusado (que es técnicamente inocente hasta que recaiga una sentencia condenatoria, y no puede verse obligado a revisar sus actos realizados mucho tiempo atrás) y de la víctima (que puede compeler, invocando el peligro de la prescripción, al poder público a que resuelva de forma ágil el proceso y que repare el daño sufrido), sino también, y esto es decisivo, la del titular más importante de la acción penal, que no es otro que el propio Estado”*. Vid. CHOZAS ALONSO, J.M. (2005). “¿Cuándo se interrumpe la prescripción en el ámbito procesal penal? (un nuevo enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo)”. *RCJS*, nº 2, pág. 223. Sin embargo, respecto de la tesis que fundamenta la prescripción en la pérdida de razón para sancionar una vez ha transcurrido tiempo, es ilustrativa la STS 3019/1989, de 16 de mayo de 1989, en la cual el Tribunal Supremo declaró que *“en materia sancionadora, cuyos principios generales se inspiran en los que informan el Código Penal y cuyo ejercicio a través de la potestad sancionadora general de la Administración sólo cabe admitirlo dentro de los principios constitucionales de legalidad, culpabilidad, irretroactividad, igualdad y presunción de inocencia, no es heterodoxo admitir que cuando pase cierto tiempo, al igual que en el campo penal, se carece de razón para el castigo implicando la imposición de una sanción un nuevo agravio, tanto individual como colectivo, porque en buena medida al modificar el tiempo las circunstancias concurrentes la adecuación entre el hecho y la sanción desaparece, (...)”*.

*los Estados nacionales no permiten la situación indefinida de culpa y por eso han establecido mecanismos periódicos de limpieza: en un caso la confesión pascual y en otro la prescripción*²⁰⁵.

El plazo de prescripción de las infracciones y de las sanciones se concretará en la legislación sectorial de aplicación. Así, a pesar de que el artículo 30 de la LRJSP establece en su apartado primero que las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años, y las leves al año, estos plazos de prescripción operan de manera supletoria, debiéndose aplicar preferentemente —cuando así lo contemplen— los plazos establecidos en la normativa sectorial; plazos que no tienen por qué coincidir con los determinados con carácter básico, ya que incluso, existen normas que regulan genéricamente un único plazo de prescripción en lugar de tipificar distintos plazos en función de la gravedad de la infracción²⁰⁶. En lo que ahora nos interesa, la LDC tipifica en su artículo 68 que las infracciones muy graves se extinguirán a los cuatro años, las graves a los dos años, y las leves pasado el año; apuntando los mismos plazos para la prescripción de las sanciones²⁰⁷.

Una vez transcurrido el plazo de prescripción, la misma habrá de ser apreciada de oficio tanto por los órganos administrativos como, en su caso, por los tribunales fiscalizadores de la actuación administrativa, siendo relevante, por tanto, saber determinar el momento a partir del cual comienzan a correr dichos plazos²⁰⁸. Para ello, el artículo 68 de la LDC

²⁰⁵ NIETO, A. (2012:541).

²⁰⁶ Como se ha expuesto, cada norma sectorial debería regular los plazos de prescripción aplicables a las infracciones que tipifica. A modo ejemplificativo, el EBEP, en su artículo 97, establece el plazo de prescripción de tres años para las infracciones muy graves, de dos años para las graves, y de seis meses para las infracciones leves. Los mismos plazos de se contemplan en el artículo 136 del EGAE para la prescripción de las infracciones en el tipificadas. También, la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial contempla en su artículo 112 unos plazos de prescripción mucho más reducidos, diferenciando entre un plazo de prescripción de tres meses para las infracciones leves, y uno de seis meses para las infracciones graves o muy graves. Como se ha expuesto, existen leyes que no diferencian plazos de prescripción en función de las infracciones cometidas. En este sentido, podemos destacar la Ley de Represión del Contrabando, en su artículo 15, contempla un plazo genérico de prescripción de cuatro años para todas las infracciones. En el mismo sentido, la Ley de Suelo de la Comunidad de Madrid, en su artículo 236, regula un único plazo de prescripción de cuatro años para cualquier infracción de naturaleza urbanística salvo aquellas que afecten a zonas verdes y espacios libres, que no prescribirán

²⁰⁷ El tenor literal del artículo 68 LDC es como sigue: “1. Las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado. 2. Las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las impuestas por la comisión de infracciones graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año”.

²⁰⁸ Ha sido nuestro Tribunal Supremo el que ha configurado la obligatoriedad de apreciar de oficio la infracción de las infracciones y las sanciones administrativas. Así, lo declaró, entre otras, en STS de 26 de mayo de 1999 (rec. núm. 5231/1993), exponiendo que “aunque esta cuestión no fue alegada en la instancia, no es menos cierto que la apreciación de oficio en materia sancionadora no ofrecería obstáculo alguno

establece que la prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en el que se haya cometido la infracción, salvo para las infracciones continuadas, cuyo cómputo de plazo comienza a contar desde el momento en el que las mismas cesan. Respecto del cómputo del plazo de prescripción de las sanciones la LDC guarda silencio, debiendo entender —por venir así dispuesto en el artículo 30 de la LRJSP— que el mismo comenzará a contar desde el día siguiente a aquel en el que la sanción es ejecutable por la Administración. En cualquiera de los dos casos, la LDC establece que el cómputo se interrumpirá con la notificación al interesado de la incoación, o bien del procedimiento sancionador —para las infracciones—, o bien del procedimiento de ejecución forzosa —para las sanciones—²⁰⁹. Una vez transcurrido el plazo de prescripción, la Administración no podrá sancionar ni ejecutar la sanción impuesta,

para su apreciación de oficio en vía de recurso, que incluso alcanza a la posibilidad de hacerla en casación sin que ello constituya un quebranto de la prohibición de promover en ella cuestiones nuevas, puesto que con ello hace referencia a la condición objetiva necesaria para que se ejerza el poder sancionador de la Administración conforme al principio de legalidad y cabe señalar además, que no es este aspecto de derecho dispositivo sino necesario y sometido a límites obligatorios para el Estado, todo ello siguiendo la doctrina ya contenida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1.988; a lo que cabe añadir en el mismo sentido de necesidad de apreciación de oficio de la prescripción, sin quebrantar las reglas de la congruencia, lo establecido en sentencia de 22 de julio de 1.988 así como la doctrina de la de 7 de julio de 1.989 en la que se hace referencia a una trasposición al terreno de las sanciones administrativas de los principios clásicos del derecho penal, evidentemente con carácter supletorio de lo establecido en el orden de la Administración por norma de rango suficiente”. En términos similares se declaró en STS de 8 de febrero de 1995 (rec. núm. 3183/1993); STS de 22 de marzo de 1997 (rec. núm. 12432/1991); STS de 12 de noviembre de 1998 (rec. núm. 7135/1992); o STS de 21 de julio de 2000 (rec. núm. 2782/1994).

²⁰⁹ Es cierto que el artículo 68 de la LDC solo se refiere al cómputo de plazo de la prescripción de las infracciones, debiendo acudir a la LRJSP para suplir las lagunas normativas de la referida ley. En este sentido, en relación con el cómputo del plazo de prescripción de las infracciones en materia de competencia, así como la interrupción del mismo, el art. 68 LDC declara que ““1. (...) El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado. (...) 3. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración tendente al cumplimiento de la ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes. 4. La prescripción para la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se interrumpe durante la tramitación del procedimiento sancionador ante las Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados miembros o ante la Comisión Europea con respecto a unos mismos hechos que constituyan una infracción prohibida por esta ley o por los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La interrupción de la prescripción comenzará en el momento de la notificación de la primera medida de investigación formal por parte de la Autoridad Nacional de Competencia de otro Estado miembro o de la Comisión Europea, y se producirá para todos los sujetos que hayan participado en la infracción, desde el momento en que al menos uno de ellos tenga conocimiento formal del acto que motiva la interrupción, debiendo notificarse esta circunstancia al resto de sujetos”. Para conocer el cómputo del plazo de prescripción de las sanciones habrá que acudir al art. 30 de la LRJSP que establece en su apartado tercero que ““(...).3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor”.

evitando de este modo que la amenaza de sanción pueda quedar latente a lo largo del tiempo.

Como se acaba de exponer, en materia de competencia, las infracciones prescribirán a los 4, 2 o 1 año en función de si las mismas son infracciones muy graves, graves o leves. No obstante, este límite temporal se ve complementado con la caducidad del procedimiento sancionador, de modo que, desde la incoación hasta la finalización del mismo, tampoco pueden transcurrir más de 24 meses²¹⁰. Sin ánimo de ahondar demasiado en este tema, pues excede del estudio central del presente trabajo, es cierto que la caducidad del procedimiento y la prescripción de las infracciones administrativas en materia de competencia generan dudas cuando, con anterioridad a la incoación del procedimiento la autoridad de competencia ha hecho uso de la información reservada²¹¹.

Así, existe la disyuntiva de si el plazo durante el cual la autoridad de competencia lleva a cabo actuaciones previas habrá de computar o no de cara a apreciar la caducidad del procedimiento sancionador y, por ende, podrá tener incidencia en la prescripción de la infracción²¹². Sin embargo, a efectos de apreciar la caducidad del procedimiento sancionador, el *dies a quo* comienza el día que se incoa el procedimiento sancionador, excluyéndose del cómputo, por tanto, las actuaciones previas²¹³. No obstante, tanto en los supuestos en los que la autoridad de competencia utilice la información reservada para un fin distinto del previsto en la norma, como en aquellos otros en los que durante la

²¹⁰ Así viene contemplado expresamente en el art. 36 de la LDC que declara que “1. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de veinticuatro meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente”.

²¹¹ En relación con la finalidad de la información reservada es posible afirmar que la misma “*está concebida para conocer, con anterioridad a la incoación del procedimiento sancionador, la idoneidad de iniciar o no el mismo con base en la existencia de unos indicios racionales que pongan de manifiesto una conducta contraria a la competencia*”. Vid. FERNÁNDEZ BACARIZA, L. (2022). “Actuaciones previas y derecho a una buena administración en el ámbito de la defensa de la competencia” en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A Y ZURIMENDI ISLA, A. (Dir.). *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia*, Thomson Reuters, pág. 260. En términos similares lo declaran RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, J.A. (2013). “Algunas reflexiones sobre la información reservada y la asignación de los casos en los expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.). *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*. Thomson Reuters, Civitas, pág. 38; BAÑO LEÓN, J.M. Y PASCUAL MORCILLO, A. (2020). “Del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas. De la instrucción del procedimiento” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. Y GUTIÉRREZ, A. (Dir.). *Comentario a la ley de Defensa de la Competencia (sexta edición)*, Thomson Reuters, Civitas, pág. 1254; o FERNÁNDEZ BACARIZA, L. (2022: 207-236).

²¹² Recordemos en este sentido, que, si bien la caducidad del procedimiento sancionador no supone, por sí misma, la prescripción de la infracción, lo cierto es que los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción. Así viene establecido en el artículo 95.3 de la LPACAP.

²¹³ FERNÁNDEZ BACARIZA, L. (2022:279).

tramitación de la información reservada se aprecie inactividad por parte de la Administración, la sanción podrá ser anulada²¹⁴.

Una vez finalizado el análisis de los principios de la potestad sancionadora, tal y como se puede observar, en el presente capítulo se han tratado de comenzar a asentar las bases sobre las que se conformarán los siguientes capítulos, esquematizando los órganos con potestad para sancionar los incumplimientos en materia de defensa de competencia y los principios que rigen la referida potestad. No obstante, esta base necesita también un sucinto conocimiento de las cuestiones materiales propias del Derecho de defensa de la competencia. Por ello, el siguiente capítulo se centra en el análisis de las conductas anticompetitivas descritas como tal tanto en los artículos 101 y 102 del TFUE como 1 al 3 de la LDC.

²¹⁴ FERNÁNDEZ BACARIZA, L. (2022: 270-279).

CAPÍTULO 2. LA TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS POR EL TFUE Y LA LDC.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho de defensa de la competencia tiene como finalidad última la protección del mercado y de los consumidores, de modo que las transacciones que se realicen en el mercado se lleven a cabo honradamente y preservándolo de prácticas poco éticas por parte de los operadores económicos. Una vez expuesto en el capítulo anterior el marco regulatorio del derecho de defensa de la competencia, así como los órganos encargados de velar por el cumplimiento del mismo, lo que sigue es delimitar el bien jurídico protegido por éste, así como los sujetos que, en el caso de contravenir las disposiciones legales en este ámbito, podrán ser declarados responsables de las mismas (aspecto que se estudiará por separado en el bloque siguiente).

El artículo 38 de la Constitución Española constituye uno de los elementos esenciales y consagra como derecho —no fundamental— la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, atribuyéndoles a los poderes del Estado el mandato de protección del mismo²¹⁵.

²¹⁵ Así lo expone PAREJO ALFONSO. El referido autor, tras referirse a la exposición de motivos de la LDC, afirma que “*la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de la empresa, y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes.* Cf. PAREJO ALFONSO, L. (2008). “El nuevo sistema de defensa de la competencia. Algunas cuestiones generales sobre su fundamento constitucional y su organización específica en una Administración independiente” en PAREJO ALFONSO, L. Y PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.). *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2003, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, La Ley, pág. 48. La calificación como no fundamental responde a la imposibilidad que tienen las empresas de recurrir a la vía de amparo constitucional para defender este derecho. En este sentido lo ha declarado ALARCÓN SOTOMAYOR, afirmando que “*con relación a la titularidad de los derechos fundamentales de fundación, de negociación colectiva, libertad de empresa, propiedad privada, etc., hay que tener en cuenta que, en nuestro ordenamiento, según dispone el art. 53.2 CE, no están protegidos por el recurso de amparo —ni el ordinario ni el constitucional—*”, añadiendo respecto de la aplicación de los derechos fundamentales a las personas jurídicas que “*son atribuibles los derechos que, siendo compatibles por su naturaleza, puedan servir para asegurar el fin de la persona jurídico-privada, ya sea directamente o de forma auxiliar*”, de modo que “*puede afirmarse que los derechos fundamentales les resultan aplicables a las personas jurídico-privadas a través de la legislación que los desarrolla ya sea como facultades subjetivas o como principios jurídicos objetivos*”. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2023). *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración*. Aranzadi, págs. 113 y 180-181. Artículo 38 CE: “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”. El TC se ha pronunciado en varias ocasiones acerca del derecho a la libertad de empresa, habiendo configurado el mismo como una garantía institucional que establece los límites dentro de los cuales pueden actuar los poderes públicos (STC 225/1993, de 8 de julio, STC 88/1986, de 1 de julio o STC 83/1984, de 24 de julio).

El contenido de la libertad de empresa es algo sobre lo que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse. En un primer momento, en STC 11/1981, de 8 de abril, el TC teorizó acerca del mismo, afirmando que:

“constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”; para concluir en STC 225/1993, de 8 de junio, que del contenido del artículo 38 CE “se desprende con claridad tanto un límite negativo como otro positivo del derecho de libertad de empresa; constituyendo el segundo, que es el que aquí interesa, el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad, pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general”²¹⁶.

En su condición de derecho constitucionalmente garantizado es pacífica la afirmación de que la libertad de empresa vincula a todos los poderes públicos, los que, en el ejercicio de sus potestades, deberán respetarlo. Sin embargo, en lo que atañe al ejercicio de las potestades propias del poder legislativo, la vinculación de este para con el derecho contenido en el artículo 38 de la CE no es algo exento de debate. De este modo, existen voces en la doctrina que abogan por la pasividad del legislador, basando su argumentación en que el derecho a la libertad de empresa se configura como un verdadero derecho subjetivo que implica la no injerencia del legislador por no necesitar tal derecho de dicha intervención; y, de otro, autores que defienden la intervención del legislador en la regulación de la libertad de empresa en tanto en cuanto, como garantía institucional, necesita de ciertos límites que el legislador debe precisar, además de configurar la misma a los fines garantizados constitucionalmente²¹⁷.

²¹⁶ En palabras de GIMENO FELIU, “*el derecho de libertad de empresa presupone fundamentalmente libertad de acceso al mercado por parte de los agentes económicos, libertad de ejercicio o permanencia en el mercado y libertad de cesación o salida del mercado*”. Cf. GIMENO FELIU, J.M. (1994). “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”. RAP, nº 135, pág. 168.

²¹⁷ Como ya señaló LORENZO MARTÍN RETORTILLO, a pesar de que el Título I de la CE se titule “*de los derechos y libertades fundamentales*”, lo cierto es que no todo el elenco de derechos subsumidos en dicho título podrán calificarse como tal en tanto en cuanto “*el texto constitucional está lleno de graduaciones, de relieves, de énfasis marcados. El jurista conocedor de su oficio que lee el texto de la Constitución observa*

La tesis intervencionista defendida por BAÑO LEÓN ha sido la acogida por el Tribunal Constitucional, habiendo declarado en STC de 1 de julio de 1986, que:

“el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de Empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta art. 38, inciso segundo por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la

que (...) no hay un tratamiento global y unitario, sino, por el contrario, una pluralidad de respuestas que va a exigir precisiones sin fin”. Vid. MARTÍN RETORTILLO, L. (1988). *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, pág. 66. Como representante de la primera postura CIDONCHA, tras calificar como verdadero derecho fundamental a la libertad de empresa garantizada en el artículo 38 CE por preexistir a la voluntad del legislador, y afirmar que *“los derechos subjetivos constitucionalizados vinculan a todos los poderes públicos pues imponen a estos una obligación de respeto del derecho fundamental”*, concluye que *“la libertad de empresa es un derecho de libertad (de autodeterminación), por lo que la vinculación del legislador respecto de ella consiste en un non facere: no lesionar su contenido esencial”*. Vid. CIDONCHA MARTÍN, A. (2006). *La libertad de empresa*. Civitas, págs. 267 y ss. En el mismo sentido lo propugna en CIDONCHA MARTÍN, A. (2021). *“La pandemia y la libertad de empresa”*. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº1 extraordinario, pág. 159. ARAGÓN REYES, en el mismo sentido, defiende la catalogación de la libertad de empresa como derecho fundamental, argumentado al respecto que el hecho de que no esté garantizado mediante el recurso de amparo no implica que pierda su condición de fundamental. Cf. ARAGÓN REYES, M (1995). *“Libertad de empresa”* en *Enciclopedia jurídica Básica*, Civitas, pág. 4029 y ss. Del mismo modo SORIANO defiende la mencionada tesis. Cf. SORIANO GARCÍA, J.E. (1998:85-93). Del lado contrario, BAÑO LEÓN expone en relación con el contenido del artículo 38 CE que *“La libertad de empresa, por ejemplo, no es identificable con el clásico derecho (subjetivo) fundamental que garantiza un ámbito absoluto exento a la acción del legislador. Ciertamente, la libertad de empresa ampara situaciones jurídicas subjetivas. Como ha mostrado certeramente S. Martín Retortillo la igualdad, la proporcionalidad, el respeto a la autonomía de dirección del empresario, son límites que el legislador indudablemente ha de observar. Pero, al mismo tiempo, no puede negarse al legislador la posibilidad de modular la libertad de empresa, de configurarla al servicio de los fines previstos en la Constitución, de las «exigencias de la economía general y de la planificación», como indica el artículo 38 CE. En la libertad de empresa, pues, los aspectos subjetivos e institucionales aparecen inextricablemente unidos”*. Cf. BAÑO LEÓN, J.M (1988). *“La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”*. *REDC*, nº 24, págs. 276-277. En el mismo sentido, GUILLÉN CARAMÉS rechaza la concepción de la libertad de empresa como un verdadero derecho subjetivo en tanto en cuanto *“en la realidad socio-económica actual, la efectiva libertad de empresa precisa de una intervención del Estado que garantice el libre acceso al mercado de todos aquellos agentes que reuniendo unos requisitos objetivos mínimos puedan acceder al mismo”*, concluyendo en este sentido que *“la libertad de empresa demanda, por tanto, de una actuación del Estado que reestablezca las condiciones de igualdad entre sujetos eminentemente desiguales”*. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005). *Libre competencia y Estado autonómico*. Marcial Pons, pág. 58. El mismo rechazo hacia la catalogación de la libertad de empresa como derecho subjetivo muestra VICIANO, abogando por la necesaria intervención del Estado en su regulación, siendo éste *“un derecho de segunda generación, es decir, un derecho que se alza contra los abusos que se originan precisamente por un concepto de la libertad de empresa como derecho de primera generación, es decir, como derecho destinado a mantener el status quo”*. VICIANO, J. (1995). *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, pág. 118. En palabras de TORNOS, *“en el derecho de libertad de empresa predomina el carácter de garantía institucional. El contenido que la constitución garantiza es el derecho de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. (...) El contenido del derecho a la libertad de empresa no queda alterado si se permite iniciar y ejercer en libertad la actividad empresarial, sin que esta libertad se vea alterada por formas de ordenación comercial razonables y proporcionadas que no impidan el ejercicio de la actividad”*. Cf. TORNOS MAS, J. (1995). *“Libertad de horarios comerciales y marco constitucional”*. *Derecho privado y Constitución*, nº5, págs. 205-206.

*libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste*²¹⁸.

De la referida sentencia podemos concluir que la libertad de empresa propugna un sistema económico de mercado que garantice la iniciativa privada de producción o de prestación de servicios pero sin olvidar que en España este modelo económico se haya, en cierto modo, intervenido por las políticas públicas a fin de garantizar el bienestar común de la población o, lo que es lo mismo, preservar el interés general²¹⁹. Nos encontramos así con una concepción social de la tradicional economía de mercado, caracterizándose la misma como la libertad de la que goza la iniciativa privada para poder penetrar y asentarse en un mercado determinado, sin perjuicio de que los poderes públicos no permitan desatender aquellos otros mercados que sean vitales o tengan cierta relevancia para el bienestar de los ciudadanos²²⁰.

La libertad de empresa, o lo que se ha denominado por la doctrina como libertad de competencia, lleva aparejada la traslación de la elección del proveedor al consumidor, quien decidirá, con base en sus propios intereses focalizados principalmente en el precio, si adquiere determinados servicios y productos, y a qué empresa lo hará. De este modo, se garantiza que las empresas privadas puedan concurrir libremente al mercado, debiendo ser las mismas las que, de manera independiente, busquen la forma de diferenciarse de

²¹⁸ STC 88/1986, de 1 de julio.

²¹⁹ Dicha intervención de la libertad de empresa por parte de las políticas públicas supone un límite a la misma. Partiendo de la libertad de empresa y de la propiedad como las instituciones básicas de la economía, SORIANO GARCÍA califica la defensa de la competencia como una limitación que puede imponer el legislador, afirmando, en relación con la misma que “*a diferencia de esas diferentes limitaciones que pueda imponer el legislador, la defensa de la competencia constituye un límite permanente. Un límite pues, en gran medida, configurador del mercado*”. Cf. SORIANO GARCÍA, J.E. (1998:19). En este sentido, GUILLÉN CARAMÉS fundamenta la intervención del Estado en la libertad de empresa con base en que “*la configuración del Estado como Estado social, en el que se enmarca la libertad de empresa, requiere de la intervención de los poderes públicos que deben actuar en beneficio de otros intereses constitucionales dignos de protección que, en no pocas ocasiones, se contraponen a determinados derechos subjetivos de los agentes económicos que operan en el mercado*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005:60).

²²⁰ La incidencia de los poderes públicos tiene mayor relevancia atendiendo a la calificación de nuestra economía como social de mercado, en virtud de la cual los poderes públicos no solo habrán de respetar y tutelar la libertad de empresa, sino que tendrán un papel activo en el mercado en aras de garantizar los objetivos constitucionales. Cf. GIMENO FELIU, J.M. (1994:161 y ss). En el mismo sentido Cf. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005:54). También BROSETA PONT Y MARTÍNEZ SANZ afirman que “*la libertad de competencia constituye un elemento fundamental del denominado «sistema de mercado» vigente en todos los países de la Unión Europea. No obstante, no puede decirse que nos encontremos ante un sistema «puro», sino más bien ante lo que se ha dado en llamar un «sistema de economía social de mercado»*”, añadiendo a continuación que la competencia es “*la situación en la que se encuentran actual o potencialmente dos o más empresarios que, operando en el mismo ámbito del mercado, ofrecen bienes o servicios susceptibles de satisfacer, incluso con medios diferentes, la misma necesidad, y que se encuentran en una situación de conflicto de intereses frente a la clientela*”. Vid. BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2022). *Manual de derecho mercantil*. Volumen 1 (29ª edición), Tecnos, pág. 171 y 173.

sus competidores ofreciendo a los consumidores mayores ventajas o mejores ofertas²²¹. La competencia perfecta —a pesar de que este modelo de mercado no se dé en la práctica—, tal y como expone GARCÍA CACHAFEIRO, se caracteriza porque “a) hay un número elevado de compradores y vendedores, de modo que ninguna empresa puede por sí misma condicionar el precio del producto; b) los productos son homogéneos para que los consumidores puedan encontrar alternativas a los mismos; c) no existen de manera de entrada que impidan a las empresas introducirse en un determinado sector; y d) el mercado es transparente”²²².

Aun siendo conocedores de que la competencia perfecta es una utopía de la que dista mucho la realidad, es cierto que no se da —o, mejor dicho, no debería darse— por causas naturales (obstáculos connaturales), intrínsecas al mercado y no por la intervención de los operadores económicos que, siendo conscientes del beneficio que podrían conseguir con la quiebra de la competencia, decidieran falsearla (obstáculos artificiales)²²³.

²²¹ Así lo señala GUILLÉN CARAMÉS al afirmar que toda economía de mercado, independientemente de que se hable de una economía social de mercado o libre, “*implica, en principio, la participación de una diversidad de personas físicas o jurídicas (públicas o privadas) que en ejercicio de su libertad de empresa y haciendo uso de la autonomía de su voluntad ofertan una multiplicidad heterogénea de productos que van a ser demandados por los usuarios, potando por ellos según el precio y prestaciones que deparen*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005:62). También VICIANO expone en relación con la economía de mercado que “*este sistema está basado en la existencia de múltiples operadores económicos que en el ejercicio de su libertad económica se disputan la clientela, sin que ninguno de ellos pueda influir de forma decisiva en el mercado, decidiéndose de forma autónoma las que son preguntas clave de todo sistema económico: qué producir, cómo producirlo, y para quién producirlo*”. Vid. VICIANO, J. (1995:170). En este sentido lo expone GARCÍA CACHAFEIRO al afirmar que “*la competencia consiste en el esfuerzo de las empresas por obtener una ventaja en el mercado mediante la mejora de la oferta dirigida a la clientela*”, siendo “*la característica más relevante del mercado competitivo que compradores y vendedores actúan de manera independiente*”. Vid. GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2009), “Fundamentos del derecho de la libre competencia” en BELLO MARTÍN CRESPO, M.P. Y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (Dirs.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Thomson Aranzadi, pág. 37. En PALABRAS DE BROSETA PONT Y MARTÍNEZ SANZ, “*el consumidor es soberano, pues es en definitiva el que fija los precios y, a la larga, el destino de los consumidores que resultarían «premiados» o «castigados» con la elección del consumidor*”. Cf. BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2022:172).

²²² Vid. GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2009:38). En los mismos términos ha configurado PAREJO ALFONSO los rasgos esenciales de la economía de mercado como “*forma de organización del proceso productivo y de la satisfacción de las necesidades sociales a partir del libre juego de la oferta y la demanda en el contexto de dadores y tomadores de bienes y servicios*”, lo que necesariamente lleva aparejados los mecanismos de “*libertad de acceso y permanencia en mercado, así como de abandono de este; la libertad de concurrencia (competencia) en igualdad de condiciones en el concreto mercado de que se trate; la libertad de contratación; y la libertad de consumo*”. Cf. PAREJO ALFONSO, L. (2008:60-61).

²²³ DE JUAN ASENJO fundamenta la necesaria rivalidad entre competidores en el sentido de que “*sólo bajo la presión de los competidores el sistema productivo tiende a adaptarse a las necesidades del consumidor, adquiriendo de esta manera una proyección social. Solo por el acicate del beneficio y la sanción a la pérdida económica los empresarios tratarán de minimizar los costes e innovar, consiguiéndose una asignación más eficaz de los recursos económicos escasos*”. Vid. DE JUAN ASEJO, O. (1984). *La constitución económica española*. Centro de Estudios Constitucionales, pág. 146. En palabras de GARCÍA CACHAFEIRO, “*en la práctica este modelo no se cumple en la mayoría de los mercados en los que es frecuente que no todos los competidores tengan el mismo poder económico, los productos no sean*

Para evitar que el sistema se invierta, es decir, que sean los operadores económicos del mercado los que fijen las condiciones del mismo, se dota a los poderes públicos de la potestad para establecer cuantos mecanismos sean necesarios para preservarlo; configurándose el mercado, de este modo, como el bien jurídico protegido por la legislación en materia de competencia²²⁴. Así, los poderes públicos recurren a una legislación preventiva para promover una conducta competitiva en el mercado por parte de las empresas que operan en el mismo para, posteriormente, perseguir los incumplimientos de esta y hacer efectivos los mandatos y prohibiciones contenidas en la norma²²⁵.

intercambiables, existan barreras de entrada y los consumidores y clientes no dispongan del mismo nivel de información. (...). En otras ocasiones, la desviación del modelo competitivo tiene lugar no ya por las circunstancias del mercado, sino por la voluntad de las empresas que participan en él. Las empresas pueden verse tentadas a evitar la mutua competencia estableciendo sus propias reglas del juego o bien el operador más poderoso puede intentar expulsar del mercado a sus competidores más pequeños". Vid. GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2009:38). Del mismo Modo, BROSETA PONT Y MARTÍNEZ SANZ diferencian los obstáculos que existen en la economía de mercado, exponiendo al respecto que *"en la economía de mercado existen dos tipos de obstáculos que se opone a la igualdad y libertad económica: los connaturales al propio sistema que, constituyendo condiciones naturales y esenciales de la economía moderna, crean por sí mismos barreras para que algunos competidores puedan ingresar o permanecer en el mercado ...)* y los obstáculos artificiales, que son aquellos que son creados o impuestos voluntariamente por los propios competidores para eliminar, falsear, limitar o restringir entre ellos la competencia imperfecta o practicable, normalmente en beneficio propio y en perjuicio de los demás competidores y consumidores". Vid. BROSETA PONT, M. Y MARTINEZ SANZ, F. (2022:173).

²²⁴ El bien jurídico protegido por la Defensa de la Competencia no es otro que el artículo 38 de la CE. Así lo ha concluido el TC en STC 225/1993, de 8 de julio, afirmando al respecto que *"el art. 38 C.E. puede justificar las actuaciones de los poderes públicos encaminadas a la ordenación del mercado, mediante medidas dirigidas a evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas"*, o en STC 88/1986, de 1 de julio, exponiendo que la defensa de la competencia es *"una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste"*. En el mismo sentido, SORIANO afirma que con las limitaciones de la competencia *"es el mercado lo que se protege, para servir a los participantes, consumidores y proveedores y para preservar, en definitiva, las reglas del juego"*. Vid. SORIANO GARCÍA, J.E. (1998:21). Siguiendo a la doctrina del TC, BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. exponen que *"más que en un dato o en un presupuesto evidente, esta competencia se convierte en objetivo a conseguir o preservar y, por ello, en bien jurídico protegido, pasando a ser objeto de regulación"*. BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2022:173). GUILLÉN CARAMÉS concluye al respecto que *"la institución de la competencia en las estructuras constitucionales de organización y ordenación del sistema económico hace cobrar a la competencia una alta función normativa y ordinamental dentro del citado sistema, ejerciendo de tal manera una función de control de las políticas económicas de intervención y reguladora de las conductas empresariales en el mercado"*. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005:55).

²²⁵ Así lo afirma CABALLERO SÁNCHEZ, razonando que *"el objetivo se convierte entonces en facilitar al máximo las condiciones para que esa competencia empresarial pueda alcanzarse sin falseamientos o condicionamientos artificiales, desplegando sus efectos positivos. De manera que el papel del poder público en los distintos sectores económicos es el de dictar la regulación necesaria —y sólo ella— para corregir los posibles fallos del mercado que puedan dificultar la competencia"*. Vid. CABALLERO SÁNCHEZ, R. (2011). "Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto" en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.). *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión de los sectores regulados*, Iustel, pág. 40. En el mismo sentido, PAREJO ALFONSO señala al respecto que la regulación es el *"instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competencia general de la economía"* para, posteriormente, concluir que *"se trata de una intervención*

La competencia en el mercado tutelada por los poderes públicos es doble: de un lado nos encontramos con la legislación en materia de competencia desleal que regula aquellas prácticas que pretenden alterar la voluntad de los consumidores ilícitamente, y, en el otro lado, la legislación en materia de defensa de la competencia, cuya finalidad es garantizar la institución de la competencia evitando el falseamiento de esta²²⁶. Solo un mercado que defienda y garantice la competencia entre sus operadores económicos (tanto públicos como privados) estará garantizando el derecho a la libertad de empresa²²⁷. Indirectamente, y como consecuencia de la interrelación que existe entre el mercado y los consumidores, el primero se protege reconociendo a los consumidores y usuarios una serie de garantías frente a la actuación de los operadores económicos, mandato que deriva del derecho de la UE y se le impone al legislador en el artículo 51 de la CE²²⁸.

regulatoria cuyo fin es efectivamente la garantía del buen funcionamiento de los procesos propios del mercado (...) que no opera de modo directo, sino indirectamente, haciendo valer los límites normativos que pesan sobre los sujetos. Es, pues, regulatoria solo en el sentido de promover la consecución del fin al que sirve y que la justifica, representando desde el punto de vista jurídico más bien una alternativa a la regulación normativa en sentido estricto". Cf. PAREJO ALFONSO, L. (2008:47 y 50). En el mismo sentido, BROSETA PONT Y MARTÍNEZ SANZ señalan que "por tutela y defensa de la libertad de competencia debemos entender la tendencia legislativa de los Estados dirigida a prevenir y, en su caso, reprimir y a sancionar los abusos que constituyen los obstáculos artificiales voluntariamente creados por los empresarios que son perjudiciales para el ordenado desarrollo de la competencia practicable o imperfecta en el mercado". BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2022:174).

²²⁶ A pesar de la incidencia que la competencia desleal puede tener en la defensa de la competencia como se expondrá más adelante, lo cierto es que, tal y como afirma SORIANO, "defensa de la competencia y competencia desleal no son, pues, elementos siempre coincidentes, y como se ha indicado, incluso pueden llegar a colisionar entre sí". SORIANO GARCÍA, J.E. (1998:34). En el mismo sentido lo expone ALONSO SOTO al afirmar que "el derecho de la competencia se ha desarrollado a través de dos diferentes sistemas normativos: a) el regulador de la libertad de competencia, cuyas normas tienen como finalidad la defensa de la libertad de competencia y, por tanto, prohíben o someten a control los comportamientos de los operadores económicos que impiden la existencia de competencia en el mercado. b) El regulador de la competencia desleal, cuyas normas persiguen la corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado". Vid. ALONSO SOTO, R. (2020). "Derecho de la competencia (I)" en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dirs), *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I*. 18ª edición, Thomson Reuters Civitas, pág. 329. También el TC ha definido en STC 88/1986, de 1 julio, el derecho de la competencia en el plano normativo como "toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado, siendo su objetivo la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia". En el mismo sentido lo declara en STC 71/1982, de 30 de noviembre.

²²⁷ Así lo afirma GUILLÉN CARAMÉS, razonando al respecto que "la economía de mercado conlleva necesariamente el reconocimiento de la competencia entre empresas como elemento fundamental del sistema económico institucional. De esta manera, quedan constitucionalizadas las normas de defensa de la competencia, como forma de intervención pública en la economía, articulándose como auténticas garantías del orden económico, en la medida en que se dirigen a proteger la competencia entre empresa contra los ataques y prácticas que intentan eliminarla y, por lo tanto, garantizan la subsistencia de la economía de mercado basada en la libertad de empresa". Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005:63).

²²⁸ Cf. GUILLÉN CARAMÉS, G. (2002). *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración*, Cívitas, págs. 150 y ss; GUILLÉN CARAMÉS, G. (2003). "El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores". *RDUE*, nº5, págs. 233-270; o REBOLLO PUIG, M. (2011), "Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios" en REBOLLO PUIG, M. E IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dirs), *La defensa de los consumidores y*

Como se ha expuesto en el capítulo anterior, la legislación en materia de defensa de la competencia está compuesta tanto por la normativa europea como por la nacional; de este modo, serán tanto los artículos 101 y 102 del TFUE como la LDC las normas que garantizan y, en su caso, reprimen y sancionan todas las conductas que ponen en peligro la competencia en el mercado europeo y español. Para poder entender la responsabilidad que los distintos operadores económicos tienen para con la sociedad por los comportamientos que falseen la competencia, será necesario delimitar las conductas que el legislador ha proscrito por considerar a las mismas anticompetitivas; cuestión que pasaremos a abordar de inmediato.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Una vez configurado a grandes rasgos el bien jurídico protegido por el derecho de la competencia, así como establecido de manera genérica el marco legislativo aplicable, conviene —antes de entrar de fondo a analizar los problemas que el principio de responsabilidad tiene en la aplicación del derecho de defensa de la competencia a las personas jurídicas— hacer una sucinta referencia a las conductas que la legislación

usuarios, Iustel, pág. 313. El artículo 51 de la CE declara que “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. (...)”. FONT GALÁN Y MIRANDA SERRANO afirman en relación con los consumidores y usuarios que “a la luz de la Constitución son tenidos ya por sujetos que, por su función adquisitiva o de consumo, operan activamente en el mercado”. Vid. FONT GALÁN, J.I. Y MIRANDA SERRANO, L.Mª. (2005). “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales”, en FONT GALÁN, J.I. Y PINO ABAD, M.P. (Coords). *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, pág. 13. Concretamente y en relación con el derecho de la competencia, la protección de los consumidores y usuarios se consigue con la aplicación de las normas de competencia, evitando y sancionando a las empresas que, por falsear el mercado, pudieran perjudicar los intereses de consumidores o usuarios. En este sentido lo expone BELLO PAREDES al afirmar que “no se puede obviar la íntima conexión existente entre la libre competencia y el status de los consumidores. Si aquella no existe, estos perderán o verán menoscabados sus derechos e intereses, fundamentalmente los de carácter económico; por el contrario, si existe competencia los primeros beneficiarios serán los consumidores, pero también lo serán los empresarios, quienes verán incrementada la actividad de consumo producida por la confianza de aquellos en el funcionamiento del mercado. Y es que, el verdadero beneficio de la competencia es el efecto que esta tiene sobre la producción y la distribución. Efecto que se traslada a los consumidores, tanto en la mejora de los precios, como en la calidad o innovación de los productos, sin esa rivalidad, estos beneficios se los quedarían íntegramente los empresarios”. Cf. BELLO PAREDES, S. (2011). “Defensa de la competencia y protección de los consumidores: dos ámbitos conexos de la acción administrativa” en DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. y VILLAR ROJAS, F. (Coords.) *Derecho administrativo y regulación económica: liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*. La Ley, pág. 1117. También en relación con la competencia desleal, la protección de los consumidores y usuarios es rigurosa, aunque, sin ánimo de ser exhaustivo, basta con referirnos al estudio ya referenciado de REBOLLO PUIG, M. E IZQUIERDO CARRASCO, M. (2011) o CASADO NAVARRO, A. (2022), “Consecuencias negociables de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 04, nº1, págs. 116-149.

proscribe por considerar que las mismas falsean o restringen la competencia en el mercado. Por ello, a pesar de conocer que las infracciones en materia de defensa de la competencia tipificadas en nuestra legislación nacional pueden ser tanto materiales como procedimentales, sin perjuicio de la sucinta referencia que se hará a las segundas en el siguiente epígrafe, lo cierto es que el grueso del presente estudio se centrará en las primeras por ser éstas las más graves y las que mayor incidencia tienen para con el principio de responsabilidad personal, las más aplicadas por las autoridades de competencia y ser, además, análogas en el régimen sancionador de la UE y en el nacional²²⁹.

Los artículos 1 y 2 de la LDC y 101 y 102 del TFUE consideran contrarias a la competencia las conductas colusorias y el abuso de la posición de dominio, mientras que el falseamiento de la libre competencia por actos desleales solo se encuentra proscrito por la normativa nacional (art. 3 LDC); tipificándose en el artículo 62 de la LDC —sin perjuicio del resto de infracciones— como infracciones muy graves los actos llevados a cabo por las empresas que pueda encuadrarse en cualquiera de las dos primeras categorías mencionadas, y como graves las infracciones por actos desleales. De este modo, las autoridades de competencia impondrán la sanción que corresponda a aquellos sujetos que hayan sido declarados responsables de la infracción cometida. Para ello, en primer lugar, habrá de analizarse la conducta realizada por la empresa o las empresas con el fin de constatar si, efectivamente, se trata de una prohibición de las contenidas en los artículos 1 al 3 de la LDC o 101 y 102 del TFUE para, acto seguido, determinar los sujetos que han de considerarse responsables de esas prácticas conforme a lo establecido en el artículo 61 de la LDC. Por ello, en este primer momento, la investigación se centrará en determinar brevemente qué conductas son contrarias a la competencia y, por ende, sancionables según lo establecido en la legislación aplicable.

Como se acaba de mencionar, el artículo 62 de la LDC clasifica las infracciones que son susceptibles de ser cometidas por los sujetos destinatarios de la norma en leves, graves y muy graves. De este modo, tanto las conductas colusorias (art. 1 LDC y 101 TFUE) como el abuso de posición de dominio de una empresa en el mercado (art. 2 LDC y 102 TFUE)

²²⁹ Tal y como se expondrá a continuación, tanto los artículos 101 y 102 del TFUE como los artículos 1 y 2 de la LDC sancionan las conductas colusorias y el abuso de posición de dominio de las empresas en el mercado. Sin embargo, en nuestra legislación nacional, el artículo 62 de la LDC prevé como infracciones, además de las ya mencionadas y de las infracciones por actos desleales que afectan a la competencia en el mercado (art. 3 LDC), todo un conjunto de conductas que afectan al procedimiento. Cuestión que merece un análisis separado del que nos ocuparemos más adelante.

se tipifican como infracciones muy graves, mientras que, el falseamiento de la competencia por actos desleales se considera una infracción grave²³⁰. Sin perjuicio de lo anterior, no todas las conductas antijurídicas que puedan encuadrarse en cualquiera de las categorías referenciadas serán objeto de sanción, sino solo aquellas que efectivamente supongan un perjuicio grave para el mercado. De este modo, tal y como se desarrollará más adelante, el legislador deja de sancionar aquellas conductas que por la menor relevancia o incidencia que estas tienen en el mercado no suponen un grave perjuicio para éste. Se tratan, *a priori*, de conductas antijurídicas a las que la legislación les ha concedido una exención para no ser sancionadas y es lo que se ha denominado como “conductas de menor importancia” o “de minimis”²³¹.

Dejando a un lado las conductas de menor importancia sobre las que se volverá a incidir más adelante, corresponde analizar las conductas que sí son merecedoras de sanción por la incidencia que las mismas tienen en la competencia efectiva en el mercado.

1. LAS INFRACCIONES MATERIALES EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1.1 LOS ACUERDOS COLUSORIOS

Siguiendo el esquema dado por la propia LDC, lo primero que conviene analizar son los acuerdos o las prácticas colusorias doblemente prohibidas y tipificadas tanto en el artículo 1 de la LDC como en el artículo 101 del TFUE²³². Estas prohibiciones engloban cualquier

²³⁰ El artículo 62 de la LDC declara que “1. Las infracciones establecidas en la presente ley se clasifican en leves, graves y muy graves. 2. Son infracciones leves (...). 3. Son infracciones graves: a) El falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3. b) (...). 4. Son infracciones muy graves: a) El desarrollo de conductas tipificadas en el artículo 1 de esta ley y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. b) El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de esta ley y en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (...)”.

²³¹ Tal y como se expondrá en el apartado cuarto del presente epígrafe, las conductas de menor importancia son aquellas conductas que, a pesar de ser anticompetitivas, no suponen una amenaza para la competencia por la poca dimensión de éstas. En el derecho europeo, las mismas han sido incorporadas vía jurisprudencial a pesar de que no están contempladas expresamente en el TFUE, mientras que, en nuestro derecho interno, el artículo 5 de la LDC define las mismas remitiéndose al RDC para la delimitación de los criterios que habrán de tenerse en cuenta para poder considerar una conducta como de menor importancia.

²³² El tenor literal del artículo 101 del TFUE es como sigue: “1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las

tipo de acuerdo o prácticas concertadas entre operadores económicos cuya finalidad sea, incluso potencialmente, la de restringir, falsear o impedir que un mercado sea competitivo²³³. Tanto la propia Ley como la doctrina, a la hora de definir los acuerdos colusorios, distinguen entre diferentes prácticas (o patrones de conducta) entre empresas que engloban el tipo infractor. De este modo, se diferencia entre acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas y conductas conscientemente paralelas.

En primer lugar, los acuerdos se definen como la expresión de la voluntad de varias empresas independientes que, operando en el mismo mercado, deciden actuar de forma conjunta de manera potencialmente contraria a la competencia²³⁴. Para poder hablar de la existencia de un acuerdo no se le exige ningún tipo de formalidad al mismo —pudiéndose

inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. (...).” En el mismo sentido lo recoge la LDC al afirmar en su artículo 1 que “1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. (...).”

²³³ Así lo ha definido ALONSO SOTO afirmando que “la Ley prohíbe, en primer lugar, las llamadas prácticas colusorias, comprendiéndose bajo este precepto los acuerdos, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre operadores económicos o empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”. Vid. ALONSO SOTO, R. (2020:332). En la misma línea, COSTAS COMENSAÑA confirma que del contenido de los artículos 1.1 de la LDC y 101 del TFUE se puede delimitar conceptualmente las conductas colusorias como “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela”. Cf. COSTAS COMENSAÑA, J. (2009). “Prohibición de acuerdos colusorios” en BELLO MARTÍN CRESPO, M.P. Y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (Dirs.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Thomson Aranzadi, pág. 73.

²³⁴ En este sentido lo define GARCÍA CACHAFEIRO al afirmar que “existe un acuerdo cuando los participantes manifiestan su voluntad de adoptar un comportamiento en el mercado, con independencia del modo en que se manifieste o de los efectos sobre las partes”. Vid. GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2009:39). En el mismo sentido, COSTAS COMENSAÑA concluye que “para que exista acuerdo o colusión en el sentido del art. 1.1 LDC basta que varias empresas hayan expresado su voluntad común de comportarse en el mercado de forma que atenta contra la competencia, sin que sea necesario que el mismo se haya puesto en práctica, pues la prohibición de colusión es preventiva”. Cf. COSTAS COMENSAÑA, J. (2009:78). De igual modo, ALONSO SOTO define los acuerdos como “los pactos escritos o verbales en virtud de los cuales varios operadores económicos se comprometen a restringir la competencia; a estos efectos, habrá colusión siempre que exista un intercambio de voluntades entre varias personas que puedan ser consideradas operadores económicos independientes tanto si se trata de acuerdos de tipo horizontal (...), como si se trata de acuerdos de tipo vertical”. Cf. ALONSO SOTO, R. (2006). “La defensa de la libre competencia” en URÍA, R. Y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dirs.), *curso de derecho mercantil*, Volumen I, Civitas, pág. 302.

haber perfeccionado oralmente o por escrito—, ni tampoco son relevantes los efectos que despliega entre las partes intervinientes en el mismo, si los intervinientes en el acuerdo son competidores o no, o las razones que llevaron a las partes a adoptar el mismo —son factores que carecen de trascendencia a la hora de constatar si existe o no un acuerdo—. Sin embargo, la nota definitoria del acuerdo es la independencia de voluntades de dos o más empresas que, por perseguir un objetivo común abandonan un comportamiento independiente en el mercado para alinear su actuación²³⁵.

El segundo de los comportamientos que se engloban dentro de las prácticas colusorias son las decisiones o recomendaciones colectivas. Al igual que los acuerdos, las decisiones o recomendaciones colectivas son la expresión de la voluntad de varias empresas que deciden aunar su actuación en el mercado con la peculiaridad de que, en estos casos, la decisión viene impuesta por los órganos directivos de una asociación de la que forman

²³⁵ Así, los autores DIEZ ESTELLA Y GUERRA FERNÁNDEZ han concluido que *“los factores que no tienen relevancia a la hora de constatar la existencia de un acuerdo son: la forma contractual, el hecho de que se haga o no una descripción detallada de la conducta, la observación o no de sus disposiciones, su terminación formal, el cambio de las partes en el tiempo o las razones de las partes para alcanzar dichos acuerdos. Por el contrario, lo relevante es el abandono del comportamiento independiente, y la existencia de un objetivo común y una fórmula propia de cooperación de al menos dos empresas independientes”*. Cf. DIEZ ESTELLA, F. Y GUERRA FERNÁNDEZ, A. (2020), “de las conductas prohibidas” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. Y GUTIERREZ, A. (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Sexta edición)*, Civitas, Thomson Reuters, pág. 140. En relación con los requisitos que han de darse para poder considerar una conducta como acuerdo se pronunció la CNMC en RCNMC de 1 de octubre de 2019, Expte. S/DC/0612/17, *montaje y mantenimiento industrial*, manifestando que se cumplen los elementos de la prohibición prevista en el artículo 1.1 de la LDC en tanto en cuanto *“los hechos acreditados en esta resolución muestran la existencia de un acuerdo(...), el acuerdo ha sido llevado a cabo por varias empresas y ha afectado a la ejecución de una gran cantidad de licitaciones privadas y una licitación pública, y por su propia naturaleza, esta conducta ha producido automáticamente un falseamiento significativo de la competencia, que ha beneficiado exclusivamente a las empresas participantes, (...) por lo que la conducta cumple por tanto todos los requisitos para ser calificada como cártel”*. También la RCNMC de 17 de mayo de 2010, S/0106/08, *Almacenes Hierro*, sanciona a los infractores por acuerdos colusorios, no siendo relevante la fuerza o no vinculante del acuerdo adoptado. En palabras de la propia Comisión, *“en esta línea resulta oportuno recordar que la prohibición de colusión del art. 101.1 TFUE es objetiva y preventiva, en el sentido que prohíbe toda conducta de origen concertado que objetivamente tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de restringir la competencia en el mercado considerado, sin que el precepto permita afirmar que tal carácter preventivo se predique sólo de las conductas que tienen fuerza obligatoria para las partes del acuerdo o para los miembros de la asociación porque, de nuevo, lo relevante es la aptitud (por el contenido, por quien la hace y por cómo se difunde) de la conducta para unificar el comportamiento de los asociados, y esta aptitud restrictiva no depende en absoluto de su naturaleza vinculante u obligatoria”*. En relación con la intencionalidad del acuerdo, ya el TDC en RTDC de 12 de diciembre de 1996, *Ortopédicos Castilla-León*, 364/95, manifestó que *“el artículo 1 de la LDC configura un tipo objetivo, esto es, se incurre en la prohibición por la mera adopción de un acuerdo o decisión que produzca el efecto de restringir la competencia en el mercado, sin que sea necesaria la concurrencia de una intencionalidad específica”*. Además, la consumación de la infracción se da por la existencia de la misma, ya que tal y como ha puesto de manifiesto el TDC en RTDC de 13 de febrero de 2004, Expte. 556/03, *Empresas Cárnicas* *“cabe resaltar que la infracción existe desde que se efectúa tal recomendación, sin que sea preciso para su consumación que la recomendación se haya llevado a la práctica”*.

parte²³⁶. A pesar de que guarde cierta similitud con los acuerdos, en tanto en cuanto ambos comportamientos se dirigen a actuar de forma homogénea en el mercado, la diferencia fundamental entre ambas figuras trae causa del consentimiento de los participantes. Mientras que en los acuerdos son las empresas que participan en el mismo las que libremente prestan su consentimiento y se someten al acuerdo adoptado, en las decisiones o recomendaciones colectivas —a pesar de vincular a todos los miembros de la asociación— basta con que la mayoría de los miembros consientan la práctica anticompetitiva²³⁷.

Tampoco en estos supuestos es relevante la forma en la que la asociación imponga la conducta a sus socios, de modo que siempre y cuando el objeto o contenido de la recomendación pueda ser limitativo de la competencia, no importa si se trata de una recomendación orientativa o vinculante, tácita o explícita, etc²³⁸.

²³⁶ Así lo afirman DIEZ ESTELLA Y GUERRA FERNÁNDEZ al definir las decisiones colectivas como “*la expresión de voluntad de un ente de tipo asociativo que, en virtud de cualquiera de los mecanismos posibles a su alcance, tiende a uniformizar el comportamiento de sus miembros, obligándoles a actuar de forma común*”. Cf. DIEZ ESTELLA, F. Y GUERRA FERNÁNDEZ, A. (2020:148). En el mismo sentido lo entiende GARCÍA CACHAFEIRO, afirmando que “*las decisiones de asociaciones de empresas tienen carácter unilateral, pues emanan de sus órganos directivos, pero producen la misma consecuencia de alinear las políticas comerciales de los miembros de la asociación*”. Vid. GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2009:39).

²³⁷ Así lo señala COSTAS COMENSAÑA, exponiendo al respecto que “*la nota diferencial entre los conceptos de acuerdo y decisión o recomendación colectiva radica en que en el acuerdo todas las partes prestan su consentimiento o aquietamiento a lo acordado, en tanto que en la decisión o recomendación colectiva la conducta colusoria puede estar adoptada por la mayoría de los asociados o por un órgano interno (junta directiva o presidente) que no agrupa a todos los asociados, pero cuya decisión es vinculante para todos ellos, pues (en principio) presupone que entre ellos existe un interés común respecto del objeto o efecto restrictivo de la competencia*”. Cf. COSTAS COMENSAÑA, J. (2009:85). En relación con los varemos orientadores de los honorarios de los abogados se ha pronunciado recientemente en TS poniendo de relieve su marcado carácter anticompetitivo por unificar los precios en el mercado. En este sentido, declara en su STS de 23 de diciembre de 2022 (rec. núm. 8404/2021), la antijuridicidad de los mismos ya que “*es indudable que, aunque con un grado de incidencia o afectación variable, un acuerdo de las características señaladas, con clara vocación unificadora en materia de honorarios, opera en menoscabo de la competencia a base de incidir, de forma directa o indirecta, en la fijación de los precios en ese ámbito de actividad. Y ello porque hace posible que los abogados coordinen o aproximen sus honorarios al disponer de esa referencia común, reduciendo los incentivos para ofrecer unos precios más bajos, pues los resultantes de aplicar los criterios o baremos colegiales siempre serían avalados por el informe del Colegio en caso de impugnación, y disuadiendo de establecer unos de precios superiores a los señalados en las indicaciones aprobadas por el Colegio ante el riesgo de una posible impugnación de la tasación de costas por excesivas*”.

²³⁸ En este sentido se han pronunciado las autoridades nacionales. Así, en Resolución del TDC, de 7 de abril de 2000, *Colegio de Farmacéuticos de Valencia*, expte. 472/99, el TDC afirma que “*se trata de acuerdos adoptados por instituciones formadas por operadores económicos, de carácter vinculante (decisiones) o únicamente orientativo (recomendaciones), consideradas como si fueran acuerdos entre los asociados, ficción utilizada por la Ley para evitar que los socios, en este caso los colegiados, puedan eludir sus responsabilidades colatorias por el procedimiento de trasladar la responsabilidad de la autoridad formal al ente colectivo*”. También en RCNC de 25 de marzo de 2009, *Productos Farmacéuticos Genéricos*, expte. 649/08 se concluye que “*no es preciso decir exactamente cómo se tiene que comportar un colectivo, pues basta con lanzar señales, mensajes o pautas de homogeneización de comportamiento*”. En relación con la vinculación de la decisión para los miembros, la RCNC de 17 de mayo de 2010, *Almacenes Hierro*, expte.

Las prácticas concertadas constituyen el tercer tipo de comportamiento que se engloba en las prohibiciones contenidas tanto en el artículo 101 del TFUE como en el artículo 1.1 LDC y se definen como “una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a un acuerdo o plan de acción, sustituye de forma consciente el riesgo de la competencia por una cierta forma de cooperación práctica entre ellas”²³⁹.

Por último, las prácticas conscientemente paralelas pueden definirse como acuerdos no exteriorizados en virtud de los cuales los operadores económicos ajustan su comportamiento en el mercado al de otro competidor. La nota característica que diferencia esta práctica de las anteriormente descritas es la ausencia de pacto entre las partes, respondiendo el falseamiento de la competencia a una actuación, en principio, unilateral de una empresa que imita el comportamiento del competidor en el mercado²⁴⁰.

106/08, ratifica que “la prohibición de colusión del art. 101.1 TFUE es objetiva y 37 preventiva, en el sentido que prohíbe toda conducta de origen concertado que objetivamente tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de restringir la competencia en el mercado considerado, sin que el precepto permita afirmar que tal carácter preventivo se predique sólo de las conductas que tienen fuerza obligatoria para las partes del acuerdo o para los miembros de la asociación porque, de nuevo, lo relevante es la aptitud (por el contenido, por quien la hace y por cómo se difunde) de la conducta para unificar el comportamiento de los asociados, y esta aptitud restrictiva no depende en absoluto de su naturaleza vinculante u obligatoria”. También el TJUE en Sentencia de 8 de noviembre de 1983, C-96/82, IAZ/Comisión, considera que “it is clear particularly from the latter judgment that a recommendation, even if it has no binding effect, cannot escape Article 85 (1) where compliance with the recommendation by the undertakings to which it is addressed has an appreciable influence on competition in the market in question”.

²³⁹ Esta definición fue dada ya en 1999 por el TJUE en STJUE de 8 de julio de 1999, C-49/92, Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 115. Definición aplicada y citada en las resoluciones tanto por los tribunales europeos como nacionales. Del mismo tenor lo declara la STJUE de 4 de junio de 2009, C- 8/08, T-Mobile Netherlands y otros, o la STJUE de 19 de marzo de 2015, C-286/13, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión. Nuestro TS también aplica la referida definición STS de 7 de junio de 2021 (rec. núm. 5428/2020) o en STS de 25 de julio de 2018 (rec. núm. 2917/2016). En el mismo sentido y paralelamente a lo anterior, el TDC definió las prácticas concertadas en RTDC de 14 de abril de 1999, Expte. 426/98, Azúcar, como “aquella conducta anticompetitiva que se deriva de una identidad de comportamientos que no se explican de modo natural por la propia estructura o las condiciones de competencia del mercado y que por esta razón induce a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no pueden ser expresamente probados”.

²⁴⁰ NAVARRO SUAY define las prácticas conscientemente paralelas, como “aquellas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en que cada operador económico, sin que medio acuerdo ni concertación alguna, actuando unilateral pero armónicamente, ajusta deliberadamente su comportamiento al de otro competidor o competidores, evitando hacerse la competencia”. NAVARRO SUAY, M.C. (2004). “Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 232, pág. 54. Para que exista una práctica conscientemente paralela no ha de mediar acuerdo entre las partes, pero sí una actuación armónica entre las mismas. En este sentido, el TS declara en STS de 1 de febrero de 2011 (rec. núm. 2688/2008) que “la actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin”, añadiendo al respecto que “el tipo del artículo 1 contempla, tanto los acuerdos expresos como tácitos y las conductas conscientemente paralelas. No exigen pues un acuerdo de voluntades formal, sino que basta con acomodar la conducta de forma consciente al comportamiento seguido por otros operadores económicos”, para concluir que “probado que la actora conocía las circunstancias de los cargos que aplicaría Iberia, y que los cargos son idénticos, es inevitable concluir que se ha producido o bien un acuerdo tácito o bien una

Para que se pueda concluir la existencia de una práctica conscientemente paralela han de darse los siguientes requisitos acumulativos: inexistencia de contacto directo entre las partes del acuerdo, así como la independencia de los sujetos intervinientes en el mismo, las empresas tienen que tener la capacidad de poder obligar al resto de competidores a ajustar su comportamiento en el mercado mediante mecanismos de penalización efectivos, y el mercado ha de ser muy concentrado u oligopolístico²⁴¹.

Todas las conductas descritas anteriormente han de reunir dos requisitos básicos para que, efectivamente, puedan ser catalogadas como acuerdos colusorios a tenor de lo regulado en los artículos 101 TFUE y 1.1 LDC. En primer lugar, es necesario que exista un acuerdo de voluntades en sentido amplio, pudiéndose materializar en cualquiera de los tipos anteriormente descritos y, además, es necesario que la práctica pueda resultar lesiva para la competencia tanto por el objeto como por el efecto del acuerdo²⁴².

conducta conscientemente paralela -que para aplicar el tipo infractor es igual-, y ello no supone una prueba de indicios, como parece entender la recurrente, sino una prueba plena de la que sólo cabe una conclusión: y es que la recurrente acomodó su comportamiento referente a los cargos por emisión de billetes a lo decidido por Iberia. Y ello supone la renuncia a competir con esta compañía en lo que a los precios por cargo de emisión de billete se refiere". La CNMC por su parte también parece inclinarse por exigir para considerar una conducta como práctica conscientemente paralela un indicio de concordancia de voluntades entre las partes. En este sentido lo expone en RCNMC de 14 de septiembre de 2009, expte. S/0017/07, *EAEPC vs. Laboratorios Farmacéuticos*, afirmando al respecto que “*aunque, como dice la DI, existen algunas coincidencias en los métodos empleados, de la información reservada no se deducen indicios de una conducta consensuada o conscientemente paralela, sino que las similitudes en los sistemas responden a una explicación alternativa como es la necesidad de conocer dónde se han dispensado los medicamentos de cada laboratorio para aplicar el precio intervenido a los dispensados en España*”. También lo declara en RCNMC, de 4 de junio de 2001, expte. 492/00, *Hormigón Gerona*. De ahí que BAÑO LEÓN defienda la licitud de las conductas paralelas que se basen en la simple casualidad de actuar entre operadores económicos en el mercado. Cf. BAÑO LEÓN, J.M. (1996:71). También la STJUE de 31 de marzo de 1993, asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 y C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, afirma en este sentido que “*una conducta paralela sólo puede ser considerada como prueba de la existencia de una concertación, si dicha concertación constituye su única explicación plausible. En efecto, es preciso tener en cuenta el hecho de que, si el artículo 85 del Tratado prohíbe toda forma de colusión que pueda falsear el juego de la competencia, no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento real o previsible de sus competidores*”. Sin perjuicio de lo anterior, tal y como declara la SAN de 11 de mayo de 2005 (rec. núm. 831/2001) y como se expondrá a continuación, a pesar de no poder calificarse como práctica conscientemente paralela, “*la infracción del art. 1.1 LDC se comete con la simple publicación de las tarifas, significando el simple hecho de la publicación, un trasfondo de la voluntad de concertar las voluntades sin que sea necesario la causación de un perjuicio real para entender cometida la conducta ilícita*”.

²⁴¹ Cf. DIEZ ESTELLA, F. Y GUERRA FERNÁNDEZ, A. (2020:155). En palabras de los propios autores, “*se han propuesto los siguientes requisitos para poder determinar la existencia de conductas conscientemente paralelas: 1) la no existencia de contactos directos entre las partes; 2) una estructura de mercado oligopolística, o muy concentrada; 3) que las decisiones de las diferentes empresas sean interdependientes entre sí; y 4) que las empresas sean capaces no sólo de monitorizar el mercado, sino también de imponer mecanismos de penalización lo suficientemente efectivos como para obligar al resto de competidores a ajustar sus políticas comerciales*”.

²⁴² En este sentido lo exponen los autores BROSETA PONT Y MARTÍNEZ SANZ, afirmando que “*los requisitos para encontrarnos ante un acuerdo prohibido son los siguientes: 1º). En primer lugar, ha de tratarse de*

Esta concurrencia de voluntades ha sido entendida por el TJUE como el elemento que permite determinar la ilegalidad de la actuación de acuerdo con la tipificación que el artículo 101 del TFUE contiene²⁴³. Asimismo, la prohibición de la concordancia de voluntades tiene cabida tanto en los acuerdos horizontales (acuerdos celebrados entre verdaderos competidores) como los acuerdos verticales (acuerdos celebrados entre empresas que se sitúan en niveles diferentes de la cadena de producción)²⁴⁴.

Además de todo lo mencionado, de la lectura tanto del TFUE como de la LDC se concretan una serie de conductas que, a todos los efectos, tendrán la consideración de conductas colusorias²⁴⁵. Sin embargo, esta categorización no responde a una lista taxativa

un verdadero acuerdo de voluntades entre empresas, entendido esto en sentido muy amplio: puede revestir cualquier forma, y pueden ser vinculantes o no". Vid. BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2022:178). Por su parte, ALONSO SOTO, añade un requisito más a los ya enunciados por los autores Broseta Pont y Martínez Sanz, de modo que según su leal saber y entender, *"tres son los elementos que configuran este tipo de prohibición: la existencia de colusión, la producción de una restricción de la competencia, y la afectación total o parcial al mercado nacional"*. Pese a la diferenciación numérica, lo cierto es que los requisitos son los mismos ya que Broseta Pont y Martínez Sanz subsumen la afectación del mercado en el segundo de los requisitos. Vid. ALONSO SOTO, R. (2020:332). También DIEZ ESTELLA Y GUERRA FERNÁNDEZ resaltan la importancia de la concurrencia de voluntades, de tal forma que *"la existencia de esta concordancia es el elemento clave para distinguir este tipo de prácticas de las conductas unilaterales"*. Cf. DIEZ ESTELLA, F. Y GUERRA FERNÁNDEZ, A. (2020:136).

²⁴³ Así lo determina el TJUE en STJUE de 29 de octubre de 1980, C- 209/78, *Van Landewyck/Comisión* al afirmar que *"de ello se desprende que la recomendación constituye la fiel expresión de la voluntad de las demandantes de comportarse en el mercado belga de cigarrillos de conformidad con los términos de la recomendación"*. En el mismo sentido lo plasma en STJUE de 6 de enero de 2004, C-2/01 y 3/01, *BAI y Comisión/Bayer*, afirmando al respecto que *"la prueba de la existencia de un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado debe basarse en la constatación directa o indirecta del elemento subjetivo que caracteriza el propio concepto de acuerdo, es decir, de una concordancia de voluntades entre operadores económicos sobre la aplicación de una política, la búsqueda de un objetivo o la adopción de un comportamiento determinado en el mercado, independientemente de la forma en que se expresa la voluntad de las partes de comportarse en el mercado conforme a los términos de dicho acuerdo"*.

²⁴⁴ La CNMC sanciona tanto aquellos acuerdos anticompetitivos celebrados horizontal como verticalmente. A modo ejemplificativo podemos destacar como tipos de acuerdos colusorios de carácter vertical que han sido sancionados la fijación de precios de reventa (RCNC, de 29 de febrero de 2008, expte. 647/08, *Distribuciones Damm*; o RCNC de 30 de julio de 2009, expte. 652/07, *Repsol/Cepsa/BP*) o los acuerdos de distribución (RTDC de 12 de marzo de 2007, expte.614/06, *Cervezas de Canarias 2*; RTDC de 25 de julio de 2002, expte. 522/01, *Mundial de fútbol 98*; RTDC de 11 de diciembre de 1998, expte. 409/07, *Alimentos Infantiles*). Del otro lado, como ejemplo de acuerdos colusorios de carácter horizontal, la fijación de precios en el mercado u otras condiciones comerciales (RTDC de 14 de octubre de 1997, expte. 380/96, *Perfumería*; RCNC, de 27 de mayo de 2009, expte. S/0064/08, *Veterinarios Especialistas Équidos*; RTDC de 18 de diciembre de 1998, expte. 421/97, *Autoescuelas Collado-Villalba*), la limitación de la producción (RCNC de 9 de febrero de 2009, expte. 637/08, *Peritos/Arquitectos de la Comunidad Valenciana*; RTDC de 5 de marzo de 2002, expte. 306/01, *Comercialización Aceite*; RTDC de 23 de noviembre de 2004, expte. 569/03, *Semillas de Remolacha*) o el reparto de mercados (RCNC de 26 de octubre de 2011, expte. S/0192/09, *Asfaltos*; RCNMC de 27 de septiembre de 2018, expte. S/0415/12, *ABH-ISMA*; RCNMC de 8 de marzo de 2018, expte. S/DC/0578/16, *Mensajería y Paquetería Empresarial*).

²⁴⁵ En este sentido, el apartado 1 del artículo 1 del TFUE declara contrarios a la competencia los acuerdos que tengan por objeto *"a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones*

o *numerus clausus* donde se engloben todas las conductas que puedan tener cabida en los artículos 101 del TFUE y 1.1 de la LDC, sino que el legislador —a modo ejemplificativo— ha elaborado una lista de acuerdos colusorios y ha incorporado a la misma aquellos que mayor perjuicio ocasionan en la competencia o que se dan en la práctica con mayor asiduidad para que sirvan como base de interpretación al resto de las conductas infractoras²⁴⁶.

suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”. Por su parte, el apartado 1 del artículo 1 de la LDC, siguiendo la línea del TFUE, proscribire los acuerdos cuyo objeto consista en “a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.

²⁴⁶ En este sentido lo ha declarado la jurisprudencia del TS. Tomando como punto de partida la definición de cártel que da la Disposición Adicional cuarta, apartado segundo, de la LDC, en virtud de la cual “se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia”, la STS de 31 de mayo de 2021 (rec. núm. 2181/2020), concluye que “en este sentido, estimamos que la definición de cártel introducida en la LDC por el RD- Ley 9/2017, se limita a aclarar, facilitar la comprensión y perfeccionar la definición de la redacción original de la ley, sin modificar su sentido, al destacar el carácter no cerrado de la enumeración de conductas constitutivas de cártel con la introducción de la expresión “[...] mediante prácticas tales como, entre otras [...]”, lo que despeja cualquier duda de que debe calificarse como cártel una conducta de intercambio entre competidores de información comercial confidencial referente a los precios, como la examinada en este recurso”. Del mismo tenor es la STS de 17 de septiembre de 2021 (rec. núm. 5409/2020). Además, la STS de 2 de noviembre de 2015 (rec. núm. 1523/2013) o STS de 19 de junio de 2018 (rec. núm. 3055/2017) remarcan que “frente a esta técnica penalista de la tipicidad o de deslinde preciso de lo que está prohibido (y, por exclusión, lo no penado), el Derecho de la competencia (nacional y comparado) utiliza la técnica de la cláusula general prohibitiva, precisamente porque la utilización de la técnica de la tipicidad penal, en un ámbito como el mercado, atentaría al principio de seguridad jurídica, atendida la dificultad o imposibilidad de tipificar con la precisión exigida en el Derecho penal la multiplicidad de formas que puede adoptar el comportamiento restrictivo de los operadores económicos en el mercado. Una cláusula general prohibitiva de la colusión (art. 1.1 LDC y 101.1 TFUE) que se define por relación a los destinatarios (todo operador económico), al medio por el cual la conducta se establece (toda forma de concertación: acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas) y, en particular, por la finalidad perseguida y prohibida (la causación actual o potencial de un daño a la competencia efectiva en los mercados). Por tanto, una cláusula general o tipo abierto deliberadamente impreciso que constituye, en cierta forma, un mandato implícito del legislador a las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de su aplicación para elaborar de forma progresiva el Derecho de la competencia”. Siguiendo el esquema lógico asentado por la Jurisprudencia del TS se puede afirmar que, al igual que en la definición de cártel se utilizan expresiones como “entre otras”, en el artículo 1 de la LDC el legislador prohíbe todo acuerdo (...) y “en particular” el catálogo de conductas reseñadas, por lo que cualquier acuerdo que sea susceptible de falsear la competencia, a pesar de no estar descrito en la lista referenciada, podrá ser sancionado conforme a la proscripción general, creándose así casuísticamente el derecho de la competencia. En el mismo sentido lo entiende BAÑO LEÓN, afirmando al respecto que “la ley española establece una enumeración no exhaustiva de supuestos que pueden

El segundo de los requisitos que han de cumplirse para poder catalogar la conducta como un acuerdo colusorio alude tanto al objeto como al efecto del mismo, de modo que para que una práctica pueda englobarse en la prohibición contenida en los artículos 101 del TFUE y 1.1 de la LDC es necesario que pueda, aunque de modo potencial, impedir, restringir o falsear la competencia. De esta forma, la prohibición que se contiene en la norma responde a una prohibición de carácter preventivo en tanto en cuanto no solo se sancionará la conducta anticompetitiva consumada, es decir, aquella cuya materialización tenga por finalidad falsear la competencia; sino también toda aquella actuación que sea apta para producir el resultado lesivo sin necesidad de que el mismo se haya producido²⁴⁷.

En este sentido se han pronunciado tanto las autoridades de competencia como los tribunales, habiéndose exonerado a las primeras de acreditar los efectos restrictivos de la competencia ya que “*aunque la conducta concreta que hay que resolver no haya tenido*

considerarse por su objeto susceptibles de limitar o falsear la competencia”, denominando a los mismos como acuerdos prohibidos típicos. Vid. BAÑO LEÓN, J.M. (1996:75).

²⁴⁷ La distinción entre las infracciones “por objeto” o “por efecto” ha sido declarada por el TJUE en varias de sus resoluciones. En este sentido, podemos destacar la STJUE de 20 de noviembre de 2008, C-209/07, *Beef Industry Development y Barry Brothers*, donde declara que “*procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo debe tener «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común»*”. También la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-32/11, *Allianz Hungaria Biztosító y otros*, afirma que “*la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia*”, para concluir que “*para determinar si un acuerdo tiene «por objeto» restringir la competencia, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe*”. En el mismo sentido, en STJUE de 27 de abril de 2017, C-469/15, *FSL y otros/Comisión*, declara que “*el criterio jurídico esencial para determinar si un acuerdo conlleva una restricción de la competencia «por el objeto» consiste en comprobar que dicho acuerdo tenga, en sí mismo, un grado suficiente de nocividad con respecto a la competencia para considerar que no es necesario investigar sus efectos*”. Del mismo modo la STJUE de 6 de abril de 2006, C-551/03, *General Motors*, reconoce que el contenido del acuerdo no es lo único que ha de tenerse en cuenta de cara a calificar el mismo como anticompetitivo o no, ya que, aunque el contenido del acuerdo se ajuste a la ley, si tiene como efecto la restricción de la competencia, el acuerdo estará prohibido. En términos similares, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2023, C-211/22, *Super Bock Bebidas*, concluye al respecto que “*el concepto de «restricción de la competencia por el objeto» debe interpretarse de manera restrictiva. Así, este concepto solo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos. (...) El criterio jurídico esencial para determinar si un acuerdo, sea horizontal o vertical, conlleva una «restricción de la competencia por el objeto» consiste, por lo tanto, en la comprobación de que dicho acuerdo tenga, en sí mismo, un grado de nocividad suficiente para la competencia*”. También nuestros tribunales aplican la referida distinción — STS de 7 de junio de 2021 (rec. núm. 5428/2020); STS de 21 de enero de 2019 (rec. núm. 4323/2017); STS de 23 de diciembre de 2022 (rec. núm. 8404/2021); STS de 6 de febrero de 2023 (rec. núm. 6056/2020); o STS de 13 de junio de 2023 (rec. núm. 358/2022), entre otras—, diferenciado a la hora de enjuiciar si se trata de infracciones por objeto o por defecto, pero a los simples efectos probatorios, de modo que solo en aquellos casos en los que se trate de infracciones por efecto habrá de examinarse la repercusión que la conducta haya tenido en el mercado. Así, a *contrario sensu*, la STS de 23 de diciembre de 2022 (rec. núm. 8404/2021), expone que “*en todo caso, es obligado señalar que nos encontramos aquí ante una infracción por objeto; de manera que apreciar o descartar la existencia de infracción no es algo que depende del efecto concreto que la conducta haya producido en el mercado*”.

*efectos reales sobre la competencia, pero resultara apta para vulnerarla, estaría incurso en la prohibición del art. 1 LDC*²⁴⁸.

De este modo, las conductas colusorias están prohibidas “*si, y sólo si por lo que respecta al impedir restringir o falsear la competencia, cumplen una al menos de las siguientes condiciones: a) tener el objeto, aunque no lo consiga; b) producir el efecto, aunque no haya propósito; o c) haber podido producir el efecto incluso sin perseguirlo*²⁴⁹”.

Ahora bien, a pesar de todo lo expuesto respecto de las formas y los requisitos que han de reunir los acuerdos celebrados entre las empresas asentadas en un mismo mercado con el fin de falsear o restringir la competencia, es necesario traer a colación las sanciones en virtud de la cual tanto la Comisión como la CNMC condenan a empresas que no compiten en el mercado afecto por la práctica anticompetitiva por considerar que, con su actuación, facilitaron la consumación de la infracción principal.

Tal y como se expondrá con mayor detenimiento en el capítulo 5 de la tercera parte del presente trabajo, la reciente jurisprudencia del TJUE —acogida tanto por nuestros órganos jurisdiccionales como por la CNMC y autoridades de competencia autonómicas— en virtud de la cual se sanciona al facilitador de la infracción principal —que desarrolla su actividad empresarial en un mercado distinto del afecto por la práctica anticompetitiva— genera bastantes interrogantes respecto del título de imputación de la

²⁴⁸ RTDC de 16 de septiembre de 2003, expte. 550/02, *Tanatorios Huesca*. En el mismo sentido se pronuncia la CNMC en Resolución de 1 de octubre de 2019, expte. S/DC/0612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*, concluyendo que “*en este tipo de conductas ni la ley ni la jurisprudencia exigen de la autoridad de competencia que acredite los efectos, pues las conductas que se consideran infracción por objeto tienen un potencial de distorsión de la competencia tal que se exime a las autoridades de competencia de probar que efectivamente han causado perjuicio, pues son conductas que de las que se presume que objetivamente empeoran el bienestar de los consumidores y de la economía en general*”. También el TJUE en STJUE de 20 de noviembre de 2008, C-209/07, *Beef Industry Development y Barry Brothers*, ha declarado que “*para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo debe tener «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común»*. *Es jurisprudencia reiterada (...) que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible*”. Del mismo tenor es la STJUE de 13 de diciembre de 2012, C-226/11, *Expedia*. Nuestro TS también ha concluido al respecto en STS de 21 de enero de 2019 (rec. núm. 4323/2017), que “*que en las infracciones por el objeto no se precisa determinar la incidencia que dicha infracción tiene sobre el mercado y no es posible rebatir esta apreciación basándose en la afirmación de que la conducta enjuiciada no produjo efectos en el mercado*”. En el mismo sentido se pronunció en STS de 1 de marzo de 2018 (rec. núm. 563/2015).

²⁴⁹ Así lo declaró expresamente el TDC en RTDC de 22 de noviembre de 2006, expte. 605/05, *Juguets Cataluña*.

infracción por la que responden; pudiéndose llegar a afirmar que subsumir la conducta de los mismos en el artículo 1 LDC o 101 TFUE conculcaría el principio de legalidad.

En el mismo sentido, la posibilidad de sancionar a los representantes legales y directivos de la sociedad infractora tampoco parece tener encaje en los artículos referenciados por no tratarse de operadores económicos que operan en el mercado sino ser, simplemente, personas físicas que se integran en la sociedad infractora, lo que genera dudas también respecto del título de imputación de la conducta que se reprocha a los mismos, pudiendo conculcar, de igual modo, el principio de legalidad —cuestión que se abordará con mayor detenimiento en el capítulo 4 de la tercera parte del estudio—.

Como se extraen de las propias normas, los acuerdos colusorios examinados en este primer punto no son las únicas conductas susceptibles de falsear la competencia. Así, tal y como se expondrá a continuación, tanto el artículo 102 del TFUE como el art. 2 de la LDC proscriben que las empresas cuya posición en el mercado sea dominante puedan explotarla o se beneficien de la misma en detrimento de los consumidores, de los competidores y del propio mercado.

1.2 EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

En el mercado es común encontrarse con empresas que ostentan una posición de primacía sobre el resto de los competidores por haber consolidado, entre otros factores, cuotas de mercado significativas. Partiendo de esa premisa, tanto el legislador español como el europeo velan por la protección del mercado impidiendo que dichas empresas utilicen la superioridad en detrimento del mismo, habiéndose tipificado dicha prohibición en los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC²⁵⁰.

²⁵⁰ Cf. HERNÁNDEZ F. (2009), “Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado” en BELLO MARTÍN CRESPO, M.P. Y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (Dirs.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Thomson Aranzadi, págs. 114-116. El artículo 102 del TFUE declara que “*será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos*”. Por su parte, el artículo 2 de la LDC también afirma que “*1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular,*

La prohibición general contenida en las normas alude a la conducta que pueden llevar a cabo las empresas que ostentan una posición dominante en el mercado para consolidarla, extenderla a otros, o poder actuar unilateralmente en perjuicio de sus competidores y del mercado en general. No se prohíbe, por tanto, que las empresas gocen de un poder de mercado que las sitúe por encima de sus competidores siempre y cuando dicha superioridad sea consecuencia de una estrategia empresarial ajustada a derecho. Ostentar una posición dominante en el mercado es totalmente válido, lo que la Ley sanciona es el abuso que de la misma se pueda hacer con el ánimo de perjudicar a los restantes operadores económicos o a los consumidores²⁵¹.

en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos. 3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal”.

²⁵¹ Así lo han declarado tanto las autoridades de competencia como los Tribunales. A modo ejemplificativo podemos destacar la STS de 8 de mayo de 2003 (rec. núm. 4495/1998), donde el TS realiza unas consideraciones acerca del abuso de posición de dominio, afirmando al respecto que “*como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición. (...) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal*”, concluyendo en este sentido que “*no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva. Lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una posible mayor eficiencia. Serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico. Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva*”. En términos similares se declara en STS de 6 de marzo de 2023 (rec. núm. 6378/2021). También la SAN de 14 de enero de 2004 (rec. núm. 892/2000), concluye en relación con la posición de dominio de una empresa en el mercado que “*declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche, e incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de la competencia, lo que implica que la conducta de la empresa dominante, para ser legítima, debe tener una justificación objetiva*”. En relación con los pronunciamientos de las autoridades de competencia podemos citar a modo ejemplificativo la RTDC de 1 de septiembre de 2000, Expte. 470/99, COFAS, donde, al igual que los tribunales afirma que “*el artículo 6 LDC no prohíbe la posición dominante sino el abuso de la misma y enumera, a modo de ejemplo, una serie de supuestos de manera no exhaustiva*”. Del mismo tenor es la RTDC de 9 de octubre de 2001, expte. 502/00, *Funerarias Madrid 3*, o la RTDC 11 de octubre de 2001, expte. 452/00, *Atención Primaria Mallorca*. También FERNÁNDEZ LÓPEZ afirma al respecto que “*la posición dominante, si ha sido adquirida por medios lícitos, no se persigue por el derecho de la competencia (...). Lo que se persigue, tanto por el Derecho comunitario europeo como por nuestro Derecho interno y en otros ordenamientos, es el que aquellos que se encuentren en posición de dominio abusen de ella, a diferencia del Derecho norteamericano que prohíbe la posición de dominio per se o incluso el simple*

Por ello, para que una conducta pueda ser catalogada como de abuso de posición de dominio descrita en los artículos 102 TFUE y 2 de la LDC es necesario que se cumplan tres requisitos acumulativos: que la empresa ostente efectivamente una posición dominante en el mercado; que exista un abuso en su actuación; y que tal práctica afecte o bien al comercio de los Estados miembros de la UE o bien al mercado español²⁵².

El primero de los requisitos hace referencia a que la empresa ostente una posición de dominio en el mercado, sin embargo, la normativa no define qué se considera como tal, debiendo acudir a interpretaciones tanto de la doctrina como de los propios tribunales o autoridades de competencia. De este modo, el TJUE ha concluido que “*la posición dominante a la que se refiere el artículo 86 es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores*”²⁵³.

propósito de alcanzarla”. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. (1999). “Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia”. *Anuario de la Competencia*, nº1, págs. 121-122. En el mismo sentido PASCUAL Y VICENTE concluye que “*el art. 6 de la LDC y el art. 82 del TCE prohíben la explotación abusiva de una posición de dominio o, en otras palabras, el abuso de una posición de dominante en el mercado, pero no la posición de dominio en sí*”. Vid. PASCUAL Y VICENTE, J. (2001). “Abuso de posición dominante en mercados conexos: doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia”. *Anuario de la Competencia*, nº1, pág. 261.

²⁵² En este sentido lo afirma FERNÁNDEZ LÓPEZ, declarando al respecto que “*en el derecho de la competencia el abuso lo perfilan, en principio, tres elementos: el uso excesivo o indebido de la posición dominante, que es posible porque ésta existe; la existencia de una relación de causalidad entre la posición dominante y la explotación abusiva, y tener un efecto sobre el mercado al producir un perjuicio a otras empresas, suministradoras o compradoras, y a los consumidores*”. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. (1999:142). En el mismo sentido lo declara FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C. (1994). *Derecho de la competencia, Comunidad Europea y España*, Aranzadi, pág. 206.

²⁵³ STJUE 14 de febrero de 1978, C-27/76, *United Brands/Comisión*. En el mismo sentido la STJUE de 9 de noviembre de 1983, C-322/81, *Michelin/Comisión*, concluye que “*una situación de poder económico por parte de una empresa que le permita impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, otorgándole la posibilidad de obrar en buena medida de forma independiente con respecto a sus competidores, sus clientes y, en última instancia, los consumidores en general*”. Del mismo tenor es la STJUE de 3 de octubre de 1985, C-311/84, *CBEM/CLT y IPB*, o STJUE de 13 de febrero de 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Comisión*. Siguiendo la definición marcada por el TJUE, el TDC ha definido en múltiples ocasiones la posición de dominio como “*su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio*” (RTDC de 28 de julio de 2000, expte. 465/99, *Propiedad Intelectual Audiovisual*; RTDC de 30 de septiembre de 1999, expte. 362/99, *Bacardí* o RTDC de 8 de julio 1999, expte. 441/98, *Electra Avellana*). Esta independencia de actuación también ha sido puesta de relieve en la doctrina, afirmando GUTIÉRREZ que “*para que se acredite la existencia de posición dominante puede ser suficiente que se establezca que la empresa en causa posee un significativo grado de independencia frente a las restricciones de sus*

Teniendo en cuenta la definición anterior, es pacífico que el análisis de esta actuación abusiva por parte de la empresa que domina el mercado no puede efectuarse en abstracto sino respecto de un mercado en concreto (mercado relevante), lo que hace necesario examinar tanto el ámbito geográfico como el mercado de referencia de producto²⁵⁴. En este sentido, el mercado geográfico se define como “*la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas*”; mientras que el mercado de producto “*comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos*”²⁵⁵. De este modo, a la hora de sancionar, las autoridades de competencia tendrán la obligación de identificar y definir el mercado relevante en los casos en los que una empresa que tenga una posición dominante abuse de ella²⁵⁶.

competidores (so los tuviera) o de sus clientes”. GUTIÉRREZ, A. (2020), “Abuso de posición dominante” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. Y GUTIERREZ, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Sexta edición)*, Civitas, Thomson Reuters, pág. 267. VALENZUELA GARACH concluye en este sentido que “*en la actualidad puede hablarse de posición dominante en el mercado nacional o comunitario cuando una o varias empresas (denominada colectiva o conjunta en este segundo caso), en relación a un concreto producto o servicio, resulten ser las únicas demandantes u oferentes de aquellos, en la totalidad o parte del mercado, o cuando sin ser las únicas, no hay posibilidad alguna de que otras empresas puedan hacer una competencia sustancial para tales productos o servicios. Del mismo modo, varias empresas disfrutarán de una posición de dominio cuando no exista entre ellas efectiva competencia en la oferta o demanda de un producto o servicio, al representar la totalidad de dicha oferta o demanda*”. Cf. VALENZUELA GARCACH, J. (2005). “Relación entre obstaculización de la competencia y el concepto de posición dominante” en FONT GALÁN, J.I. Y PINO ABAD, M. (Coords). *Estudios de derecho de la competencia*, Marcial Pons, págs. 472-73.

²⁵⁴En este sentido lo ha declarado el TDC en RTDC de 27 de julio de 1995, expte. 124/95, *Enseñanzas Aeronáuticas*, afirmando en relación con el abuso de la posición de dominio de una empresa en el mercado que “*la existencia de posición de dominio no supone siempre un abuso de la misma. Lo que debe probarse inequívocamente es el abuso de dicha posición. Es necesario el pertinente y preciso análisis del mercado relevante y la manifestación irrefutable de que al amparo de una posición de dominio se ha abusado de la misma*”. Del mismo tenor es la RTDC de 23 de junio de 1998, expte. 278/97, *Microordenadores* o la RTDC de 23 de noviembre de 1998, expte. 314/98, *Intertrace/Telefónica*.

²⁵⁵ Comunicación De La Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).

²⁵⁶ Así lo declaró el TPI en STPI de 22 de marzo del 2000, T-125/97, *Coca-Cola/Comisión* que “*en el marco de una posible Decisión de aplicación del artículo 86 del Tratado, la Comisión deberá volver a definir el mercado pertinente y a analizar las condiciones de competencia, análisis que no tiene que basarse necesariamente en las mismas consideraciones a partir de las cuales se apreció con anterioridad la existencia de una posición dominante*”. En el mismo sentido lo declara en STPI de 7 de marzo de 2002, T-95/99, *Satellimages TV5/Comisión*, al afirmar que “*la existencia del informe VPRT no puede desvirtuar dicha conclusión. En efecto, sin que sea necesario determinar si el informe VPRT contiene una decisión definitiva de la Comisión en el marco del asunto VPRT/DPB Telekom, debe observarse que la existencia de dicho informe no puede atribuir al acto controvertido el carácter de posición definitiva de la Comisión respecto a la denuncia presentada por la demandante. Efectivamente, a diferencia de lo que sostiene la*

Una vez identificado el mercado existen diversos indicadores a tener en cuenta por las autoridades de competencia para declarar la existencia de una posición de dominio por parte de una empresa en el mercado. Haciendo una breve referencia a los mismos, el indicador por excelencia que permite demostrar la posición que ocupa la empresa es la cuota de mercado de ésta, sin perjuicio de que hayan de tenerse en cuenta otros indicadores de la referida conducta²⁵⁷. A pesar de ello, aquellas empresas que presenten cuotas de mercado muy elevadas gozarán de una presunción de poder que no opera en aquellas otras empresas cuyo poder de mercado es reducido o insignificante²⁵⁸.

demandante, en el marco de una posible decisión definitiva de aplicación del artículo 86 del Tratado CE a los hechos objeto de la denuncia de la demandante, la Comisión debe volver a analizar las condiciones de competencia, análisis que no tiene que basarse necesariamente en las mismas consideraciones de las que parte el informe VPRT". Estos pronunciamientos son tenidos en cuenta por nuestros tribunales, de modo que nuestra jurisprudencia también exige que las autoridades de competencia identifiquen el mercado de referencia en el que el competidor dominante lleva a cabo el abuso de su posición. En un primer momento fue la AN la que en SAN de 1 de septiembre de 2017 (rec. núm. 36/2013), declaró que *"la CNC debe fundamentar su posición con análisis propios y específicos para el caso concreto basados en datos recientes que tengan en cuenta la evolución de un mercado particularmente dinámico, de forma que haga posible el ajuste entre lo establecido para el mercado ex ante y lo que resulta procedente en el supuesto de infracción de las normas del Derecho de la Competencia. No puede apoyarse pues la autoridad de competencia de forma principal en informes previos que además se han elaborado para un mercado distinto y en la mera interpretación de información económica, por lo que debemos concluir que la resolución impugnada es inconsistente en este punto esencial"*. Del mismo tenor es la SAN de 4 de septiembre de 2017 (rec. núm. 41/2013). El argumento utilizado por la AN ha sido acogido por el TS. Así se ha puesto de manifiesto en STS de 20 de diciembre de 2018 (rec. núm. 6552/2017), donde el Tribunal, tras razonar que *"en la mayoría de casos, una decisión tendrá que basarse en varios criterios y diferentes elementos de apreciación, basándose en elementos empíricos, destinado a utilizar eficazmente toda la información disponible que pueda ser pertinente en un caso concreto"*, concluye que *"la determinación del mercado relevante cuando se ejercita la potestad sancionadora puede basarse en un amplio abanico de datos e informes, pero no dispensa al organismo regulador de realizar un análisis propio de dicho mercado, basado en todos los informes y datos disponibles y adecuados, cuando ejercita su potestad sancionadora"*. Lo anterior es ratificado en STS de 21 de diciembre de 2018 (rec. núm. 5720/2017) y STS de 8 de enero de 2019 (rec. núm. 5618/2017).

²⁵⁷ Así ha sido declarado por el TDC, afirmando en RTDC de 1 de abril de 2002, expte. 514/01, *IBERIA*, que *"la existencia de una elevada cuota de mercado no constituye, por sí misma, elemento suficiente para apreciar la existencia de una posición de dominio por parte de una empresa en un determinado mercado"*. En el mismo sentido, la RTDC de 30 de septiembre de 1999, expte. 362/99, *Bacardí*, afirmó que *"una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante. En el presente caso, una cuota de mercado tan elevada como la que ostenta Ron Bacardí en el mercado español llama la atención y obliga a esmerar la investigación para averiguar si hay una posición de dominio, pero no puede servir para declarar ésta sin más"*. Esta afirmación ha sido mantenida por la Autoridad nacional de competencia incluso en aquellos supuestos en los que la empresa ostentaba una cuota de mercado significativamente alta. Así, en RTDC, de 19 de abril de 2007, expte. R 657/05, *Productos Lácteos*, a pesar de que la empresa tenía una cuota de casi el 65%, se declaró que *"una cuota de mercado más o menos elevada no implica, por sí sola, que la empresa que la posea se encuentre en una posición de dominio en el mercado en el que actúe"*. La RCNMC, de 7 de junio de 2017, expte. S/DC/0557/15, *NOKIA*, continúa con el mismo criterio, afirmando que *"la determinación de la cuota de la empresa en el mercado es un punto de partida que conviene tener presente, aunque por sí misma pueda no ser un elemento suficiente para apreciar la existencia de una posición de dominio"*, a pesar de que la cuota de mercado de *NOKIA* era de un 85%.

²⁵⁸ Presunción que ha de ser apoyada en otros indicios que permitan constatar la misma como se ha expuesto en el pie de página anterior. No obstante, de los pronunciamientos del TDC se puede concluir que a partir

Otro de los factores tenidos en cuenta a la hora de determinar la posición que la empresa tiene en el mercado son las barreras de entrada al mismo. Esto explica que en aquellos mercados en los que los nuevos competidores tengan libertad de entrada por no existir en el mismo circunstancias que lo impidan, el poder de las empresas ya asentadas será menor que en aquellos otros que existan fuertes barreras de entrada que dificulten la penetración de nuevos competidores²⁵⁹.

de un 75% de cuota de mercado, existe cierta presunción para considerar a la empresa dominante que efectivamente haya ejercido un abuso en el mercado responsable de una infracción del artículo 2 LDC (RTDC de 29 de julio 1998, expte. 411/97, *Disa/Cepsa*; RTDC 7 de marzo de 2022, expte. 513/01, *TUBOGAS/REPSOL*; RTDC de 26 de mayo de 2003, expte. 539/02, *Cofarca*). No obstante, la AN, siguiendo las directrices del TJUE, afirma en SAN de 9 de abril de 2003 (rec. núm. 214/2000) que “*la normativa sobre competencia, nacional y comunitaria, no establece una presunción de posición de dominio a partir de determinada cuota de mercado, de manera que el análisis debe efectuarse caso por caso, aunque podemos utilizar como referencias las decisiones del TJCE en el ámbito de aplicación del actual artículo 82 del Tratado CE. El TJCE ha apreciado una posición de dominio a partir de cuotas de mercado iguales o superiores al 40% (sentencia TJCE, asunto United Brands) y al 50% (sentencia TJCE de 3 de julio de 1991, asunto 62/86, AKZO/Comisión, TJCE 1991\129)*”. GARCÍA CACHAFEIRO concluye que, “*aunque no existe una cuota de mercado concreta que permita concluir automáticamente que una empresa dispone de poder de mercado, en la jurisprudencia comunitaria encontramos algunas pistas que permiten establecer ciertas generalizaciones: a) cuotas de mercado muy elevadas (más de 75% del mercado relevante) llevan a la conclusión de que existe poder de mercado sin necesidad de mayores indagaciones; b) cuotas de mercado elevadas (más del 50%) se considera que a priori demuestran la existencia de poder de mercado siempre que no haya pruebas en otro sentido; c) cuotas de mercado medianas (menos del 40%) suelen dar a entender que no existe poder de mercado, salvo que el resto del mercado esté muy fragmentado; d) cuotas de mercado pequeñas (menos del 25%) permiten concluir que es muy improbable que exista poder de mercado*”. Vid. GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2009:48).

²⁵⁹ En este sentido lo ha afirmado el TDC en múltiples resoluciones. A modo de ejemplo, la RTDC de 20 de junio de 2001, expte. 495/00, *Velatorios Madrid*, poniendo de relieve que “*es necesario determinar si existen o no barreras de entrada significativas antes de poder concluir que existe una posición dominante en el mercado*”, para concluir que “*precisamente, la obtención de las licencias en este caso se constituye en una muy importante barrera de entrada, que motiva, entre otras razones, la indemnización solicitada por Interfunerarias S.L. en su recurso al Ayuntamiento de Madrid por no admitir a trámite la petición de la licencia para tanatorio, por lo que, de lo que consta en el expediente, no parece que las dificultades existentes en conseguir dichos permisos se debiera a falta de interés de las funerarias privadas*”. También en RTDC de 29 de octubre de 2001, expte. R 456/00, *Muebles Vanguardia*, el TDC considera que no existe un abuso de posición dominante en tanto en cuanto “*aunque la cuota en este mercado relevante fuera elevada, no permitiría a quien la ostentase prevalerse de ella para comportarse con independencia de sus competidores, no podría constituir una barrera de entrada al mercado para otros competidores pues el objetivo final de sus servicios, la participación en ferias internacionales, depende de las condiciones que en cada caso establezcan sus organizadores y no del tamaño o de la influencia de las empresas que en cada país ofertan sus servicios de participación en las mismas. El hecho señalado por el recurrente de que los no pertenecientes al grupo denunciado estén asistiendo a las ferias internacionales por su propia cuenta demuestra que SIDI no tiene capacidad de evitarlo, carece de poder discriminatorio o de exclusión*”. En el lado opuesto, la RTDC de 24 de abril de 2002, expte. 486/00, *McLane/Tabacalera*, sanciona a Tabacalera S.A por una práctica anticompetitiva consistente en haber abusado de posición de dominio en el mercado, argumentando al respecto que “*por lo que se refiere a los factores competenciales, teniendo en cuenta que ya se han hecho las consideraciones pertinentes acerca de la cuota de mercado, proceden unos comentarios a propósito de los competidores y de las barreras de entrada. (...). Y, por lo que se refiere a las barreras de entrada, innecesario parece insistir más en el bloqueo total del mercado para los nuevos entrantes mantenido en este sector, primero por disposición legal y luego, de hecho, por factores que van desde el mantenimiento del régimen de monopolio en la venta al por menor a la imposibilidad de comercio paralelo por la barrera técnico-económica antes descrita. Es decir, las barreras de entrada, como la ciencia económica califica a las dificultades y costes asociados que una empresa tiene que salvar para entrar en un sector económico, son perfectamente identificables aquí, sobre todo, en los siguientes aspectos:*

Por último, la elasticidad de la demanda en el mercado también puede servir de criterio para determinar el poder de una empresa en el mismo al servir como instrumento que mide la reacción de los consumidores ante variaciones en el precio de los productos, de modo que las empresas cuya elasticidad sea mínima pueden ejercer mayor poder en el mercado de referencia en tanto en cuanto los consumidores no van a variar significativamente el consumo del bien ofertado, pudiendo ésta aumentar los precios sin temor a perder clientes²⁶⁰.

El segundo de los requisitos que ha de darse para encuadrar la conducta de una empresa en la prohibición de los artículos 102 TFUE y 2 de la LDC es la explotación de su posición de dominio en detrimento del mercado, de ahí la antijuridicidad de la misma ya que como se ha expuesto con anterioridad, el hecho de que una empresa ostente una posición dominante en el mercado no es una conducta prohibida o antijurídica en tanto en cuanto esa supremacía no sea utilizada con la finalidad de restringir o falsear la competencia. Para poder apreciar el abuso, la empresa habrá de tener un comportamiento diferente en el mercado a como lo haría si éste fuera competitivo, debiendo llevar a cabo una conducta que no pueda justificarse económica y razonablemente²⁶¹.

preexistencia reciente de un monopolio legal, la exigencia de autorización para el ejercicio de la actividad y negativa de acceso a los canales de distribución. En estas circunstancias, la posición de dominio de TABACALERA es indudable porque ha gozado de una independencia tal de comportamiento que le ha permitido impedir la entrada de competidores". También la jurisprudencia del TS se hace eco de la necesidad de apreciar la existencia de barreras de entrada en el mercado en, entre otras, STS de 25 de octubre de 2016 (rec. núm. 198/2014); STS de 23 de marzo de 2018 (rec. núm. 1580/2015); STS de 18 de febrero de 2019 (rec. núm. 5624/2017) o STS de 1 de octubre de 2018 (rec. núm. 2924/2016).

²⁶⁰ En palabras de BENEYTO, *"la sustituibilidad de la demanda está relacionada con la posibilidad de fijar los precios por la empresa que goza de poder de mercado suficiente para ello (...). Si se puede demostrar que la demanda es muy elástica —es decir, que ante un incremento de precios del mercado en torno al 5-10 por 100, los clientes cambiarán a otro producto análogo dentro del mismo mercado geográfico—, la empresa no tiene en principio poder de mercado*". Vid. BENEYTO, J.M. (1999). "El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas". *Anuario de Competencia*, pág. 224. En el mismo sentido, GARCÍA CACHAFEIRO lo explica del siguiente modo: *"cuando el cambio en la cantidad adquirida es superior a la variación del precio, se dice que la demanda es elástica porque los consumidores son sensibles a las alteraciones del precio. Por el contrario, cuando la cantidad adquirida oscila menos que los precios, la demanda es inelástica toda vez que los consumidores no modifican sus pautas de consumo significativamente ante las alteraciones del precio. (...). Como regla general, se considera que la empresa que tiene una demanda inelástica puede ejercitar más fácilmente su poder de mercado, esto es, puede cobrar un sobreprecio en el producto sin experimentar pérdidas*". Vid. GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2009:48-49). También el TS, confirmando la SAN de 31 de octubre de 2013 (rec. núm. 1/2013), toma en consideración la sustituibilidad de la demanda, concluyendo en STS de 22 de mayo de 2015 (rec. núm. 95/2014), que *"de todo ello se deduce que los operadores titulares del uso del espectro controlan una de las que, sin duda, constituye "instalación esencial" para los operadores interesados en prestar servicios en los mercados descendentes y que la elasticidad de la demanda es reducida*".

²⁶¹ Así lo ha declarado el TS en STS de 13 de diciembre de 2004 (rec. núm. 915/2002), concluyendo al respecto que *"serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico*". También la STS de 30 de mayo de 2006 (rec. núm. 7151/2003), afirma

El TJUE, en un intento de suplir la indeterminación normativa en relación con el concepto de abuso, ha definido el mismo como un *“concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia”*²⁶².

Partiendo de la definición dada por el TJUE en la sentencia citada, HERNÁNDEZ concluye que para que se pueda determinar que la conducta que lleva a cabo determinado competidor económico en el mercado es abuso habrán de darse los siguientes elementos: *“1. Se trata del comportamiento llevado a cabo por una empresa con posición dominante. 2. Es un comportamiento que puede afectar a la estructura del mercado. 3. Consiste en el empleo de métodos distintos de la competencia basada en los méritos. 4. El empleo de estos métodos no sería posible o efectivo de no existir la posición dominante. 5. Se trata de un comportamiento que puede impedir o dificultar el nivel de competencia existente o su incremento. 6. Además, provoca un perjuicio a los consumidores, proveedores o a los competidores de la empresa dominante”*²⁶³.

al respecto que *“cuando aquel obstáculo deriva de la actuación del operador hasta entonces monopolista que, ante la aparición del nuevo entrante, refuerza sus vínculos de exclusividad con los distribuidores en los términos ya dichos, carentes de justificación económica objetiva, incide en una explotación abusiva de su posición de dominio”*. Del mismo modo, la STS de 11 de noviembre de 2009 (rec. núm. 1246/2006), en línea con la jurisprudencia marcada por sus predecesoras, desestima el recurso de casación presentado por la recurrente con base en que *“todo lo anterior lleva a la Sala a entender, en definitiva, que CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., desde su posición de dominio en el mercado relevante antes definido incurrió en abuso prohibido por el artículo 6º LDC imponiendo una medida restrictiva de la competencia del mercado liberalizado de envíos postales locales, sin que existiera justificación objetiva para tal comportamiento”*.

²⁶² STJUE de 13 de febrero de 1979, C-85/76, *Hoffmann-Laroche/Comisión*, apartado 91. Por su parte, aunque en línea con lo establecido por la jurisprudencia comunitaria, el TS ha definido el abuso de posición de dominio en STS 3133/2003, de 8 de mayo, como *“una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado”*. También el TDC concluyó en RTDC de 3 de febrero de 1992, expte. A 16/91, *Tecnotrón*, que *“la existencia de una posición de dominio es fundamentalmente cuestión de poder económico, técnico y en definitiva potencial de actuar en el mercado sin tener que someterse a las reglas efectivas de la competencia”* y que la misma *“se ostenta cuando la empresa en cuestión en relación con un mercado específico tiene la posibilidad de tener un comportamiento independiente y que por esa sola cualificación restrinja la competencia”*.

²⁶³ Cf. HERNÁNDEZ, F. (2009:127-129).

El último de los requisitos responde a la consecuencia lógica de la conducta anticompetitiva; nos referimos a la afectación de un mercado determinado (europeo o nacional). Al igual que ocurre con los acuerdos colusorios, los legisladores han tipificado a modo ejemplificativo una serie de conductas que, por su lesividad al mercado, o por su reiteración a lo largo del tiempo, han considerado necesario positivizar²⁶⁴. Sin embargo, tampoco constituye la misma una lista taxativa de conductas que vinculen a las autoridades de competencia, sino que más bien les sirven a estas de ejemplo de cara a poder apreciar abusos en conductas que no estén descritas en las normas y efectivamente lo sean²⁶⁵.

Los abusos que cometen las empresas pueden clasificarse en atención a si se dirigen contra el mercado o contra los consumidores (abusos explotativos)²⁶⁶. En este sentido, constituyen abusos contra los consumidores la fijación, por parte de las empresas, de precios excesivos (son aquellos cuyo valor de mercado no guarda relación con el valor real del bien ofertado); así como las limitaciones que las mismas hacen de la

²⁶⁴ Así, el artículo 102 del TFUE considera como prácticas abusivas “a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”. Por su parte, la LDC en su artículo 2, añade una conducta, contemplando como abusos “a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos”.

²⁶⁵ En relación con la taxatividad de los supuestos descritos en los artículos 102 TFUE y 2 LDC se pronuncia el TS, afirmando en STS de 8 de mayo de 2003 (rec. núm. 4495/1998), que “se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota”. También la STS de 20 de junio de 2006 (rec. núm. 9174/2003), concluye al respecto que “la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en un mercado será sancionable, como incluida en el artículo 6 de la Ley 16/1989, cuando se lleve a cabo mediante alguna de las conductas tipificadas en el apartado dos de aquél o en otras que respondan a los perfiles propios del tipo sancionador, lo cual no necesariamente ocurrirá por el mero hecho de que aquella empresa actúe de modo desleal respecto de otra”. Del mismo modo lo ha declarado la AN en SAN de 3 de junio de 2002 (rec. núm. 399/1997), exponiendo en este sentido que “el abuso ha de consistir en las conductas señaladas en el número dos del precepto, sin bien tal enumeración lo es a título de ejemplo”. De todo lo mencionado se puede concluir que aquellas conductas que no hayan sido expresamente tipificadas en el TFUE o en la LDC por el legislador pero que sean susceptibles de ocasionar un perjuicio para la competencia, serán subsumibles en la previsión general de los artículos 102 TFUE o 2 LDC y, por ende, sancionables.

²⁶⁶ Cf. HERNÁNDEZ, F. (2009:130-137).

producción²⁶⁷. Por otro lado, los precios predatorios, la discriminación, las prácticas de vinculación y la limitación del acceso al mercado han sido considerados como abusos que las empresas cometen contra el mercado²⁶⁸.

²⁶⁷ En relación con los precios excesivos se pronunció el TJUE en STJUE de 14 de febrero de 1978, C-27/76, *United Brands/Comisión*, apartado 250, afirmando que “*en el presente caso se ha calificado de abuso el hecho de exigir un precio excesivo, sin relación razonable con el valor económico de la prestación realizada*”. También la CNC se ha pronunciado en relación con los precios abusivos, afirmando en RCNC de 12 de febrero de 2008, expte. 626/07, *Canarias de Explosivos* — principal precedente sobre los precios excesivos—, que “*la calificación de unos precios excesivos o abusivos presupone dos circunstancias: – La capacidad de una empresa de imponer precios diferentes, normalmente superiores, a los que se dan en una situación de competencia, y – La necesidad de un término de comparación para establecer la diferencia entre los precios en cuestión y los que rigen o debería regir en competencia*”. En parecidos términos se pronuncia en RCNC de 19 de diciembre de 2012, expte. S/0248/10, *mensajes cortos*. La SAN de 10 de diciembre de 2009 confirma la interpretación dada por la CNC en RCNC de 12 de febrero de 2008, expte. 626/07, *Canarias de Explosivos*, añadiendo a la argumentación de la CNC que “*la forma de determinar que un precio es abusivo por excesivo ha de ser por tanto por comparación con una referencia válida. Pueden identificarse con carácter no exhaustivo varias alternativas posibles para la comparación: a) Comparación con costes. (...) b) Comparación con otros precios (...)*”; sentencia que fue confirmada en todos sus extremos por el TS en STS de 29 de mayo de 2013 (rec. núm. 1312/2010). En relación con las limitaciones a la producción son escasas las resoluciones que nos encontramos al respecto. Como mayor exponente de esta tipología de prácticas nos encontramos con la RTDC de 5 de enero de 2001, expte. 482/00, *Gas Natural Castilla y León*, en la que se sanciona a Gas Castilla por una conducta anticompetitiva consistente en un abuso de posición de dominio por limitación de la distribución en tanto en cuanto “*Gas Castilla ha participado en ciertas reuniones con las empresas colaboradoras, ha fijado los precios máximos que pueden aplicar éstas en función de los precios efectivamente aplicados por ellas (lo que implica una labor de intercambio de información ya de por sí ilícito) y ha entregado, como reconoce la propia Gas Castilla, pág. 22 de su escrito de alegaciones ante el Tribunal, una carta de presentación de la empresa a los presidentes de las comunidades de propietarios. Puesto que dicha carta es entregada a distintas empresas colaboradoras en función de criterios geográficos (es decir, se asigna una comunidad de propietarios a cada empresa colaboradora, no una carta genérica, válida erga omnes, a todas las empresas) Gas Castilla ha contribuido a que el reparto de mercado realizado por las empresas colaboradoras sea viable*”. No obstante, tal y como expone GUTIÉRREZ, “*ocasionalmente, las autoridades españolas han reconducido hacia este tipo legal ciertas conductas de exclusión de competidores y cierre de mercado, tales como la imposición a clientes de obligaciones de comprar exclusivas o la concesión de licencias exclusivas respecto de bienes o derechos de gran importancia para competir eficazmente en un mercado posterior*”. GUTIÉRREZ, A. (2020:334); lo que se plasma en RTDC de 25 de octubre de 2000, expte. 476/99, *Agencias de Viaje*; RTDC de 29 de julio de 1999, expte. 438/98, *Interflora*; o RTDC, de 10 de junio de 1993, expte. 319/92, *Fútbol por TV*.

²⁶⁸ En relación con los precios predatorios la jurisprudencia europea ha establecido en STJUE, de 3 de julio de 1991, C-62/86, *AKZO/Comisión*, que “*el artículo 86 del Tratado prohíbe que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor y refuerce de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. En esta perspectiva, toda competencia por los precios no puede considerarse, sin embargo, legítima. Los precios inferiores a la media de los costes variables (es decir, de aquellos que varían en función de las cantidades producidas), mediante los cuales una empresa dominante pretende eliminar a un competidor, deben considerarse abusivos. En efecto, una empresa dominante no tiene ningún interés en aplicar tales precios, de no ser el de eliminar a sus competidores para poder después subir sus precios aprovechándose de su situación monopolística, dado que cada venta le ocasiona una pérdida, a saber, la totalidad de los costes fijos (es decir, de aquellos que permanecen constantes con independencia de las cantidades producidas) y una parte al menos de los costes variables correspondientes a la unidad producida. Por otra parte, los precios inferiores a la media de los costes totales, que comprenden los costes fijos y los costes variables, pero superiores a la media de los costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. Dichos precios pueden, en efecto, eliminar del mercado a empresas que quizás sean tan eficaces como la empresa dominante pero que, debido a su inferior capacidad económica, son incapaces de resistir de la competencia que se les hace*”. En línea con la referida sentencia, la STJUE de 14 de noviembre de 1996, C-333/94 P, *Tetra Pak/Comisión*, concluye al respecto que “*efectivamente, en la*

Lo ya mencionado en el epígrafe anterior respecto de la conducta de los representantes legales y los directivos de una sociedad sancionada por llevar a cabo prácticas colusorias es plenamente aplicable al presente supuesto. De este modo, y aceptando la responsabilidad que tienen las empresas por abusar de su posición de dominio en el mercado, no parece tan clara la aceptación de la responsabilidad de las personas físicas que dirigen o administran las mismas por el referido comportamiento anticompetitivo, ya que subsumir la conducta de estos últimos en los tipos previstos en el artículo 2 de la LDC o 102 del TFUE conculcaría el principio de legalidad sancionadora.

Una vez resumidas las características principales del abuso de posición de dominio proscrito por los artículos 102 TFUE y 2 de la LDC, conviene, por último, pasar a analizar sucintamente el artículo 3 de la LDC que prohíbe las conductas que falseen el mercado como consecuencia de haber llevado a cabo actos desleales.

sentencia AKZO/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia consagró la existencia de dos métodos de análisis diferentes para verificar si una empresa ha practicado precios predatorios. En primer lugar, los precios inferiores a la media de los costes variables deben considerarse siempre abusivos. En tal caso, es inconcebible que exista algún objetivo económico que no sea la eliminación de un competidor, pues cada unidad producida y vendida supone una pérdida para la empresa. En segundo lugar, los precios inferiores a la media de los costes totales, pero superiores a la media de los costes variables, sólo pueden considerarse abusivos cuando pueda demostrarse que existe un plan de eliminación de un competidor". También, en el ámbito nacional, la STS de 13 de diciembre de 2004 (rec. núm. 915/2002), concluye que "a). *Los precios inferiores a los costes variables medios se presumen siempre abusivos; b). Los precios inferiores a los costes totales medios, pero superiores a los costes variables medios, serán abusivos si se establecen en el marco de una estrategia de eliminación de competidores. Resulta así que, en el concepto de precio predatorio, el elemento verdaderamente distintivo y que configura la conducta predatoria es la intención de eliminar a un competidor; intención que, en un supuesto, se presume iuris et de iure y, en otro, ha de probarse".* La discriminación existe cuando hay diferencia de trato respecto de una misma prestación. Así lo ha declarado el TDC en RTDC 22 de diciembre de 2004, expte. 571/03, *Uni2/Telefónica Móviles*, afirmando al respecto que "en el ámbito del Derecho de la competencia la discriminación exige que la diferencia de trato respecto a una misma prestación, que se impone a clientes, competidores o consumidores carezca de una justificación objetiva y que, al mismo tiempo, vaya dirigida a producir efectos sobre el mercado, ya sea mediante la expulsión de alguno de los operadores afectados, ya sea colocando a alguno o algunos de éstos en una situación de desventaja frente a otros"; añadiendo en RTDC de 16 de junio de 2005, expte. 580/04, *Gas Natural*, que el principio de no discriminación "es una expresión específica del principio general de igualdad entre los operadores del mismo mercado, que exige que situaciones comparables no sean tratadas de forma diferente y que situaciones diferentes no sean tratadas de la misma manera, salvo cuando en uno u otro caso exista una justificación objetiva". Concretamente, la RTDC de 19 de mayo de 2005, expte. R 644/05, *Estaciones de Servicio*, declaró que "dilucidado que las condiciones contractuales eran desiguales, es necesario analizar si las prestaciones fueron o no equivalentes, y si existen circunstancias objetivas que justifiquen la existencia de diferencias, ya que en este caso no habría un abuso de posición de dominio. Por el contrario, si existiese equivalencia en las prestaciones, debería analizarse si dichas empresas son competidoras y, en este último supuesto, si dicha conducta colocó a unos competidores en situación desventajosa frente a otros". Las ventas vinculadas suponen subordinar la celebración de un contrato a la aceptación de prestaciones que, si bien lo complementan, no guardan relación con el objeto del contrato y también han sido objeto de pronunciamientos por parte del TDC. Así, a modo ejemplificativo podemos citar la RCNC de 21 de enero de 1999, expte. 412/97, *BT/Telefónica*; RTDC de 14 de noviembre de 2003, expte. 540/02, *Gas Natural*; o RTDC de 10 de junio de 2009, expte. 2741/06, *Signus ecovalor*.

1.3 EL FALSEAMIENTO DEL MERCADO POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL.

La tercera de las conductas sancionadas por la LDC como actos contrarios a la competencia son aquellas actuaciones empresariales que, infringiendo lo dispuesto en la LCD, repercuten en el mercado restringiendo o falseando la competencia. Así lo manifiesta la prohibición contenida en el artículo 3 de la LDC²⁶⁹.

Se trata, según ha manifestado la doctrina, de una modalidad especial de prohibición mediante la cual todos los actos desleales que incidan, por su gravedad, en la competencia, serán sancionados por la CNCM o su equivalente autonómico. El desvalor de la conducta que se sanciona no es el haber llevado a cabo prácticas desleales, sino solo aquellos comportamientos más graves que, por el alcance de éstos, suponen el falseamiento de la competencia en el mercado²⁷⁰.

²⁶⁹ El tenor literal del artículo 3 de la LDC es como sigue: “*La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*”.

²⁷⁰ Así lo afirma BAÑO LEÓN, exponiendo al respecto que “*la separación entre competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia tienen su excepción en este precepto: determinados actos de competencia desleal si falsean de manera sensible la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional pueden ser prohibidos por el TDC y castigarse con sanciones administrativas*”. Vid. BAÑO LEÓN, J.M. (1996:81). En el mismo sentido REBOLLO PUIG, M. (2019). “*Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial*”. *RAP*, 2010, pág. 169. También SORIANO GARCÍA razona al respecto que “*basta, pues, que la deslealtad, con el tipo abierto de acto contrario a la buena fe, afecte al interés público —en definitiva al mercado— para que la competencia desleal se transforme en concurso con la libre competencia en una cualificación clara que normalmente será más propia del abuso de posición dominante, pero sin excluir que abarque a la totalidad de los supuestos de las conductas prohibidas*”. Cf. SORIANO GARCÍA, J.E. (2007). *La defensa de la competencia en España*, Iustel, pág. 97. También MASSAGUER concluye que “*el artículo 3 de la LDC establece el falseamiento de la libre competencia por actos desleales como particular modalidad de conducta prohibida por la legislación de defensa de la competencia (...) y limitan, en una primera lectura, su dimensión sustantiva para realzar su alcance funcionar y, en especial, la inclusión de la represión de la competencia desleal*” para concluir que lo que se sancionan son “*ciertos actos de competencia desleal y en particular aquellos que se caracterizan por la incidencia que tienen sobre el interés público precisamente de resultados del efecto (falseamiento) que tienen sobre la libre competencia en el mercado*”. Vid. MASSAGUER, J. (2020), “*Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales*” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. Y GUTIERREZ, A. (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Sexta edición)*, Civitas, Thomson Reuters, págs. 385 y 389-390. En términos similares lo ha declarado LAGUNA DE PAZ, afirmando que “*la prohibición de competencia desleal trata de asegurar la buena fe, diligencia y honestidad comercial, así como la paridad de condiciones entre operadores*”. Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2020:1281). En el mismo sentido, DIEZ ESTELLA afirma que “*su ilicitud con arreglo a la LDC no reside en su misma deslealtad concurrencial (con arreglo a la LCD) sino en el impacto que sus efectos tienen o pueden tener sobre la competencia en el mercado y, precisamente por esta razón, sobre el interés público*”. Cf. DÍEZ ESTELLA, F. (2012). “*El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales*” en *Noticias de la Unión Europea*, nº 330, Wolters Kluwer, págs. 86-87.

Para poder sancionar las conductas de las empresas contenidas en la prohibición del artículo 3 de la LDC es pacífica la necesidad de que se den tres requisitos acumulativos: que exista un acto desleal; que el mismo falsee la libre competencia; y que, además, el mismo afecte al interés público²⁷¹. Es importante destacar de manera sucinta algunas cuestiones de las exigencias mencionadas.

Respecto del primero de los requisitos que exige la existencia de un acto desleal hay que señalar que la acreditación de la existencia de dicho acto de competencia desleal no está supeditada a que preexista una sentencia judicial firme que declare tal extremo²⁷². En segundo lugar, y en relación con la necesidad de que el acto altere la competencia, se ha puesto de relieve que tal afectación ha de ser grave o significativa, exigiéndose un “grado más” de distorsión en relación con la afectación que ya de por sí puede tener en el mercado un comportamiento desleal²⁷³.

Así, por ejemplo, en Resolución *Volkswagen* la CNMC afirma que

“no existen indicios para considerar que la conducta tiene aptitud para afectar a la competencia en el mercado o para distorsionar de forma significativa la dinámica

²⁷¹ Estos requisitos han sido expuestos por la CNMC, entre otras, en Resolución de 30 de enero de 2020, expte. S/DC/0046/19, *FACUA- BIMBO*, afirma que “*resulta por tanto necesario analizar si de los hechos expuestos puede deducirse: - la existencia de un ilícito desleal tipificado en la Ley de Competencia Desleal (en adelante, LCD); - la existencia de falseamiento de la libre competencia, y - una afectación del interés público como consecuencia de ese falseamiento*”. En el mismo sentido lo afirma en Resolución de 20 de junio de 2019, expte. S/DC/0552/15, *AGIC*. El TS afirmó lo propio en STS de 3 de febrero de 2017 (rec. núm. 779/2014) o STS de 20 de junio de 2006 (rec. núm. 9688/2003).

²⁷² En el mismo sentido BAÑO LEÓN reconoce que “*en determinados supuestos existe una competencia concurrente del TDC y de la jurisprudencia civil, de manera que ambos puedan coincidir en el conocimiento de los hechos y, por qué no, llegar a conclusiones diferentes*”. Cf. BAÑO LEÓN, J.M. (1996:84). En el mismo sentido, REBOLLO PUIG afirma que la “*actuación de las autoridades administrativas de defensa de la competencia contra las conductas de competencia desleal no necesita que haya un previo pronunciamiento de la jurisdicción civil que declare la deslealtad*”. Cf. REBOLLO PUIG, M. (2019:170). También el TDC en RTDC de 8 de julio de 1992, expte. 294/91, *Aceites*, concluyó al respecto que “*si el legislador hubiere querido que previamente a la intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia hubiere una declaración jurisdiccional de la acción desleal lo hubiera tenido que expresar así y no hubiera empleado la rotunda expresión “conocerá” en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas*”.

²⁷³ A este respecto se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo, afirmando, entre otras, en STS de 20 de junio de 2006 (rec. núm. 9174/2003), que “*para que los actos de competencia desleal puedan ser sancionados como conductas prohibidas a título de la Ley 16/1989 ésta, tras la reforma hecha por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, exige que aquellos actos “distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado” y que “esa grave distorsión afecte al interés público”. Tal es el contenido del artículo 7 de la Ley 16/1989 que, bajo la rúbrica de “falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, determina que conductas de las empresas hasta entonces consideradas meramente desleales puedan ser tachadas de anticompetitivas según la Ley 16/1989 y castigadas por vía administrativa*”. Del mismo tenor es la STS de 20 de abril de 2010 (rec. núm. 3337/2007) o la STS de 1 de octubre de 2018 (rec. núm. 2924/2016), que concluye en este sentido que para poder sancionar una conducta tipificada de desleal por la LCD se requiere una cualificación “*por la presencia conjunta de dos elementos normativos adicionales, esto es, la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado y la afectación al interés público*”.

*competitiva del mercado afectado ni por tanto de que se cumplan las exigencias para aplicar el artículo 3 LDC*²⁷⁴. También en *Resolución SAMAD Ciclos Formativos III* concluye que “*para que un acto desleal pueda afectar al interés público debe tener entidad para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado y no se ha acreditado que la conducta denunciada (que no se verifica) tuviese tal entidad*”²⁷⁵. En el mismo sentido lo afirma en la resolución *TuBillete* al archivar la denuncia formulada por considerar que “*no se desprende que existan indicios de una afectación significativa a la competencia ni, por tanto, al interés público relevante en sede del artículo 3 LDC, tampoco procede ningún análisis de la conducta denunciada desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal, que sería estéril a efectos de la prohibición contenida en el artículo 3 LDC cualquiera que fuese el resultado de esa calificación jurídica*”²⁷⁶

Por último, respecto de la necesidad de que la conducta desleal afecte al interés público debemos entender como tal “*la preservación del funcionamiento concurrencial del mercado*”²⁷⁷. Pese a lo afirmado, lo cierto es que no existe una definición concreta y pacífica en la doctrina de qué ha de entenderse por interés público, no habiendo ayudado ni la CNMC ni los tribunales a la concreción del concepto²⁷⁸.

En estos epígrafes se han tratado de delimitar las conductas que, por estar prohibidas en las leyes, de ser realizadas por los operadores económicos, son susceptibles de ser sancionadas por las autoridades de competencia nacionales o europeas. No obstante lo anterior, dentro de las conductas prohibidas existen determinados supuestos que se analizarán a continuación en los que se exime a la empresa de la sanción que le correspondería por considerarse que su actuación en el mercado no es relevante y, por ende, no es susceptible de alterar la competencia. Es lo que se denomina como las conductas *de minimis* o de menor importancia.

1.4 LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA.

Las conductas susceptibles de ser sancionadas por considerarse contrarias a la competencia de acuerdo con lo establecidos en los artículos 101 y 102 TFUE y 1 al 3 de

²⁷⁴ Resolución de la CNMC, de 7 de febrero de 2019, expte. S/DC/0577/16, *Volkswagen*. En el mismo sentido lo afirma en Resolución de 13 de febrero de 2014, expte. S/0478/13, *MSC*, al afirmar que “*no ha demostrado el perjuicio económico causado por las prácticas de MSC, ni ha justificado la relación de causalidad entre las prácticas de MSC supuestamente desleales y los perjuicios alegados, así como de qué forma los actos desleales habrían afectado el funcionamiento del mercado de manera significativa*”.

²⁷⁵ Resolución de la CNMC de 30 de julio de 2019, expte. *SAMAD/09/18*.

²⁷⁶ Resolución de la CNMC de 11 de marzo de 2008, expte. S/0041/08, *TuBillete*.

²⁷⁷ Cf. ALONSO SOTO, R. (2020:336).

²⁷⁸ Lo cual ha sido criticado por DIEZ ESTELLA, habiéndose afirmado por el citado autor que las autoridades de competencia se han centrado más en determinar las conductas que no pueden considerarse que afectan al interés público en lugar de dar una definición concreta del mismo. Cf. DIEZ ESTELLA, F. (2012: 83-94).

la LDC tienen como denominador común que la consecuencia de la actuación por parte de las empresas han de suponer un menoscabo de la competencia en el mercado. Es por ello por lo que en aquellos supuestos en los que la lesión de la competencia para con el mercado sea irrelevante o poco grave se podrá eximir al sujeto responsable de la responsabilidad por su conducta. Esto se conoce como la exención *de minimis* y, a pesar de que la legislación europea no la contempla expresamente —sin perjuicio de que la misma se haya incorporado vía jurisprudencial—, nuestro derecho nacional positiviza la misma en el artículo 5 de la LDC²⁷⁹.

Como su propio nombre indica, las conductas de menor importancia son aquellas “*conductas anticompetitivas que no sean capaces de afectar significativamente a la competencia por su escasa dimensión o importancia*”, siendo el efecto de la misma la exención legal de la prohibición²⁸⁰. La LDC delega en su reglamento de desarrollo la determinación de qué conductas quedarán fuera de la aplicación de los artículos 1 al 3 de la ley; concretamente, son los artículos 1 al 3 del RDC los que determinan tanto los criterios que han de reunir los actos anticompetitivos para poder beneficiarse de la exención de *minimis*, como las conductas que, en todo caso, quedarán fuera de la misma.

La consideración de una conducta como “de menor importancia” puede llevarse a cabo de dos formas distintas: de un lado, el artículo 1 del RDC fija una lista de conductas que se considerarán que no afectan significativamente a la competencia; mientras que de otro lado, el artículo 3 del mismo texto legal faculta al Consejo de la CNMC para que pueda aplicar la exención a aquellas conductas que, no estando previstas en el artículo 1, no sean susceptibles de afectar a la competencia de manera significativa²⁸¹. El criterio que ha de

²⁷⁹ Así se contempla en el artículo 5 de la LDC que declara que “*Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado*”.

²⁸⁰ De esta forma las define la propia LDC en su preámbulo. PELLISÉ afirma al respecto que “*la figura de las conductas de menor importancia en la Ley española de Defensa de la Competencia constituye un supuesto de exención legal*”. Vid. PELLISÉ, C. (2007). “Las conductas de menor importancia en la ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”. *Anuario de la competencia*, nº 1, 2007, pág. 79. COSTAS COMENSAÑA los define como “*aquellos que no pueden producir una restricción significativa o sensible de las condiciones de competencia que rigen en el mercado*”. Cf. COSTAS COMENSAÑA, J. (2009:95).

²⁸¹ El artículo 1 del RDC declara que “*A efectos de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se entenderán de menor importancia, sin que sea necesaria una previa declaración a tal efecto: a) Las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por ciento en ninguno de los mercados relevantes afectados. b) Las conductas entre empresas que no sean competidoras, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada una no exceda del 15 por ciento en ninguno de los mercados relevantes afectados. c) En los casos en los que no resulte posible determinar si se trata de una conducta entre*

tenerse en cuenta para aplicar la exención prevista en el artículo 1 del RDC es la cuota de mercado conjunta que ostentan las empresas en sus respectivos mercados de referencia; de este modo, podrán beneficiarse de la misma las empresas que hayan llevado a cabo acuerdos verticales siempre que su cuota de mercado sea inferior al 15% o acuerdos horizontales (o aquellos otros que no sea posible determinar si se trata de acuerdos verticales u horizontales) cuya cuota no exceda del 10%²⁸².

Sin embargo, esta exención no es total en tanto en cuanto el artículo 2 del RDC recoge todas aquellas conductas empresariales que, aun cumpliendo con las cuotas establecidas en el artículo 1 del mismo texto legal, no podrán beneficiarse de los efectos de este por haberse considerado que no pueden englobarse en el concepto de “menor importancia”. Así, los acuerdos horizontales que hayan tenido como objeto la fijación de precios de ventas, la limitación de la producción o ventas, o el reparto de mercados, serán siempre susceptibles de ser sancionados por la autoridad de competencia (art. 2.1 RDC)²⁸³. En el

*competidores o entre no competidores, se aplicará el porcentaje del 10 por ciento de cada uno en los mercados relevantes afectados. d) Cuando, en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes, los porcentajes de cuota de mercado fijados en los apartados anteriores quedarán reducidos al 5 por ciento. No se apreciará la existencia de un efecto acumulativo si menos del 30 por ciento del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos”. Por su parte, el artículo 3 del citado texto legal también contempla que “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y a efectos de lo establecido en los artículos 5 y 53.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar no aplicables los artículos 1 a 3 de la citada ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia”. En este sentido, es muy ilustrativo el análisis que GONZÁLEZ JIMÉNEZ realiza del contenido de los referidos artículos. Vid. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M. (2022). *Las conductas de menor importancia en el derecho de la competencia*, Marcial Pons, págs. 242 y ss.*

²⁸² De este modo, aquellas conductas que queden encuadradas en los parámetros descritos estarán exentas de sanción. Así lo declara, por ejemplo, la CNC en RCNC de 27 de noviembre de 2007, expte. R 691, *DISA*, al desestimar el recurso interpuesto por las recurrentes contra el “Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia del 17 de mayo de 2006 por el que se declaró el sobreseimiento del expediente 2608/06 incoado a consecuencia de la denuncia presentada por *GROSSEN S.A. contra SHELL ESPAÑA S.A. (subrogada actualmente DISA PENÍNSULA S.L.U.) por entender que las obligaciones de compra en exclusiva contenidas en determinados contratos pudieran contravenir el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 81 del TCE”*. En el mismo sentido la RCNC de 17 de diciembre de 2010, expte. S/0257/10, *Natura Bisse Internacional*, expone que “analizada la conducta en su contexto económico, como es la posición de la denunciada y la estructura del mercado en el que se produce, el Consejo concluye que la misma, no tiene aptitud para restringir la competencia. Consecuentemente procede el archivo de las actuaciones bajo el artículo 49.3, por entender que concurren los requisitos de aplicación del artículo 3 del RDC”. En el mismo sentido, y pese a que la CNC en RCNC de 16 de julio de 2012, expte. *SAMAD 01/2011 COAM-Viviendas Públicas de Municipios de Madrid*, sancionó al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid por haber llevado una práctica anticompetitiva del art. 1 LDC, la SAN de 1 de octubre de 2013 (rec. núm. 371/2012), anula la sanción impuesta en aplicación de la regla de *mínimis* del art. 5 LDC con base en la limitación del ámbito geográfico de la conducta y la no producción de efectos.

²⁸³ En este sentido, el apartado primero del artículo 2 del RDC declara que “1. Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes: a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros; b) la limitación de la producción o las ventas; c) el reparto de mercados o clientes,

mismo sentido, los acuerdos celebrados entre empresas no competidoras que contengan disposiciones relativas a la fijación de precios de reventa, restrinjan las ventas activas o pasivas o los suministros recíprocos, contengan restricciones acordadas entre un proveedor de componentes y un comprador que necesite añadirlos a sus productos, establezcan cláusulas de no competencia superiores a los cinco años, o restrinjan el territorio en el que un competidor pueda vender sus bienes, tampoco podrán ser beneficiarios de la exención *de minimis* (art. 2.2 RDC)²⁸⁴. En estos casos no se tiene en cuenta la cuota de mercado de las empresas infractoras sino que el foco se pone en el objeto de la práctica anticompetitiva; de este modo, por haberse considerado que por su

incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones". En el mismo sentido, ALONSO SOTO, R. (2020:337).

²⁸⁴ Del mismo modo, el apartado segundo del artículo 2 del RDC concluye que "2. *Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre no competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes: a) El establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que haya de ajustarse el comprador; b) la restricción de las ventas activas o pasivas a usuarios finales por parte de los miembros de una red de distribución selectiva, sin perjuicio de la posibilidad de que el proveedor restrinja la capacidad de dichos miembros para operar fuera del establecimiento autorizado; c) la restricción de los suministros recíprocos entre distribuidores pertenecientes a un mismo sistema de distribución selectiva, incluso entre distribuidores que operen en distintos niveles comerciales; d) la restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora a otros productos que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales, a talleres de reparación independientes o a proveedores de otros servicios a los que el comprador no haya encomendado la reparación o el mantenimiento de sus productos; e) el establecimiento de cualquier cláusula de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; f) la restricción del territorio en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales, o de los clientes a los que pueda vendérselos, excepto: 1.º La restricción de las ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador, cuando tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador; 2.º la restricción de las ventas a usuarios finales por un comprador que opere en el comercio al por mayor; 3.º la restricción de las ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva; y 4.º la restricción de la capacidad del comprador de vender componentes a clientes que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que los que produce el proveedor*". Del mismo tenor, ALONSO SOTO, R. (2020:337). GALÁN CORONA concluye al respecto que "las conductas de menor importancia contemplan restricciones no significativas de la competencia, pero no todas las restricciones no significativas son conductas de menor importancia. Éstas lo son por disposición legal y exime de entrar a considerar el efecto anticompetitivo de las mismas, pues el legislador ha establecido que no es significativo; pero fuera de tales conductas de menor importancia (las del art. 5 LDC), es posible que haya otras que no incurrir en prohibición, porque se constata que no originan una restricción significativa de la competencia". Cf. GALÁN CORONA, E. (2010). "Las conductas de menor importancia en la vigente Ley de Defensa de la Competencia" en GÓMEZ SEGADÉ, J.A. Y GARCÍA VIDAL, A. (eds.). *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, pág. 301. Por su parte, GONZÁLES JIMÉNEZ propone la supresión de la lista taxativa recogida en el apartado segundo del art. 2 RDC. En palabras del propio autor, "creemos adecuado sugerir que el ordenamiento jurídico español debería suprimir la lista negra del art. 2 RDC. En su lugar, sería más conveniente que se considerase, legal o jurisprudencialmente, que una restricción por el objeto, así considerada tras atender a la experiencia y al contexto jurídico y económico, no puede ser calificada a posteriori como un comportamiento de *de minimis* 159. Esto resulta coherente con el Derecho supranacional y evita dudas interpretativas innecesarias en la aplicación conjunta de los regímenes antitrust interno y comunitario". Cf. GONZÁLES JIMÉNEZ, P.M. (2022:250).

contenido las mismas son susceptibles de afectar gravemente a la competencia, se excluyen de la regla de la exención de las conductas de menor importancia²⁸⁵.

En el derecho de la UE, la exención de *minimis* emana de la jurisprudencia del TJUE — al no encontrarse previstos de manera expresa en el TFUE— sin perjuicio de que la Comisión haya aclarado los umbrales que hay que tener en cuenta a la hora de constatar si una vulneración del art. 101 TFUE afecta o no de manera significativa al mercado. El origen de la apreciación de las conductas de menor importancia como justificación para no sancionar a las empresas que hubieran llevado a cabo actos desleales que no tuvieran una repercusión significativa en el mercado se encuentra en la STJUE de 9 de julio de 1969 donde el tribunal concluye a este respecto que *“un acuerdo no incurre en la prohibición del artículo 85 cuando afecta al mercado tan sólo de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en el*

²⁸⁵ La exclusión de la aplicación de la exención de *mínimis* para con estas conductas tipificadas en el art. 2 del RDC es constante por parte tanto de la Autoridad de Competencia como de los tribunales. Así, por ejemplo, en RTDC de 9 de junio de 2008, expte. 633/07, *Creuers De Sóller*, se afirma que *“ese tipo de acuerdos entre competidores de reparto de mercados o clientes se considera una conducta tan especialmente grave en sí misma que no resulta de aplicación las previsiones de la LDC para las conductas de menor importancia, quedando excluidas estas conductas de las exenciones generales”*. Del mismo modo, la RCNC de 26 de abril de 2011, expte. S/0107/08, *Plataforma del mejillón*, razona que *“varias de las partes han argumentado que el mercado geográfico relevante es global, que los productores implicados representarían una parte reducida de ese mercado y que, por tanto, los acuerdos no tienen aptitud para afectar a la competencia en el mismo por su menor importancia. España es el segundo productor mundial de mejillón y la producción española proviene casi en su totalidad de Galicia. Los acuerdos han implicado a buena parte de esta producción gallega que, en un porcentaje elevado, se exporta al resto de la UE. Luego, incluso si se considerara que estamos ante un mercado mundial, no sería aceptable el argumento de que estamos ante una conducta de menor importancia”*. También en RCNMC de 19 de julio de 2008, expte. SAMUR/05/2017, *Colegio de Abogados de Lorca*, la CNMC concluye en relación con la prestación de servicios en el turno de oficio de abogados no colegiados en el ICAL que *“en la medida en que actualmente la colegiación resulta obligatoria para poder ejercer como abogado, que el ICAL es el encargado de organizar los servicios de asistencia letrada y defensa y representación gratuitas en su ámbito territorial y teniendo en cuenta que el ICAL copa el 100% de los abogados de su ámbito, su cuota de mercado resulta muy superior al 10% mencionado, motivo por el que no le resultaría aplicable la regla de *mínimis*. No obstante, en el presente caso no es necesario entrar en consideraciones de cuotas de mercado ya que las normas sobre la aplicación de la regla de *mínimis* han previsto una serie de conductas cuya realización, con independencia de la cuota de las empresas en el mercado y los efectos que las conductas hayan producido en el mismo, presuponen la existencia de una restricción de la competencia por objeto”*. También la Audiencia Nacional se ha pronunciado en este sentido, entre otras, en SAN de 10 de junio de 2019 (rec. núm. 193/2015), afirmando, en relación con la alegación formulada por la recurrente de que su conducta se encuentra amparada por la regla del *mínimis* que *“el motivo ha de ser igualmente rechazado pues desconoce la limitación que a la aplicación de dicha regla impone el artículo 2 del mismo RDC que, bajo la rúbrica “Conductas excluidas del concepto de menor importancia”, dispone en su apartado 1 que “Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes: a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros...”*”. En el mismo sentido lo declara la SAN de 22 de septiembre de 2003 (rec. núm. 726/2000), SAN de 10 de junio de 2019 (rec. núm. 217/2015) o SAN de 19 de abril de 2023 (rec. núm. 243/2018).

*mercado del producto de que se trate*²⁸⁶. A partir de ese momento, la exención de *minimis* se fue plasmando en Comunicaciones de la Comisión que se fueron sucediendo unas a otras²⁸⁷.

Actualmente, para determinar si, efectivamente, la actuación empresarial supone un menoscabo de la competencia, la Comunicación de 30 de agosto de 2014 estableció, en función de la cuota de mercado conjunta de las empresas que participan en el acuerdo, unos márgenes por debajo de los cuales la conducta constituye una actuación sujeta a la regla del *minimis*. Así, cuando las empresas y siempre que la cuota de mercado conjunta no exceda del 15% —entre no competidoras— o del 10% —entre empresas competidoras o cuando no sea posible determinar si las mismas son o no competidoras—, la actuación no será reprochable por considerarse que no se cumple el requisito exigido por la jurisprudencia de que la práctica anticompetitiva afecte significativamente al mercado europeo²⁸⁸.

²⁸⁶ STJUE de 9 de julio de 1969, C-5/69, *Voelk/Vervaecke*, apartado 7. En el mismo sentido STJUE de 13 de julio de 1995, C-216/94, *Comisión/Bélgica*, apartado 34, STJUE de 23 de noviembre de 2006, C-238/05, *ASNEF-EQUIFAX*, apartados 34 y 50. También en la STJUE de 13 de diciembre de 2012, C-226/11, *Expedia*, el TJUE afirma con rotundidad que “*un acuerdo entre empresas no está comprendido en la prohibición de esta disposición cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante. Así pues, para estar comprendido en la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, un acuerdo entre empresas debe tener por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado interior y poder afectar al comercio entre los Estados miembros*”.

²⁸⁷ Así, en un primer momento la Comisión aprobó la Comunicación de la Comisión, de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, sucedida de la Comunicación de 19 de diciembre de 1977; de 3 de septiembre de 1986; de 9 de diciembre de 1997; de 22 de diciembre de 2001; hasta la actual Comunicación De La Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de *minimis*) (2014/C 291/01).

²⁸⁸ Así se plasma en la Comunicación De La Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de *minimis*) (2014/C 291/01), cuyos puntos 8 y 9 afirman que “*la Comisión considera que los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que puedan tener por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado: a) cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados (acuerdos entre competidores) (2), o b) cuando la cuota de mercado de cada una de las partes en el acuerdo no exceda del 15 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que no sean competidores reales o potenciales en ninguno de dichos mercados (acuerdos entre no competidores). En los casos en que resulte difícil determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o un acuerdo entre no competidores, se aplicará el umbral del 10 %*”. En este sentido, GONZÁLEZ JIMÉNEZ afirma que “*la Comisión Europea ha considerado que la afectación sensible de la competencia es un requisito indispensable para la aplicación del art. 101.1 del TFUE (...) ha asegurado que no es sancionable un acuerdo que, pese a ser formalmente restrictivo de la competencia, tiene un impacto insignificante en el sistema concurrencial*”. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M. (2022). “Las conductas de menor importancia en el derecho antitrust: ¿principio de tipicidad, de oportunidad o de confianza legítima?”

Sin perjuicio de lo anterior pero, en cierto modo, relacionado, el artículo 4 de la LDC respalda la actuación de los operadores económicos que pueda tener efectos anticompetitivos en el mercado y sea consecuencia del desarrollo de una ley o disposición de la unión europea. Al igual que ocurre con las conductas de menor importancia, estas actividades no serán susceptibles de ser sancionadas en tanto en cuanto están exentas por la ley, convirtiéndose de este modo en conductas típicas, pero no antijurídicas²⁸⁹. Para ello, han de darse tres requisitos acumulativos: en primer lugar, la actuación que se reputa anticompetitiva ha de estar respaldada por una norma con rango legal —habiéndose admitido también que la exención pueda provenir de un reglamento de desarrollo de una ley—, en segundo lugar, ha de existir una relación de causalidad directa entre la disposición normativa y la conducta anticompetitiva y, en tercer lugar, la conducta anticompetitiva ha de poder encuadrarse en alguno de los tipos descritos en los artículos 1 al 3 de la LDC²⁹⁰. Para poder exonerar de responsabilidad a un operador económico que actúa por mandato legal la norma ha de ser taxativa en relación con la conducta que ha de desarrollar la empresa, es decir, la norma ha de imponer a los operadores económicos que actúen de determinada manera sin que los mismos tengan margen de discrecionalidad al respecto²⁹¹.

en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters, Civitas, págs. 433-34.

²⁸⁹ En este sentido, el artículo 4 de la LDC declara que “1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes o las empresas públicas sin dicho amparo legal”. Así lo expone MARCOS FERNÁNDEZ al afirmar que las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos como consecuencia de un mandato legal son conductas típicas, pues en principio podrían encuadrarse en alguno de los tipos de los artículos 1-3 de la LDC, pero no antijurídicas en tanto en cuanto cuentan con una exclusión legal expresa, razonando al respecto que el fundamento de la exención contenida en el artículo 4 de la LDC “es coherencia con la política de competencia con otras políticas, normas e intervenciones públicas que en su ejecución o consecución práctica distorsionan la competencia o provocan incidental e ineludiblemente prácticas anticompetitivas de los agentes económicos. Se trata, por tanto, de una causa de justificación de su conducta que existe al margen de la LDC”. Cf. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2020:441).

²⁹⁰ En este sentido GUILLÉN CARAMÉS afirma que para que la exclusión del art. 4 LDC surja efectos han de darse los requisitos de la cobertura legal y la conexión directa entre la conducta administrativa y la norma. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2013:387-388). Sin embargo, MARCOS FERNÁNDEZ considera que los dos requisitos que han de darse son, de un lado, que se trate de una conducta tipificada en los artículos 1 al 3 de la LDC y, de otro, la cobertura legal. Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2020:448-443).

²⁹¹ Así ha sido declarado tanto por el TJUE como por las autoridades nacionales de competencia. Por ejemplo, en STJUE de 17 de febrero de 2011, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, el TJUE declara que “procede recordar que el artículo 102 TFUE sólo se refiere a las prácticas contrarias a las normas sobre la competencia que han sido adoptados por las empresas por iniciativa propia. Si una legislación nacional impone a las empresas una práctica contraria a la competencia o si crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplica el artículo 102 TFUE. En tal situación, la restricción de la competencia no se debe, como requiere esta

Una vez expuestas tanto las conductas que restringen la competencia, como las exenciones que la LDC contempla para con las mismas a lo largo de su articulado, así como apuntadas las principales quiebras que puede tener para con el principio de legalidad algunas de las prácticas llevadas a cabo tanto por los órganos jurisdiccionales como las autoridades de competencia tanto nacionales como europeas, es necesario hacer sucinta referencia al resto de infracciones en materia de defensa de la competencia tipificadas como tal en el art. 62 de la LDC.

2. LAS INFRACCIONES PROCEDIMENTALES EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Tal y como se ha expuesto al comienzo del presente capítulo, las infracciones en materia de competencia no se limitan a los acuerdos colusorios, al abuso de posición de dominio o al falseamiento del mercado por actos de competencia desleal, sino que, junto con estas, el artículo 62 de la LDC tipifica como infracciones otras conductas en virtud de las cuales las empresas pueden ser sancionadas —no ocurre lo mismo en el ordenamiento jurídico europeo, donde el TFUE guarda silencio respecto de las mismas—. Si bien es cierto que las sanciones impuestas en estos casos que a continuación se detallarán son menos habituales, es necesario hacer sucinta referencia a las mismas.

Como punto de referencia hay que tener en cuenta que el artículo 62 de la LDC distingue las infracciones en materia de competencia en función de su gravedad en infracciones leves, graves y muy graves, encuadrando a continuación las distintas conductas antijurídicas que serán merecedoras del reproche punitivo. De este modo, y excluyendo de esta clasificación las infracciones catalogadas como muy graves por el citado precepto legal, por ser las mismas infracciones materiales del derecho de defensa de la competencia

disposición, a comportamientos autónomos de las empresas". En el mismo sentido en STJUE de 14 de octubre de 2010, C-280/08, *Deutsche Telekom/Comisión*, razona que “por lo que respecta al margen de maniobra del que disponía la recurrente para evitar la compresión de márgenes, el Tribunal, tras haber recordado, en los apartados 85 a 89 de la sentencia recurrida, los principios establecidos por la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia, examinó, en los apartados 97 a 152 de dicha sentencia, si el marco jurídico alemán, en particular, la TKG y las decisiones adoptadas por la RegTP durante el período al que se refiere la Decisión controvertida, eliminaba todas las posibilidades de comportamiento competitivo de la recurrente o si le dejaba margen de maniobra suficiente para fijar sus precios en un nivel que hubiera permitido eliminar o reducir la compresión de márgenes declarada en la Decisión controvertida”. También la CNMC en RCNMC de 26 de julio de 2018, expte. SAMAD/04/2016 ICAM Colegiación, concluyó que “para que opere la exención, la Ley formal no puede dejar margen de maniobra a su destinatario, esto es, no debe permitir opciones pro competitivas, o, de darse la predeterminación de varios comportamientos posibles fijados por la Ley, ninguno de ellos es competitivo”.

—tal y como se ha expuesto a lo largo del epígrafe anterior— son infracciones procedimentales leves presentar fuera de plazo la notificación de la concentración económica a la CNMC o no haber notificado la misma según lo previsto en el artículo 9.5 de la LDC.

Pero, además de las anteriores, el art. 62 de la LDC califica como infracciones procedimentales graves “*la ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión*”, así como “*la obstrucción por cualquier medio de la labor de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco de un requerimiento de información, una entrevista o una inspección, contraviniendo las obligaciones establecidas respectivamente en los artículos 39, 39 bis y 40*”²⁹².

A pesar de que las sanciones procedimentales no constituyen el grueso de la práctica habitual sancionadora de la CNMC y de las autoridades de competencia autonómicas, lo cierto es que existen resoluciones que sancionan a los operadores económicos por las mismas. Así, a simple título ilustrativo, podemos destacar como ejemplo de las mismas la ejecución de una concentración sin la debida notificación previa con base en el artículo 62.3.b) de la LDC²⁹³. También a título ilustrativo es común ver cómo la CNMC despliega su potestad sancionadora con base en el art. 62.4.c) contra las empresas que incumplen los compromisos, resoluciones o acuerdos a los que llegaron²⁹⁴.

Una vez delimitadas las conductas antijurídicas merecedoras de sanción que se encuentran tipificadas en la LDC es menester estudiar —máxime desde el punto de vista

²⁹² Concretamente, el artículo 62 de la LDC dispone, en relación con la obstrucción de la labor de la CNMC, que serán consideradas infracciones “*1.º No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta, engañosa o falsa, los libros, documentos o cualquier otra información solicitada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco de un requerimiento de información o una inspección; 2.º No comparecer, no someterse a una entrevista o responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de forma incompleta, inexacta o engañosa; 3.º No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco de lo previsto en el artículo 40.5.f) de esta ley, o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa y 4.º Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco de una inspección*”.

²⁹³ RCNMC de 21 de diciembre de 2022, DC/144/22, Xfera; RCNMC de 2 de diciembre de 2022, SNC/DC/157/21, Electra Alto Miño / Activos Arnoia; RCNMC de 29 de junio de 2022, SNC/DC/092/22, Albia / Tanatorio de Marín; o RCNMC de 22 de junio de 2022, SNC/DC/088/22, Funespaña / San Vicente.

²⁹⁴ RCNMC de 12 de septiembre de 2022, SNC/DC/093/22, Telefónica Compromiso 4; o RCNMC de 25 de mayo de 2021, SNC/DC/011/21, Disa.

del principio de responsabilidad que ahora nos interesa— quienes son o pueden ser los sujetos responsables de las conductas referenciadas. De este modo, el siguiente bloque se centrará, no solo en delimitar a los sujetos responsables de las prácticas anticompetitivas, sino, además, de analizar determinadas prácticas que llevan a cabo los tribunales y las autoridades de competencia —que plantean dudas— a fin de concluir si las mismas respetan o no el principio de responsabilidad personal de las infracciones y sanciones administrativas.

**TERCERA PARTE. EL PRINCIPIO DE
RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS EN EL DERECHO DE LA
COMPETENCIA**

CAPÍTULO 1. LOS SUJETOS RESPONSABLES DEL FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el principio de responsabilidad personal exige que las consecuencias jurídicas de las conductas prohibidas a las que se hacían referencia en el capítulo precedente habrán de aplicarse a los sujetos que las lleven a cabo, de ahí que sea importante identificar el ámbito subjetivo de las mismas. En este sentido, el derecho de la competencia se aplica, en principio, a la actuación de los agentes económicos en el mercado —personas físicas o jurídicas—, siendo estos los sujetos a los que están dirigidas las prohibiciones contenidas tanto en los artículos 101 y 102 del TFUE como en los artículos 1 al 3 de la LDC²⁹⁵. En el texto de la UE la única referencia que se hace en relación con la determinación de los sujetos responsables de las infracciones en materia de defensa de la competencia es el término “empresa”; mientras que la LDC contempla expresamente la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas por las acciones y omisiones que hayan sido tipificadas como infracciones en la misma (aspecto sobre el que volveremos más adelante). Por ello, a la hora de dilucidar sobre los sujetos responsables de las infracciones en esta materia, pondremos el foco, en un primer momento, en la legislación europea para, en un segundo momento, analizar el artículo 61 de la LDC y apuntar las diferencias o matices que existen entre ambas regulaciones.

Como se acaba de mencionar, la legislación europea solo alude a las “empresas” como sujetos destinatarios de las disposiciones contenidas en los artículos 101 y 102 TFUE, sin embargo, no encontramos referencia alguna a lo largo de su articulado de lo que se entiende por “empresa”. En este sentido, lo principal será definir qué se considera “empresa” desde el punto de vista del derecho de la competencia para, posteriormente, analizar la responsabilidad de éstas por las infracciones cometidas²⁹⁶. Tal y como se

²⁹⁵ En este sentido lo sostiene BAÑO LEÓN, al afirmar que “*los sujetos a los que se imputa la responsabilidad por las infracciones administrativas a la legislación de defensa de la competencia son los agentes económicos, aquellas personas físicas o jurídicas que intervienen en el mercado*”. Cf. BAÑO LEÓN, J.M. (1996:252).

²⁹⁶ Es importante definir a las empresas desde el punto de vista del derecho de la competencia ya que las mismas pueden ser definidas desde diversas perspectivas. A modo ejemplificativo, la RAE define la empresa como una “*unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos*”. Desde la perspectiva del derecho mercantil la empresa es un “*conjunto de elementos de diversa naturaleza, reducibles a capital o a trabajo, organizados dinámicamente para producir bienes o servicios destinados al mercado*”. Vid. Enciclopedia Jurídica. Desde un punto de

expondrá a continuación, para poder delimitar el concepto de “empresa” en este ámbito, tanto la jurisprudencia europea como posteriormente la nacional se han servido de la teoría de la unidad económica.

II. ¿QUÉ SE CONSIDERA EMPRESA A EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA?: LA TEORÍA DE LA UNIDAD ECONÓMICA

Tal y como se acaba de señalar es primordial definir a la empresa desde el punto de vista del derecho de la competencia ya que, si bien a menudo se utiliza el término empresa con una connotación jurídica para referirnos a las personas jurídicas, lo cierto es que —tal y como se expondrá a continuación— en el ámbito de la defensa de la competencia el referido concepto tiene una definición autónoma que entraña ciertas matizaciones que han ido incorporándose jurisprudencialmente y conviene resaltar por ser la base de los sujetos responsables de las infracciones en esta materia.

El TFUE hace referencia en sus artículos 101 y 102 a las “empresas” como sujetos destinatarios de las prohibiciones contenidas en los mismos, pero lo cierto es que el citado texto legal no contiene a lo largo de su articulado ninguna definición de éstas, habiendo tenido que suplir esa deficiencia legislativa los tribunales europeos. Por lo tanto, ha sido la jurisprudencia europea la que, en una primera aproximación, definió a las empresas en el ámbito de defensa de la competencia como una *“unidad económica que consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla el artículo 101 TFUE, apartado 1”*²⁹⁷. Es decir, se define a la empresa como una organización que actúa en el mercado con ánimo de lucro.

vista más económico, la empresa ha sido definida por HERNANGÓMEZ BARAHONA como *“una organización cuyos objetivos prioritarios son de carácter económico, así como la actividad principal que realiza”*. Cf. HERNANGÓMEZ BARAHONA, J.J. (1988). “La empresa como organización: una propuesta de delimitación de su concepto”. *Anales de Estudios económicos y empresariales*, nº3, 1988, pág. 237. Es significativo que ni el Código de Comercio ni el Código Civil dan ninguna definición de empresa. La única referencia al respecto la encontramos en la DA 4º de la LDC que define la empresa desde el punto de vista de la competencia en línea con lo establecido por el TFUE, aspecto sobre el que luego volveremos.

²⁹⁷ STJUE de 6 de octubre de 202, C-82/19, *Sumal S.L/Mercedes Benz Trucks España S.L.* Del mismo tenor es el apartado 21 de la STJUE de 23 de abril de 1991, C-41/90, *Höfner y Elser/Macrotron* o el apartado 112 de la STJUE de 28 de junio de 2005, C-189/02, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*. En el mismo

Conforme a la referida definición, si bien es cierto que el foco se pone no tanto en la personalidad jurídica de la empresa sino en la unidad económica, lo que permitía que los tribunales sancionasen a empresas pertenecientes a un mismo grupo cuando no hubieran participado de modo directo en la infracción —tal y como se expondrá con mayor detenimiento en el capítulo siguiente—, lo cierto es que impedía sancionar a potenciales infractores de las normas de competencia por no ajustarse su estructura a la referida definición. Nos referimos, principalmente, a las Administraciones Públicas.

Es por ello por lo que en un segundo momento la jurisprudencia, a la hora de definir a las empresas, procede a disgregar los elementos del concepto, diferenciando entre el contenido jurídico que pueda tener y el elemento funcional del significado, centrando la definición en este último. Así, el TJUE, para poder determinar si una organización es o no es una empresa a los efectos de aplicación de las disposiciones en materia de competencia, desecha todo lo que tiene que ver con la organización jurídica, la financiación de las mismas (pública o privada) o las características de sus agentes, para centrarse en exclusiva en el tipo de actividad que esta lleva a cabo en el mercado, lo que le permite, en primer lugar, poder considerar como empresas a sujetos que *a priori* no lo son (corporaciones de derecho público, sindicatos, Administraciones Públicas, etc..) y, en segundo lugar, imputar la responsabilidad de una infracción cometida por una persona jurídica a otra de la que dependen, por considerar que ambas formas una única unidad económica en el mercado y, por ende, una única empresa²⁹⁸.

De este modo deja de ponerse el foco en la forma jurídica de las personas que realizan las actividades económicas en el mercado— de hecho, que revistan una u otra forma jurídica no es óbice para cumplir la legislación, sino que lo verdaderamente relevante es que cualquier persona que realice actividades económicas en el mercado esté sometida a las normas sobre competencia—, para centrarlo en la actividad económica que realizan y, dependiendo de la misma, poder considerarla como empresa a efectos de aplicación de la

sentido lo ha declarado el AG BOT en conclusiones de 26 de octubre de 2010, asuntos acumulados C-201/09 y C-216/09, *ArcelorMittal Luxembourg/Comisión y Comisión / ArcelorMittal Luxembourg y otros*.

²⁹⁸ En este sentido se plasma en el apartado 25 de las Conclusiones del AG JACOBS, de 22 de mayo de 2003, asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-305/01, *AOK Bundesverband y otros / Ichthyol-Gesellschaft Cordes y otros*, al afirmar que “la postura general del Tribunal de Justicia sobre si una entidad determinada es una empresa a efectos de las normas comunitarias sobre la competencia puede definirse como funcional, en el sentido de que se centra en el tipo de actividad que desarrolla más que en las características de los agentes que la realizan, los objetivos sociales asociados a ella, o la regulación o las modalidades de financiación a las que se somete en un determinado Estado miembro”.

legislación en materia de competencia²⁹⁹. Como consecuencia de lo anterior, la definición tradicionalmente aceptada evoluciona, concluyendo que una empresa es “*cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación*”³⁰⁰”.

Como ya se ha adelantado, esta concepción amplia de empresa ha permitido que el TJUE no solo se limite a sancionar las infracciones cometidas por las sociedades mercantiles, sino que amplie el ámbito de aplicación de las normas europeas de competencia sobre otros sujetos que, si bien su actividad principal no puede identificarse con la de un operador económico *stricto sensu*, lo cierto es que realizan actividades económicas en el mercado³⁰¹. Esta extensión de la aplicación de las disposiciones en materia de

²⁹⁹ Así, el AG PITRUZZUELLA concluye que “*la calificación de una actividad como económica —y, por tanto, de una entidad como empresa— a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia, depende del contexto analizado. Asimismo, la identificación de las entidades que están comprendidas en el perímetro de la empresa depende del objeto de la infracción reprochada*”. Conclusiones AG PITRUZZUELLA, de 15 de abril de 2021, C-82/19, *Sumal S.L/Mercedes Benz Trucks España S.L.*, apartado 25. También en este sentido lo afirma CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE señalando al respecto que “*de acuerdo con la regla de interpretación económica del derecho de la competencia, en virtud de la cual sus preceptos deben ser aplicados atendiendo a la realidad económica y no a la forma jurídica, el concepto de empresa a estos efectos se define de forma amplia. (...) El elemento crucial sobre el que descansa la delimitación subjetiva de los destinatarios de la norma es, precisamente, el desarrollo de una actividad económica (...). Lo relevante a todos los efectos es que dicha entidad intervenga en el mercado ofreciendo bienes y servicios*”. Cf. CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, C.M. (2019). “La Administración Pública como infractora de las normas de competencia: ¿aplicación extensiva o racional?”. *Anuario de la Competencia*, nº1, pág. 76. El hecho de que las empresas se hayan definido desde el punto de vista del derecho de la competencia como sujetos que realizan actividades económicas en el mercado no es un impedimento para poder considerar infractor a aquellas personas jurídicas que, no ejerciendo ninguna actividad económica, lleven a cabo conductas declaradas prohibidas por el TFUE o por la LDC. En otras palabras, no solo los operadores económicos están sujetos a la legislación en materia de competencia como se tendrá la ocasión de exponer en el capítulo 5 de esta parte del estudio. Sobre el concepto de empresa, ver el estudio pormenorizado que ha llevado a cabo ARAUJO BOYD en su tesis doctoral. Vid. ARAUJO BOYD, M. (2023). *The notion of undertaking in EU competition law*. University of Glasgow.

³⁰⁰ En este sentido lo proclama el TJUE en STJUE de 27 de abril de 2017, C-516/15P, *Akzo Nobel NV y otros / comisión y otros*, apartado 47. En el mismo sentido se declara en STJUE de 6 de mayo de 2021, C-142/20, *Analisi G. Caracciolo* o STJUE de 11 de noviembre de 2021, C-948/19, *Manpower Lit.* Del mismo modo, el TJUE define a las empresas en STJUE de 13 de octubre de 2022, C-164/21, *BALTIJAS STARPTAUTISKĀ AKADEMIJA*, afirmando que “*constituye una «empresa», en el sentido del Derecho de la Unión, cualquier entidad que ejerza una actividad económica consistente en ofrecer productos o servicios en un determinado mercado, con independencia de su estatuto jurídico o del carácter lucrativo de la finalidad que persiga*”.

³⁰¹ En este sentido, el TJUE se ha pronunciado en relación con los fondos de pensiones en STJUE de 12 de septiembre del 2000, C-180/98, *Pavlov y otros*, afirmando al respecto que “*procede concluir pues que una entidad de la naturaleza del Fondo constituye una empresa en el sentido de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado. La falta de ánimo de lucro, al igual que los elementos de solidaridad alegados por el Fondo y por los Gobiernos que han presentado observaciones, no bastan para privar al Fondo de su carácter de empresa en el sentido de las normas sobre la competencia del Tratado. Bien es verdad que el hecho de perseguir una finalidad social, los elementos de solidaridad antes mencionados, así como las restricciones o controles relativos a las inversiones realizadas por el Fondo pueden dar lugar a que los servicios prestados por éste sean menos competitivos que los servicios semejantes prestados por las compañías de seguros. Aunque estas limitaciones no impiden considerar como económica la actividad desarrollada por el Fondo, sí podrían justificar el derecho exclusivo de esta entidad para gestionar un régimen de pensiones complementarias*”. En el mismo sentido, en STJUE de 21 de septiembre de 1999, C-115/97, *Brentjens*,

competencia sobre operadores económicos que no pueden ser consideradas en sentido estricto como sociedades mercantiles también se ha visto reflejado en la posibilidad de sancionar a las Administraciones Públicas cuando las mismas llevan a cabo actuaciones económicas en el mercado —sin perjuicio de poder sancionarlas también en el ejercicio de potestades públicas como se analizará a continuación— tal y como se desprende del art. 106.1 del TFUE³⁰².

Como consecuencia de lo anterior, en un primer momento, la posible sanción a las AAPP se limitó a aquellos supuestos en los que ésta actuase en el mercado como un verdadero operador económico, no siendo posible sancionar a la misma cuando la restricción de la competencia proviniese del ejercicio de potestades públicas³⁰³. En palabras del propio

concluye que “un fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias, instaurado mediante un convenio colectivo celebrado entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un sector determinado y que ha sido declarado por las autoridades públicas de afiliación obligatoria para todos los trabajadores de ese sector, es una empresa en el sentido de los artículos 85 y siguientes del Tratado”. En STJUE de 19 de febrero de 2002, C-309/99, *Wouters y otros*, el TJUE considera que “los abogados colegiados en los Países Bajos ejercen una actividad económica y constituyen por tanto empresas en el sentido de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado, sin que esta conclusión quede desvirtuada por la complejidad y el carácter técnico de los servicios que prestan ni por el hecho de que el ejercicio de su profesión esté regulado”, sin embargo en la misma se le niega la condición de empresa a efectos de lo dispuesto en la legislación en materia de competencia al Colegio de Abogados. También en STJUE de 27 de junio de 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, se declara la posibilidad de considerar empresa a una sociedad religiosa. En palabras del propio TJUE, “en la medida en que la actividad de que se trate pueda calificarse de «económica», el hecho de que sea ejercida por una comunidad religiosa no obsta a la aplicación de las normas del Tratado, entre ellas las que regulan el Derecho de la competencia”.

³⁰² El artículo 106 del TFUE manifiesta que “1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive”. Así, la STJUE de 16 de junio de 1987, C-118/85, *Comisión/Italia*, afirma que “la distinción establecida por el sexto considerando procede del reconocimiento del hecho de que el Estado puede actuar ya sea ejerciendo la autoridad pública ya sea ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado. Con objeto de poder efectuar una distinción semejante, es necesario pues, en cada caso, examinar las actividades ejercidas por el Estado, y determinar a qué categoría corresponden dichas actividades”, para concluir que “a tal objeto no importa si el Estado ejerce dichas actividades económicas a través de una entidad distinta sobre la que puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante según los criterios enumerados en el artículo 2 de la Directiva, o las ejerce directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración del Estado”. En el mismo sentido se declara en la STJUE de 20 de marzo de 1985, C-41/83, *Italia/Comisión*, apartados 16 a 20 o en STJUE de 12 de julio de 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank*, donde concluye que “en la medida en que un organismo público ejerce una actividad económica que puede disociarse del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, dicho organismo, por lo que respecta a esa actividad, actúa como una empresa, mientras que si dicha actividad económica es indisociable del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, todas las actividades ejercidas por dicho organismo se considerarán actividades vinculadas al ejercicio de esas prerrogativas”.

³⁰³ A pesar de lo referido en el presente capítulo sobre la necesidad de ofertar o demandar bienes o servicios en el mercado que permitan calificar la actuación de la AAPP como de operador económico, lo cierto es que recientemente se dio un paso más, habiéndose admitido, tal y como se expondrá en el capítulo 5 de esta parte de la tesis, la responsabilidad de las AAPP en el ejercicio de sus potestades públicas. Así lo declaró la CNMC en RCNC de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*; RCNC de 26 de septiembre de 2013, expte. S/314/10, *Puerto de Valencia* o en RCNC de 10 de enero de

TJUE: “no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado FUE una actividad que, por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto, es ajena a la esfera de los intercambios económicos o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público”³⁰⁴.

Sin embargo, tal y como se expondrá sucintamente a continuación y se analizará con más detalle en el capítulo 5 de esta parte del estudio, la necesidad de que la AP actúe como un operador económico para poder sancionar a la misma se ve superada, pudiéndose sancionar, en algunos casos, la conducta anticompetitiva de la Administración cuando esta actúa en el ejercicio de potestades públicas³⁰⁵

Si continuamos con la definición del concepto empresa que la jurisprudencia y la doctrina han formulado *ad hoc* para la aplicación del derecho de la competencia, es decir, si analizamos la empresa desde un punto de vista funcional, una de las notas que caracterizan a ésta es la independencia, entendiéndolo que cualquier operador económico ha de ser capaz de determinar su política económica de manera autónoma³⁰⁶. De no ser así, es decir, si dos o más personas jurídicas actúan de manera unitaria en el mercado, se les podrá considerar como una “única empresa” o, mejor dicho, como un único operador económico en el mercado. En este contexto debe entenderse, porque así lo ha afirmado la jurisprudencia del TJUE, “que el concepto empresa designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por

2013, EXPTE. S/0293/10 *TRANSCONT*. Esto fue ratificado por el TS en STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013) a pesar de la posición en contra de la AN que plasmó, entre otras, en SAN de 16 de julio de 2013 (rec. núm. 626/2011) o SAN de 6 de febrero de 2017 (rec. núm. 51/2013).

³⁰⁴ STJUE de 28 de febrero de 2013, C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*. En el mismo sentido lo declara el TJUE en el apartado 57 de la STJUE de 19 de febrero de 2002, C-309/99, *Wouters y otros*; STJUE de 17 de febrero de 1993, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre/AGF y Cancava* apartados 18 y 19; o STJUE de 18 de marzo de 1997, C-343/95, *Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova*, apartados 22 y 23.

³⁰⁵ En relación con la posibilidad de sancionar a la Administración cuando la misma actúa en el ejercicio de potestades públicas y en virtud de la doctrina *Treuhand*, nuestros tribunales y autoridades de competencia sancionaban, con base en el facilitador del cártel como modo de participación en la infracción principal tal y como se declaró en la STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013). No obstante, parece que nuestro Tribunal Supremo cambia el criterio establecido en las sentencias referenciadas en STS de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 6491/2021), negando la máxima de que una Administración pueda ser considerada facilitadora de la infracción principal en el ejercicio de sus potestades públicas. Se analizará con más detalle en el capítulo 5 de esta parte del estudio.

³⁰⁶ Así, el TJUE en Sentencia de 22 de octubre de 2015, C-194/14, *AC-treuhand AG / Comisión*, apartado 32 establece que “(...) en el sentido de dicha disposición deben interpretarse a la luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común”. Igualmente, la STJUE de 8 de julio de 1999, C- 49/92, *Comisión /Anic Partecipazioni*, apartado 116 enuncia que “el Tribunal de Justicia añadió que los criterios de coordinación y cooperación debían interpretarse a la luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común”.

varias personas físicas o jurídicas”³⁰⁷. Surge así la “teoría de la unidad económica”, asentada por la jurisprudencia del TJUE, que define la empresa como un conjunto de personas jurídicas o entes independientes siempre y cuando su actuación económica en el mercado sea unitaria, lo cual será objeto de estudio en el siguiente capítulo³⁰⁸.

Una vez definidas las “empresas” desde el punto de vista de la legislación europea, conviene hacer lo propio con la legislación española, prestando especial atención a la responsabilidad sancionadora en materia de competencia que pueden tener las Administraciones Públicas en relación con las actuaciones que realicen en el mercado.

III. LOS SUJETOS RESPONSABLES EN LA LDC

Como se acaba de exponer, el DUE engloba a los sujetos responsables de las prácticas anticompetitivas bajo la definición de empresa, considerando como tal a cualquier operador económico que lleve a cabo actividades económicas en el mercado. Partiendo de esta conceptualización amplia podemos afirmar que en la referida definición se pueden

³⁰⁷ Entre otras podemos mencionar la STJUE de 20 de enero de 2011, C-90/09, *General Química, S.A y otras / Comisión*, apartado 35. En el mismo sentido lo razona el AG PITRUZZUELLA al afirmar que “*puede considerarse que varias entidades jurídicamente independientes constituyen una única empresa cuando actúan en el mercado como una única unidad económica*”. Conclusiones del AG PITRUZZUELLA, G., de 15 de abril de 2021, C-82/19, *Sumal S.L. contra Mercedes Benz Trucks España S.L.*, apartado 26.

³⁰⁸ En palabras del propio TJUE en STJUE de 1 de julio de 2010, C-407/08, *Knauf Gips/Comisión*, “*el concepto de empresa en Derecho de la competencia designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas y que tal entidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla el artículo 81 CE, apartado 1*”. En el mismo sentido la STJUE de 6 de octubre de 2021, C-882/19, *Sumal*, concluye que “*el concepto de «empresa» comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación, y designa, así, una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas*”, añadiendo al respecto que “*esta unidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla el artículo 101 TFUE, apartado 1*”. También lo ha definido del mismo modo COSTAS COMENSAÑA al afirmar que “*la empresa es la destinataria de las normas de derecho de la competencia, y por empresa se entiende, siguiendo la jurisprudencia comunitaria, cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, constituyendo una única empresa `la unidad económica integrada por todas las personas físicas y jurídicas sometidas a una misma fuente de control, es decir, que no determinen de forma autónoma su conducta en el mercado*”. Vid. COSTAS COMENSAÑA, J. (2013). “Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.) *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*. Civitas. pág. 217. En parecidos términos, ARAUJO BOYD afirma que “*second, and independently of the denomination that was used, the logic that competition rules should apply to economic players regardless of form emerged early in the process and was implemented through single entity doctrines, applied on a case-by-case basis to make parent entities liable under defined circumstances and exempt agreements within groups of companies*”. Vid. ARAUJO BOYD, M. (2023:55).

englobar tanto a las personas jurídicas privadas como a las públicas, sin perjuicio de que la Comisión y el TJUE, tal y como se expondrá en el capítulo siguiente, partiendo del concepto funcional de empresa trasladen la responsabilidad con base en la ausencia de independencia de comportamiento entre sociedades dentro de un grupo empresarial. Procede ahora analizar la tipificación de los sujetos responsables en la legislación nacional de derecho de la competencia.

1. LA TIPIFICACIÓN DE LOS SUJETOS RESPONSABLES EN LA LDC.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 61 de la LDC reconoce como responsables de las infracciones en materia de competencia tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas que las cometan. En este sentido, el artículo 61 de la LDC declara que *“serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta ley o, en el caso de empresas, sus sucesores legales o económicos”*³⁰⁹.

Nuestro legislador rechaza, en un primer momento, acudir al término “empresa” para calificar a los sujetos responsables de las prácticas anticompetitivas, especificando que deberán ser bien personas físicas o bien personas jurídicas los actores de las infracciones cometidas. No obstante, acto seguido hace referencia a que también podrán ser responsables de las infracciones en materia de competencia los sucesores legales o económicos de las empresas, remitiéndose, de este modo, al concepto ya acuñado por la jurisprudencia del TJUE.

El hecho de que el legislador haya separado a los sujetos responsables diferenciando entre personas jurídicas y personas físicas, y no haya diferenciado entre la responsabilidad de las personas jurídico-privadas y jurídico públicas, hace patente su intención de incluir a éstas últimas como destinatarias de las normas de competencia, pudiendo ser declaradas responsables de las infracciones que ellas mismas cometan —volveremos más adelante sobre ello—. Por todo lo mencionado y conforme a lo tipificado en el artículo 61 de la LDC podemos concluir que podrán ser sancionados con arreglo a las disposiciones en

³⁰⁹ Como se puede observar, el legislador, en contraposición con lo que ocurre en la regulación general contenida en el artículo 28 de la LRJSP, no prevé la posibilidad de declarar responsables a los grupos de afectados, a las uniones y entidades sin personalidad jurídica y a los patrimonios independientes o autónomos.

materia de competencia los agentes económicos que, de un lado, tengan personalidad jurídica y, de otro, puedan ser considerados como empresas que actúan en el mercado³¹⁰.

Dejando a un lado la responsabilidad de las personas físicas cuando actúan como operadores económicos en el mercado pues excede del presente trabajo, en principio, serán responsables las personas jurídicas —públicas o privadas— de las infracciones que ellas mismas cometan cuando se comporten como operadores económicos en el mercado o, lo que es lo mismo, como empresas (sin perjuicio de lo ya mencionado sobre la responsabilidad de las AAPP en el ejercicio de prerrogativas públicas que se estudiará más adelante). Sin embargo, nuestro derecho nacional tampoco es exhaustivo a la hora de definir las; sólo la disposición adicional cuarta de la LDC se refiere a las empresas —en idénticos términos a como las define la jurisprudencia europea— como *“cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*. Según la definición dada y la interpretación que los tribunales han llevado a cabo de la misma, para que un operador económico pueda considerarse empresa a efectos de lo dispuesto en la LDC han de darse dos requisitos acumulativos: en primer lugar, ha de producir bienes o servicios y, en

³¹⁰ Así lo expone MARTÍNEZ SÁNCHEZ, considerando al respecto que *“debe entenderse que, con carácter general, es susceptible de ser sancionado cualquier agente económico que cumpla con carácter cumulativo dos condiciones: gozar de personalidad y poder ser considerado «empresa» (o asociación o agrupación de empresas) desde el punto de vista de la LDC. Vid. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. (2020), “Sujetos infractores” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. Y GUTIÉRREZ, A. (Dir.), Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Sexta edición), Civitas, Thomson Reuters, pág. 1404. En el mismo sentido, REBOLLO PUIG afirma que “sí que se exige actuar como empresa, esto es, realizar actividades económicas de oferta o demanda de bienes y servicios en el mercado, pero se acepta que cualquier sujeto, aunque no tenga habitualmente esa actividad, puede incurrir en estas infracciones si ocasionalmente se comporta como tal”. Vid. REBOLLO PUIG, M. (2018). “Tribulaciones sobre los responsables de las infracciones contra la competencia” en MIRANDA SERRANO, L.M., COSTAS COMENSAÑA, J. (Dir.), Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad, Marcial Pons, pág. 365. En este sentido, es constante la jurisprudencia del TS que avala la concepción del término empresa desde un punto de vista funcional, afirmando al respecto que cualquier agente económico queda incluido en el término “empresa”. Así, por ejemplo, la STS de 17 de marzo de 2003 (rec. núm. 10329/1997), establece que “la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico -término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquéllos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado-; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos”. Del mismo tenor es la STS de 19 de octubre de 2018 (rec. núm. 4389/2017). En la misma línea, la STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013) concluye al respecto que “a pesar de la distinta terminología que utiliza la normativa española y comunitaria para definir el ámbito subjetivo de aplicación de las normas en realidad coinciden en el sentido de que la conducta puede ser realizada por cualquier agente económico (incluida por tanto la Administración Pública), cualquiera que sea su forma jurídica siempre que ejerza una actividad económica”. En términos parecidos lo afirma la Audiencia Nacional en el FJ segundo de la SAN de 4 de febrero de 2008 (rec. núm. 439/2006): “la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos”.*

segundo lugar, ha de actuar de manera independiente en el mercado (de lo contrario, se reputará como una misma unidad económica a los operadores económicos que realicen la conducta antijurídica conjuntamente por estar sujetos a un mismo poder de dirección).

Como se puede observar, en el ámbito del derecho de la competencia tanto el legislador como los tribunales nacionales —en línea con lo marcado por la jurisprudencia del TJUE— definen la empresa desde un punto de vista amplio o funcional, dejando a un lado el componente jurídico que entraña la noción de empresa, para centrarse exclusivamente en la función que la misma realiza para con el mercado³¹¹. Esto permite, por un lado, incluir bajo el ámbito de aplicación de la LDC tanto a la persona jurídica cuya actividad principal es la de producir bienes o servicios para el mercado como a aquellas personas jurídicas que, sin ser esta su actividad principal, llevan a cabo actividades económicas; como, de otro lado, englobar bajo el concepto “empresa” a varios operadores económicos que, formando parte de un mismo grupo empresarial, no actúan de manera independiente en el mercado, lo que posibilita la traslación de la responsabilidad de estos sujetos dentro del grupo (lo que será objeto de estudio en el capítulo siguiente).

En este sentido, son constantes las resoluciones de las autoridades de competencia que sancionan a personas jurídico-privadas por haber llevado a cabo conductas anticompetitivas en el mercado, pudiéndose afirmar al respecto que este tipo de personas jurídicas son las que en mayor medida —por el número de resoluciones sancionadoras al respecto—restringen o falsean la competencia en el mercado³¹². Sin embargo, esto no es

³¹¹ En este sentido se plasma en STS de 27 de mayo de 2019 (rec. núm. 5326/2017), la cual concluye que el concepto de empresa “*admite en materia del derecho de la competencia la ampliación del concepto de empresa -que no se corresponde necesariamente con el de sociedad en sentido mercantil- al de unidad económica de decisión en el que se incluye a todo el conglomerado de entidades sometidas a un mismo control y uno de los efectos que deriva de ese enfoque económico es la posibilidad de atribuir a la sociedad matriz de un grupo la responsabilidad por las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por sus filiales*”. En el mismo sentido lo declara en TS en STS de 22 de noviembre de 2017 (rec. núm. 2121/2015), afirmando que el concepto empresa “*designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico esta unidad esté constituida por varias personas físicas o jurídicas, añadiendo que el comportamiento de una filial puede imputarse a una sociedad matriz, en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente las instrucciones que le impone la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas*”. También la STS de 22 de febrero de 2016 (rec. núm. 1419/2013), afirma lo propio, añadiendo, además, que “*que con arreglo a la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de empresa puede entenderse que es responsable tanto a la entidad recurrente como a las empresas que controlan la toma de decisiones de la misma*”.

³¹² Así, por ejemplo, la CNMC sancionó en RCNMC de 29 de septiembre de 2021, expte. S/DC/0614/17, *Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias*, a las principales empresas del sector de la seguridad y comunicaciones de la red de AVE, media distancia y cercanías por haber llevado a cabo prácticas prohibidas por los artículos 101 TFUE y 1 LDC consistentes en servirse de UTES como instrumento para establecer

óbice para que sujetos de derecho público cuya actividad principal no es la de ofertar o demandar bienes o servicios en el mercado puedan ser considerados responsables de infracciones en materia de defensa de la competencia.

Volviendo a la posibilidad que emana del art. 61 de la LDC de poder sancionar a cualquier persona jurídica que actúe como operador económico en el mercado es menester traer a colación la responsabilidad que las Administraciones Públicas pueden tener para con el mercado como consecuencia de su actuación en el mismo.

2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO SUJETOS DESTINATARIOS DE LAS PROHIBICIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA.

Como se ha expuesto con anterioridad, el legislador, a la hora de tipificar a los sujetos responsables de las infracciones en materia de defensa de la competencia, distingue solamente entre personas jurídicas y personas físicas sin exclusiones de ningún tipo. En este sentido, se puede afirmar que las Administraciones Públicas, en tanto en cuanto son personas jurídico-públicas, deben adecuar su actuación a la LDC³¹³.

cuotas de reparto en las licitaciones públicas. También la RCNMC de 17 de agosto de 2021, expte. S/0013/19, *Conservación Carreteras*, declara responsables a las principales empresas constructoras de una infracción muy grave de los art. 1 LDC y 101 TFUE. Del mismo tenor es la RCNMC de 14 de septiembre de 2021, expte. S/0025/19, *Gestión de archivos*, en la que se declaran responsables a las empresas Bibliodoc Servicios Documentales, SL, Libnova, Pandora Gestión Documental S.L y Alacaja por prácticas contrarias el artículo 1 de la LDC.

³¹³ En este sentido REBOLLO PUIG razona que, a pesar de que la LDC no contiene ninguna afirmación acerca de la posibilidad de considerar como responsables de las infracciones en materia de competencia a las AAPP, pueden considerarse incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la misma. En palabras del propio Rebollo Puig, “ya notamos antes que el art. 61.1 LDC habla de personas jurídicas sin ninguna exclusión. Tampoco hay ningún otro precepto en la LDC que excluya a las Administraciones ni a ninguna persona jurídico-pública. Así que, conforme a la interpretación dominante, eso significa que pueden incurrir en las conductas contra la competencia y sufrir las sanciones que corresponda como cualquier otro sujeto”. Vid. REBOLLO PUIG, M. (2018: 385). En el mismo sentido LAGUNA DE PAZ reconoce que el Derecho de la Competencia es aplicable a cualquier actividad empresarial con independencia del sujeto que la realice, pudiéndose incluir entre los sujetos responsables a las entidades públicas tales como empresas o corporaciones públicas sectoriales. Cf. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2019). “Ámbito de aplicación del Derecho de la competencia”, *RAP*, nº 208, págs. 20-27. También MARCOS FERNÁNDEZ concluye al respecto que “con arreglo al artículo 4.2 LDC, las prohibiciones del capítulo I del Título I de la LDC serán de aplicación a las conductas anticompetitivas que realicen la Administración y los poderes públicos cuando actúen como un agente más en el mercado o iure gestionis, sobre todo a las empresas públicas”. Cf. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2020). “Artículo 4. Conductas exentas por ley” EN MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. Y GUTIERREZ, A. (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Sexta edición)*, Civitas, Thomson Reuters, pág. 478-479. En términos generales lo argumenta BACIGALUPO SAGESSE, M. (2023). “La vinculación de la Administración Pública a la Ley y al Derecho” en VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDEÑA, M.M. (Dirs.). *Manual de Derecho Administrativo*. Marcial Pons, pág. 134. Ha sido el propio TS el que en STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013,

El sometimiento de las AAPP al ordenamiento jurídico es un mandato constitucional que emana de los artículos 9.1 y 103 de la CE, legislación entre la que se incluye, como es obvio, la LDC³¹⁴. De hecho, el propio artículo 4 de la LDC establece en su apartado segundo el sometimiento a dicha ley de las AAPP cuando actúan en el mercado como operadores económicos (sin perjuicio de lo ya mencionado respecto de la fiscalización de la actuación administrativa en el ejercicio de potestades públicas que se desarrollará con mayor detalle en el capítulo 5 de esta parte del estudio) siempre que su actuación no esté amparada legalmente y lleven a cabo conductas que puedan poner en riesgo el mantenimiento de la competencia en el mercado³¹⁵.

Tradicionalmente era pacífica la afirmación de que las AAPP quedaban sujetas a las disposiciones normativas sobre competencia y a la fiscalización de su actuación por las autoridades de competencia cuando las mismas intervenían en el mercado como verdaderos operadores económicos —esto es, ofertando o demandando bienes o servicios—, quedando al margen del referido control las actuaciones administrativas derivadas del ejercicio de sus potestades públicas. En un principio, las actuaciones administrativas que derivaban del ejercicio por parte de las AAPP de sus prerrogativas públicas no eran susceptibles de fiscalización por parte de las autoridades de competencia, sino que sería la jurisdicción de lo contencioso administrativo a la que le correspondería determinar si el ejercicio de las potestades públicas encontraba encaje o no en la ley previa que avalaba su actuación. Ello no significaba que la AAPP no pudiese, en el ejercicio de

con base en los argumentos que el Abogado del Estado formuló en su recurso, afirmó que “*en apoyo de su planteamiento contrario a la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional el Abogado del Estado invoca el principio de legalidad de la actuación administrativa y la necesaria sujeción de ésta a lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia, así como la expresa habilitación de dicha Ley para resolver sobre la responsabilidad de todos aquellos sujetos autores de la conducta prohibida por su artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, aun cuando no tengan la consideración de operadores económicos en sentido estricto; (...)*”, para concluir al respecto que “*quiere decirse con ello que la sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que ésta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia*”. También la STS de 4 de noviembre de 2008 (rec. núm. 5837/2005) afirma al respecto que “*esta Sala ha declarado ya en varias ocasiones que, en principio, la Administración pública está sometida a la Ley de Defensa de la Competencia y, en general, a la legislación que garantice en los diversos ámbitos la libre competencia*”

³¹⁴ Así, el artículo 9.1 de la CE establece que “*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”. Por su parte, el artículo 103.1 concluye que “*la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

³¹⁵ Así se prevé en el apartado segundo del artículo 4 de la LDC que es del siguiente tenor: “*(...). 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal*”.

sus competencias, dictar actos o reglamentos que restringiesen la competencia, sino que lo que denotaba era la falta de antijuridicidad de dicha conducta en tanto en cuanto se presuponía que la actuación administrativa estaba amparada por una ley previa conforme a lo establecido en el art. 4 de la LDC; dicho con otras palabras, el hecho de que una AAPP dictase actos o reglamentos que pudieran restringir la competencia no suponía una infracción de las tipificadas en la LDC como consecuencia de la exención legal prevista en el art. 4 del citado texto legal y, por ello, las autoridades de competencia no estaban legitimadas para fiscalizar tal actuación.

En este sentido, lo único que podían hacer las autoridades de competencia era impugnar dicha actuación ante los juzgados o tribunales competentes de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (pues no cabe la impugnación en vía administrativa cuando la demandante es una Administración), al habersele dotado legalmente de legitimación para ello³¹⁶. De este modo, las autoridades de competencia estarán legitimadas para impugnar tanto actos administrativos como disposiciones de carácter general sin más especialidades de las previstas en los artículos 25 y 26 de la LJCA —recordemos que la impugnación de las disposiciones de carácter general podrá hacerse directamente o indirectamente a través de la impugnación de los actos de aplicación de éste—, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la CNMC, previa interposición del recurso, de requerir a la Administración demandada a fin de que derogue la disposición que se pretende impugnar³¹⁷.

³¹⁶ En este sentido lo expone GUILLÉN CARAMÉS, afirmando al respecto que “*cuando una Administración Pública actúa en el ejercicio de potestades y prerrogativas públicas, esto es, revestida de lo que tradicionalmente se conoce como ius imperio, la naturaleza anticompetitiva de la actuación administrativa no puede ser sancionable, pues no se ha cometido, en principio, ninguna infracción de los artículos 1 a 3 de la LDC. (...) el mecanismo a emplear para su eliminación es la prevista en los artículos 12.3 y 13.2 LDC, esto es, su impugnación ante los Tribunales contencioso-administrativos para que revisen su conformidad o no al ordenamiento jurídico*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2013). “La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia: en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al Derecho de la Competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Coord.) *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Civitas, págs. 388-389. Actualmente, la legitimación de la CNMC para impugnar los actos o disposiciones administrativos se encuentra regulado en el artículo 5.4 de la LCNMC, cuyo tenor literal establece que “*en cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*”. En el mismo sentido pero en relación con las Autoridades de Competencia autonómicas, el artículo 13.2 de la LDC afirma que “*sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*”.

³¹⁷ El requerimiento previo entre AAPP se encuentra previsto en el artículo 44.1 de la LJCA que es del siguiente tenor: “*en los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía*

Sin embargo, este panorama sufre ciertos cambios, tal y como se expondrá con más detalle en el capítulo 5 de esta tercera parte al analizar las resoluciones y sentencias que sancionan a AAPP en el ejercicio de prerrogativas públicas. En este sentido, la actuación administrativa que no esté respaldada por una ley previa y que sea contraria a la LDC será sancionable por las autoridades de competencia, dejándose de este modo de presuponer la cobertura legal en la actuación de la Administración. Para ello, las autoridades de competencia también se han servido —entre otras— de la figura del facilitador del cártel emanada de la jurisprudencia europea, lo que ha llevado a que la CNMC y nuestra jurisprudencia sancionen las infracciones en materia de defensa de la competencia que provengan de una AAPP en el ejercicio de sus potestades públicas cuando las mismas hayan facilitado un acuerdo anticompetitivo³¹⁸. Así, junto con los dos medios de control de la actuación administrativa que se acaban de exponer, se les reconoce a las autoridades de competencia la capacidad para revisar y, en su caso, sancionar la actividad administrativa que emana del ejercicio de sus prerrogativas —entre otras— cuando ésta ha servido o facilitado a terceras empresas para llevar a cabo prácticas anticompetitivas. Se considera, de este modo, que la Administración ha actuado como facilitadora de la

administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada". La impugnación de los actos y reglamentos como actividad administrativa impugnables se encuentra regulada en el artículo 25 de la LJCA que establece en su apartado primero que "el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos". Por su parte, el artículo 26 del mismo texto legal recoge la posibilidad de impugnar el reglamento bien directamente, o bien a través de los actos de aplicación del mismo. Así, establece en su apartado primero que "además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho". En este sentido lo razona GUILLÉN CARAMÉS, J. (2013: 388-393). En el mismo sentido, HUERGO LORA afirma que "en litigios entre Administraciones Públicas, la Administración que quiera presentar recurso no debe presentar recurso administrativo, pero sí puede presentar un requerimiento dirigido a la otra Administración". Vid. HUERGO LORA, A. (2023). "Control judicial de la Administración" en VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDEÑA, M.M. (Dirs.). *Manual de Derecho Administrativo*. Marcial Pons, pág. 873. También MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2020: 490-496).

³¹⁸ A modo de ejemplo, la CNMC sancionó como facilitadora de un cártel a AAPP que ejercían potestades públicas en RCNC de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*; RCNC de 26 de septiembre de 2013, expte. S/314/10, *Puerto de Valencia* o en RCNC de 10 de enero de 2013, EXPTE. S/0293/10 *TRANSCONT*. A pesar del desacuerdo de tal interpretación por parte de la AN (SAN de 16 de julio de 2013 (rec. núm. 626/2011) o SAN de 6 de febrero de 2017 (rec. núm. 51/2013)), el TS comparte el criterio interpretativo de la CNMC, ratificando en STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013) la posibilidad de considerar a una AAPP que ejerce potestades públicas como facilitadora de un cártel.

conducta proscrita por la LDC o el TFUE y, en consecuencia, merece ser sancionada por ello.

Centrando ahora el estudio en la Administración como operador económico del mercado, lo primero que hay que tener en cuenta es la posibilidad de englobar a éstas como sujetos destinatarios de las normas de competencia. Como se ha mencionado con anterioridad, para que una persona jurídica pueda ser considerada responsable en virtud de lo dispuesto en la LDC es necesario que, además de tener personalidad jurídica, actúe como una empresa en el mercado. Si partimos de la definición de empresa que contiene la LDC en la cual, la nota fundamental es la incidencia que la conducta pueda tener para con el mercado, se puede concluir al respecto que las AAPP, cuando actúan en el mercado como operadores económicos ofertando o demandando bienes o servicios, quedan sujetas a las normas sobre competencia³¹⁹.

Así lo ha declarado en múltiples ocasiones la jurisprudencia, afirmando que los agentes económicos sometidos al derecho administrativo quedan bajo el ámbito subjetivo de la

³¹⁹ En este sentido, GUILLÉN CARAMÉS razona al respecto que *“resulta perfectamente posible que la actividad desarrollada por las Administraciones Públicas pueda estar bajo la tutela de las Autoridades de competencia. (...) En un principio, cuando las Administraciones Públicas desarrollen actividades mercantiles sujetas al Derecho Privado éstas quedarán sometidas en un principio al Derecho de la competencia. (...) Habrá que fijarse no en la naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada del sujeto que interviene en el mercado, sino en el tipo de actividad que realiza para ver si queda tutelada por el Derecho de la competencia o no”*. Cf. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2013:385-386). También BAÑO LEÓN expone al respecto que *“en tanto un ente público desarrolla actividades económicas en el mercado, queda sujeto a la LDC, salvo que la restricción provenga de la aplicación de la Ley o de un reglamento basado en ella. A efectos del Derecho de la Competencia la distinción legal entre entes sometidos a Derecho público y al privado es irrelevante, en la medida en que se integren activamente en el mercado quedan sujetos a las normas de competencia”*. Vid. BAÑO LEÓN, J.M. (1996:63). También en este sentido se han pronunciado COSTAS COMENSAÑA Y HORTALÀ VALLVE, afirmando al respecto que *“a modo de conclusión podríamos afirmar que la Administración Pública desarrolla una actividad económica en competencia y sujeta a la prohibición de conductas unilaterales abusivas cuando demanda u oferta bienes o servicios en el mercado”*. Vid. COSTAS COMENSAÑA, J. Y HORTALÀ VALLVE, J. (2013). “La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles” en *Anuario de la Competencia*, nº1, pág. 15. Del mismo modo, MARCOS FERNÁNDEZ argumenta al respecto que *“la aplicación de las prohibiciones de la LDC a las conductas anticompetitivas de empresas públicas se deriva de la consideración de éstas como empresas que compiten en igualdad de condiciones con las empresas privadas. (...) En efecto, la empresa pública es destinataria de las prohibiciones del Capítulo I del Título I de la LDC como lo es la empresa privada, y ambas encajan perfectamente en el concepto de «empresa» que de formula en la Disposición Adicional 3 de la LDC”*. Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (200:482). En el mismo sentido, MARTÍN FERNÁNDEZ expone que *“la Administración se encuentra sujeta a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) cuando actúa como un operador económico, pues cuando desempeña ese rol debe encontrarse en igualdad de condiciones con el resto de los particulares que actúan en el mercado y, por tanto, debe someterse a las mismas reglas que aquellos pasa no gozar de una posición ventajosa por su mero carácter público”*. Vid. MARTÍN FERNÁNDEZ, C. (2022). “¿Puede la autoridad de competencia sancionar a la administración por vulnerar la libre competencia actuando como poder público? Una visión comparada de España e Italia” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas, pág. 456.

LDC³²⁰. De hecho, el ejemplo más claro lo encontramos en las entidades público-empresariales o en las sociedades mercantiles públicas³²¹.

También las corporaciones de derecho público quedan incluidas dentro del ámbito subjetivo de la LDC. En este sentido, habría que diferenciar aquellos supuestos en los que la corporación actúa ejerciendo potestades administrativas (exentas, en un principio, de fiscalización por la CNMC), de cuando actúa en el mercado persiguiendo intereses propios³²². La referencia más evidente de inclusión bajo el ámbito subjetivo de la LDC a las corporaciones de derecho público lo integran los Colegios Profesionales, los cuales, a pesar de ser asociaciones, en principio, de derecho privado que han sido constituidas para

³²⁰ En este sentido lo ha afirmado el TS en STS de 19 de junio de 2007 (rec. núm. 9449/2004), concluyendo que *“el que dicho precepto hable de agentes económicos no debe entenderse en el sentido de que sólo pueden ser sancionados de acuerdo con el mismo aquellos agentes sometidos al derecho privado y no al derecho administrativo, sino como una referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo”*. También la STS de 4 de noviembre de 2008 (rec. núm. 5837/2005) afirma al respecto que *“ni el ejercicio de funciones públicas exige a un Colegio Profesional -ni a la Administración Pública en general- de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, en cuanto a lo primero, esta Sala ha declarado ya en varias ocasiones que, en principio, la Administración pública está sometida a la Ley de Defensa de la Competencia y, en general, a la legislación que garantice en los diversos ámbitos la libre competencia”* o la STS de 14 de junio de 2013 (rec. núm. 3282/2010) por la que se sanciona al Ayuntamiento de Palma de Mallorca como responsable de una infracción cometida por una empresa que controlaba.

³²¹ En relación con las entidades público-empresariales y las sociedades mercantiles de titularidad pública se ha pronunciado la Autoridad de Competencia, declarando responsable a las mismas de prácticas anticompetitivas. Así, por ejemplo, en la RCNMC de 28 de febrero de 2017, expte. S/DC/0511/14, *RENFE OPERADORA* la CNMC sancionó a RENFE (entidad pública empresarial) por vulnerar lo dispuesto en los artículos 101 TFUE y 1 LDC. En el mismo sentido, aunque en relación con una sociedad mercantil de titularidad pública, en RCNMC de 2 de enero de 2014, expte. S/0404/12, *Servicios Comerciales AENA*, declaró responsable de una práctica prohibida por el art. 2 LDC consistente en un intercambio de información a AENA. También la RCNMC de 21 de enero de 2014, expte. S/0373/11, *CORREOS 2* sanciona a correos por explotar su posición dominante en el mercado en detrimento de sus competidores.

³²² A modo de ejemplo podemos destacar la RCNC de 14 de abril de 2009, expte. 639/08, *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*. Del mismo modo se ha sancionado en varias ocasiones a colegios profesionales que llevan a cabo conductas contrarias a la competencia, pudiendo destacar la RCNC de 20 de enero de 2011, expte. S/0196/09, *Colegio Notarial de Asturias*; o la RCNC de 29 de noviembre de 2011, expte. S/002/07, *Consejo Superior de Arquitectos de España*. También en RCNC de 29 de diciembre de 2011, expte. S/0290/10, *Asociaciones de Ganaderos*; o RCNC de 7 de febrero de 2011, expte. S/0155/09, *STAMPA*, sanciona a los colegios profesionales por ser responsables de infracciones en materia de competencia. Por su parte el TS resume esta doctrina en su STS de 27 de julio de 2017 (rec. núm. 956/2015), afirmando al respecto que *“ni el ejercicio de funciones públicas exige a un Colegio Profesional -ni a la Administración Pública en general- de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia”*. En línea con lo anterior, el TS se ha pronunciado recientemente en relación con la publicación de baremos de honorarios orientativos por parte de los Colegios de Abogados, remarcando la ilegalidad de esta actuación por ser contraria a la LDC. En este sentido se ha pronunciado en STS de 16 de enero de 2023 (rec. núm. 8681/2021); STS de 23 de diciembre de 2022 (rec. núm. 8404/2021); STS de 23 de diciembre de 2022 (rec. núm. 7583/2021); o STS de 21 de diciembre de 2022 (rec. núm. 7662/2021).

defender los intereses de sus colegiados, han sido dotados de potestades administrativas por ser los sujetos idóneos para ordenar y regular el ejercicio de la profesión³²³. Por ello, en tanto en cuanto éstos operan en el mercado para proteger los intereses privados de los colegiados a los que representan y defienden, quedan sujetos a la LDC, y su actuación puede ser fiscalizada por las autoridades de competencia.

Como se ha expuesto a lo largo de este capítulo, tanto el Derecho de la Unión como la legislación nacional toman como punto de partida un concepto de empresa funcional, donde lo único relevante para poder ser considerado como sujeto destinatario de las normas en esta materia es ofertar o demandar bienes y/o servicios en el mercado. Bajo esta premisa, las autoridades de competencia pueden fiscalizar la actuación de cualquier persona jurídica (tanto de capital público como privado) que actúe en el mercado como un operador económico. Esto nos permite concluir que las Administraciones Públicas, al igual que las personas jurídico-privadas, están sujetas en su actuación a las disposiciones sobre competencia en tanto en cuanto actúen como un agente más en el mercado o en el ejercicio de potestades públicas sin el amparo legal preceptivo. Pero, además, como se ha adelantado y será objeto de estudio en el capítulo siguiente, esta concepción de empresa como unidad de producción tiene como nota característica la independencia de las

³²³ En este sentido se pronunció el TC en STC 20/1988, de 18 de febrero, afirmando que “ *los Colegios Profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite a estas últimas recabar la colaboración de aquéllas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquéllas*”. Del mismo tenor son las STC 76/1983, de 5 de agosto; STC 23/1984, de 20 de febrero, y STC 123/1987, de 15 de julio. También el TS en STS de 25 de febrero de 1998 (rec. núm. 2393/1992), concluyó al respecto que “*la nota relevante de las Corporaciones de Derecho público como Colegios Profesionales, consiste en señalar que son auténticas Corporaciones sectoriales de base privada, esto es, Corporaciones públicas por su composición y organización, que, sin embargo, realizan una actividad que, en parte, es privada aunque tengan atribuidas por ley o delegadas funciones públicas y es, en los aspectos concretos en que actúan en funciones administrativas atribuidas por ley o delegadas, donde puede calificarse la intervención de tales Corporaciones de base privada como sujetas a derecho administrativo, a los efectos de su régimen jurídico y de su control jurisdiccional*”. En el mismo sentido STS de 3 de noviembre de 1988, afirma en relación con las corporaciones públicas que “*son asociaciones sectoriales de base privada a las que el Estado «confía» la realización de determinados fines públicos que perfectamente podría cumplir él, pero que puede, más económicamente o más eficazmente, cumplir a veces a través del aparato orgánico de que disponen estas Corporaciones. Por tanto, tienen una doble faceta, la privada -en este punto, tienen un papel político decisivo en un sistema democrático, cual es el de intermediación entre el poder y los ciudadanos-, y la pública, realizando actuaciones que el poder público les ha delegado o ha descentralizado en ellas*”. También PEDRÁZ CALVO, M. (1998). “Los colegios profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia”. *Anuario de la Competencia*, nº1, págs. 137-158.

personas jurídicas que actúan en el mercado, lo que permite englobar en el concepto de empresa antes referenciado a varias personas jurídicas que no sean independientes, es decir, que no tengan capacidad de decisión y actúen en el mercado conjuntamente bajo un mismo poder de dirección.

Es por ello por lo que la jurisprudencia comunitaria y, por ende, la nacional, avalan la traslación de la responsabilidad sancionadora entre sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial, sancionándose, de este modo, a una persona distinta de aquella que cometió la infracción, lo que puede resultar contrario al principio de responsabilidad personal y, por ello, será objeto de un análisis separado en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 2. LA TRASLACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA INTRAGRUPO EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

Como se ha expuesto en el capítulo anterior, la conceptualización de la noción de empresa que ha llevado a cabo la jurisprudencia de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia presenta ciertas peculiaridades, dejando de identificarse a las mismas con personas jurídico-privadas —tal y como si sucede en otros ámbitos—, para complejizar la definición de estas. De este modo, a efectos de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, se entenderá por empresa, con independencia del estatuto jurídico y modo de financiación, cualquier entidad que oferte o demande bienes o servicios en el mercado³²⁴.

Pero, además, tal y como se desarrollará a continuación, para que una organización de las descritas en el párrafo anterior que desarrolla en el mercado una actividad económica se considere como una empresa, la misma ha de actuar de manera independiente en el mercado, lo que conduce a que aquellas sociedades que se aúnan bajo un mismo poder de dirección dejen de ser consideradas individualmente como empresas y sea la agrupación de todas ellas las que, en virtud de su actuación unitaria en el mercado, se consideren como una única empresa a efectos de aplicación de las normas sobre defensa de la competencia. Esta independencia requerida por el TJUE tiene consecuencias a la hora de imputar las infracciones a las autoras —o no— de las mismas. Por ello, en el presente capítulo se analizará, en un primer momento, la teoría emanada jurisprudencialmente en virtud de la cual dos o más sociedades de un mismo grupo pueden considerarse una unidad económica a efectos de competencia, y por ende, como una única empresa, para, a continuación, analizar la incidencia que ello tiene en la declaración de los responsables de la infracción cometida, así como la adecuación de esta traslación de responsabilidades para con el principios de responsabilidad personal.

³²⁴ Definición que, tal y como consta en el capítulo precedente, ha hecho suya la jurisprudencia y el legislador nacional, de modo que al aplicar tanto la LDC como las matizaciones que de la misma se contienen en el RDC, el término empresa es el mismo. En términos similares, ARAUJO BOYD concluye al respecto que “*legal entities should be understood as tools placed at the disposal of economic players to conduct business. That concession includes three essential features: legal impersonation, the capacity to shield assets from liability, and the possibility for a person to control multiple vehicles. The first tool provides a center of attribution separate from the true entity, the second limits enforcement to that vehicle and the third provides a power to own multiple such legal entities. Since enforcement is directed against these legal vehicles, it is affected by the above features. That is, in essence, the source of the anomaly against which the notion of undertaking reacts*”. Vid. ARAUJO BOYD, M. (2023:192).

Sin ánimo de adelantar el razonamiento jurídico que a continuación se tratará de hacer respecto de las consecuencias que tiene la teoría de la unidad económica y la conceptualización amplia de empresa para con los principios de la potestad sancionadora, la trasposición de esta teoría a nuestro ordenamiento jurídico nacional se ha llevado a cabo de manera cuasiautomática, habiendo empezado el legislador la casa por el tejado, sin antes asegurarse o, mejor dicho, preocuparse de hacerlo salvaguardando las garantías de los investigados y sancionados en el procedimiento sancionador.

II. LA TEORÍA DE LA UNIDAD ECONÓMICA COMO FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN

La posibilidad de trasladar la responsabilidad sancionadora dentro del grupo empresarial es consecuencia de una creación jurisprudencial por parte del TJUE en virtud de la cual, partiendo del concepto de empresa propio en materia de defensa de la competencia —ya analizado en el capítulo anterior con mayor detenimiento y caracterizado por entenderse como tal a cualquier entidad que oferte o demande bienes o servicios en el mercado con independencia de su modo de financiación o estatuto jurídico—, y exigiéndose como requisito la independencia de comportamiento, se llega a la conclusión de que dos o más sociedades pueden ser consideradas como una única empresa a efectos de lo dispuesto en los artículos 101 y 102 del TFUE cuando ambas formen una unidad económica. En este sentido se ha pronunciado en incontables ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, remarcando la poca importancia que tiene como criterio de exclusión de la responsabilidad a efectos de aplicación de las normas sancionadoras de competencia el hecho de que dos o más sociedades tengan personalidad jurídica separada si se comportan como una misma unidad en el mercado. De este modo, siempre y cuando exista una actuación homogénea entre varias empresas, el hecho de que las mismas cuenten con personalidades jurídicas diferenciadas no es óbice para considerarlas como una misma unidad económica³²⁵.

³²⁵ En este sentido el TJUE ha reiterado recientemente en STJUE de 12 de mayo de 2022, C-377/20 , *Servizio Elettrico Nazionale y otros* que “con carácter preliminar, es preciso recordar que los autores del Tratado FUE decidieron recurrir, para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia, al concepto de «empresa», que designa, en este contexto, una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas”. En el mismo sentido lo declara en STJUE de 6 de octubre de 2021, C-882/19, *Sumal*, añadiendo al respecto que “esta unidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede

Siguiendo la doctrina europea, tanto el legislador como los tribunales nacionales amparan, no solo la definición de empresa, sino las consecuencias que de la misma se desprenden³²⁶. De este modo, dos o más empresas que forman parte de un grupo empresarial podrán ser declaradas responsables de la infracción cometida por una de ellas. El fundamento de tal imputación es muy sencillo: ambas empresas forman parte de la misma unidad económica³²⁷.

participar en la comisión de una infracción de las que contempla el artículo 101 TFUE, apartado 1". También STJUE de 25 de marzo de 2021 C-152/19, *Deutsche Telekom/Comisión* o STJUE de 25 de noviembre de 2020, C-823/18 P, *Comisión/GEA Group*. Más concretamente, la STJUE de 16 de junio de 2016, C- 155/14, *Evonik Degussa y AlzChem/Comisión*, declara que "la responsabilidad del comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas. En efecto, en tal situación, dado que la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y, por lo tanto, constituyen una única empresa en el sentido del artículo 81 CE, la Comisión puede dirigir una decisión que imponga multas a la sociedad matriz, sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción". En el mismo sentido, la STJUE de 4 de julio de 2013, C-287/11, *Comisión/Aalberts Industries y otros*, reitera que "el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas". El mismo tenor se plasma en las STJUE de 29 de septiembre de 2011, C-520/09, *Arkema/Comisión*, apartado 38 o STJUE de 24 de septiembre de 2009, C-125/07, *Erste Group Bank y otros/Comisión*, apartado 80.

³²⁶ Así, el apartado segundo del artículo 61 de la LDC hace referencia tanto a necesidad de independencia en el comportamiento de las empresas en el mercado como a la traslación de responsabilidad a la empresa controladora en aquellos casos en los que el primer requisito no se cumple, disponiendo al respecto que "a los efectos de la aplicación de esta ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas".

³²⁷ Realmente la jurisprudencia nacional, a la hora de argumentar el concepto de unidad económica lo hace remitiéndose a los pronunciamientos del TJUE. Así, por ejemplo, la STS de 27 de mayo de 2019 (rec. núm. 5326/2017), confirma que "se sanciona a la matriz con base en la presunción legal de que ejerce una influencia decisiva sobre la filial por ser titular del 100% de su capital o próximo al 99'78%, constituyendo ambas a efectos del derecho de la competencia una unidad económica, unidas por vínculos organizativos y económicos"; la STS de 19 de junio de 2018 (rec. núm. 1480/2016), que, tras afirmar que "el fundamento de la previsión legal, que refleja la normativa comunitaria, no es otro que la doctrina de la unidad económica", continúa su argumentación con base en que "el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre la competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción". En el mismo sentido se pronuncia el TS en STS de 22 de noviembre de 2017 (rec. núm. 2121/2015), sustentando su razonamiento en los pronunciamientos del TJUE. De este modo, concluye el Tribunal en la referida Sentencia que "(...)se reitera la jurisprudencia sobre el concepto de empresa y se precisa que este concepto designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico esta unidad esté constituida por varias personas físicas o jurídicas, añadiendo que el comportamiento de una filial puede imputarse a una sociedad matriz, en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente las instrucciones que le impone la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas". Del mismo modo, la AN ha declarado lo propio, entre otras, en SAN de 7 de diciembre de 2022 (rec. núm. 232/2018); SAN de 5 de diciembre de

Para poder entender mejor a qué se refieren los tribunales cuando aplican la teoría de la unidad económica como base para imputar comportamientos a otras sociedades que, en principio, son ajenas a la infracción, es necesario analizar dicha figura y los cambios que la misma ha experimentado a lo largo de la historia.

1. LA TEORÍA DE LA INFLUENCIA DOMINANTE

En un primer momento, a efectos de atribuir responsabilidad a una sociedad por los actos anticompetitivos llevados a cabo por otra sociedad perteneciente al mismo grupo empresarial se requería que la primera hubiese ejercido una influencia sobre la conducta de la segunda³²⁸. Es lo que se denominó como la teoría de la influencia dominante y, en virtud de la misma, en aquellos supuestos en los que el comportamiento de una empresa no hubiese sido decidido libremente por ella sino que estuviesen condicionado por otra, le correspondía a esa otra empresa responder por aquellos actos anticompetitivos aunque no hubiese participado directamente en la infracción³²⁹.

2022 (rec. núm. 236/2018); SAN de 5 de diciembre de 2022 (rec. núm. 248/2018); SAN de 26 de septiembre de 2022 (rec. núm. 323/2016); SAN de 27 de diciembre de 2021 (rec. núm. 711/2015) o SAN de 23 de diciembre de 2021 (rec. núm. 703/2015).

³²⁸ Así se establece jurisprudencialmente, por ejemplo, en la STJUE, de 25 de octubre de 1983, C-107/82, *AEG-Telefunken/comisión*, apartado 49 al afirmar que “*como lo ha declarado ya este Tribunal de Justicia, especialmente en su sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión (48/69, « Rec. p. 619) «el hecho de que la filial tenga personalidad jurídica distinta no basta para descartar la posibilidad de imputar su comportamiento a la sociedad matriz», especialmente «cuando la filial, aun teniendo personalidad jurídica distinta, no determina de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica en lo esencial las instrucciones que le transmite la sociedad matriz»*”. En el mismo sentido se declara en STJUE de 24 de junio de 2015, C-293/13 P y C-294/13, *Fresh del Monte Produce Inc / Comisión*, apartado 75; o STJUE de 27 de abril de 2017, C-516/15, *Azko Novel y otros / Comisión*, apartado 52.

³²⁹ En palabras de BAÑO LEÓN, “*las conductas anticompetitivas de una empresa son también imputables a la empresa que la controla cuando el comportamiento económico de aquellas es determinado por esta. (...) resulta imputable la acción anticompetitiva no solo a la empresa que materialmente la ha llevado a cabo, sino también a la que ha determinado su comportamiento económico*”. Vid. BAÑO LEÓN, J.M. (1996:256-257). En el mismo sentido, DIEZ ESTELLA Y PÉREZ FERNÁNDEZ afirman que “*sólo podía imputarse a la matriz responsabilidad por las infracciones antitrust cometidas por sus filiales en los casos en que esta no decide su comportamiento en el mercado de forma autónoma e independiente, sino que sigue las instrucciones que le da su matriz*”, para concluir que “*la imputación a la matriz no se debía tanto al hecho— estructural— de tener el control societario sobre la filial, sino a que había habido una implicación — conductual— en el comportamiento anticompetitivo de la misma*”. Vid. DIEZ ESTELLA, F. Y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. (2013) “*Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de Stora a Portielje, pasando por Akzo Nobel y Elf. Alquitaine*”. *Anuario de competencia*, nº 1, pág. 325. Del mismo modo, GÓMEZ TOMILLO, partiendo del concepto económico de empresa que la jurisprudencia utiliza para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, afirma que “*el comportamiento de una filial, para el TJUE, puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica las instrucciones que le imparte la sociedad matriz*”. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. (2018). “*La sanción a las empresas matrices por prácticas*

La aplicación más corriente la encontramos en la traslación de responsabilidades entre una sociedad matriz y su filial. En estos casos, siempre y cuando se constatare que la infracción cometida por la filial no hubiese sido el resultado de una decisión autónoma, sino que respondía a instrucciones de la sociedad matriz, esta última era declarada responsable de la infracción y, en consecuencia, del pago de la sanción impuesta.

Es decir, la influencia dominante hace alusión a la posibilidad que tiene la sociedad matriz de dirigir el comportamiento en el mercado de la sociedad filial a pesar de que esta última tenga personalidad jurídica diferenciada de la primera. Dicho con propias palabras del TJUE:

“el comportamiento infractor de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica distinta, esa filial no determine de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplique, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas”³³⁰.

Como garantía a la traslación de responsabilidad entre empresas que forman parte de un mismo grupo empresarial se establece que la misma no podrá realizarse de manera automática, de modo que para poder entender que, efectivamente, ha existido una influencia dominante por parte de la sociedad matriz sobre la conducta de su filial es necesario que se cumplan dos requisitos acumulativos: de un lado, que la matriz esté en condiciones de ejercer tal influencia; y, de otro lado, que efectivamente la haya ejercido, debiendo ser la autoridad de competencia oportuna la que pruebe tales extremos³³¹. Así lo ha declarado la AG KOKOTT, concluyendo que:

infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías”. *RDCD*, nº 22, Wolters Kluwer.

³³⁰ STJUE de 27 de abril de 2017, asunto C-516/15, *Akzo Novel NV y otras / Comisión y Arcros Chemicals Ltd*, apartado 52.

³³¹ Es pacífica en la doctrina la necesidad de constatar que se dan los dos requisitos referenciados de cara a poder concluir que existe una influencia dominante de la matriz sobre la conducta de la filial. Así, por ejemplo, RUIZ PERIS, declara que los requisitos para que se produzca la imputación son “*la existencia de una relación de control y además la prueba del ejercicio del control en el caso concreto*”. Vid. RUIZ PERIS, J.I. (2004). *La responsabilidad de la dominante en el derecho de defensa de la competencia*. Tirant lo Blanch, pág. 53. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ GILSANZ concluye no solo que “*para imputar a la sociedad matriz no solo es necesario que ésta pueda influir de forma determinante en la conducta anticompetitiva llevada a cabo por sus filiales sino que es preciso que efectivamente lo haya hecho*”, añadiendo a la afirmación anterior que le corresponde “*dicha prueba a la Comisión*”. Cf. GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014). “*la responsabilidad de la matriz por las infracciones del derecho de la competencia cometidas por sus filiales*”. *RDM*, nº 292, pág. 255. También GÓMEZ TOMILLO afirma ambos requisitos, añadiendo que “*el segundo de los requisitos debe entenderse en concreto. Se referiría al efectivo ejercicio de ese dominio en el caso de referencia, sin margen para una toma de decisiones autónoma. (...) y resulta esencial que la constatación del efectivo ejercicio de la situación de dominio en aquellas decisiones que afectaron al bien jurídico*”. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. (2018). Del mismo tenor FERRER POGGIO, E. (2013).

“la imputación de las prácticas colusorias de una filial a su sociedad matriz depende de que se cumplan dos requisitos acumulativos: por un lado, la sociedad matriz debe estar en condiciones de ejercer una influencia decisiva en su filial y, por otro, debe haber ejercido efectivamente dicha facultad”³³².

El problema surge como consecuencia de la dificultad con la que se encuentran las autoridades de competencia a la hora de probar que efectivamente existe y se ha ejercido dicha influencia dominante —aspecto sobre el que volveré más adelante—.

A pesar de lo mencionado y pese a que la ausencia de comportamiento autónomo es el axioma sobre el que se asienta esta teoría, también es cierto que para poder apreciar esa ausencia de comportamiento autónomo no es necesario que una empresa siga todas y cada una de las instrucciones dadas por la empresa dominante, pudiendo contradecir o incumplir alguna de ellas siempre y cuando esto no sea la regla general. Así lo enuncia la AG KOKKOT en las conclusiones presentadas en el asunto *Fresh del Monte Produce Inc.* y es ratificado posteriormente por el TJUE en su sentencia³³³.

“Responsabilidad matriz-filial e infracciones del Derecho de la competencia. Análisis de la STJ (sala 1ª) de 8 de mayo de 2013, asunto C-508/11 P: *EniSpa*”. *Noticias de la Unión Europea*.

³³² Conclusiones AG KOKOTT, de 23 de abril de 2009, C-97/08, *Akzo Nobel NV y otros/Comisión*. también el TJUE se ha pronunciado en este sentido. Así, en STJUE de 14 de julio de 1972, C-48/69, *ICI/Comisión*, declara que *“la demandante podía influir de forma determinante sobre la política de precios de venta de sus filiales en el mercado común y que de hecho hizo uso de dicha facultad con ocasión de los tres aumentos de precios de que se trata”*; o en la STJUE de 25 de octubre de 1983, C-107/82, *AEG/Comisión*, donde se razona por parte del tribunal que *“al no haber negado AEG que ella podía influir de un modo en la política de distribución y de precios de sus filiales, queda por examinar si efectivamente ha ejercido dicha facultad”*. También nuestros tribunales nacionales se han hecho eco de las referidas exigencias, afirmando la AN en SAN de 30 de abril de 2014 (rec. núm. 560/2011), que *“si se reúne el doble requisito de que la matriz se halle en condiciones de ejercer una influencia decisiva sobre el comportamiento de la filial, y ejerce efectivamente tal influencia, puede trasladarse la responsabilidad de la filial a la matriz”*.

³³³ En las conclusiones del AG KOKOTT, J., de 11 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-193/13 y C-194/13, *Fresh Del Monte Produce, Inc. y otros/Comisión Europea y otros*, afirma en su apartado 101 que *“no se debe interpretar este criterio en el sentido de que una de las sociedades deba seguir absolutamente todas las instrucciones de la otra y que entre ellas no pueda haber ningún tipo de diferencia de opinión: al contrario, sólo es necesario que se sigan esencialmente las mencionadas instrucciones. Y tampoco es necesario que una de las sociedades deba cortar de raíz toda protesta jurídica y toda oposición de la otra frente a su injerencia para que se demuestre la influencia y, por tanto, la unidad económica”*. El TJUE ratifica en STJUE de 24 de junio de 2015, asuntos acumulados C-293/13 y C-294/13, *Fresh Del Monte Produce Inc y otro/ Comisión*, apartado 96, este criterio haciendo suyas las palabras de la AG KOKOTT y afirmando que *“en la medida en que Del Monte subraya que el conjunto de elementos de prueba relativos a sus intercambios con Weichert pone de manifiesto un comportamiento de esta última contrario a las expectativas de Del Monte, por una parte, procede recordar, como ha señalado la Abogado General en los puntos 101, 103 y 104 de sus conclusiones, que no es necesario que la filial siga todas las instrucciones de su sociedad matriz para demostrar la existencia de una influencia determinante, siempre que el incumplimiento de las instrucciones dadas no fuese la regla general”*. De una forma menos clara, también se afirma en STJUE, de 12 de julio de 1979, asuntos acumulados C-32/78 y C-36/78 a C-82/78, *MBW Belgium SA y otros / Comisión*, al declararse que *“el vínculo de dependencia económica que existe entre una sociedad matriz y sus filiales no excluye ni un comportamiento diverso ni que existan intereses diversos entre las dos sociedades”*. En el mismo sentido lo declara LAGUNA DE PAZ, concluyendo que *“no es tampoco necesario que la filial siga todas las instrucciones de la matriz para demostrar la existencia de una influencia dominante, siempre que el incumplimiento no sea la regla”*. Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C (2020) “El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas”. *RAP*, nº 211, pág. 57.

Como se acaba de exponer, la traslación de responsabilidad entre la matriz y la filial no puede hacerse de modo automático, correspondiéndole a la autoridad de competencia la labor de probar que la matriz está en condiciones de ejercer una influencia dominante sobre la filial y, además, que la misma se ha ejercido. Sin embargo, esto no es una tarea sencilla. Por esta razón, para facilitar la labor probatoria a la autoridad de competencia, se crea jurisprudencialmente la presunción de influencia efectiva en virtud de la cual se presupone el ejercicio efectivo del control de la conducta de la filial por parte de la sociedad matriz en aquellos casos en los que esta última posea la totalidad del capital social de la primera³³⁴.

1.1 LA PRESUNCIÓN DE INFLUENCIA EFECTIVA

Como se acaba de exponer, en virtud de la teoría de la influencia dominante las autoridades de competencia podrán imputar el comportamiento anticompetitivo de una de las sociedades que formen parte del mismo grupo empresarial siempre y cuando puedan probar que el comportamiento de la primera estaba condicionado por las instrucciones que recibía de la segunda. Ahora bien, de cara a facilitar la labor probatoria de tal extremo surge en la jurisprudencia del TJUE la presunción de influencia dominante en los términos que se expondrán a continuación³³⁵.

La argumentación que se da al respecto es muy sencilla: se puede apreciar que existe una influencia dominante de una sociedad respecto de otra cuando la primera es titular de la totalidad o cuasitotalidad del capital social de la segunda porque, al tener un gran número de participaciones, la primera tiene la posibilidad de suprimir la capacidad de decisión de

³³⁴ La justificación dada por el TG recientemente se fundamenta, según consta en la STG, de 12 de diciembre de 2018, T- 677/14, *Biogaran/comisión*, en que, de no poder aplicar la presunción “*se dificultaría la declaración de las infracciones del Derecho de la competencia en los grupos de sociedades, mientras que la presunción de control por la sociedad matriz de la filial que posee al 100 % tiene por objeto evitar que las conductas infractoras se imputen únicamente a las filiales que son directamente responsables de ellas y escapen así a una represión a escala del grupo. A una sociedad matriz le bastaría con compartir las conductas infractoras con su filial y alegar que esta no conocía las actuaciones de aquella para que el componente de la infracción resultante de la participación directa de la filial en la infracción se imputase solamente a la filial. De ello resultaría una menor eficacia de la lucha contra las prácticas contrarias a la competencia, que no podría justificarse por el respeto del principio de responsabilidad personal de las infracciones*”.

³³⁵ STJUE de 10 de abril de 2014, C-247/11 P y C-253/11P, *Areva/ Alstom SA y otras*; STJUE de 20 de enero de 2011, C-90/09, *General Química SA y otros / Comisión*; STJUE de 29 de septiembre, C-521/09, *Elf Alquitaine SA /comisión*; STJUE de 5 de marzo de 2015, asuntos acumulados C-93/13 y C-123/13, *Comisión y otro / Versali SPA y otro*; o STJUE de 20 de septiembre de 2009, C-97/08, *Akzo Novel NV y otros/Comisión*

la segunda. Si una empresa se ve privada de su autonomía en el mercado, podemos concluir, conforme a las definiciones formuladas anteriormente, que la primera ejerce una influencia dominante sobre la segunda³³⁶.

Como ya hemos expuesto, el ejemplo más característico de la traslación de responsabilidades entre sociedades intragrupo lo encontramos en la imputación de la actuación anticompetitiva de la filial a su sociedad matriz³³⁷. Esta presunción ha sido

³³⁶ En este sentido se pronuncia la AG KOKOTT en las conclusiones de 23 de abril de 2009, C-97/08, *Akzo Novel NV y otros contra Comisión*. De este modo, en el apartado 52 de las mismas razona que “(...) no es necesario examinar si la sociedad matriz hace uso de la posibilidad de influir decisivamente en la política de distribución y de precios de sus filiales participadas al 100%, pues una filial de ese tipo, a juicio del Tribunal de justicia «sigue necesariamente una política trazada por los mismos órganos de gobierno» que establecen la política de la sociedad matriz”. Igualmente, en el apartado 73 concluye que “si en un grupo de empresas la sociedad matriz posee el 100% de las participaciones de su filial, está en condiciones (como ya se ha expuesto) de ejercer una influencia decisiva sobre ella. En tal caso dispone del derecho exclusivo de nombrar a los miembros de los órganos de administración de la filial, y con frecuencia las mismas personas ocupan cargos en una y otra sociedad. Además, la participación al 100% implica que ni en las decisiones estratégicas ni en las operaciones cotidianas de la filial haya que considerar los intereses de otros socios, lo que da lugar a una sintonía perfecta de intereses entre la sociedad matriz y su filial participada al 100%. Estas circunstancias permiten presumir que la filial no decide de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que actúa conforme a los deseos de su sociedad matriz”. En el mismo sentido se recoge en STJUE de 10 de abril de 2014, C-247/11 P y C-253/11P, *Areva/ Alstom SA y otras*, al afirmar en el apartado 32 que “en el caso específico de que una sociedad matriz posea el 100% del capital de la filial que ha cometido una infracción de las normas sobre la competencia de la Unión, el Tribunal de Justicia ha precisado que, por una parte, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia decisiva en el comportamiento de esa filial y, por otra parte, existe una presunción iuris tantum de que la sociedad matriz ejerce efectivamente dicha influencia”. Igualmente, la STJUE de 20 de enero de 2011, C-90/09, *General Química SA y otros / Comisión*, afirma que “a este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que, en el caso particular de que una sociedad matriz participe en el 100 % del capital de su filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia, cabe afirmar, por una parte, que esa sociedad matriz puede ejercer una influencia decisiva en la conducta de su filial y, por otra, que existe la presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente tal influencia”. En el mismo sentido se declara en STJUE de 29 de septiembre, C-521/09, *Elf Alquitaine SA /comisión*; STJUE de 5 de marzo de 2015, asuntos acumulados C-93/13 y C-123/13, *Comisión y otro / Versali SPA y otro*; o STJUE de 20 de septiembre de 2009, C-97/08, *Akzo Novel NV y otros/Comisión*. Por su parte, nuestros tribunales nacionales, fundamentando su decisión en las resoluciones del TJUE, también se han hecho eco de la presunción, entre otras, en STS de 19 de julio de 2018 (rec. núm. 2773/2016); STS de 22 de noviembre de 2017 (rec. núm. 2121/2015); STS de 4 de marzo de 2016 (rec. núm. 1114/2013); STS de 27 de octubre de 2015 (rec. núm. 1044/2013); STS de 7 de diciembre de 2015 (rec. núm. 586/2014); SAN de 25 de julio de 2018 (rec. núm. 65/2015); SAN de 22 de diciembre de 2017 (rec. núm. 3/2015); SAN de 27 de junio de 2016 (rec. núm. 522/2013) o SAN de 30 de marzo de 2016 (rec. núm. 492/2013).

³³⁷ En este sentido lo declara, entre otros, LAGUNA DE PAZ, afirmando al respecto que “con ello no se establece un régimen de responsabilidad objetiva, ya que se trata de una presunción de influencia dominante de la matriz sobre la filial, pero no implica una presunción de culpabilidad de cualquiera de ellas, por lo que no vulnera ni el derecho a la presunción de inocencia ni el principio in dubio pro reo”. Cf. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017). “Culpabilidad y responsabilidad personal en las sanciones administrativas en materia de defensa de la competencia en el Derecho Europeo y Español”. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, nº18, pág. 170. En el mismo sentido, DIEZ ESTELLA Y PÉREZ FERNÁNDEZ declaran lo propio, añadiendo que partiendo de la presunción, “basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital social para «considerar que la sociedad matriz es responsable solidariamente del pago de la multa impuesta a su filial, excepto si tal sociedad matriz, a la que corresponde desvirtuar la presunción, aporta suficientes elementos probatorios para demostrar que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado». Vid. DIEZ ESTELLA, F Y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. (2013:329). En palabras DE MARTÍNEZ SÁNCHEZ, “el hecho de que una sociedad detente la totalidad o la práctica totalidad del capital social de otra permite presumir un control efectivo, no siendo suficiente por

configurada como una presunción *iuris tantum* contra la que cabe prueba en contrario — que le corresponde a la matriz—, extendiéndose la misma a aquellos supuestos en los que la sociedad matriz, a pesar de no ser titular de todo el capital social de la filial, sí tiene una gran participación en el mismo³³⁸.

Sin perjuicio de que la presunción arriba referenciada, tradicionalmente, solo era aplicable a los supuestos en los que el control al 100% o número próximo al mismo se correspondía con el capital social que la matriz ostentaba respecto de su filial, recientemente se ha admitido también la presunción en aquellos casos en los que la sociedad matriz, a pesar de no poseer el 100% del capital social de la filial, sí que posea la totalidad o cuasitotalidad de los derechos de voto asociados a las acciones de esta última y así lo vienen aplicando tanto los tribunales nacionales como los de la Unión Europea³³⁹.

sí mismo, por lo tanto, el hecho de que la matriz detente una simple participación mayoritaria en el capital social de la filial. En este último caso, resultará necesario que se acredite que la filial sigue las instrucciones de la matriz o que, al menos, existe una unidad de acción evidente entre ambas sociedades". Cf. MARTÍNEZ, SÁNCHEZ, A. (2020) "Artículo 61. Sujetos infractores" en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. Y GUTIÉRREZ, A. (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Sexta edición)*, Civitas, Thomson Reuters. Del mismo modo, ESCUDERO PUENTE expone que tanto "la CNMC como la comisión Europea aplican una presunción *iuris tantum* según la cual, cuando la matriz posee la totalidad (o casi todo) el capital social de la filial, se presume el control de la primera sobre la segunda. (...) No obstante, esta presunción no sólo se aplica cuando la matriz ostenta el 100% del capital social de la filial, como en el caso previo, sino que también cuando la matriz posea una participación lo «suficientemente elevada» en el capital social de la filial". VID. ESCUDERO PUENTE, A. (2015). "Multas a empresas: imputabilidad de las matrices y determinación del importe de las sanciones" en PORRAS BELARRA, J. (Coord.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters, Aranzadi, págs. 256-257. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014:255); GÓMEZ TOMILLO, M. (2018) o HERRERO SUÁREZ, C. (2021). "Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del derecho de competencia de la matriz. ¿Está en juego el principio de efectividad del Derecho Europeo?". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº13, págs. 378-379.

³³⁸ La jurisprudencia también ha respaldado esta práctica consistente en aplicar la presunción en aquellos casos en los que la matriz no posee el 100% del capital social de la filia, pero sí su "inmensa mayoría". Así, por ejemplo, la STS 2819/2018, de 19 de julio, el TS declara que "en el caso de que una sociedad matriz participe en el 100% del capital o en la inmensa mayoría del mismo de una empresa que ha infringido las normas de derecho de la competencia existe una presunción "iuris tantum" de que esa sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial y, por tanto se la puede considerar responsable solidaria de la conducta ya que en este caso se sanciona a la unidad económica, correspondiendo en su caso a la matriz desvirtuar dicha presunción". En el mismo sentido lo declara el TS, entre otras, en STS de 4 de marzo de 2016 (rec. núm. 1114/2013) o STS de 17 de junio de 2015 (rec. núm. 2072/2014). Del mismo modo, la AN declara lo propio, entre otras, en SAN de 26 de julio de 2018 (rec. núm. 62/2015); SAN de 27 de junio de 2016 (rec. núm. 522/2013) o SAN de 10 de septiembre de 2018 (rec. núm. 64/2015).

³³⁹ Así, por ejemplo, el STJUE ha respaldado aplicar la presunción respecto de los derechos de voto en STJUE de 27 de enero de 2021, asunto C-595/18, *The Goldman Sach Group Inc. / Comisión* o en la STJUE de 12 de mayo de 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*. En el mismo sentido, pese a que el TS no se ha pronunciado al respecto, la AN ha aplicado la referida presunción en SAN de 22 de diciembre de 2017 (rec. núm. 3/2015) y SAN de 28 de julio de 2017 (rec. núm. 7/2015), afirmando que "según la estructura accionarial reseñada, (...) no sería una entidad autónoma aislada del Grupo, sino que actuaría bajo la dirección económica ejercida por la empresa matriz, la cual se presume, entre otras situaciones, cuando la matriz posea la mayoría de los derechos de voto o tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la filial".

En este sentido, el TJUE ha entendido que los derechos de voto responden al grado de control que se puede ejercer sobre una sociedad, de modo que la sociedad matriz que los posee, a pesar de no controlar la totalidad del capital social, es capaz de determinar el comportamiento de la filial y, por tanto, la presunción antes mencionada es también aplicable en estos casos. El razonamiento jurídico seguido responde a que, realmente, la presunción *iuris tantum* antes mencionada no reside en exclusiva a la posesión de un determinado porcentaje del capital social de la filial por la sociedad matriz, sino que lo relevante es el control que, gracias a esa participación, puede tener la matriz respecto de la actuación de su filial³⁴⁰.

Como se ha expuesto con anterioridad, el hecho de que una sociedad matriz posea el 100% del capital social de su filial lo que implica es el control de la primera respecto de la segunda, de modo que esta última no es capaz de determinar autónomamente su comportamiento en el mercado, sino que sigue las pautas o directrices establecidas por la sociedad matriz. Este control puede ejercerlo gracias a que, al poseer la totalidad del capital social (o un número muy próximo al mismo), en la toma de decisiones actúa como socio único sin tener en cuenta los intereses de accionistas minoritarios en el caso de que los haya. Así, por ejemplo, en estos casos, la matriz poseedora de la totalidad del capital social de la filial puede tener la facultad de nombrar, cesar o proponer el cese del Consejo de Administración de su filial, situación que también se da en los casos en los que el control se ejerce a través de los derechos de voto.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de mencionar, es indiferente el modo en el que la sociedad matriz controle a la sociedad filial —si bien a través del capital social o bien a través de los derechos de voto—, siendo única y exclusivamente relevante el hecho de que la primera pueda controlar efectivamente a la segunda, y guiar, de ese modo, su

³⁴⁰ La máxima representación de la aceptación de los derechos de voto como modo de control de una sociedad lo encontramos en la STJUE de 27 de enero de 2021, asunto C-595/18, *The Goldman Sach Group Inc. / Comisión*. En la misma, el TJUE razona que “una sociedad matriz que posee la totalidad de los derechos de voto asociados a las acciones de su filial se halla, a este respecto, en una situación análoga a la de una sociedad titular de la totalidad o cuasitotalidad del capital de la filial, de modo que tiene la posibilidad de determinar la estrategia económica y comercial de la filial. En efecto, una sociedad matriz que posea la totalidad de los derechos de voto asociados a las acciones de su filial puede, al igual que una sociedad matriz que posea la totalidad o la cuasitotalidad del capital de su filial, ejercer una influencia determinante en el comportamiento de esta última”. En términos parecidos, la STJUE de 12 de mayo de 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*, razona en relación con la posibilidad de apreciar la presunción a aquellas sociedades que controlan a sus filiales a través de los derechos de voto que “pese a que el hecho de que una sociedad sea titular de casi todo el capital social de otra constituye un indicio muy sólido a favor de la existencia de tal control, no permite excluir con certeza que una o varias otras personas puedan poseer, por sí solas o conjuntamente, el poder de decisión, puesto que es posible, en particular, que la propiedad del capital social se haya disociado de los derechos de voto”.

conducta en el mercado. Por ello, se ha entendido que cualquiera de los dos medios puede servirle a la matriz para anular la voluntad de la filial y dirigir su comportamiento en el mercado, siendo lícito que las autoridades de competencia puedan basarse en la presunción de ejercicio efectivo también en los casos en los que el control se ejerce a través de los derechos de voto³⁴¹.

1.2 LOS MODOS DE CONTROL QUE PERMITEN APRECIAR LA EXISTENCIA DE UNA INFLUENCIA EFECTIVA

Otra de las cuestiones que hay que tener en cuenta sobre las que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado hace referencia al modo de control que la sociedad matriz tiene respecto de la sociedad filial. Pese a que los supuestos enunciados hasta ahora hacían referencia a supuestos en los que la sociedad matriz controla de manera directa a la sociedad filial, la jurisprudencia europea ha afirmado que este no es el único modo de control que existe y sobre los que se puede aplicar la presunción *iuris tantum* de influencia efectiva. Aquí entran en juego las denominadas sociedades interpuestas y la posibilidad de apreciar el ejercicio efectivo de una influencia dominante de la matriz sobre la filial de manera indirecta a través de la utilización de sociedades pantalla³⁴².

En este sentido, existen múltiples pronunciamientos del TJUE aceptando que la presunción *iuris tantum* de la influencia determinante existe en aquellos casos en los que la sociedad matriz es titular de la totalidad del capital social de la filial indirectamente, es

³⁴¹ En este sentido lo declara HERRERO SUAREZ, al afirmar que la presunción de influencia podrá aplicarse “en aquellos casos en los que la matriz es titular del 100% del capital de la filial o de un porcentaje similar, o controla el 100% de los derechos de voto”. Vid. HERRERO SUAREZ, C. (2021:370-371). En el mismo sentido, RUIZ PERIS declara que la “presunción puede ser aplicada en casos de control, cuasi totalitario o en aquellos en que se posee la totalidad de votos, aunque no el 100% del capital, como por ejemplo por la existencia de acciones sin voto”. Cf. RUIZ PERIS, J.I. (2021). “Imputación por pertenencia a una entidad económica, fundada en el concepto funcionalmente unitario de empresa policorporativa de los artículos 101 y 102 TFUE”. *RDCD* n° 29.

³⁴² Así lo declaran DIEZ ESTELLA Y PÉREZ FERNÁNDEZ, aceptando que “la presunción de responsabilidad basada en la posesión del capital no solo se aplica en los supuestos en que existe una relación directa entre la sociedad matriz y la filial, sino también cuando esta relación es indirecta, a través de una filial interpuesta”. Cf. DIEZ ESTELLA, F. Y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. (2013:329). También FERRER POGGIO respalda que la “presunción opera en los casos en los que una sociedad holding ostente el 100% del capital de una sociedad interpuesta que posee, a su vez, la totalidad del capital de una filial de su grupo que ha cometido una infracción de las normas de competencia”. Vid. FERRER POGGIO, E. (2013). En el mismo sentido, BORDIÚ GARCÍA-OVIES afirma que “la presunción de influencia decisiva en los casos de control se predica con la misma intensidad en el caso de una sociedad holding, como han tenido oportunidad de señalar tanto el Tribunal Supremo como el TJUE”. Vid. BORDIÚ GARCÍA-OVIES, M. (2022). “La responsabilidad filia-matriz en la aplicación pública del Derecho de la Competencia” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador* (2022). Thomson Reuters. Civitas, pág. 451.

decir, a través de sociedades interpuestas. Tal y como se recogen en las fundamentaciones dadas por el TJUE, para que sea posible aplicar la presunción es necesario que la empresa matriz posea la totalidad o casi totalidad del capital social —o derechos de voto— de la sociedad interpuesta y que esta, a su vez, posea la totalidad o cuasitotalidad del capital social o derechos de voto de una empresa filial del mismo grupo que la matriz³⁴³. Nuestras autoridades de competencia nacionales también se han hecho eco de tal posibilidad, aplicando la presunción a aquellos supuestos en los que la sociedad matriz dirige el comportamiento de la filial a través de la participación mayoritaria del capital de una sociedad pantalla³⁴⁴.

³⁴³ En este sentido se pronuncia la AG KOKOTT en las conclusiones de 12 de enero de 2012, C-628/10 y C-14/11, *Alliance One International Inc. Y otros contra Comisión*, al afirmar en el apartado 33 que “*en caso de que una sociedad matriz posea el 100 % (o casi la totalidad) del capital de su filial, se presume iuris tantum que la sociedad matriz ejerce una influencia decisiva sobre el comportamiento en el mercado de dicha filial. Esto rige asimismo cuando la sociedad matriz controla su filial de forma indirecta a través de una sociedad interpuesta, participada al 100 % (o casi al 100 %) por la sociedad matriz y que, a su vez controla al 100 % (o casi al 100 %) la filial. (15) Según la jurisprudencia, la titularidad del 100 % (o casi del 100 %) del capital de la filial que ha infringido la normativa en materia de competencia es suficiente para considerar a la sociedad matriz solidariamente responsable de dicha infracción*”. En el mismo sentido lo declara la STJUE de 5 de marzo de 2015, asuntos acumulados C-93/13 y C-123/13, *Comisión y otro / Versali SPA y otros*, al afirmar que “*en el caso concreto de que una sociedad holding posea todo o casi todo el capital de una sociedad interpuesta que posee, a su vez, todo o casi todo el capital de una filial de su grupo que ha cometido una infracción de las normas de la Unión en materia de competencia, existe, asimismo una presunción iuris tantum de que dicha sociedad holding ejerce una influencia determinante en el comportamiento de la sociedad interpuesta e indirectamente, a través de esta última, también sobre el comportamiento de dicha filial*”. Del mismo modo, la STJUE 20 de enero de 2011, C-90/09, *General Química, S.A y otras / Comisión*, concluye en el apartado 84 que “*no puede excluirse la posibilidad de que una sociedad holding sea considerada solidariamente responsable por las infracciones del Derecho de la Unión en materia de competencia cometidas por una filial de su grupo cuyo capital social no posee directamente, siempre que esta sociedad holding ejerza una influencia decisiva sobre dicha filial, aunque sea de forma indirecta mediante una sociedad interpuesta*”. Del mismo tenor es la STJUE de 8 de mayo de 2013, C-508/11, *Eni/Comisión*.

³⁴⁴ Así lo declara el TS, entre otras, en STS de 7 de diciembre de 2015 (rec. núm. 586/2014). En la misma, haciendo referencia a la jurisprudencia emanada del TJUE antes citada, concluye que “*en el caso concreto de que una sociedad holding posea todo o casi todo el capital de una sociedad interpuesta que posee, a su vez, todo o casi todo el capital de una filial de su grupo que ha cometido una infracción de las normas de la Unión en materia de competencia, existe asimismo una presunción iuris tantum de que dicha sociedad holding ejerce una influencia determinante en el comportamiento de la sociedad interpuesta e indirectamente, a través de esta última, también sobre el comportamiento de dicha filial*”. Del mismo modo, afirma en STS 2235/2018, de 19 de junio, que “*la ausencia de prueba en tal sentido por parte de la matriz Centauro S.L. trae como consecuencia la plena efectividad de la referida presunción legal, que no resulta desvirtuada por los argumentos expuestos por las sociedades recurrentes en casación: que Centauro S.L. es una mera sociedad holding a la que no se le puede atribuir responsabilidad automática sobre sus filiales, que ambas sociedades tienen órganos decisorios distintos o la mera afirmación apodíctica de que Centauro disponía de la más amplia autonomía frente a Centauro, S.L.*”. Del mismo tenor es la STS de 27 de octubre de 2015 (rec. núm. 1044/2013). En el mismo sentido lo ha declarado GUILLÉN CARAMÉS, afirmando al respecto que “*esta presunción de una influencia decisiva sobre las empresas matrices también se ha aplicado a las sociedades matrices de empresas interpuestas que poseen el 100% de las empresas filiales autoras de la infracción*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2020). “Responsabilidad sancionadora empresarial en el derecho de la competencia y liquidación concursal” en BEIGA COPO, A.B. (Dir.), *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la ley concursal*, Civitas, Thomson Reuters, pág. 570.

La manifestación anterior es del todo lógica. Si una empresa controla al 100% o ejerce una influencia dominante sobre otra sociedad interpuesta, de modo que esta segunda no determina de manera autónoma su comportamiento en el mercado, el hecho de que esta segunda sociedad sea poseedora de la totalidad del capital social de una filial del grupo no implica que pueda, de manera autónoma, fijar el comportamiento de la filial. Todo lo contrario. Si la sociedad interpuesta no es capaz de fijar su propio comportamiento en el mercado —porque al estar controlada por la matriz es esta primera la que lo fija— resultaría paradójico que sí pudiera hacer lo propio con la filial de la que posee el 100% del capital social, pudiéndose entender, que es la primera sociedad la que fija el comportamiento de las otras dos sociedades en el mercado.

Como se puede observar, estaríamos hablando de una doble presunción por ser titular la matriz de la totalidad del capital social de ambas empresas —sociedad interpuesta y filial—. Existiría, por tanto, la presunción de que la sociedad holding o la matriz ejerce una influencia dominante directa sobre la empresa interpuesta de la que posee el 100% del capital social de manera directa y, además, una presunción de influencia dominante derivada de la presunción anterior respecto de la sociedad filial de la que la sociedad interpuesta es poseedora directa de la totalidad del capital social.

2. LA TRASLACIÓN DE RESPONSABILIDAD ENTRE EMPRESAS POR LA PRESENCIA DE VÍNCULOS ECONÓMICOS, JURÍDICOS Y ORGANIZATIVOS

Como se ha tratado de exponer sucintamente, en un primer momento, el TJUE basaba la responsabilidad de la matriz por los actos anticompetitivos cometidos por sus filiales en la teoría de la influencia dominante, lo que le permitía considerar a las mismas, de cara a aplicar el derecho de defensa de la competencia, como una única empresa en el mercado. Sin embargo, este modo de imputación evoluciona y, a pesar de que el mismo sigue siendo la base de algunas sentencias, el TJUE pone el foco, no solo en el control que la sociedad matriz ejerce sobre la filial, sino en los vínculos existentes entre ambas. En este segundo momento el fundamento de la imputación, como se analizará a continuación, radica en la posibilidad de considerar como una sola unidad económica en el mercado a dos sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial que presenten vínculos económicos, jurídicos y organizativos comunes.

De este modo, se permite la traslación de la responsabilidad sancionadora intragrupo cuando la matriz y la filial están unidas por vínculos de tipo económicos, jurídicos u organizativos, siendo ésta la característica que permite constatar que, a efectos de aplicación de la legislación sobre defensa de la competencia, ambas sociedades forman una unidad económica y, por ende, una única empresa³⁴⁵. Además, también en este supuesto opera la presunción antes referenciada que permite considerar como una misma unidad económica a la sociedad matriz y a la filial cuando la primera sea titular de la totalidad o cuasitotalidad del capital social o de los derechos de voto de la segunda. En este sentido lo ha declarado el TJUE, concluyendo al respecto que:

“cuando personas jurídicamente distintas se organizan en forma de grupo, es jurisprudencia reiterada que estas forman una sola y misma empresa cuando no determinan de manera autónoma su conducta en el mercado de que se trata, sino que, habida cuenta en particular de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que las unen a una sociedad matriz, experimentan a tal fin los efectos del ejercicio efectivo, por esa unidad de dirección, de una influencia decisiva³⁴⁶”.

³⁴⁵En este sentido, tras los pronunciamientos del TJUE, lo ha concluido la doctrina. De este modo lo explica GUTIÉRREZ GILSANZ, concluyendo que *“el Tribunal de Justicia, que formalmente no puede renunciar a la idea de que la matriz es responsable cuando las filiales no actúan de manera autónoma en el mercado, hace depender dicha autonomía no ya de una posible influencia determinante de la matriz sobre el comportamiento de la filial infractora sino de los «vínculos económicos, organizativos y jurídicos» que pudiera existir entre ambas entidades. Estos vínculos serán los que determinarán la existencia de una unidad económica (...) y los que permitirán hacer a la sociedad matriz solidariamente responsable de las infracciones cometidas por sus filiales”*. Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014). También, LAGUNA DE PAZ afirma que *“se entiende que la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y constituyen, por tanto, una sola empresa a efectos del Derecho de la Competencia de la Unión. No es necesario demostrar la implicación personal de la matriz en la infracción, ya que no se trata de una relación de instigación entre ésta y la filial, sino de la actuación de una única empresa”*. Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017:170). RUIZ PERIS concluye que *“para reconocer la existencia de unidad económica entre matriz y filial es necesario tomar en consideración los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que las unen”*, para continuar razonando que, como consecuencia de lo anterior, *“una misma sociedad matriz puede formar parte de varias unidades económicas constituidas, en función de la actividad económica de que se trate, por ella misma y por distintas combinaciones de sus sociedades filiales”*. Cf. RUIZ PERIS, J.I. (2021). Igualmente, GORRIZ LÓPEZ, tras partir del concepto economicista de empresa propio de la jurisprudencia del TJUE para la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, concluye que la misma *“ha servido de fundamento al Tribunal de Justicia para imputar los ilícitos de la filial a la matriz. Basta con que ambas formen una «unidad económica» para hacer responder a la última tanto en el ámbito público como en el privado, sin que sea necesario que haya participado en la conducta anticoncurrencial ni que haya instigado el comportamiento ilegal”*. Cf. GORRIZ LÓPEZ, C. (2022). *“Responsabilidad de la filial por los ilícitos anticoncurrenciales de la matriz. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021: Asunto C-882/19: Sumal”*. *La Ley Unión Europea*, nº 99.

³⁴⁶ STJUE de 12 de mayo de 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*. En el mismo sentido se ha pronunciado el TJUE en STJUE de 27 de enero de 2021, asunto C-595/18, *The Goldman Sach Group Inc. / Comisión*, afirmando que *“a efectos de examinar si la sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante sobre el comportamiento en el mercado de su filial, deben tomarse en consideración todos los aspectos pertinentes de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a la filial con su sociedad matriz, y atender de esa forma a la realidad económica”*. También declara lo propio en STJUE de 27 de abril de 2017, asunto C-516/15, *Akzo Novel NV y otras / Comisión y Arcros Chemicals*; STJUE de 16 de junio de 2016, C-155/14, *Evonik Degussa y AlzChem/Comisión*; STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-434/13, *Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*; STJUE de 26 de enero de 2017, C-625/13, *Villeroy & Boch/Comisión*; o STJUE de 16 de junio de 2016, C-154/14, *SKW Stahl*

Como se puede observar, el fundamento de la imputación radica en la deducción de que dos sociedades de un mismo grupo que compartan vínculos económicos, jurídicos y organizativos no gozan de autonomía para fijar su política o actuación en el mercado, sino que será una de ellas la que influencia a la otra. Sin embargo, esta interpretación del TJUE no puede compartirse ya que —entre otros aspectos que se desarrollarán en el epígrafe siguiente— precisamente, el hecho de que compartan dichos vínculos es un requisito *sine qua non* de la existencia de un grupo empresarial que no implica necesariamente ni que las filiales pierdan su autonomía en el mercado ni que entre las sociedades integrantes del grupo puedan existir intereses diferentes³⁴⁷.

Es una realidad que las empresas no suelen actuar de forma aislada o independiente en el mercado, sino que la práctica habitual es que las mismas, sin perder por ello su personalidad e independencia jurídica, se integren en sociedades más complejas que pueden presentar diferentes formas pero cuyo axioma común es la existencia de una dirección económica unitaria. Esta forma de organización grupal de las sociedades no implica que la personalidad jurídica de las integrantes se pierda a favor del grupo o que se elimine la posibilidad de determinar su comportamiento en el mercado, consistiendo, simplemente, en un modo de organización que queda supeditado a un poder de dirección común; dirección que podrá ejercerse de un modo más abierto, de modo que la matriz determine políticas generales y sean las filiales las que gocen de la autonomía para plantear las estrategias oportunas que satisfagan la directriz encomendada por la matriz,

Metallurgie y SKW Stahl-Metallurgie Holding/Comisión. También nuestra jurisprudencia nacional, con expresa alusión a las STJUE referenciadas, utiliza la existencia de vínculos económicos, organizativos o jurídicos para trasladar la responsabilidad entre dos sociedades que forman parte de un mismo grupo empresarial, entre otras, en STS de 19 de junio de 2018 (rec. núm. 1480/2016); STS de 22 de noviembre de 2017 (rec. núm. 2121/2015); STS de 25 de abril de 2016 (rec. núm. 191/2014) o STS de 7 de diciembre de 2015 (rec. núm. 586/2014). Muestra su rechazo a esta construcción jurisprudencial WHELAN, habiendo concluido el referido autor que “*the test to be employed, in other words, is indeed a test involving proof of actual exercise of decisive influence— and not one merely of structural links- despite claims to the contrary in the literatura*”. Vid. WHELAN, P. (2023). *Parental liability in EU competition law. A legitimacy-focused approach*, Oxford, pág. 166.

³⁴⁷ Así lo ha declarado expresamente el TJUE en STJUE, de 12 de julio de 1979, C- 32/78 y C-36/78 a 82/78, *BMW Belgium y otros /Comisión*, al afirmar en el apartado 36 que “*en cuanto a la participación de los concesionarios belgas firmantes de la circular de BMW Belgium de 29 de septiembre de 1975 en esta infracción, si bien es cierto que los vínculos de dependencia económica existentes entre ellos y BMW Belgium podían limitar su libertad de iniciativa y de decisión, también es cierto que la existencia de estos vínculos no excluía la posibilidad de negar su consentimiento al acuerdo que se les propuso, tal como lo demuestra la importante cantidad de concesionarios que lo hicieron*”. En el mismo sentido se pronuncia la AG. KOKOTT en conclusiones de 23 de abril de 2009, asunto C-97/08, *Akzo Novel NV y otros / Comisión*, al afirmar que “*para que una sociedad matriz esté en condiciones de ejercer una influencia decisiva sobre su filial debe haber algo más que una mera dependencia económica de la filial respecto de la matriz*”.

o una dirección más concreta por parte de la sociedad matriz que determinará directamente la actuación de las filiales que integran el grupo³⁴⁸.

En cualquiera de los dos casos, vincular la traslación de la responsabilidad sancionadora entre sociedades integrantes de un mismo grupo societario con el requisito definitorio de los mismos no parece del todo acertado. De este modo, lo que subyace de la fundamentación jurídica del TJUE es que las matrices responderán de las infracciones de las filiales por el simple hecho de haber constituido ambas un grupo empresarial, dejando de lado el principio de personalidad de las sanciones administrativas que, tal y como se expondrá en el apartado siguiente, exige que la persona que responda de las infracciones sea la misma que las cometió, proscribiendo la responsabilidad objetiva o por el hecho ajeno³⁴⁹.

Como se ha expuesto anteriormente, también en estos casos las autoridades de competencia pueden basar su imputación en la presunción que opera en aquellos casos en los que la sociedad matriz pose el 100% o un número cercano a la totalidad del capital social o de los derechos de voto de la sociedad filial, lo que las permite concluir que ambas sociedades forman una unidad económica.

³⁴⁸ En este sentido las configura PAZ-ARES, exponiendo que “*la figura prominente dentro de la fenomenología de las vinculaciones empresariales es, sin duda alguna, el grupo de sociedades, que puede definirse como la organización de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección económica unitaria. Los elementos básicos de esta definición son dos. El primero viene dado por la independencia jurídica de las sociedades que forman parte del grupo. (...). El segundo elemento -el elemento verdaderamente decisivo- consiste en la unidad de la dirección económica de las sociedades agrupadas. Sólo cabe hablar de grupo, en efecto, cuando la diversidad de sus miembros está efectivamente sujeta a la unidad de dirección, de tal modo que, en realidad, existe una estrategia general del conjunto fijada por el núcleo dirigente que articula la actividad de todas las sociedades*”. Cf. PAZ-ARES, C. (1999). “Uniones de empresas y grupos de sociedades”. *RJUAM*, pág. 232. También EMBRID IRUJO define a los grupos de sociedades como “*un agregado empresarial integrado por diversos sujetos de Derecho (normalmente sociedades) que, sin perjuicio de su personalidad jurídica propia, quedan sometidos en su actuación en el mercado a una dirección económica unificada, ejercida por la entidad cabecera del grupo*”. Cf. EMBRID IRUJO, J.M. (2008). “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”. *Ekonomiaz: RVE*, nº 68, pág. 86. En el mismo sentido RUIZ PERIS argumenta que “*existe dirección unitaria cuando un sujeto titular de un poder de determinar la orientación económica, la política y la gestión de varias sociedades, coordina la actividad de aquellas en función de objetivos generales previamente definidos*”, para continuar matizando al respecto que “*la dirección unitaria puede tener distintos grados de intensidad sin dejar de ser considerada como tal. Concretamente, la dirección unitaria se puede manifestar en la determinación de una política general, dejando a las sociedades integrantes una amplia libertad en el campo comercial, o al revés puede llegar a imponer las mismas reglas rígidas de gestión interviniendo detalladamente en su actividad*”. Vid. RUIZ PERIS, J.I. (2004:169-170.) Del mismo tenor lo expone FUERTES LÓPEZ, M. (2007). *Grupos públicos de sociedades*. Marcial Pons, págs. 49-57 o HIJAS CID, E. (2017). “A la sociedad matriz, lo que es de la matriz y al filial lo que es de la filial”. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 75, pág. 168-173.

³⁴⁹ En este sentido ver HERRERO SUÁREZ, C. (2021) y GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014).

Con base en esta presunción y en algunos pronunciamientos del TJUE, parecía que se abriría paso otra forma de imputación de la responsabilidad sancionadora entre empresas que forman parte de un mismo grupo, en virtud de la cual la presunción solo serviría como fundamento de la imputación si, además, se aportaba algún elemento más que probase, aunque de modo indiciario, que efectivamente ambas empresas constituyen una unidad económica; lo que supondría abandonar la aplicación de la presunción *per se*. Esto es lo que se conoce como el método de imputación de doble base o del 100% + X y se tratará de sintetizar en el siguiente apartado.

3. EL MÉTODO DE IMPUTACIÓN DE DOBLE BASE

Tal y como se acaba de mencionar, y tomando como base las deficiencias apreciadas de las fundamentaciones ya expuestas, de la mano de la Comisión surge la posibilidad de aplicar la teoría de doble base como un nuevo método de imputación de la responsabilidad sancionadora entre empresas a fin de garantizar que dicha traslación de responsabilidad respete los derechos de las sociedades implicadas en el procedimiento sancionador.

En este sentido, lo que se reclama es que para poder sancionar con base en la unidad de empresa y la actuación conjunta de las sociedades que integran un mismo grupo empresarial, las autoridades de competencia deben aportar indicios adicionales a la mera presunción de influencia que se venía admitiendo. Esta auto imposición que ha llevado a cabo la Comisión —como parte de la libertad de la que dispone— a la hora de constatar que efectivamente una empresa ejerce una influencia decisiva sobre el comportamiento de otra en el mercado, ha sido aceptada por los tribunales por haber entendido que si la mera posesión por una sociedad de la totalidad del capital social o derechos de voto de otra es suficiente para poder considerar que existe una influencia de la primera en el comportamiento de la segunda, lo es más partir de esa presunción y aportar nuevos indicios en los que basar la decisión adoptada³⁵⁰. Sin embargo, la discusión en este sentido

³⁵⁰ Así se pronuncia el TJUE en la STJUE, de 19 de julio de 2012, C-628/10 y C-14/11, *Alliance One International INC y otros/ Comisión*, afirmando en su apartado 49 que “*esa jurisprudencia no implica que la Comisión esté obligada a apoyarse únicamente en esa presunción. En efecto, nada impide que esa institución demuestre el ejercicio efectivo por una sociedad matriz de una influencia decisiva en su filial con otros medios de prueba o con una combinación de esos medios y de la referida presunción*”. Además, añade en el apartado 63 de la misma Sentencia que “*dado que la Comisión adoptó un método compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la influencia decisiva, la Comisión no pudo cometer ilegalidad alguna, por lo que el principio de legalidad no podría excluir en el presente asunto la obligación de la Comisión de respetar el principio de igualdad de trato*”. En el mismo sentido lo declara el TJUE en

radica en si este deber extra de motivación que ha realizado la Comisión en la tramitación de determinados asuntos ha de convertirse en la regla general o, si, por el contrario, basta la mera presunción como regla de imputación.

Por un lado, las voces que defienden la necesidad de utilizar el método de doble base como mecanismo para probar la influencia efectiva justifican su postura en la inhabilidad probatoria de la mera presunción. Así, consideran que el hecho de que una sociedad posea la totalidad del capital social de otra y, por ende, se pueda presumir que la primera influye en el comportamiento en el mercado de la segunda no es un elemento de prueba suficiente que permita desvirtuar la presunción de inocencia, por ello reclaman la necesidad de aportar indicios adicionales que apoyen la referida presunción³⁵¹.

En el lado contrario, las voces que consideran adecuada la traslación de responsabilidad con base única y exclusivamente en la presunción de influencia dominante lo hacen considerando que esta es suficiente para poder atribuir responsabilidades dentro de un mismo grupo empresarial con base, principalmente, en la seguridad jurídica que la existencia de la aplicación aporta a la imputación de la infracción en el procedimiento sancionador y, en segundo lugar, en la inutilidad que tendría la referida presunción para

STJUE de 10 de abril de 2014, C-247/11 P y C-253/11P, *Areva/ Alstom SA y otras*. También se respalda la posibilidad de que la Comisión aporte elementos de prueba adicionales a la presunción en STPI de 26 de abril de 2007, asuntos acumulados T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, *Bolloré SA y otros / Comisión*; STPI de 15 de septiembre de 2005, T-325/01, *BaimlerChrysler AG / Comisión* o STG de 30 de marzo de 2022, T-337/17, *Air France-KLM/Comisión*.

³⁵¹ En este sentido lo entiende el AG MISCHO. Así, en las Conclusiones del AG MISCHO., de 18 de mayo de 2000, C-286/98, *Stora Kopparbergs Bergslags AB /Comisión*, afirma en el apartado 40 de las mismas que “considero, no obstante, que la mera posesión de una participación del 100 % no basta, por sí sola, para demostrar la responsabilidad de la sociedad matriz”. Continúa argumentando en el apartado 48 que “propongo al Tribunal de Justicia que considere que, si bien recae ciertamente sobre la Comisión la carga de la prueba de que la sociedad matriz ejerció efectivamente una influencia determinante en la conducta de su filial, esta carga se atenúa, sin embargo, en el caso de un control al 100 %. Sigue siendo necesario aportar un elemento adicional con respecto al porcentaje de participación, pero dicho elemento puede estar constituido por pruebas indiciarias”. Por último, en el apartado 73 concluye que “para que pueda imputarse a una sociedad matriz la responsabilidad del comportamiento de una filial, aquélla debe haber tenido la posibilidad de influir de manera determinante en la política comercial de su filial y que, además de una participación del 100 % en el capital social de ésta, deben existir indicios suficientemente probatorios de que efectivamente ha ejercido dicha facultad”. También argumento es utilizado por el TPI en STPI de 26 de abril de 2007, asuntos acumulados T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, *Bolloré SA y otros / Comisión*. Así, afirma en su apartado 132 que “a este respecto, la posesión de la totalidad del capital del filial, pese a constituir un fuerte indicio de que la sociedad matriz dispone de capacidad para influir decisivamente en el comportamiento de su filial en el mercado, no basta por sí solo para permitir imputar a la matriz la responsabilidad del comportamiento de la filial. Junto al porcentaje de participación sigue siendo necesario un elemento adicional, que puede no obstante consistir en indicios. No es imprescindible que dicho elemento adicional sea una prueba de que la matriz impartió efectivamente a su filial instrucciones de participar en la práctica colusoria”.

con el procedimiento sancionador si, además, se exigiera a la autoridad de competencia que aportase elementos adicionales que constatasen la presunción³⁵².

Sin perjuicio de las consideraciones que se harán en el apartado siguiente respecto de la presunción de la influencia dominante, y a pesar de los intentos por establecer el método de doble base (100% + X) como modo de imputación de responsabilidades dentro de un grupo empresarial —con base en la argumentación del AG MISCHO que exige un plus probatorio a las autoridades de competencia—, esto ha sido rechazado por el TJUE, manteniéndose el criterio de la presunción de ejercicio efectivo que permite que la

³⁵² Así lo plasma la AG KOKKOTT en las Conclusiones de 23 de abril de 2009, C-97/08, *Akzo Novel NV y otros / Comisión*, afirmando en los apartados 71 y 72 que “71. la aplicación efectiva del Derecho de la competencia requiere normas claras. Una presunción como la reconocida por el Tribunal de Justicia en las sentencias *AEG* y *Stora*, antes citadas, que faculta a la Comisión, como autoridad de defensa de la competencia, para imputar a la sociedad matriz la responsabilidad por las prácticas colusorias de sus sociedades participadas al 100 %, proporciona seguridad jurídica y es fácil de aplicar en la práctica. 72. Por lo general, las presunciones no son extrañas al Derecho de la competencia. Al contrario, las particularidades en materia de prueba en el Derecho de la competencia implican que la autoridad o el particular sobre el que recae la carga de la prueba tiene que poder extraer ciertas conclusiones de determinados hechos típicos con arreglo a principios basados en la experiencia”. Asimismo, concluye en el apartado 73 de las conclusiones referenciadas que “si en un grupo de empresas la sociedad matriz posee el 100 % de las participaciones de su filial, está en condiciones (como ya se ha expuesto) de ejercer una influencia decisiva sobre ella. En tal caso dispone del derecho exclusivo a nombrar a los miembros de los órganos de administración de la filial, y con frecuencia las mismas personas ocupan cargos en una y otra sociedad. Además, la participación al 100 % implica que ni en las decisiones estratégicas ni en las operaciones cotidianas de la filial haya que considerar los intereses de otros socios, lo que da lugar a una sintonía perfecta de intereses entre la sociedad matriz y su filial participada al 100 %. Estas circunstancias permiten presumir que la filial no decide de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que actúa conforme a los deseos de su sociedad matriz”. También el TJUE hace lo propio en STJUE, de 20 de septiembre de 2009, C-97/08, *Akzo Novel NV y otros / Comisión*. Así, tras aceptar en los apartados 60 y 61 que “en el caso particular de que una sociedad matriz participe en el 100 % del capital de su filial que ha infringido las normas de Derecho comunitario en materia de competencia, por una parte, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en la conducta de su filial (véase, en este sentido, la sentencia *Imperial Chemical Industries/Comisión*, antes citada, apartados 136 y 137), y, por otra, existe la presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial. 61. En estas circunstancias, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de ésta para presumir que aquélla ejerce una influencia decisiva sobre la política comercial de esa filial. Consecuentemente, la Comisión podrá considerar que la sociedad matriz es responsable solidariamente del pago de la multa impuesta a su filial, excepto si tal sociedad matriz, a la que corresponde desvirtuar dicha presunción, aporta suficientes elementos probatorios para demostrar que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado, acepta la utilización de otros medios de prueba adicionales que refuercen la presunción”. En el mismo sentido se pronuncia en STJUE, de 19 de julio de 2012, C-628/10 y C-14/11, *Alliance One International INC y otros/Comisión*, en sus apartados 45, 46 y 47 con la particularidad de que, en el caso concreto, tal y como expone en el apartado 51, “ese criterio obedecía a que, cuando adoptó la Decisión controvertida, la Comisión tenía dudas, habida cuenta del estado de la jurisprudencia en ese momento, sobre la cuestión de si el control por una sociedad matriz de la totalidad del capital de su filial permitía por sí solo aplicar la presunción, aun si no había sido destruida, y si ese control era suficiente así pues para demostrar el ejercicio efectivo por una sociedad matriz de una influencia decisiva en su filial”. Así, concluye en el apartado 53 que “al elegir ese método, la Comisión se impuso a sí misma, para apreciar la imputabilidad del cártel de que se trata a las sociedades matrices, una carga de la prueba del ejercicio efectivo de una influencia decisiva más rigurosa que la que en principio se habría considerado suficiente, atendiendo a la jurisprudencia que se recuerda en los apartados 46 y 47 de la presente sentencia”.

Comisión impute la responsabilidad a la sociedad poseedora de la totalidad del capital social de la filial probando, únicamente, que la primera efectivamente posee dicho porcentaje del capital social de la segunda³⁵³. De este modo, se mantiene la presunción de influencia efectiva como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de la sociedad matriz en aquellos supuestos en los que esta última posea la totalidad o cuasitotalidad del capital o de los derechos de voto de la sociedad filial.

Una vez expuesto el fundamento en virtud del cual las autoridades de competencia podrán considerar responsable de la infracción cometida por la empresa filial a la sociedad matriz siempre que determinen que ambas constituyen una unidad económica y se comportan como una única empresa en el mercado, lo que resta es analizar, desde un punto de vista crítico, dicha traslación de responsabilidad. Para ello habrá de tenerse en cuenta que la declaración de ambas sociedades como unidad económica va seguida de otras dos etapas más en virtud de las cuales se podrá, en un primer momento, atribuir la responsabilidad por la infracción cometida a la empresa entendida como unidad económica para, en un segundo momento, imputar de forma concreta esa responsabilidad a cada una de las entidades que componen la unidad económica³⁵⁴. Este proceso de imputación le ha

³⁵³ Así lo pone de relieve el TJUE en STJUE, de 10 de abril de 2014, C-247/11 P y C-253/11P, *Areva/ Alstom SA y otras*, al afirmar en el apartado 91 que “*como afirmó fundadamente la Comisión, ésta no puede estar obligada a demostrar que, en una situación en la que debe aplicarse la presunción de ejercicio efectivo de una influencia decisiva, integrándola en su caso en la aplicación de un método de doble base como el empleado en el presente asunto, la sociedad matriz ha hecho uso efectivo de los vínculos organizativos, económicos y jurídicos que caracterizan su relación con sus filiales en el marco de hechos concretos ligados a un comportamiento real en el mercado de que se trata, puesto que tal obligación equivaldría a privar de utilidad a dicha presunción*”. En el mismo sentido se pronuncia el TJUE en STJUE de 16 de noviembre de 2000, C-286/98, *Stora Kopparbergs Bergslags AB / Comisión*, al afirmar en su apartado 29 que “*es igualmente inexacto afirmar que, de esta manera, el Tribunal de Primera Instancia atribuyó a la recurrente la carga de demostrar la independencia de conducta de su filial. En efecto, ante una posesión de la totalidad del capital de ésta, el Tribunal de Primera Instancia podía legítimamente suponer, tal como señaló la Comisión, que la sociedad matriz ejercía efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial, en particular tras constatar, en el apartado 85 de la sentencia recurrida, que la recurrente se había presentado en el procedimiento administrativo «por lo que se refería a las sociedades del grupo Stora, como el único interlocutor de la Comisión en relación con la infracción imputada».* En tales circunstancias, incumbía a la recurrente desvirtuar esta presunción aportando elementos de prueba suficientes”. En el mismo sentido lo razonan GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014) y DIEZ ESTELLA, F. Y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. (2013).

³⁵⁴ Cabe recordar tal y como se expuso en el capítulo anterior que el concepto de empresa en el Derecho de defensa de la competencia en la Unión Europea tiene un significado autónomo, debiendo entender como tal a cualquier organización, independientemente de su estatuto jurídico y modo de financiación, que oferte o demande bienes o servicios en el mercado. Las dos etapas siguientes son ratificadas en los apartados 50 y 51 de las Conclusiones del AG PITRUZZUELLA, de 15 de abril de 2021, asunto C-882/19, *Sumal SL / Mercedes Benz Trucks España SL*. Así, en el apartado 50, el Abogado General afirma que “*a estas dos etapas les sigue una tercera: la atribución de las obligaciones relativas al respeto de las normas de la competencia y de la responsabilidad a la empresa unitaria de ese modo identificada, compuesta por personas jurídicas distintas*”; añadiendo en el apartado 51 que “*la última etapa consiste en imputar de forma concreta la responsabilidad por la infracción cometida por la empresa a cada una de las entidades que la componen, las cuales, al disponer de personalidad jurídica, pueden ser el objeto de la imputación*”.

permitido al TJUE justificar, tal y como se expondrá a continuaci3n, que la responsabilidad de la filial pueda ser trasladada a la matriz sin conculcar — presuntamente— los principios de responsabilidad y legalidad de la potestad sancionadora.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ POR LAS ACTUACIONES ANTICOMPETITIVAS DE SU FILIAL: FUNDAMENTO Y CRÍTICAS

Como es sabido, la imputaci3n a la matriz de las infracciones en materia de defensa de la competencia cometidas por sus filiales est3 a la orden del d3a, resolviendo en este sentido tanto las autoridades de competencia nacionales y la europea, como los tribunales de ambos ordenamientos. De hecho, tal posibilidad, a pesar de no estar contemplada en el TFUE y haber sido construida por la jurisprudencia europea, s3 se encuentra positivizada en el art3culo 61.2 de la LDC³⁵⁵. Como se ha expuesto sucintamente en el apartado anterior, para poder atribuirle la responsabilidad a la sociedad matriz, la Comisi3n o la autoridad de competencia nacional tienen que hacer una primera imputaci3n “gen3rica” a la empresa —en la que est3 presente el principio de responsabilidad personal y el resto de principios de la potestad sancionadora— para, en un momento posterior, individualizar la imputaci3n en los sujetos responsables que ser3n los destinatarios de la resoluci3n sancionadora, todo ello porque, a pesar de que los art3culos 101 y 102 del TFUE y 1 y 2 LDC est3n dirigidos a las empresas como sujetos infractores, lo cierto es que no existe la posibilidad de declarar responsables a las mismas pues carecen de personalidad jur3dica, de patrimonio, etc³⁵⁶. El art3culo 61.2 de la LDC tampoco especifica el t3tulo al que

de esa responsabilidad y soportar las correspondientes consecuencias en t3rminos financieros”. De un modo similar lo declara el TJUE en STJUE de 12 de mayo de 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale* y otros al afirmar que “*no obstante, dado que tal infracci3n debe imputarse a una persona jur3dica a la que puedan imponerse multas, la aplicaci3n del concepto de «empresa» y, a trav3s de este, del de «unidad econ3mica», conllevan de pleno derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad econ3mica en el momento de la comisi3n de la infracci3n”*.

³⁵⁵ LDC. Art3culo 61. Sujetos Infractores. “1. (...).2. *A los efectos de la aplicaci3n de esta ley, la actuaci3n de una empresa es tambi3n imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento econ3mico no venga determinado por alguna de ellas. (...)”*. Tambi3n lo ha se3alado en este sentido la AN, sancionando a la matriz por el comportamiento anticompetitivo de la filial en aquellos casos en los que sea posible determinar que el comportamiento de la segunda viene impuesto por la primera. A modo ejemplificativo, la SAN de 19 de mayo de 2023 (rec. n3m. 33/2018); SAN de 19 de mayo de 2023 (rec. n3m. 24/2018) o SAN de 7 de diciembre de 2022 (rec. n3m. 232/2018).

³⁵⁶ En este sentido lo declaran ALFARO Y LIÑÁN, razonando que el TJUE parte de una premisa err3nea “*porque las empresas carecen de personalidad jur3dica y, por tanto, no pueden ser responsables de las infracciones cometidas por sus miembros. Tampoco el Derecho de la Competencia. Precisamente, el hecho de que no puedan dirigirse los procedimientos ni las decisiones sancionadoras a la empresa y sea necesario la identificaci3n de una persona f3sica o jur3dica destinataria de la decisi3n prueba que el ordenamiento*

responde la imputación, simplemente se limita a declarar también responsables a las matrices de los ilícitos de sus filiales cuando estas últimas no determinen su comportamiento de manera autónoma en el mercado. Por ello, tanto las autoridades de competencia como los tribunales avalan y aplican la jurisprudencia del TJUE, imputando, en un primer momento, la infracción a la empresa para, con posterioridad, individualizar la sanción.

Esta primera atribución que hacen las autoridades de competencia en virtud de la cual responsabilizan a la empresa de la infracción cometida por la filial es de gran trascendencia ya que es lo que permite, según reiterada jurisprudencia, que la responsabilidad de la matriz respecto de la actuación de la filial no se base en una responsabilidad objetiva sino propia, respetando de este modo el principio de personalidad sancionadora³⁵⁷.

A modo de recordatorio es conveniente recapitular y resaltar el punto en el que nos encontramos en relación con los supuestos en los que la matriz puede ser declarada responsable de la conducta antijurídica cometida por su filial. En primer lugar, podrá considerarse a la matriz responsable de las infracciones cometidas por sus filiales cuando la primera ejerza una influencia dominante sobre la conducta de la segunda, lo que se

jurídico europeo no pretende hacer responsables de las infracciones de estas normas a la empresa, entendida como unidad económica. (...) Cuando los artículos 101 y 102 TFUE se refieren a las empresas lo hace no como sujetos responsables de las infracciones que cometen las personas que lo integran sino como causantes materiales de tales infracciones”, concluyendo que “el viaje de ida y vuelta que hace el Tribunal: imputar la infracción cometida por la filial a la empresa en su totalidad para luego hacer responsable de dicha infracción otra vez a la filial y/o a la matriz carece de sentido”. Vid. ALFARO, J. Y LIÑÁN, P. (2012). “Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales”. REDU, págs. 232-233. En el mismo sentido, FERRER POGGIO declara que existe un conflicto entre el concepto de empresa de la UE y la necesidad de que, “desde el punto de vista sancionador, las eventuales resoluciones sancionadoras que adopte la Comisión Europea deben dirigirse necesariamente a entidades que posean personalidad jurídica”. Cf. FERRER POGGIO, E. (2013). También RUIZ PERIS razona al respecto que “será conveniente que el destinatario de la resolución tenga personalidad jurídica para que pueda obtenerse en vía ejecutiva el montante de la sanción y para que los posibles lesionados por la conducta infractora puedan identificar el sujeto respecto al cual deben interponer sus acciones”. Vid. RUIZ PERIS, J.I. (2004:109).

³⁵⁷ Así lo declara el TJUE, entre otras, en STJUE de 25 de marzo de 2021, C-611/16 P, *Xellia Pharmaceuticals y Alpharma/Comisión*, al afirmar que “cuando una empresa infringe las normas de la Unión en materia de competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción”. Del mismo tenor son las STJUE de 27 de abril de 2017, C-516/15, *Azko Novel y otros / Comisión*; STJUE de 14 de marzo de 2019, C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros*; STJUE de 12 de mayo de 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*; STJUE de 6 de octubre de 2021, C-882/19, *Sumal*; STJUE de 25 de marzo de 2021 C-152/19, *Deutsche Telekom/Comisión*; STJUE de 17 de septiembre de 2015, C-597/13, *Total/Comisión*; STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-434/13, *Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*; STJUE de 19 de marzo de 2015, C-286/13, *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión* o STJUE de 5 de marzo de 2015, asuntos acumulados C-93/13 y C-123/13, *Comisión y otro / Versali SPA y otro*.

presumirá en aquellos casos en los que la sociedad matriz sea titular del 100% del capital social o derechos de voto de la filial salvo que la primera aporte prueba que permita desvirtuar la presunción. En segundo lugar, también existe traslación de responsabilidad cuando entre ambas sociedades existan vínculos económicos, organizativos y jurídicos que permitan constatar que ambas constituyen una unidad económica, existiendo, igual que en el supuesto anterior, la presunción de que esto es así cuando la matriz posee la totalidad o cuasitotalidad de los derechos de voto o del capital social de la segunda.

Sin embargo, la solución dada por la jurisprudencia no es algo que haya sido acogido con agrado por la doctrina, lo que la ha llevado a ir un paso más allá y dilucidar acerca del título en virtud del cual, y con respeto a los principios que rigen la potestad sancionadora, podría entenderse efectuada dicha traslación de responsabilidad. Lo que se critica no es la posibilidad de que la matriz responda por el comportamiento anticompetitivo de la filial, sino el modo en el que la jurisprudencia ha configura dicha traslación de responsabilidad³⁵⁸.

Por ello, son muchas y muy variadas las soluciones aportadas por los diversos autores, si bien, considero que la manera más sencilla de entender y poder fundamentar de manera lógica la responsabilidad de la sociedad matriz respecto de la actuación de su filial es diferenciando en función del grado de intervención o participación que la primera haya tenido en la conducta anticompetitiva cometida por la segunda. Así, en las siguientes

³⁵⁸ Así, por ejemplo, HERRERO SUAREZ no cuestiona la posibilidad de que la matriz pueda ser declarada responsable de las actuaciones de su filial sino “*el camino seguido para llegar a esta consecuencia*”, fundamentando su argumentación en que la “*extensión de responsabilidad constituye una interpretación forzada del Tratado y tiene mal acomodo con los principios generales de imputación de responsabilidad, no encontrándose justificado, a nuestro juicio, por el principio de efectividad y efecto útil del Derecho comunitario*”. Vid. HERRERO SUAREZ, C. (2021:370-371). En el mismo sentido lo entiende GUTIÉRREZ GILSANZ, afirmando que el TJUE, en su interpretación, aplica el principio de responsabilidad personal de forma singular y concluyendo que “*no puede utilizarse la mención a la empresa en sentido económico (...) para imputar la responsabilidad a la unidad económica sobre la base de la singularidad del Derecho de la Competencia y al margen de los parámetros tradicionales de interpretación de los principios de personalidad y culpabilidad propios del Derecho administrativo sancionador*”. Cf. GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014:165-166). Por su parte, DIEZ ESTELLA Y PÉREZ FERNÁNDEZ fundamentan la negativa a aplicar el principio de personalidad a la empresa sobre la base de que “*los destinatarios de los derechos fundamentales previstos en la Carta de la Unión Europea, incluyendo el principio de responsabilidad personal, son las personas físicas o jurídicas*”, no siendo por tanto posible aplicar el principio a un ente sin personalidad. Cf. DIEZ ESTELLA, F. Y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. (2013:346). También CONTRERAS DE LA ROSA advierte de la quiebra con el principio de responsabilidad que supone responsabilizar a la matriz de las infracciones de la filial con base en la unidad económica ya que supone “*la extensión de la imputación de la infracción a otros sujetos que no son materialmente sus autores*”. Cf. CONTRERAS DE LA ROSA, I. (2016). “La responsabilidad por daños de la matriz por conductas anticompetitivas de su filial”. *RDCD*. También RUIZ PERIS considera que en virtud de esta interpretación puede sancionarse a quien, en principio, no sería considerado responsable como tal. Vid. RUIZ PERIS, J.I. (2004:53). También argumenta lo propio LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017:171).

líneas se tratará de exponer sucintamente las deficiencias que la doctrina ha encontrado en la argumentación del TJUE y las soluciones propuestas al efecto. Para ello, hay que partir de la premisa de que todas las infracciones a las que se hará alusión habrán de haber sido cometidas —aunque indirectamente— por la sociedad filial, siendo el único elemento cambiante en la clasificación la intervención real que la sociedad matriz tuvo en la conducta infractora.

1. LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ POR LAS INFRACCIONES DE LAS FILIALES EN LAS QUE INTERVIENE DIRECTAMENTE

El primero de los supuestos que conviene traer a colación trae causa de la jurisprudencia del TJUE en virtud de la cual se sanciona a la matriz que interviene directamente en la infracción cometida por la filial. En este caso, ha de existir una actuación material — anterior, posterior o simultánea— de la matriz en la infracción de la filial o viceversa, de modo que ambas, con su intervención, consiguieron el objetivo propuesto que no era otro más que llevar a cabo actuaciones prohibidas en materia de competencia.

Desde mi punto de vista es el supuesto que menos reparos presenta para con el principio de responsabilidad de las infracciones y sanciones ya que, aunque de diferentes formas, la sancionada ha participado de modo directo en la infracción consumada pudiéndosela considerar autora de la infracción.

A pesar de que no existe una definición de autor ni en la LRJSP ni en la LDC y, mucho menos, en el TFUE, si tomamos prestado el concepto unitario de autor propio del derecho penal —tal y como hace la LPSAPV en sus artículos 8 y 9—, la fundamentación de tal imputación es muy sencilla: la sociedad matriz responde como autora del ilícito anticompetitivo cometido conjuntamente por ambas sociedades ya que, conforme al referido concepto, cualquier sujeto que cumpla con los requisitos subjetivos del tipo y, además, intervenga en el hecho es considerado autor de los mismos³⁵⁹. La necesidad de

³⁵⁹ En este sentido lo declara GÓMEZ TOMILLO, afirmando que “*conforme al modelo unitario que apuntamos todo el que intervenga en el hecho causalmente y con los necesarios requisitos subjetivos es autor de tal hecho. El fundamento teórico básico de la construcción radica en la teoría de la equivalencia de las condiciones, esto es la igualdad de todas las aportaciones causales del resultado*”. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. (2018). En el mismo sentido razona lo propio DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, propugnando como nota característica de esta conceptualización del autor la ausencia de diferenciación entre autores y partícipes. Vid. DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2008). “Autoría y participación”. *Revista de estudios de la justicia*, nº10, págs. 13-14.

acudir a este concepto unitario de autor en lugar de tener en cuenta la concreta conducta que ha realizado la matriz y el alcance que la misma ha tenido para con el resultado final es precisamente que dicho concepto no distingue entre autores en sentido estricto, cooperadores necesarios y cómplices. De ahí la elección, ya que en ausencia de una teoría general de la autoría y la participación propia del derecho administrativo parece ilógico disgregar la concreta participación si, al final, lo único punible —salvo disposición legal expresa que autorice lo contrario— es la autoría.

Es cierto que esta fundamentación puede llevar aparejadas consecuencias tales como determinar qué se considera una aportación causal del resultado, pudiendo incluso sostenerse, como ya hace GÓMEZ TOMILLO, que la influencia de la sociedad matriz sobre la filial podría considerarse como una aportación a la conducta infractora, debiéndose considerar autora a la matriz también en estos casos³⁶⁰. Sin embargo, a pesar de estar conforme con el resultado, esta fundamentación no puede compartirse en tanto en cuanto, tal y como se expondrá a continuación, el hecho de que una empresa ejerza una influencia sobre el comportamiento de la segunda lo que ocasiona no es una coautoría de las dos sociedades, sino una única autoría de la sociedad dominante.

Volviendo a la responsabilidad de la matriz por su participación directa en la infracción es preciso señalar que, si bien la misma no presenta diferencias en cuanto al fallo de las resoluciones, lo que sí presenta notas distintivas es la fundamentación con base en la cual las autoridades de competencia podrán sancionar. A modo ejemplificativo podemos traer a colación la STG de 12 de diciembre de 2018, que confirma la sanción impuesta por la Comisión a la sociedad filial, declarando responsable solidaria de la misma a su sociedad matriz, por haber llevado a cabo prácticas anticompetitivas en el mercado. Para ello, la Comisión, tomando como punto de partida el principio de unidad económica, considera que ambas empresas forman una unidad económica y, con base en lo anterior, y para la cuantificación de la multa, se basa en el volumen de negocios de la sociedad matriz. El supuesto de hecho radica en que dos sociedades que pertenecen a un mismo grupo empresarial (matriz y filial) firman dos contratos con dos sociedades diferentes cuya consecuencia es un falseamiento de la competencia por impedir la entrada a nuevos competidores en el mercado del perindopril. De este modo, la sociedad matriz firma un contrato de transacción mientras que la filial, por su parte, celebra un contrato de licencia

³⁶⁰ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. (2018).

y suministro que, es cierto, ambos contratos conjuntamente producían el efecto de exclusión de competidores. La fundamentación jurídica que utiliza la Comisión y es ratificada por el TJUE para declarar la responsabilidad solidaria de la matriz, como se ha expuesto, no es otra que la unidad de comportamiento en el mercado³⁶¹.

Sin embargo, esta argumentación utilizada no parece respetar el principio de responsabilidad de las sanciones, ya que, al tratarse de dos sociedades unidas por vínculos económicos, jurídicos y organizativos, ni es necesario probar la participación de la matriz en la infracción, ni la culpabilidad de ésta en la misma. Simplemente, por poder considerar a ambas como una misma unidad económica opera de manera cuasi automática la traslación de la responsabilidad de la actuación de la filial por su matriz.

En virtud de lo expuesto, consideramos que, en favor de la seguridad jurídica, este planteamiento debe ser superado por los tribunales europeos y, consiguientemente, por los nacionales. Más lógico sería, desde nuestro punto de vista, imputarle a cada una de las sociedades la conducta que efectivamente hubiese realizado sin perjuicio de que la acción anticompetitiva pueda ser evaluada conjuntamente. Es decir, nos mostramos conformes con la posición del Tribunal que, para determinar si las acciones son susceptibles de falsear la competencia, toma en consideración todas ellas conjuntamente con independencia de su autor material, pudiendo utilizar para ello el concepto de empresa propio de la Unión Europea. Sin embargo, a la hora de realizar la imputación de la conducta a los sujetos —en lugar de atribuirle la responsabilidad a la unidad económica para, posteriormente, declarar la de la matriz— habrá de tenerse en cuenta la conducta efectivamente realizada por cada uno de ellos para, en un segundo momento, determinar el grado de intencionalidad de la misma. Es decir, dejando de un lado la teoría de la unidad económica y la concepción unitaria de empresa a la hora de atribuir responsabilidades, habría que declarar autoras de la práctica anticompetitiva tanto a la filial como a la matriz por haber realizado ambas actuaciones en el mercado con la intención de falsear el mismo. Solo de ese modo quedará salvaguardado el principio de responsabilidad y culpabilidad de las sanciones administrativas.

Es cierto que el fallo de la resolución no sería sustancialmente distinto, pues se mantendría la sanción a la matriz cuyo cálculo respondería a un 10% del volumen de sus negocios, pero, además, convendría sancionar también a la filial con base en su propia

³⁶¹ STG, de 12 de diciembre de 2018, T- 677/14, *Biogaran/comisión*.

responsabilidad por haber intervenido en la infracción, debiendo imponérsele una sanción independiente a la de la matriz, calculada con base en su propio volumen de negocios, sin perjuicio de que pudiera declararse a la matriz responsable subsidiaria del pago, no a título de responsable propiamente dicho, sino más bien como aseguradora de la multa de su filial³⁶².

Ahora bien, para poder aceptar la tesis arriba referenciada será necesario presuponer que ambas sociedades actúan en el mercado de manera independiente. En el caso contrario, es decir, cuando se pueda probar por la autoridad de competencia que la empresa filial no actúa autónomamente en el mercado, sino que sigue las instrucciones dadas por su sociedad matriz, habrá de aplicarse el segundo de los supuestos que se pasará a abordar a continuación.

2. EL EJERCICIO DE INFLUENCIA DECISIVA COMO FUNDAMENTO PARA RESPONSABILIZAR A LA MATRIZ DE LAS INFRACCIONES DE LA FILIAL

Una vez expuesta la responsabilidad de la matriz en aquellos supuestos en los que interviene directamente en la infracción cometida por su filial, en el presente epígrafe se pasará a abordar el supuesto radicalmente contrario. Aquí hay que partir de la base de que la sociedad matriz no interviene en la conducta de la filial realizando actuaciones materiales que tengan como resultado la consumación de la infracción, sino que lo que ocurre en este caso es que el único sujeto que interviene materialmente en la infracción es la filial sin perjuicio de que la misma no lo haga libremente —porque no determina de manera autónoma su comportamiento en el mercado—, sino que ésta se ve influenciada por las órdenes o directrices emanadas de su sociedad matriz. Por ello, para abordar esta cuestión, en un primer momento, se llevará a cabo un análisis crítico de la fundamentación que tanto el TJUE como el TS utilizan para respaldar la responsabilidad de la matriz en

³⁶² No parece descabellada del todo esta solución máxime si tenemos en cuenta, tal como exponen DIEZ ESTELLA Y PÉREZ FERNÁNDEZ, que el principio de unidad económica ya ha sido declarado por parte del Tribunal Constitucional alemán contrario al principio de culpabilidad y de personalidad de las sanciones. En este sentido, los referidos autores también proponen que *“la solución ideal debería consistir en la imposición de multas separadas, frente a la empresa matriz y a la filial en su caso, siempre y cuando ambas hubiesen vulnerado la normativa de defensa de la competencia, y cada una de las multas calculadas en función de la verdadera responsabilidad que hubiese tenido la empresa infractora en cuestión y de acuerdo con su volumen de ingresos individualmente considerado”*. Cf. DIEZ ESTELLA, F. Y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. (2013:355).

estos casos para, en un segundo momento, proponer una argumentación alternativa de acuerdo con las soluciones aportadas por la doctrina que respete los principios de la potestad sancionadora.

2.1. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ POR LA ACTUACIÓN DE LA FILIAL Y LOS CONFLICTOS PARA CON LOS PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

Como se ha reiterado a lo largo del presente capítulo, actualmente, la responsabilidad de la matriz por las infracciones cometidas por sus sociedades filiales ha sido configurada por la jurisprudencia del TJUE bajo el condicionante de la unidad económica. En este sentido, es constante la jurisprudencia que declara que cuando dos o más sociedades que forman parte de un mismo grupo no gozan de independencia a la hora de actuar podrán considerarse como una empresa, pudiendo imputar a la misma los ilícitos cometidos por cualquiera de ellas por ser la empresa la destinataria de las prohibiciones en materia de competencia³⁶³. Ahora bien, una vez imputada la responsabilidad a la empresa en su conjunto el TJUE se ve obligado a individualizar la sanción que cabe imponer a alguna o a todas las sociedades que forman la unidad económica de un modo un tanto cuasiautomático, con la única ventaja de que, conforme a su razonamiento, la sanción podrá calcularse tomando en cuenta hasta el 10% del volumen de negocio de la matriz sin que ello suponga aceptar una responsabilidad objetiva.

Como se ha expuesto con anterioridad, esta fundamentación no es compartida por la doctrina mayoritaria por entender que la misma no respeta los principios sancionadores,

³⁶³ En este sentido lo ha manifestado el TJUE, entre otras, en STJUE de 12 de mayo de 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*, afirmando que “*es preciso recordar que los autores del Tratado FUE decidieron recurrir, para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia, al concepto de «empresa», que designa, en este contexto, una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. De esa opción se deriva que, cuando una unidad de este tipo infringe las normas de la Unión en materia de competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción*”. En el mismo sentido se concluye en la STJUE de 14 de septiembre de 2017, C-588/15, *LG Electronics/Comisión*; STJUE de 21 de julio de 2016, C-542/14, *VM Remonts y otros*; STJUE de 9 de junio de 2016 C-608/13 P - *CEPSA/Comisión*; o STJUE de 26 de enero de 2017, C-625/13, *Villeroy & Boch/Comisión*. Además, hay que recordar, que el fundamento que permite a las autoridades de competencia y a los tribunales apreciar si existe o no unidad de empresa ha sido expuesto en el epígrafe II del presente capítulo.

cuestión que ha sido refutada por el propio TJUE bajo la premisa de que los principios se aplican respecto de la empresa en su conjunto y no respecto de las sociedades individualmente consideradas que integran la misma³⁶⁴.

Tras haber analizado el razonamiento plasmado por el TJUE en su jurisprudencia, parece ser que la aplicación de los principios sancionadores la utiliza según su propia conveniencia. Si en un primer momento el Tribunal de Justicia de la UE defendía la posibilidad de aplicar el principio de responsabilidad en la primera fase de la imputación, es decir, a la empresa entendida como grupo infractor, no aplica lo mismo respecto del requisito de la culpabilidad. Parece ser que, para el TJUE, en el momento en el que no benefician su fundamentación, los referidos principios pierden su eficacia, no siendo aplicable el principio de responsabilidad en la segunda fase de la imputación ni el principio de culpabilidad en la primera.

Centrándonos en el requisito de la culpabilidad, puesto que del principio de responsabilidad personal ya se ha hecho lo propio en líneas precedentes, parece poder afirmarse sin sonrojo que la intencionalidad de la matriz no es tenida en cuenta por el TJUE a la hora de imputar la responsabilidad de la actuación cometida por su filial. En efecto, el TJUE se basa única y exclusivamente en la culpabilidad de la conducta llevada a cabo por la filial sin exigir una mínima culpabilidad directa de la matriz en la actuación anticompetitiva —más allá de poseer la totalidad o la cuasitotalidad del capital social o de los derechos de voto de la filial—, o una culpabilidad de grupo.

El requisito de la culpabilidad se desprende del artículo 23.2 del Reglamento 1/2003, al afirmar en el apartado segundo que la Comisión podrá sancionar a las empresas que infrinjan lo dispuesto en los artículos 101 y 102 TFUE cuando su actuación haya sido

³⁶⁴ Ver notas a pie de página 355 y 356. A mayor abundamiento, autores como GÓMEZ TOMILLO, LAGUNA DE PAZ Y ALFARO, consideran que este modo de atribución de responsabilidad, además de ser contrario al principio de responsabilidad personal, está fuertemente motivado, no solo por el efecto disuasorio que supone el incremento indirecto que sufren las sanciones sino también por un claro objetivo recaudador. Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017:170); ALFARO, J. Y LIÑÁN, P. (2012:245; GÓMEZ TOMILLO, M. (2018); y BROKELMANN, H. (2020). “La sentencia Skanska del TJUE: el concepto de “empresa” en las acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº12, pág. 910. Esto último, además de por los autores referenciados ha sido puesto de relieve por el TJUE en STJUE de 10 de abril de 2014, C-231/11, *Comisión/Siemens Österreich y otros et Siemens Transmission & Distribution y otros / Commission*, al afirmar que “*el objetivo del mecanismo de solidaridad consiste en que constituye un instrumento jurídico adicional puesto a disposición de la Comisión con el fin de reforzar la eficacia de su acción en materia de recaudación de multas impuestas por infracciones del Derecho de la competencia, puesto que este mecanismo reduce el riesgo de insolvencia a que se enfrenta la Comisión en su condición de acreedor de la deuda que representan estas multas, lo que contribuye al objetivo disuasorio perseguido por regla general por el Derecho de la competencia, como por otro lado afirmó el Tribunal General, esencial y fundamentalmente, en el apartado 151 de la sentencia recurrida*”.

deliberada o por negligencia³⁶⁵. Pero además, el artículo 48.1 de la CDFUE y el artículo 6.2 del CEDH también ratifican la necesidad de apreciar culpa en la conducta del sujeto infractor, artículos que son plenamente aplicables a las sanciones administrativas en tanto en cuanto las mismas tienen naturaleza cuasi penal³⁶⁶. No obstante, el TJUE considera suficiente la culpabilidad de la filial en la infracción para poder trasladar la misma al grupo bajo la fundamentación de la unidad económica sin aportar mayores argumentos al respecto. Son inexistentes los pronunciamientos del TJUE en los que se analiza la culpabilidad de la matriz, más bien al contrario. Lo que la jurisprudencia europea hace es basar toda la culpabilidad en la unidad de empresa —haciendo uso de la presunción—sin exigir el plus de culpabilidad que es aconsejable, o una mínima actuación por parte de la matriz en la infracción, lo que choca con lo concluido en numerosos de sus pronunciamientos en los que ha declarado que:

“cuando, como en el presente asunto, una decisión de aplicación del Derecho de la Unión en materia de competencia afecta a varios destinatarios y se refiere a la imputabilidad de la infracción, dicha decisión debe estar suficientemente motivada en lo que respecta a cada uno de sus destinatarios, y en especial respecto a los que, según esa decisión, deben asumir las consecuencias de tal infracción. Así pues, respecto de una sociedad matriz considerada responsable del comportamiento infractor de su filial, dicha decisión debe contener, en principio, una exposición detallada de los fundamentos que pueden justificar la imputabilidad de la infracción a esta sociedad”³⁶⁷.

³⁶⁵ Concretamente, el tenor literal del apartado segundo del artículo 23 del Reglamento 1/2003 es como sigue “2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia: a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado; b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento; c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento”.

³⁶⁶ Así, el artículo 48.1 de la CDFUE establece que “todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”; mientras que, por su parte, el artículo 6.2 del CEDH declara que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”. La extensión en la aplicación de estos textos ha sido declarada expresamente por la jurisprudencia del TEDH, habiéndose afirmado al respecto en STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Affaire A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, (Requête no 43509/08), que “*compte tenu des divers aspects de l’affaire, et ayant examiné leur poids respectif, la Cour estime que l’amende infligée à la société requérante a un caractère pénal, de sorte que l’article 6. 1 trouve à s’appliquer, en l’occurrence, sous son volet pénal. Partant, il convient de rejeter l’exception soulevée par le Gouvernement quant à l’inapplicabilité ratione materiae de l’article 6 de la Convention*”. También en este sentido lo ha declarado el AG BOT en Conclusiones de 26 de octubre de 2010, C-352/09, *ThyssenKrupp Nirosta/Comisión*, afirmando que “*si bien es cierto que tal procedimiento no pertenece en sentido estricto a la materia penal, no lo es menos que el mismo tiene carácter cuasi-represivo. En efecto, las multas que prevé el artículo 23 del Reglamento nº 1/2003 son equiparables, por su naturaleza e importancia, a una sanción penal y la Comisión, habida cuenta de sus prerrogativas de investigación, instrucción y decisión, interviene principalmente de manera represiva frente a las empresas. Considero por ello que dicho procedimiento está incluido en la «materia penal» en el sentido del artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y debe, por tanto, observar las garantías previstas por el componente penal de la citada disposición*”.

³⁶⁷ STJUE de 29 de septiembre, C-521/09, *Elf Alquitaine SA /comisión*. En el mismo sentido lo declara el TG en STG de 16 de junio de 2011, T-185/06, *L’Air liquide/Comisión*, afirmando del mismo modo que

A pesar de lo anterior, es constante la tesis mantenida por la doctrina que, al igual que con la personalidad de las infracciones y sanciones, tampoco aceptan la interpretación facilitada por el TJUE en virtud de la cual la culpabilidad se puede apreciar respecto de un ente jurídico sin personalidad y mucho menos, trasladar la culpabilidad directamente de la filial a la matriz o al grupo empresarial³⁶⁸.

Todas las deficiencias referenciadas quedan, a juicio del tribunal, justificadas en aras de un interés mayor que es la protección de la competencia en el mercado. Pero, si bien la intención es buena, el fin no justifica los medios, y pudiendo el TJUE fundamentar una responsabilidad de la matriz basada en una culpa propia y con respeto al principio de responsabilidad personal, no parece suficiente avalar la responsabilidad de la matriz tal y como está configurada en la actualidad. Por ello la doctrina se ha encargado de plantear soluciones alternativas que, si bien *a priori* parecen justificar de una manera lógica la imputación a la matriz de las infracciones cometidas por su filial, lo cierto es que las mismas también presentan algunas deficiencias. Por ese motivo, las siguientes líneas tratarán de exponer algunas de las tesis mantenidas por la doctrina como solución alternativa a la ya referenciada que, a nuestro juicio, habilitan la traslación de la

“cuando una decisión de aplicación del artículo 81 CE afecta a varios destinatarios y plantea un problema de imputabilidad de la infracción, como ocurre en el presente asunto, dicha decisión debe estar suficientemente motivada en lo que respecta a cada uno de sus destinatarios, y en especial a los que, según esa decisión, deben asumir tal infracción. Así pues, respecto de una sociedad matriz considerada responsable del comportamiento infractor de su filial, dicha decisión debe contener una exposición detallada de los fundamentos que pudieran justificar la imputabilidad de la infracción a esta sociedad”. Del mismo tenor es la STG de 16 de junio de 2011, T-196/06 *Edison/Comisión*; STG de 15 de septiembre de 2011, T-234/07, *Koninklijke Grolsch NV/Comisión*.

³⁶⁸ En este sentido, entre otros, lo razona SALA ARQUER, considerando que la presunción de unidad de acción existente entre la empresa matriz y su filial no es motivo suficiente para excluir la culpabilidad de la primera a la hora de imputarle la infracción de la segunda. Así, el referido autor afirma que *“en mi opinión no cabe aplicar a las entidades en cuestión la consideración de «única empresa». Y en ese caso, son de aplicación los principios constitucionales que con carácter general vertebran el Derecho sancionador en relación con la responsabilidad solidaria: culpabilidad y personalidad de la pena”*. Vid. SALA ARQUER, J.M. (2013). “La responsabilidad de la matriz por la conducta contraria a la competencia de una sociedad filial: una perspectiva desde el Derecho Administrativo Sancionador”, en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.) *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*. Civitas, pág. 215. En términos similares y con una analogía a la relación paterno filial, THOMAS critica la sanción a la matriz que no ha intervenido en la infracción de la filial con base en la ausencia de culpabilidad. Afirma, de este modo, que *“yet if no alternative behaviour of the parent could have avoided the fine, the parental sanction does not make sense anymore. And this easily explains why nowhere else in criminal does there exist anything like the attribution of liability to persons who were not involved in the infringement in some way”*. Cf. THOMAS, S. (2015). “Guilty of a Fault that One Has Not Committed: The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried Out by the Commission and the European Courts In EU-Antitrust Law”. *Journal of European Competition Law & Practice*, pág. 16. En términos parecidos también lo razonan DIEZ ESTELLA, F Y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. (2013:346-347); GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014:268-270); ALFARO, J. Y LIÑÁN, P. (2012:234-235); o WHAL, N. (2012). “Parent company liability – A question of facts or presumption?”. *19th St.Gallen International Competition Law Forum ICF*, págs. 6-12.

responsabilidad de la matriz por la actuación de la filial cuando se pueda constatar que la primera ejerce una influencia dominante sobre la segunda.

2.2. LA AUTORÍA MEDIATA PROPIA DEL DERECHO PENAL COMO SOLUCIÓN ALTERNATIVA A LAS DEFICIENCIAS PLANTEADAS.

Como se puede observar en el apartado precedente, son muchas las cuestiones que la doctrina ha señalado respecto de los problemas que plantea la imputación de la matriz basada en haber ejercido una influencia dominante sobre la filial, siendo las mismas la falta de antijuridicidad de la conducta de la matriz, la ausencia de culpabilidad y la quiebra del principio de personalidad de las infracciones y las sanciones. Todo ello, teniendo en cuenta que la argumentación dada por el TJUE y los tribunales nacionales se basa en la imputación de la conducta de la matriz a la unidad económica para, en un segundo momento, individualizar la responsabilidad y declarar responsable a cualquiera de las sociedades que forman parte de la unidad, correspondiendo esa imputación, con cierta asiduidad, a la sociedad matriz. A pesar de que la solución puede considerarse acertada en aras de la protección del mercado común europeo y el efecto disuasorio que las consecuencias derivadas de los ilícitos *antitrust* debe tener en los operadores económicos, la fundamentación parece más sencilla a nuestro juicio si, en lugar de dar tantas vueltas, la argumentación de la misma se basa en la teoría clásica de los autores del derecho penal³⁶⁹.

Como ya se expuso en el primer capítulo del presente trabajo, pese a las similitudes regulatorias entre la legislación penal y la administrativa, y la posibilidad de aplicar los principios inspiradores del derecho penal en el ámbito del derecho administrativo

³⁶⁹ Así, son diversos los autores que, con base en la tradicional responsabilidad del derecho penal, proponen soluciones alternativas. Así, por ejemplo, ALFARO Y LIÑÁN catalogan de responsabilidad objetiva la responsabilidad que la matriz tiene para con la actuación de la filial pese a la negativa del TJUE. Cf. ALFARO, J. Y LIÑÁN, P. (2012: 247-249). Partiendo de la exigencia de la culpabilidad en la conducta de la matriz para poder atribuirle la responsabilidad de la filial, RUIZ PERIS justifica la traslación en la figura de la inducción. Así, el referido autor argumenta que “*el fundamento de la imputación estriba, en el caso que nos ocupamos en la efectiva coautoría por parte de la dominante del hecho a través del mecanismo de la inducción que se configura como un comportamiento típicamente doloso. La controladora a través del ejercicio de la influencia dominante derivada del poder de control induce a la controlada a realizar la conducta como consecuencia de las instrucciones impartidas o del seguimiento por aquella de las instrucciones genéricas que conllevan necesariamente la realización de la conducta infractora, y por ello se le pueden imputar las consecuencias del mismo*”. RUIZ PERIS, J.I. (2004:179). Otra configuración alternativa de la responsabilidad es la de la autoría mediata que se expondrá a continuación, habiendo afirmado lo propio en este sentido GÓMEZ TOMILLO, M. (2018) o GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014).

sancionador, lo cierto es que una de las principales diferencias entre ambos ordenamientos es la ausencia, en el ordenamiento administrativo sancionador, de una teoría general de la autoría y la participación de las infracciones administrativas; cuestión que, sin embargo, si aparece resuelta en los artículos 27 al 29 del CP³⁷⁰. Este último declara punibles tanto las conductas realizadas por los autores como por los cómplices, entendiendo por autor, no sólo al autor o autores materiales del hecho y al autor mediato, sino ampliando el concepto a otros sujetos que, no siendo técnicamente autores como tal, su conducta es decisiva para la comisión del delito: inductores y cooperadores necesarios.

En el derecho administrativo sancionador, serán responsables de las infracciones, con carácter general, los autores, y según lo dispuesto en el artículo 61.1 y 2 de la LDC serán responsables de las infracciones en materia de defensa de la competencia las personas jurídicas que realicen materialmente las acciones tipificadas como infracciones y, además, aquellas sociedades que dirigen el comportamiento en el mercado de otras, de las que se sirven para cometer la infracción; lo que puede llevarnos a fundamentar la responsabilidad de la matriz por la actuación de la filial bajo la teoría del autor mediato propio del derecho penal³⁷¹.

El autor mediato en el derecho penal se ha configurado como un verdadero modo de autoría y se contempla para aquellos supuestos en los que una persona se sirve de otra como instrumento para consumar un delito. En estos casos, el autor, que es “el hombre de atrás”, es el que tiene la voluntad de llevar a cabo una acción antijurídica y para ello se sirve de otra persona que ejecute su deseo³⁷². A pesar de las discrepancias que durante

³⁷⁰ Me refiero, en concreto, a la ausencia de una teoría de la autoría y participación de carácter básica ya que, como ya se ha mencionado, la LPSAPV sí contiene la misma en sus artículos 8 y 9.

³⁷¹ Como norma básica, el artículo 28 de la LRJSP establece la responsabilidad de los autores de la infracción, afirmando al respecto que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”. De ahí que se haya negado la posibilidad, salvo que una ley establezca lo contrario, de sancionar la participación en una infracción ajena. Cf. CANO CAMPOS, T. (2018:98). No obstante lo anterior, el artículo 62.2 acepta la responsabilidad de una sociedad por la infracción cometida por otra, no como una responsabilidad objetiva ni como una forma de participación en una infracción ajena, sino como una infracción propia, argumento que pasará a desarrollarse a continuación.

³⁷² De este modo, RODRÍGUEZ MOURULLO concluyó que “la noción de autoría mediata responde a una realidad sustancial: La de que los hombres pueden realizar ciertos hechos a través de otras personas que actúan como instrumentos. La interposición de estas personas no impide en absoluto que aquellos hechos aparezcan también entonces como obra del hombre que actúa desde detrás”. Cf. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1969). “El actor mediato en Derecho penal español”. *ADPCP*, pág. 468. En el mismo sentido, DEMETRIO CRESPO, afirmó que “la autoría mediata es una figura con sustantividad propia reconocida como forma de autoría en el CP español, cuya necesidad se manifiesta en todos aquellos casos en los que el autor no ejecuta el hecho de forma físico-corporal, sino que en lugar de una ejecución de propia mano

años existieron en la doctrina penal acerca de la configuración del autor mediato como un verdadero autor o no, finalmente y bajo la fundamentación de la teoría del dominio del hecho, parece mayoritaria la postura favorable a reconocer a esta figura la condición de autor en sentido estricto.

De hecho, la propia jurisprudencia del TS ha equiparado la autoría mediada a la autoría material tradicional clásica del derecho penal, habiéndose también apuntado como requisitos para que se pueda hablar de autoría mediata que el instrumento haya actuado sin dolo, con error de tipo o de prohibición, o su actuación sea consecuencia de haber sido coaccionado. En este sentido, la STS de 17 de mayo de 2016 (rec. núm. 1302/2015) concluye que:

“el art. 28 CP, al definir la autoría entiende por autores "quienes realizan un hecho... por medio de otro del que se sirven como instrumento". En efecto la autoría del hecho supone e implica la titularidad de la acción, o dominio del hecho, o sea la determinación del sujeto que promueve, realiza, ejecute y lleva a efecto la ideación criminal. Prescindiendo del inductor o del cooperador necesario, la autoría se proyecta a través de diversas y distintas modalidades, ya sea la autoría directa o indirecta, ya sea la autoría mediata o inmediata. En todo caso implica, la titularidad de la acción criminal”³⁷³.

Como ya se ha adelantado, la fundamentación que ha permitido aceptar al autor mediato como un verdadero autor es consecuencia de la construcción realizada por la doctrina penal de la teoría del dominio del hecho que ha sido acogida por los tribunales nacionales. En virtud de la misma solo puede ser considerado como autor la persona o personas que

del tipo opta por la realización del mismo a través de un instrumento”. Vid. DEMETRIO CRESPO, E. (2001). “Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata”. RDPC, vol. 22, nº 73, pág. 31. Del mismo modo, BOLEA BARDÓN ha definido la autoría mediata como “una forma de autoría que se caracteriza por la comisión de un delito a través de otra persona. La persona de detrás realiza el tipo pese a no ejecutar de propia mano la acción descrita en el mismo”. Cf. BOLEA BARDÓN, C. (2003). “La autoría mediata en algunos supuestos de error”. RDPC, nº12, pág. 13. También SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES califica la autoría mediata como aquel supuesto en el que el ilícito se despliega por la conducta de dos hombres. Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (1998). “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»”. ADPCP, pág. 320.

³⁷³ STS (Sala segunda) de 17 de mayo de 2016 (rec. núm. 1302/2015). La misma afirma que “*como se ha dicho, el autor mediato tiene también el dominio del hecho, aunque a través del dominio de la voluntad de otro, llamado instrumento, que es el que realiza el tipo en forma inmediata. Esta autoría se dará en los siguientes supuestos. a) cuando “el instrumento”, esto es el que obra directamente, lo hace sin dolo; b) cuando el “instrumento” obre con error de tipo o con error de prohibición, en cuyo caso aquél, al no conocer la prohibición no domina su voluntad, sino tan solo su acción, lo que es aprovechado por el autor mediato; c) cuando obre coaccionado, debiendo apreciarse aquí la intensidad de la coacción para estimar si hay autoría mediata o inducción*”. En el mismo sentido lo ha declarado en STS (Sala segunda) de 25 de octubre de 2019 (rec. núm. 1473/2018). En términos similares lo expone en STS (Sala segunda) de 19 de diciembre de 2012 (rec. núm. 10615/2012), afirmando que “*de esta forma, el Código está reconociendo que no solo es autor quien ejecuta el verbo típico, sino que también pueden serlo otros que intervienen en el hecho delictivo sin ejecutarlo. Pues el autor mediato no lo hace en ningún caso. Y la ausencia de ejecución personal del verbo típico no impide establecer la coautoría respecto de todos los que intervienen en determinadas condiciones en la ejecución del hecho*”.

tienen en el dominio del hecho delictivo, lo que ha permitido —no sin ciertas críticas u objeciones— considerar autor al “hombre de atrás” en la autoría mediata y, además, distinguir al autor de los partícipes del delito. De este modo, y como una forma específica del dominio del hecho, se encuentra el dominio de la voluntad del hecho, que se personifica en la persona que, sin haber realizado la conducta antijurídica, tenía el control de la misma³⁷⁴.

De la mano de ROXIN la concepción de la autoría mediata tradicional fue un paso más allá aceptando y aplicando la misma para sancionar a los miembros que se encuentran en la cúspide de las organizaciones criminales. Tal y como razona ROXIN, “*ésta se basa en la tesis de que, en una organización delictiva, los que están detrás de ella y que ordenan la comisión de delitos, teniendo un poder autónomo de dar órdenes, también podrían ser hechos responsables como autores mediatos aun cuando los ejecutores directos puedan ser penados igualmente como autores plenamente responsables*”³⁷⁵. Para ello, habrán de darse tres requisitos acumulativos que consistirán en la existencia de un poder de mando, un aparato de poder que no actúe conforme a derecho y la posibilidad de sustituir a los ejecutores directos del hecho delictivo³⁷⁶.

³⁷⁴ GÓMEZ BENÍTEZ lo expone de este modo, afirmando que, junto con el dominio de la acción, que es lo que tradicionalmente se ha considerado para imputarle la conducta antijurídica al autor material, existe también el dominio de la voluntad, siendo este el “*criterio que se corresponde a la autoría mediata y que, por tanto, se manifiesta como instrumentalización de otro, de tal manera que el hecho aparece como obra de la voluntad rectora y no del actuante directo*”. Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (1984). “El dominio del hecho en la autoría”. *ADPCP*, pág. 109. En el mismo sentido lo expone GIMBERNAT ORDEIG, E. (2014). “Autor y cómplice en derecho penal medio siglo después”. *Jueces para la democracia*, nº 81, págs. 60-62. El ejemplo más claro respecto de la autoría mediata lo encontramos en la actuación de una enfermera, que sin ser conocedora de que la dosis recetada por el médico (con intención de matar al paciente), se la inyecta al paciente causándole la muerte.

³⁷⁵ ROXIN, C. (2009). “Dirección de la organización como autoría mediata”. *ADPCP*, págs. 51-52. En el mismo sentido, BOLEA BARDÓN afirma en relación con la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder que “*gracias a ella se logra castigar a título de autores a los dirigentes de organizaciones criminales, en virtud del superior dominio que aquellos ejercen sobre el hecho a pesar de no actuar los ejecutores ni en error ni bajo coacción*”. Vid. BOLEA BARDÓN, C. (2000). *Autoría mediata en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, pág. 344. También FERNÁNDEZ IBÁÑEZ concluye que “*la clave para reconocer la existencia de una autoría mediata consistiría de esta manera en el necesario reconocimiento de una situación de instrumentalización que otorgue a quien se sirve de la misma un dominio relevantemente superior a quien la sufre*”. Cf. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E. (2006). *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, pág. 119.

³⁷⁶ ROXIN, C. (2009:59-63). Siguiendo a Roxin y su teoría de la organización, FARALDO CABANA explica la misma afirmando que “*esta última modalidad del dominio de la voluntad consiste en la utilización por parte del hombre de atrás de una maquinaria personal (casi siempre organizada estamentalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor, puesto que se trata de una organización que funciona automáticamente, sin que importe la persona individual del ejecutor, que es fungible, dato del que es consciente el hombre de atrás pues sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global*”. Vid. FARALDO CABANA, P. (2009). “La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con

A pesar de lo interesante de esta fórmula y la posibilidad que tienen nuestros tribunales de aplicarla en sus pronunciamientos, lo cierto es que no existe ninguna condena que acoja como fundamento para sancionar esta construcción de la autoría mediata; sin embargo, los tribunales sí han hecho referencia a la misma en algunas de sus resoluciones³⁷⁷.

De todo lo expuesto hasta ahora en relación con la configuración que la doctrina penal ha realizado de la autoría mediata podemos concluir que, además de haberse configurado

aparatos organizados de poder”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 13, pág. 148. Del mismo modo OLÁSOLO ALONSO expone que “*en este tipo de casos, los protagonistas principales son los dirigentes que planean la comisión del delito, instruyen a las estructuras organizadas de poder que controlan para que se ejecute, supervisan cómo los superiores de nivel medio definen con mayor detalle el plan por ellos orquestado, y hacen seguimiento a la manera en que los miembros de menos rango de la organización lo ejecutan y realizan materialmente los elementos objetivos del delito*”. OLÁSOLO ALONSO, H. (2013:193). En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F. (2002). “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”. *RP*, nº9, págs. 62-63; o QUINTERO OLIVARES, G. (2018:79-83).

³⁷⁷ A modo de ejemplo, la STS (Sala segunda) de 17 de julio de 2008 (rec. núm. 10012/2008), a pesar de no condenar por ello, esboza los requisitos de la autoría mediata por dirección de organización. En este sentido, el TS declara que “*tampoco puede declararse su responsabilidad como autor de los hechos delictivos sobre la única base de su posición como dirigente, en general, de la organización terrorista. Sería preciso para ello, como primera exigencia, acreditar que los hechos fueron ejecutados por miembros de la organización que él dirige, y en segundo lugar sería necesario establecer que los límites de sus responsabilidades en la organización le permitían no solo conocer la probabilidad o, incluso, la cercanía del suceso, sino que además le autorizaban a intervenir de alguna forma relevante en la decisión relativa a su ejecución o a la suspensión de la misma. No consta ninguna clase de relación de ese tipo precisamente con esos hechos, lo que impide considerarlo responsable de los mismos. La doctrina se ha cuestionado la responsabilidad del dirigente de una organización criminal respecto de hechos ejecutados por ésta en los que no interviene directamente. El llamado "hombre de atrás" puede ser considerado autor mediato en supuestos de crímenes cometidos en el ámbito de estructuras organizadas de poder. Aunque pensada para estructuras estatales al margen de la ley, la teoría podría ser aplicada si las características determinantes cuya existencia se aprecia en aquellas, son también comprobables en otra clase de estructuras. Entre esas características pueden señalarse la posición fuera de la ley; la jerarquía, que permite tanto dar la orden como su revocación, ambas de seguro cumplimiento; la responsabilidad del autor material por el hecho cometido, y la fungibilidad de éste. Pero siempre será necesario, como se ha dicho, establecer la relación del autor mediato con el hecho cometido, al menos en orden al conocimiento de su ejecución en el marco de sus responsabilidades en la organización. Bien porque haya dado la orden o bien porque, conociéndola, pueda revocarla con éxito*”. Previamente a la anterior, la SAN (Sala de lo Penal) de 31 de octubre de 2007 (rec. núm. 5/2005), ya había declarado los requisitos para poder apreciar este tipo de autoría mediata. Así, la AN declaró que “*en general, sin ánimo de ser exhaustivos, en los casos de grupos terroristas la cúpula responde de los delitos de resultado ejecutados por la base cuando: a) se prueba la orden misma, b) si a falta de lo anterior se acredita la existencia de una determinada estructura y dependencia jerárquica, c) y se demuestra que efectivamente hubo contacto o relación temporo-espacialmente compatible entre el dirigente y el ejecutor, relación de la que, en conjunción con el anterior elemento se pueda deducir que existió la orden, o d) al menos se acredita la existencia de un canal de transmisión de órdenes estable, de forma que, probada la condición de dirigente del procesado y de miembro de base del destinatario, sea posible atribuir al dirigente la orden con carácter general*”. Por ello y en línea con lo que se acaba de mencionar, GIL GIL concluye al respecto que a pesar de que nuestros tribunales no han sancionado nunca bajo esta rúbrica, esto puede deberse a “*la amplitud con la que nuestros tribunales interpretan otras figuras, como la coautoría o la inducción, y la posibilidad de castigar al partícipe con la misma pena que al autor que concede la figura del cooperador necesario, todo lo cual hace innecesaria en la mayoría de las ocasiones acudir a nuevas construcciones*”. Vid. GIL GIL, A. (2008). “La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española”. *ADPCP*, nº 61, pág. 84.

como una verdadera forma de autoría en nuestro Código Penal, la misma resuelve el problema de imputación en aquellos casos en los que el autor material no tiene el dominio de la voluntad de la acción delictiva, permitiendo, por ende, sancionar a quien a través del comportamiento de un tercero tiene la intención de cometer un delito. Sin perjuicio de que la autoría mediata se haya aplicado tradicionalmente a las personas físicas, entendemos que si se adecuasen las exigencias de este modo de autoría a las peculiaridades propias de la responsabilidad de las personas jurídicas no habría inconveniente alguno en sancionar bajo esta forma de autoría a estas últimas. No obstante, al haberse configurado la responsabilidad penal de las personas jurídicas de un modo diferente a cómo se ha hecho en el ámbito del derecho administrativo sancionador — aceptándose en el derecho penal la responsabilidad de las personas jurídica por no haber implantado programas de cumplimiento normativo—, lo cierto es que no se han encontrado referencias jurisprudenciales de la pretendida aplicación.

En el ámbito del derecho de defensa de la competencia que ahora nos ocupa se podría abogar por la utilización de esta figura propia del derecho penal para fundamentar la imputación de la infracción cometida por la sociedad filial a su matriz en aquellos casos en los que la primera no determina en el mercado su conducta de modo autónomo, sino que sigue las instrucciones que le imparte esta última. Parece ser que este es el enfoque que el art. 61.2 de la LDC quiere darle a la responsabilidad de la matriz por la actuación de la filial al establecerse como requisito para apreciar la responsabilidad de la primera, que la segunda no haya determinado su comportamiento en el mercado. Esta ausencia de comportamiento autónomo no es, sino, ausencia de voluntad; es decir, la filial que sigue las instrucciones que le da su sociedad matriz y como consecuencia de las mismas comete una infracción, no tiene la voluntad real de cometerla, sino que el elemento volitivo se concentra en la matriz que, como ocurre en la autoría mediata, es la persona que tiene el dominio de la voluntad y se ha servido de la filial como instrumento ejecutor³⁷⁸.

³⁷⁸ A pesar de que la tesis de la autoría mediata no ha sido acogida por la doctrina administrativista para fundamentar la responsabilidad matriz-filial, GÓMEZ TOMILLO respalda esta tesis. El referido autor, bajo la premisa de identificar a la matriz con el hombre de atrás y a la filial como el instrumento, razona, además, que “*por lo que respecta a la exigencia de un déficit en esta última, debe considerarse, por una parte, que puede identificarse con la ausencia de autonomía para tomar decisiones y, por otra, que en el Derecho Penal de las personas físicas se viene aceptando, también, la figura del autor detrás del autor*”; para seguir argumentando, acto seguido, que el fundamento de tal construcción doctrinal se basa en el dominio del hecho de la sociedad instrumental. No obstante, concluye al respecto que “*el dominio de la voluntad no tiene por qué extrapolarse como criterio definitorio de la autoría mediata en el Derecho Penal de las personas jurídicas, pudiéndose sustituir por otro más adecuado a estas últimas estructuras, como, por ejemplo, el dominio social*”. Cf. GÓMEZ TOMILLO, M. (2021). “Bases para la aplicación en el espacio del

Como es sabido, para poder declarar responsable a una persona física o jurídica será necesario que la misma haya realizado una conducta típica, antijurídica y, además, que su actuación sea dolosa o culposa. Ya se han puesto de manifiesto las deficiencias que la construcción jurisprudencial de la teoría de la unidad económica propiciada por el TJUE tiene para con los principios de la potestad sancionadora, sin embargo, las quiebras referenciadas desaparecen si el fundamento de la imputación a la matriz es la autoría mediata. Esta construcción permitiría apreciar una culpa directa de la matriz en la infracción cometida por su filial en aquellos casos en los que la última no decide su comportamiento en el mercado en tanto en cuanto la primera es la que tiene el dominio de la voluntad de la acción mientras que la segunda se limita a cumplir las directrices emanadas de la matriz. Se cumple, por tanto, con la exigencia de la culpabilidad que deriva del principio de responsabilidad y se materializa en una culpa directa por una acción propia —aunque ejecutada por un tercero—³⁷⁹.

Además, pese a no existir un reconocimiento expreso de la autoría mediata como modalidad de la autoría en nuestra legislación administrativa, al reconocerse en el art. 61.2 de la LDC la posibilidad de imputarle a una empresa el comportamiento de otra cuando la última no determina libremente su comportamiento en el mercado sino que sigue instrucciones de la primera, lo cierto es que podría defenderse el reconocimiento implícito de esta figura, no contraviniendo el principio de legalidad³⁸⁰.

Derecho Administrativo Sancionador: principio de territorialidad y responsabilidad de las sociedades matrices por los hechos de las filiales” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas, págs. 430-431. También GUTIÉRREZ GILSANZ justifica la imputación de la conducta de la filial a la matriz en este sentido, afirmando al respecto que “*en realidad la matriz responde porque participa, si se quiere, de forma indirecta o mediata, en la conducta anticompetitiva*”. Cf. GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014:269).

³⁷⁹ Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 249-260). Cf. CANO CAMPOS, T. (2018:90). Vid. REBOLLO PUIG, M. (2014:2537). Cf. PALMA DEL TESO, A. (1996:65). Vid. NIETO, A. (2012: 326). En relación con la culpabilidad de los distintos intervinientes en la autoría mediata, SHÜNEMANN argumenta que “*el sujeto o hombre de adelante, por motivo de la falta de conocimientos o control, no domina a plenitud los acontecimientos porque el hombre de atrás actúa en su lugar; y es por motivo de esa falta de responsabilidad penal que la ley prefiere liberar de responsabilidad penal al hombre de adelante; por otra parte, es precisamente por este motivo que al hombre de atrás debe atribuírsele la responsabilidad penal, porque, de lo contrario, el Derecho Penal no cumpliría con su misión de proteger los bienes jurídicos u objetos materiales del delito, mediante la amenaza de penas frente al sujeto que maneja los hechos y de cuya decisión depende el hecho de comprometer un bien jurídico*”. Vid. SHÜNEMANN, B. (2004). “El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata”. *RDPC*, nº 75, pág. 30.

³⁸⁰ El hecho de que no exista un reconocimiento explícito de la autoría mediata no debe ser un motivo para rechazar esta teoría en tanto en cuanto, como es sabido, la legislación sancionadora administrativa en España es muy deficiente y carecemos de una teoría general de autoría y participación. Paradójicamente, la autoría mediata está plenamente reconocida en el artículo 9.1 de la LPSAPV y, por ende, la Autoridad Vasca de la Competencia podría fundamentar bajo esta forma de autoría la responsabilidad de la matriz por las actuaciones anticompetitivas cometidas por su filial. El propio TS ha vislumbrado la posibilidad de

Por último, y como consecuencia directa de haber declarado autora de la infracción a la matriz, esta forma de autoría permitiría, sin ningún tipo de dudas, que el cálculo de la sanción se base en el volumen de negocios de la misma sin necesidad de acudir a construcciones complejas y dudosas para poder concluir lo propio. Además, al ser el resultado el mismo, la protección del mercado común europeo y el efecto disuasorio de las sanciones derivadas de los ilícitos *antitrust* también quedarían salvaguardados.

Ahora bien, como presupuesto previo para poder declarar la autoría de la matriz respecto de la actuación de alguna de sus filiales ha de probarse que el comportamiento de esta última no es autónomo y libre, sino que opere en el mercado siguiendo las instrucciones u órdenes de actuación que emanan de la matriz. Esta influencia de la matriz en la actuación de la filial habrían de probarla las autoridades de competencia. Sin embargo, como se ha expuesto en los apartados precedentes, la influencia dominante se presume en

aplicar la teoría de la autoría mediata en estos supuestos. Así, en STS de 23 de mayo de 2019 (rec. núm. 2117/2018), expone sucintamente que *“lo dicho no excluye una tercera posibilidad: que se imputen los actos colusorios a la matriz como autora material si es que la filial es un mero artificio, una pantalla o instrumento de la matriz, luego quien actúa real y materialmente es la matriz que se sirve de ese artificio que es la filial. En definitiva, que pruebe que la matriz sea "algo más" y la filial sea "algo menos", es decir, que la matriz sea realmente la autora material porque la filial es una mera ficción de la que se sirve la matriz para actuar colusoriamente. En este último supuesto puede plantearse si la imputación a la matriz debe hacerse por el artículo 61.1 de la LDC, esto es, como verdadero y único responsable de las conductas colusorias o si cabe una interpretación del artículo 61.2 de la LDC que englobe dos posibilidades: bien el supuesto general de responsabilidad de la matriz ex artículo 61.2 de la LDC junto con la filial y ésta imputable ex artículo 61.1 de la LDC; o bien una interpretación del artículo 61.2 de la LDC según la cual la dicción de tal precepto da cobertura a la atribución de la exclusiva responsabilidad a la matriz, en cuyo caso el adverbio "también" significaría otro supuesto de imputación: imputar a la matriz como responsable único y directo de los actos colusorios por razón de haber ejercido esa influencia decisiva sobre la filial que queda como mero ente instrumental de la primera”*. Sin embargo, REBOLLO PUIG se muestra contrario al argumento de la autoría mediata en tanto en cuanto el artículo 61.2 de la LDC utiliza la expresión «también», habiendo concluido el citado autor que *“no es que se sustituya a un sujeto por otro; no es que, en vez de imputar la actuación a un sujeto, se impute a otro; sino que «también» se imputa a otro; se imputa a ambos. Así que no es que se esté pensando en algo similar al autor mediato y al mero instrumento de este pues si así fuese solo se sancionaría a aquel (el autor mediato) y no a este (al mero instrumento)”*. Cf. REBOLLO PUIG, M. (2018:368). Tampoco BAÑO LEÓN parece comulgar con la tesis propuesta de la autoría mediata, habiendo afirmado el autor que, si bien la interpretación del artículo 61.2 de la LDC *“es ambiguo y permite dos interpretaciones: a) imputar a la empresa matriz los comportamientos de la filial siempre que el comportamiento económico general de esta se determinara por aquella; y b) imputar a la empresa matriz solo en los casos en que su influencia haya sido determinante precisamente del comportamiento causante de la infracción. En el primer caso hablaríamos de responsabilidad por hecho de otro; en segundo de autoría”*, concluye que *“la redacción de la Ley española está más cerca de la primera interpretación. Para que la conducta sea imputable a la empresa matriz, no se requiere que tenga conocimiento de la infracción o haya inducido a la anterior a cometerlo. Basta con que el comportamiento económico de la empresa autora de la infracción sea determinado por aquella. Es decir, directa o indirectamente ejerza una influencia decisiva sobre su política y actuación en el mercado. Aun en el supuesto de que el comportamiento constitutivo de infracción haya sido adoptado autónomamente por la empresa filial, si la empresa dominante determina su actuación económica general, podrá imputársele la responsabilidad por los actos de aquella. Dicho en términos más jurídicos, el título de imputación puede ser tanto por el hecho propio (cuando la empresa dominante directamente obliga a la dominada a realizar el comportamiento anticompetitivo) como por hecho de tercero (cuando responde por una actuación autónoma)”*. Vid. BAÑO LEÓN, J.M. (1996:257-258).

aquellos casos en los que la matriz es titular de la totalidad o un número próximo a la totalidad del capital social o los derechos de voto de la filial, debiendo ser la matriz la que desvirtúe la referida presunción. En teoría, dicha presunción ha sido configurada como una presunción *iuris tantum* contra la que, como se acaba de mencionar, cabe prueba en contrario, pero lo cierto es que en los últimos tiempos la misma ha cobrado tanta importancia que parte de la doctrina ha llegado a manifestar que en realidad se trata de una presunción que en la práctica es imposible de desvirtuar, siendo, por tanto, contraria al derecho de defensa del que gozan las personas jurídicas en nuestro ordenamiento. Por ese motivo es conveniente analizar detenidamente el contenido y los límites de la referida presunción, tarea que se abordará a continuación.

2.3. LA LIMITACIÓN QUE LA PRESUNCIÓN DE INFLUENCIA DECISIVA TIENE EN EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DE LAS EMPRESAS.

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos las autoridades de competencia se basan en la presunción de influencia decisiva para imputar la actuación de la filial a la sociedad matriz de la que depende, es conveniente hacer una sucinta valoración de la referida presunción y, sobre todo, de la posible incompatibilidad de esta con el derecho a la presunción de inocencia de las sociedades incurso en el procedimiento sancionador.

Como ya se ha expuesto, en aquellos casos en los que la sociedad matriz es poseedora de la totalidad o cuasitotalidad del capital social o de los derechos de voto de la filial, existe una presunción *iuris tantum* que actúa como prueba de cargo y permite suponer que la primera ejerce una influencia decisiva en la conducta de la segunda, correspondiéndole a la matriz la refutación de la referida presunción. Para ello, la matriz deberá someter a la consideración de la autoridad de competencia correspondiente cualquier elemento de prueba relativo a los vínculos que unen a ambas sociedades con la finalidad de constatar que la filial actúa en el mercado independientemente y que su conducta antijurídica no es consecuencia de órdenes emanadas de la sociedad matriz³⁸¹.

³⁸¹ Así se afirma, entre otras, en STJUE de 27 de abril de 2017, C-516/15, *Azko Novel y otros / Comisión*; STJUE de 16 de junio de 2016, C-155/14, *Evonik Degussa y AlzChem/Comisión*; STJUE de 5 de marzo de 2015, asuntos acumulados C-93/13 y C-123/13, *Comisión y otro / Versali SPA y otro*; STJUE de 26 de

El hecho de que sean las sociedades matrices las que hayan de aportar los elementos de juicio suficientes que puedan desvirtuar la presunción obedece —según la argumentación del TJUE— a la facilidad que tendrán las empresas implicadas para reunir el material probatorio que permita concluir que, efectivamente, la filial actuó autónomamente en el mercado³⁸². Sin embargo, en la práctica, rebatir y desmotar la presunción de la influencia efectiva se ha convertido en algo prácticamente imposible, habiéndose llegado a afirmar por la doctrina que la misma constituye una presunción *iuris et de iure* porque, para poder desvirtuarla, las autoridades de competencia exigen una *probatio diabólica*³⁸³. Por ello, como garantía para las empresas, el TJUE exige a las autoridades de competencia que motiven suficientemente las razones que las han llevado a no admitir los motivos aportados por las sociedades matrices en los que hacen basar la autonomía de la filial en el supuesto concreto, lo que no es óbice para considerar que la presunción es casi irrefutable³⁸⁴.

A título ilustrativo podemos enunciar varios supuestos en los que tanto la Comisión como, posteriormente, los tribunales han entendido que la prueba aportada por las sociedades no

enero de 2017, C- 609/13, *Duravit AG y otros /Comisión*; o STJUE de 20 de enero de 2011, C-90/09, *General Química SA y otros / Comisión*.

³⁸² En este sentido lo ha declarado el TJUE en STJUE de 29 de septiembre, C-521/09, *Elf Alquitaine SA/comisión*; STJUE de 5 de marzo de 2015, asuntos acumulados C-93/13 y C-123/13, *Comisión y otro/Versali SPA y otro*; o la AG KOKOTT en Conclusiones de 23 de abril de 2009, C-97/08, *Akzo Nobel NV y otros/Comisión*.

³⁸³ FERRER POGGIO, tras admitir que la presunción no debería convertirse en una atribución de la responsabilidad automática, concluye que “*pese a que el TJUE reitera que la presunción de responsabilidad de la matriz admite prueba en contrario, la realidad es que en la práctica la presunción ha devenido prácticamente irrefutable*”. Vid. FERRER POGGIO, E. (2013). En el mismo sentido lo declaran DIEZ ESTELLA Y PÉREZ FERNÁNDEZ, exponiendo al respecto que “*esta concepción de una supuesta presunción iuris tantum excede con creces la naturaleza jurídica de la misma, convirtiéndose de facto en una presunción irrefutable, o iuris et de iure, y no respeta el principio de presunción de inocencia*”. Cf. DIEZ ESTELLA, F. Y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. (2013:334). También declaran lo propio GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014:272) y GUERRA, A. Y PEINADO, E. (2012). “La responsabilidad de las sociedades matrices por las infracciones de las normas de defensa de la competencia cometidas por sus filiales”. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 31, pág. 63.

³⁸⁴ En este sentido lo ha declarado el TJUE en STJUE de 26 de octubre de 2017, C-457/16, *Global Steel Wire/Comisión*, afirmando al respecto que “*cuando se trate de una decisión que se basa exclusivamente en la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante, la Comisión está en todo caso obligada —so pena de que dicha presunción se convierta, de hecho, en una presunción iuris et de iure— a exponer de manera adecuada las razones por las que los elementos de hecho y de Derecho invocados no han sido suficientes para enervar dicha presunción*”. Del mismo tenor es la STJUE de 29 de septiembre, C-521/09, *Elf Alquitaine SA /comisión* o la STJUE, de 10 de abril de 2014, C-247/11 P y C-253/11P, *Areva/ Alstom SA y otras*. también en el mismo sentido lo concluye Alarcón Sotomayor, afirmando que “*la Comisión tendrá la obligación de motivar suficientemente las razones por las que esas alegaciones y pruebas no le han convencido y, por tanto, no han sido suficientes para enervar la presunción de titularidad*”. ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2023). “La presunción de influencia decisiva y la presunción de inocencia en el Derecho Europeo de la Competencia”, en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). Anuario de derecho administrativo sancionador. Thomson Reuters. Civitas, pág. 130. En el mismo sentido, LAGUNA DE PAZ, J.C (2020:58) o GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014:268).

es suficiente para refutar la presunción de ejercicio efectivo de control de la sociedad matriz respecto de su filial participada al 100%. Cabe destacar que, a pesar de lo que se va a exponer en las siguientes líneas, hay que tener en cuenta que los supuestos no pueden analizarse de manera aislada sino en el seno del procedimiento del que se trate y conjuntamente con el resto de los indicios que obren en el mismo.

Así, por ejemplo y en relación con la gestión de la política comercial, se exige algo más que la simple demostración de que es la filial la que fija de manera autónoma la estrategia de distribución o de precios. Pese a ser la aplicación de la política comercial uno de los elementos de los que la sociedad puede valerse para desvirtuar la presunción de ejercicio efectivo, el hecho de que la sociedad matriz interviniese en las operaciones más importantes celebradas por la filial resta credibilidad al hecho de que la sociedad filial actúe autónomamente a pesar de tener autonomía financiera o capacidad para fijar autónomamente determinadas políticas de manera independiente³⁸⁵.

El hecho de que los directivos de la sociedad matriz y filial sean diferentes tampoco es, por sí misma, una demostración, a juicio de la Comisión y de los Tribunales, de que la sociedad filial goce de autonomía propia en el mercado³⁸⁶. Tampoco la falta de un sistema

³⁸⁵ Así lo declara el TJUE en STJUE de 20 de enero de 2011, C-90/09, *General Química, S.A y otras / Comisión*, afirmando que “esta comprobación era especialmente necesaria si se tiene en cuenta que la autonomía de GQ a la hora de aplicar su política comercial, tal y como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es uno de los elementos de los que pueden valerse las recurrentes para desvirtuar la presunción de que RQ ejerce una influencia decisiva en la conducta de GQ, y cuyo carácter e importancia pueden variar dependiendo de las características que presente cada caso concreto”. Sin embargo, en el apartado 64 de la STG de 14 de julio de 2011, T-190/06, *Total SA, Elf alquitane SA /comisión*, afirma que “por otra parte, de la respuesta de las demandantes al pliego de cargos resulta que dicho documento se cita en apoyo de su tesis de que nunca intervinieron en la gestión de la actividad de Arkema sobre el PH y el PBS, ya que su intervención se limitaba a las inversiones de mayor envergadura de su filial. Ahora bien, en cualquier caso, la autonomía de la filial, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 57 supra, no puede probarse mediante la mera demostración de que ésta gestiona de manera autónoma aspectos específicos de su política relativa a la comercialización de los productos relacionados con la infracción”, para, posteriormente en su apartado 74 añadir que “aunque las demandantes aleguen que Arkema disponía de capacidad contractual sin necesidad de contar con su autorización previa y que gozaba de una autonomía financiera importante, debe señalarse que las demandantes admiten haber controlado los principales proyectos de inversión industrial y de adquisición y los compromisos más importantes de su filial, hecho que no hace más que reforzar la conclusión de la Comisión según la cual dicha filial no era autónoma”.

³⁸⁶ También es la STG de 14 de julio de 2011, T-190/06, *Total SA, Elf alquitane SA /comisión*, la que concluye en su apartado 65 que “en cuanto al segundo documento, que incluye una lista de los directivos de las sociedades afectadas, cabe destacar que, a pesar de que el solapamiento de directivos entre la sociedad matriz y la filial constituya un indicio del ejercicio de una influencia determinante, el hecho de que no se dé este solapamiento no puede constituir un indicio suficiente de autonomía de la filial”.

de intercambio continuo de información entre la sociedad filial y su matriz corrobora la autonomía de la primera³⁸⁷.

Si además de lo que se acaba de exponer tenemos en cuenta que las autoridades de competencia, a la hora de sancionar, tienen en cuenta los vínculos económicos, organizativos y de producción que caracterizan a los grupos de sociedades para trasladar la responsabilidad sancionadora dentro de un grupo empresarial, todavía entraña mayor dificultad desvirtuar la misma. Es por ello por lo que se ha llegado a concluir por parte de la doctrina que la utilización de la presunción de ejercicio efectivo —tal y como está configurada— supone la vulneración del derecho a la presunción de inocencia de la que gozan las personas jurídicas investigadas en un procedimiento sancionador.

Como es sabido, tanto el artículo 6 del CEDH como el artículo 48 de la CDFUE reconocen y garantizan el derecho a la presunción de inocencia así como el derecho de defensa en el marco de la Unión, debiendo advertir que estos derechos no solo se aplican a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas que, por operar en el mercado, son destinatarias de normas de obligado cumplimiento so pena de sanción³⁸⁸. Así lo viene

³⁸⁷ Lo señala expresamente el apartado 73 de STG de 14 de julio de 2011, T-190/06, *Total SA, Elfalquitane SA /comisión* al manifestar que “en lo que respecta a la alegación de las demandantes basada en la falta de un sistema de información y de relación entre ellas y Arkema, a excepción de la información resultante de las obligaciones legales en materia contable y de regulación financiera, obsérvese que, dado que la autonomía de la filial no se aprecia únicamente a la luz de los aspectos de la gestión operativa de la empresa, el hecho de que la filial nunca haya practicado una política de información específica a favor de su sociedad matriz en el mercado de referencia no basta para demostrar su autonomía”.

³⁸⁸ El artículo 6 del CEDH dispone en su apartado segundo que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”, afirmando además a continuación que “3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”. Por su parte, el artículo 48 de la CDFUE, en los mismos términos, declara que “1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”. Así lo enuncia Alarcón Sotomayor al afirmar que “el Tribunal Europeo ha sido el pionero en esta tarea y el que se los ha ido atribuyendo más impetuosamente a las sociedades mercantiles. En particular, y por lo que aquí interesa, les ha ido reconociendo expresamente en el ámbito de las sanciones administrativas —a partir del concepto autónomo que ha elaborado de los términos “acusado” y “pena” de los arts. 6 y 7 CEDH del que luego hablaremos— los derechos de defensa, de ser informado de la acusación, a la prueba y a la presunción de inocencia, que están consagrados en esos preceptos”. Cf. ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2022). “Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el Derecho Europeo. En particular, la garantía de no autoincriminación de las empresas en competencia” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dir.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas, pág. 102. En el mismo sentido lo expone MOLINA DEL POZO al afirmar que “el TJUE ha recogido en su jurisprudencia estos derechos, especialmente la presunción de inocencia en el

reconociendo el TJUE en relación con los procedimientos administrativos sancionadores dirigidos a empresas como consecuencia de la realización de conductas contrarias a la competencia³⁸⁹.

La presunción de inocencia como garantía de los procedimientos sancionadores se traduce en la necesidad de demostrar que, efectivamente, una persona física o jurídica ha cometido una infracción. Para desvirtuar la misma serán necesarias que se cumplan dos exigencias acumulativas: la primera de ellas hace referencia a la persona que habrá de aportar la prueba que, en nuestro caso concreto, esta tarea recae sobre la Comisión o autoridades de competencia nacionales. Así lo declara expresamente el artículo 2 del Reglamento 1/2003³⁹⁰. La segunda exigencia radica en que la prueba aportada por la autoridad de competencia habrá de ser de cargo o, lo que es lo mismo, que permita con suficiente certeza la imputación de la infracción al sujeto concreto³⁹¹. Ahora bien, pese a

ámbito de sanciones a empresas por infracciones relativas a la competencia". Vid. MOLINA DEL POZO, C. F. (2011:115). En el mismo sentido, BAENA ZAPATERO, R. (2015). "Derechos Fundamentales, Derecho Administrativo Sancionador e infracciones por objeto" en GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CUERDO MIR, M. (Dirs.), *Estudio sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Cívitas, págs. 355-356. Sin embargo, el reconocimiento de tales derechos a las personas jurídicas no es del todo pacífica. En contra de extender el reconocimiento de los derechos propios de las personas físicas para los procedimientos penales a las personas jurídicas, MARCOS Y SÁNCHEZ GRAELLS comienzan su razonamiento afirmando que "las personas jurídicas son entidades ficticias creadas por el Derecho. Son personas jurídicas, pero la personalidad jurídica que se les atribuye es un artificio, se les trata como si fueran personas pero no lo son"; para concluir que "el reconocimiento de derechos humanos a las personas jurídicas carece de fundamento moral y filosófico: las razones que explican la aparición de los derechos humanos como instrumento de protección de la fragilidad y vulnerabilidad física y psíquica de las personas biológicas no concurren en las personas jurídicas. (...). Adicionalmente, las sanciones por infracciones de las normas administrativas de defensa de la competencia no son sanciones penales puras y deben rebajarse los derechos y garantías reconocidos a las empresas involucradas en estos procedimientos sancionadores". Cf. MARCOS, F. Y SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2014). "En contra de derechos humanos corporativos en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia" en GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CUERDO MIR, M. (Dirs.). *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Civitas, Thomson Reuters, págs.390 y 401.

³⁸⁹ Así lo declara el TJUE en STJUE de 2 de octubre de 2003, C-176/99, *Arbed SA / Comisión*, al afirmar en su apartado 19 que "cabe recordar que el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o a multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe ser observado aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo". En el mismo sentido se pronuncia, entre otras, en STJUE de 3 de septiembre de 2009, C-322/07, C-327/07 y C-338/07, *Papierfabrik August Koehler y otros/Comisión*, o STJUE de 13 de febrero de 1979, C- 85/76, *Hoffmann-La Roche/Comisión*.

³⁹⁰ El tenor literal del artículo 2 del Reglamento 1/2003 es el siguiente: "en todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado".

³⁹¹ Así lo expone ALARCÓN SOTOMAYOR, razonando en relación con las garantías probatorias que comporta el derecho a la presunción de inocencia son "en primer lugar, a la necesidad de que exista una prueba de cargo para sancionar que sea suficiente. A menudo, inste en que ha de ser suficiente más allá de toda duda. En segundo lugar, a que la carga de la prueba recae sobre la Comisión europea, que es la parte que sostiene la acusación en el procedimiento sancionador, de forma que cualquier duda sobre la aportación

que el derecho a la presunción de inocencia está presente en los procedimientos en los que el sujeto imputado es una persona jurídica, la propia jurisprudencia del TJUE y la Directiva 343/2016 han reconocido que no se aplica de igual forma que en aquellos procedimientos sancionadores dirigidos contra las personas físicas³⁹².

Los dos requisitos referenciados anteriormente —que sea la parte acusadora la que aporte los elementos de prueba y que la prueba constituya una prueba suficiente o de cargo— se entienden cumplidos con la presunción de influencia decisiva. Para ello, la comisión o autoridad de competencia deberá acreditar que, efectivamente, la totalidad del capital social de la filial está en manos de la empresa matriz, constituyendo la misma prueba de

de la prueba de cargo por parte de la Comisión debe favorecer a la empresa acusada". Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2023:114). También la referida autora, ha razonado en relación con la prueba de cargo que *"es la prueba incriminatoria obtenida con las debidas garantías en el procedimiento administrativo la que destruye la presunción de inocencia del acusado y justifica la emisión del acto sancionador"*. Cf. ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2009). "La eficacia y la ejecución de las sanciones de tráfico". *RDA*, pág. 125. En el mismo sentido, CEDEÑO HERNÁN expone que la presunción de inocencia *"es una regla referida al juicio de hecho de la sentencia, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del acusado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada"*, para concluir que *"la presunción de inocencia solo puede ser desvirtuada con una mínima actividad probatoria, practicada con todas las garantías, que racionalmente puede calificarse de cargo"*. Cf. CEDEÑO HERNÁN, M. (2000). "Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional". *Cuadernos de Derecho Público*, nº10, pág. 204. En el mismo sentido se ha pronunciado TG en STG de 27 de septiembre de 2012, T-361/06, *Ballast Nedam/Comisión*; STG de 27 de marzo de 2014, asuntos acumulados T-56/09 y T-73/09, *Saint-Gobain Glass France y otros/Comisión*; o STG de 17 de mayo de 2011, T-299/08, *Elf Aquitaine/Comisión*. También nuestra jurisprudencia constitucional ha declarado al respecto en STC 42/1999, de 22 de marzo que *"para poder desvirtuar la presunción de inocencia «es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que pueda entenderse de cargo y de la que deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado»"*. Un tanto más expresiva es la STC 33/2000, de 14 de febrero que concluye que la presunción de inocencia *"comporta en el orden penal, entre otras consecuencias, que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal recaiga exclusivamente sobre la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. Ahora bien, tal prueba debe ser de cargo como primera y casi obvia o redundante característica exigida por este Tribunal constitucional, y como tal podemos convencionalmente calificar toda aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo al sumario: averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes (art. 299 LECrim). Esta prueba de cargo corresponde hacerla a quien acusa"*. En términos similares también lo ha declarado el TC en STC 126/2000, de 16 de mayo; STC 209/1999, de 29 de noviembre; STC 31/1981, de 28 de Julio; STC 68/1998, de 30 de marzo; o STC 81/1998, de 2 de abril.

³⁹² Así lo declara el considerando nº13 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, cuyo tenor literal es como sigue. "(13). *La presente Directiva reconoce diferentes necesidades y grados de protección con respecto a determinados aspectos de la presunción de inocencia de las personas físicas y jurídicas. Por lo que respecta a las personas físicas, dicha protección se refleja en jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los derechos que dimanar de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas"*.

cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia³⁹³. En este sentido, conviene traer a colación la negativa del TJUE para aceptar que la presunción de influencia decisiva se sustente en indicios de prueba adicionales³⁹⁴.

Sin embargo, una cosa es aceptar una modulación del derecho a la presunción de inocencia —pudiéndose aceptar como prueba de cargo una presunción contra la que quepa prueba en contrario— y otra es la erradicación de facto de este. Tal y como se ha expuesto con anterioridad, teóricamente, la presunción de influencia efectiva se ha configurado como una presunción *iuris tantum* contra la que cabe prueba en contrario. No obstante, el hecho de que sea prácticamente imposible desvirtuar la misma la convierte automáticamente en una presunción *iuris et de iure*, que, como es sabido y ha sido declarado por la doctrina, contraviene el derecho a la presunción de inocencia³⁹⁵. Por ello, tal y como propone GUTIÉRREZ GILSANZ, “*resulta imprescindible que el Tribunal de Justicia determine de manera clara y coherente (...) la base de la presunción, es decir, los elementos fácticos a partir de los cuales de construye la presunción. Solo de este*

³⁹³ En este sentido lo ha declarado el TJUE en múltiples de sus resoluciones, sancionando a la matriz con base única y exclusivamente en la presunción de influencia decisiva. A modo ejemplificativo, conviene citar la STJUE de 16 de noviembre de 2000, C-286/98, *Stora Kopparbergs Bergslags AB / Comisión*; STJUE de 17 de septiembre de 2015, C-597/13, *Total/Comisión*; STJUE de 29 de septiembre, C-521/09, *Elf Alquitaine SA /comisión*; STJUE de 5 de marzo de 2015, asuntos acumulados C-93/13 y C-123/13, *Comisión y otro / Versali SPA y otro*; o STJUE de 22 de mayo de 2014, C-36/12, *Armando Álvarez/Comisión*.

³⁹⁴ En este sentido se ha expuesto sucintamente en los últimos párrafos del apartado segundo del presente capítulo, concretamente, la fundamentación jurídica de las voces a favor y en contra de aplicar el método de doble base como modo de imputación de la responsabilidad, así como la conclusión del TJUE están explicadas en los pies de página 350 a 352.

³⁹⁵ Así lo razona ALARCÓN SOTOMAYOR, habiendo concluido que “*el concepto autor de las infracciones de competencia que, en realidad, ha impuesto la jurisprudencia de Luxemburgo —no el Derecho europeo originario— ha hecho que las garantías probatorias que lleva inherentes la presunción de inocencia con carácter general se disipen, se esfumen, casi que desaparezcan en este ámbito. Y eso es así lo que diga y lo disfrace como lo disfrace el Tribunal de Justicia en sus sentencias*”. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2023:142-143). En el mismo sentido lo concluyen DIEZ ESTELLA Y PÉREZ FERNÁNDEZ, afirmando que “*en la práctica este régimen opera iuris et de iure, puesto que será casi imposible probar lo contrario*”, para continuar afirmando que constituye una responsabilidad no solo objetiva, sino que al negarse de facto la prueba en contrario de la presunción, este modo de imputación es contrario a la presunción de inocencia. Vid. DIEZ ESTELLA, F Y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. (2013:347-352). Si bien es cierto que no se refiere a la presunción aplicable a las infracciones en materia de competencia, ya FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, con referencia a la *strict liability* que prevé el Código Mundial Antidopaje, señaló respecto de la inversión de la carga de la prueba en este ámbito que “*se presume no la inocencia, como postula un principio de universal reconocimiento, sino la culpa de los deportistas sobre el que se hace recaer la carga de probar su inocencia. (...). Se obliga, pues, al deportista a construir ad hoc una hipótesis y a demostrar que esa hipótesis es «más probable» que cualquier otra que pudiese establecerse, lo que reduce, sino elimina totalmente, sus posibilidades de defensa y deja inerte en manos del organismo o autoridad que le juzga, que es quien al final decide discrecionalmente qué es en cada supuesto «lo más probable»*”. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2014). “La dudosa constitucionalidad del régimen sancionador del dopaje deportivo”. *RVAP*, nº 99-100, págs. 1359-1360.

modo podrá establecerse con una cierta seguridad en qué supuestos se presume la responsabilidad de la matriz y cuando puede considerarse refutada dicha presunción”³⁹⁶.

Conforme lo expuesto en el presente epígrafe, para poder imputar a la matriz la infracción cometida por su filial de acuerdo con los principios de responsabilidad y culpabilidad propios del derecho administrativo sancionador será necesario que efectivamente se acredite la influencia que la primera tuvo en el comportamiento anticompetitivo de la segunda y dicha actividad probatoria deberá recaer sobre la parte acusadora, pudiendo servirse de presunciones siempre y cuando las mismas garanticen el derecho a la presunción de inocencia de las empresas investigadas. Partiendo de la referida influencia decisiva, podría fundamentarse la responsabilidad de la sociedad influyente respecto de la conducta de la sociedad influenciada bajo la teoría de la autoría mediata.

No obstante lo anterior, también es necesario tener en cuenta que existirán supuestos en los que sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial actúen independientemente en el mercado, no pudiendo aplicarse lo expuesto hasta ahora. Por ello, el apartado siguiente se dedicará a estudiar la eventual responsabilidad de la matriz en aquellos supuestos en los que no intervino en la conducta anticompetitiva llevada a cabo por la filial.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ EN AQUELLOS SUPUESTOS EN LOS QUE NO HA INTERVENIDO EN LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA LLEVADA A CABO POR SU FILIAL.

Una vez determinada la responsabilidad de la matriz en aquellos supuestos en los que interviene en la consumación de la infracción cometida por su filial—bien directamente o bien de manera mediata—, conviene dilucidar acerca de la eventual responsabilidad que podría imputársele a la matriz en aquellos supuestos en los que la filial comete una infracción en materia de defensa de la competencia de modo autónomo y al margen de su sociedad matriz.

Antes de entrar a analizar esta figura, conviene resaltar que con la configuración actual que el TJUE ha formulado de la responsabilidad en el derecho de la competencia, parece cuasi imposible que se de este escenario, pues en aquellos casos en los que la matriz sea

³⁹⁶ Cf. GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014:274).

titular de la totalidad o cuasitotalidad del capital social o de los derechos de voto de la filial operará la presunción de influencia dominante y será muy difícil —o cuasi imposible— demostrar que la matriz no influyó en el comportamiento de la filial aunque sea cierto, lo que la hará responder de los ilícitos de esta última. Sin embargo, no por ello habrá que pasar por alto este supuesto que, al igual que los predecesores, podría suscitar determinados quebrantos respecto de los principios que rigen la potestad sancionadora.

Como se ha expuesto en los apartados precedentes actualmente el TJUE sanciona a la matriz por las infracciones cometidas por sus filiales con base en la tenencia de un número próximo a la totalidad de su capital social o derechos de voto. De este modo, en todos aquellos casos en los que la matriz sea accionista única o muy mayoritaria del capital de su filial, responderá de los ilícitos cometidos por esta última, sin necesidad de aportar más indicios que puedan sustentar esta traslación de responsabilidad. En el epígrafe precedente el estudio se centró en aquellos supuestos en los que la matriz había influido en el comportamiento de la filial o se había servido de ésta para cometer la infracción, lo que a nuestro juicio, con base en una autoría mediata propia del derecho penal, permitía aceptar la imputación de la infracción a la matriz con respeto de los principios de personalidad y culpabilidad propios del derecho administrativo sancionador. Ahora bien, la aplicación de la presunción, por ser cuasi imposible de rebatir, también opera en aquellos casos en los que, pese a poseer la totalidad del capital de la filial, la sociedad matriz no interviene en la infracción cometida por la primera, lo que puede suponer una quiebra de las garantías sancionadoras.

En el supuesto que ahora nos ocupa habrá que poner el foco en que la matriz es ajena a la conducta llevada a cabo por su filial; es decir, la sociedad matriz no ha participado ni directa ni mediatamente en la infracción cometida por su dependiente, de modo que no ha realizado el elemento típico descrito por la norma en el tipo infractor³⁹⁷. En estos casos, lo que se sanciona es la mera pertenencia a un mismo grupo empresarial, imputándose la responsabilidad de un modo objetivo a la matriz sin tener en cuenta el requisito de la tipicidad propio de las sanciones administrativas. Así, partiendo de la definición que la

³⁹⁷ A modo ejemplificativo, si la conducta que se le reprocha a la filial es haber facilitado información a terceros competidores, la persona que lo ha hecho ha sido la propia filial, no la matriz sirviéndose de la filial o la matriz directamente. Lo mismo ocurre en el supuesto en el que el ilícito imputado sea pactar precios. Los precios los habrá pactado la filial por sí misma, no porque haya recibido órdenes de la matriz para realizar dicha conducta. En estos casos, la matriz es ajena a la conducta de la filial y, no habiendo intercambiado información o no habiendo participado en la fijación de los precios, no se puede concluir que haya llevado a cabo la conducta prohibida por la norma.

doctrina ha realizado respecto de las infracciones administrativas, para entender que una conducta es sancionable habrá de estar descrita como tal en una norma³⁹⁸.

El principio de tipicidad de las infracciones y las sanciones administrativas deriva directamente del principio de legalidad consagrado tanto en el artículo 49.1 de la CDFUE como, en nuestro ordenamiento jurídico interno, en los artículos 25.1 de la CE y 25 de la LRJSP³⁹⁹. El mismo exige que la norma identifique la conducta infractora a fin de que los destinatarios de la misma puedan identificar la prohibición, lo que no impide que las normas puedan ser interpretadas por la administración encargada de aplicarlas⁴⁰⁰. Sin embargo, esta interpretación por parte de las autoridades de competencia no podrá

³⁹⁸ Vid. CANO CAMPOS, T. (2018:65-66). Cf. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010:161-162). En el mismo sentido lo ha declarado la jurisprudencia de nuestro TS, entre otras, en STS (Sala quinta) de 17 de marzo de 2004 (rec. núm. 33/2003) o STS de 17 de noviembre de 1999 (rec. núm. 4884/1992).

³⁹⁹ Así, el artículo 49 de la LDFUC declara que *“I. Nadie podrá ser condenado por una acción o omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. (...)”*. En el mismo sentido, el artículo 25 de la CE consagra como derecho fundamental el principio de legalidad, concluyendo que *“I. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*. En términos parecidos se recoge también en el artículo 25 de la LRJSP, que es del siguiente tenor: *“I. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril”*. En este sentido, NIETO explica que *“el principio de legalidad ofrece en el Derecho Administrativo Sancionador la misma ambigüedad que caracteriza todos los principios generales del Derecho, potenciada aquí aún más por la circunstancia de que integra dos elementos normativos —la reserva legal y el mandato de tipificación— que distan mucho de ser precisos separadamente considerados”*. Vid. NIETO, A. (2012:162). También BUENO ARMIJO expone al respecto que *“este principio de legalidad sancionadora abarca, en realidad, una triple garantía: el principio de reserva de ley, el principio de tipicidad y el principio de irretroactividad. (...) Sin embargo, debido menor a la menor frecuencia con que resulta invocado (y menos aun aplicado) el principio de irretroactividad, son numerosísimas las resoluciones del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia ordinaria que en términos muy parecidos, se limitan a identificar el principio de legalidad sancionadora con la reserva de ley y la exigencia de tipicidad”*. Cf. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 113-114). Ver también CANO CAMPOS, T. (2018:24-25). COSCULLUELA también afirma que *“el principio de legalidad supone la exigencia de que cualquier infracción y la consiguiente sanción deban estar establecidas por la Ley”*. COSCULLUELA MONTANER, L. (2022:657). También FERNÁNDEZ FARRERES entiende al respecto que *“el principio de legalidad conlleva una doble garantía, material y formal, que se concreta respectivamente, en los principios de tipicidad o de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, y en la reserva de ley”*. Cf. FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022:245).

⁴⁰⁰ En relación con el contenido del principio de tipicidad se ha pronunciado el TC, entre otras, en STC 113/2002, de 9 de mayo o STC 14/1998, de 22 de enero; STC 42/1987, de 7 de abril; o STC 133/1987, de 21 de julio. Por su parte la doctrina ha declarado lo propio. Vid. NIETO, A. (2012:260). Cf. CANO CAMPOS, T. (2018:34). Vid. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 164-165). Cf. COSCULLUELA MONTANER, L. (2022:658-659). Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022:246).

realizarse arbitrariamente sino de un modo previsible, evitando interpretaciones sorprendidas⁴⁰¹.

Pese a admitirse que la Administración, en nuestro caso, las autoridades de competencia, tengan cierto margen de discrecionalidad a la hora de interpretar la Ley en tanto en cuanto es prácticamente imposible —y poco útil— que la norma tipifique de un modo taxativo las conductas que se considerarán ilícitas *antitrust*, no es menos cierto que dicha potestad de interpretación no abarca sancionar actuaciones no amparadas por la norma. De ahí que se niegue la posibilidad de sancionar a la matriz en aquellos supuestos en los que la misma no realiza la conducta típica del ilícito anticoncurrencial, pues estaría quebrándose el principio de legalidad en su vertiente de tipificación.

Tampoco se encuentra una manera lógica de fundamentar la culpa que tiene la matriz en la infracción que, de manera autónoma, ha cometido la filial, lo que conlleva a rechazar la eventual sanción en tanto en cuanto nuestro ordenamiento jurídico proscribiera la responsabilidad objetiva o sin culpa. Sin embargo, algunos autores tratan de explicar la misma desde la teoría de la culpabilidad de las personas jurídicas en derecho penal; esto es, a través de la *culpa in eligendo o in vigilando*⁴⁰². Tal y como se expuso en el primer capítulo, en el derecho penal, el fundamento de la culpabilidad de los delitos cometidos por las personas jurídicas supone situar a las mismas como garantes de la actuación de las personas que forman parte de su organización, basándose la misma en un incumplimiento del deber del cuidado que debía haber llevado de cara a que sus subordinados actúen conforme a derecho y no lleven a cabo conductas antijurídicas. Si bien, este argumento también debe rechazarse.

En el derecho administrativo sancionador la culpabilidad se ha configurado como un elemento intrínseco a la actuación de la persona jurídica; se acepta la culpabilidad propia por imputación de la conducta antijurídica llevada a cabo por los representantes legales o

⁴⁰¹ En este sentido se ha apuntado en el capítulo 1 de la segunda parte del estudio al hablar sobre los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración; concretamente, al estudiar el principio de legalidad.

⁴⁰² GUTIÉRREZ GILSANZ argumenta la responsabilidad de la matriz respecto del ilícito de la filial en una culpa por defecto de organización. Así, aludiendo a la conceptualización que la doctrina penal ha llevado a cabo respecto de la culpabilidad de las personas jurídicas, concluye que “*la responsabilidad de la matriz en estos casos sólo cabría, por tanto, cuando hubiera infringido los deberes de cuidado y precaución que le incumben*”, configurando por tanto la responsabilidad de la matriz como una “*responsabilidad por actos propios, tal y como exige su naturaleza administrativo sancionadora. La matriz responderá cuando conociendo o debiendo haber conocido la conducta anticompetitiva de la filial no haya tomado las medidas necesarias para evitar que pusiera en práctica dicha conducta o continuara desarrollándola*”. Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014:270).

directivos de la persona jurídica, exigiéndose que en dicha conducta esté presente el elemento volitivo.

Por ello, admitir la tesis emanada del derecho penal supondría quebrantar el principio de legalidad ya que en nuestro ordenamiento jurídico administrativo no existe un mandato general dirigido a las personas jurídicas de prevenir las infracciones administrativas que pudieran cometerse a manos de los representantes legales, directivos o empleados de las mismas, lo que no es óbice para que algunas normativas sectoriales sí lo hayan tipificado. No es el caso de la LDC, que guarda silencio en este sentido. Por ello, solo en aquellos casos los que expresamente exista un precepto legal que obligue a las empresas a controlar la conducta de sus dependientes, representantes legales o administradores podrá sancionarse, con independencia de la sanción que correspondiera por la comisión de la infracción principal, a la persona jurídica que hubiera contravenido la referida obligación⁴⁰³. Como tal mandato no se encuentra previsto en la LDC, no podrá sancionarse bajo esta fundamentación a la matriz que no evitó que su filial cometiera de modo autónomo una infracción.

Por todo lo argumentado, en aquellos supuestos en los que la matriz no intervino en la infracción cometida por su filial —bien directamente, mediante la realización de alguna actuación material en la misma, o bien mediatamente, dirigiendo el comportamiento de esta última que se vio privada de autonomía en el mercado— la única solución conforme a derecho es eximir a la sociedad matriz de cualquier tipo de responsabilidad sancionadora, debiendo dirigir el procedimiento y sancionar exclusivamente a la filial como autora y responsable del ilícito anticoncurrencial y, por ende, la cuantificación de la sanción habrá de calcularse tomando en cuenta únicamente su volumen de negocios.

⁴⁰³ Se muestra contraria parte de la doctrina a la fundamentación de la responsabilidad de las personas jurídicas por *culpa in eligendo* o *in vigilando*. Cf. REBOLLO PUIG, M. (2016:227); BAJO FERNÁNDEZ, M. (1998:19); y, concretamente, y en relación con la posibilidad de declarar la misma en la relación matriz-filial, GÓMEZ TOMILLO va un paso más allá y tras negar la posibilidad de sancionar a la matriz por no haber evitado que la filial cometiese una infracción, argumenta que “*dejando al margen la imposibilidad literal de sancionar la comisión por omisión que se desprende del artículo 61.2 LDC, don son, al menos, los problemas para punir en el caso que nos ocupa. En primer lugar, la inexistencia de una norma de cobertura en el Derecho administrativo sancionador de dicho fenómeno. En segundo lugar, aun cuando se soslayaran los apuntados inconvenientes, se requiere para poder sancionar a título de comisión por omisión que el omitente se encuentre en una posición de garantía. Nuevamente no es sencillo unificar todas las posturas que doctrinal y jurisprudencialmente se han desarrollado para delimitar tal posición. Ateniéndonos a la regulación del artículo 11 CP, debe concluirse que, al menos, se requerirá que formalmente la Ley estableciere dicho deber de impedir el resultado. Resulta, sin embargo, complejo aislar una norma de la que se desprenda la posición de garante de la matriz con respecto a las conductas de la filial*”. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. (2018).

Como conclusión de todo lo analizado en el presente capítulo podemos afirmar que solo es acorde a las garantías y principios de la potestad sancionadora la sanción que se impone a la persona jurídica que, de modo culpable o negligente, comete una infracción administrativa. Por ello, en aquellos supuestos en los que sea la filial la que comete la infracción habrá de responsabilizarse de sus propios actos salvo que su comportamiento haya obedecido a órdenes emanadas de su sociedad matriz —en cuyo caso será a esta última a la que habrá de imputarse el ilícito—, o que en la realización de la infracción hayan intervenido tanto la filial como la matriz —en cuyo caso, deberán responder del ilícito ambas, procediendo la imposición de dos sanciones independientes para cada una de ellas—.

Hasta ahora el estudio del presente capítulo se ha centrado en la posibilidad y la fundamentación que ampara el poder declarar a la matriz como responsable de la actuación anticompetitiva llevada a cabo por su filial en el mercado, lo cual, si bien es cierto que no estaba exento de polémica en la doctrina, su aplicación era pacífica por parte de las autoridades de competencia y los tribunales. Ahora bien, en octubre de 2021, si bien en el ámbito de la responsabilidad civil por daños derivada de la infracción administrativa, el TJUE va un paso más allá y responsabiliza a la filial de la actuación cometida por la matriz de la que depende, supuesto de hecho que pasará a analizarse a continuación.

IV. EL SUPUESTO CONTRARIO: LA RESPONSABILIDAD DE LAS FILIALES POR LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMETIDAS POR LA SOCIEDAD MATRIZ.

La traslación de la responsabilidad sancionadora intragrupo, como se ha expuesto a lo largo del presente capítulo, es algo asentado en la jurisprudencia del TJUE, habiendo operado, hasta el momento, de manera ascendente; es decir, permitiendo imputar la responsabilidad a la matriz de las actuaciones cometidas por su filial. Ahora bien, con motivo de la STJUE de 6 de octubre de 2021, C-882/19, *Sumal* —en un procedimiento civil de responsabilidad por daños—, se atisba la posibilidad de imputar la responsabilidad de manera descendente o, lo que es lo mismo, responsabilizar a la filial de las actuaciones anticompetitivas llevadas a cabo por la matriz. A pesar de la novedad de la referida resolución y de ser la única sentencia del TJUE que se pronuncia en tales

extremos, conviene analizar de forma sucinta el referido pronunciamiento en relación con las garantías propias del derecho administrativo sancionador.

Antes de entrar a estudiar de lleno las consecuencias que tendría aceptar una transmisión de la responsabilidad sancionadora intragrupo de manera descendente es conveniente partir de la base de que actualmente no existe ningún pronunciamiento del TJUE que haya declarado tal extremo. El supuesto de hecho de la STJUE de 6 de octubre de 2021, si bien es cierto que, tal y como se expondrá a continuación, puede tener implicaciones en el ámbito público del derecho de la competencia, se dicta en el seno de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona a fin de que el TJUE se pronunciase, en el marco del *private enforcement* del derecho de defensa de la competencia, acerca de la posibilidad de extender la responsabilidad civil derivada de una infracción del artículo 101 TFUE cometida por la matriz a su filial. No obstante lo anterior, tanto de la resolución del TJUE como de las conclusiones presentadas por el AG en el procedimiento se extraen consecuencias que infieren en la aplicación pública del derecho de la competencia.

Lo primero que conviene tener en cuenta, porque así ha sido declarado por el TJUE en varios de sus pronunciamientos, es que el concepto propio de “empresa” que se aplica en materia de defensa de la competencia no puede tener un alcance diferente según estemos ante la aplicación pública o privada del mismo. De ahí, que las autoridades de competencia y los tribunales competentes, tanto a la hora de declarar la responsabilidad de un ilícito de competencia como en el momento de cuantificar la responsabilidad derivada del ilícito, hayan de aplicar el concepto funcional de empresa, entendiendo como tal al conjunto de personas físicas o jurídicas que, con independencia de su estatuto jurídico o modo de financiación, actúan conjuntamente en el mercado como un operador económico, es decir, ofertando o demandando bienes o servicios⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ En este sentido lo declara la propia STJUE de 6 de octubre de 2021, C-882/19, *Sumal*, afirmando que “al igual que la aplicación de las normas de competencia de la Unión por las autoridades públicas (*public enforcement*), las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de tales normas (*private enforcement*) forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlas de incurrir en ellos”. En términos parecidos lo declara el TJUE en STJUE de 14 de marzo de 2019, C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros*, concluyendo que “las acciones por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlas de incurrir en ellos”. También la doctrina declara lo propio. Así, CASTRO-VILLACAÑAS defiende que “la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de

No obstante, pese a la afirmación anterior, tampoco conviene perder de vista que, a pesar de que ambas aplicaciones del derecho de la competencia están llamadas a complementarse, no pueden ser tratadas como igual en tanto en cuanto la finalidad de las mismas es diferente. De un lado, el derecho público de la competencia es de carácter represivo y disuasorio, mientras la aplicación privada tiene como fin reparar el daño causado por la comisión de un ilícito anticoncurrencial⁴⁰⁵.

En este sentido, y teniendo en cuenta la la relación existente entre la aplicación pública y privada del derecho de la competencia, el TJUE se sirve del concepto funcional de empresa en relación con la teoría de la unidad económica para responsabilizar a la filial del comportamiento anticompetitivo que ha llevado a cabo su matriz en el mercado. Sin embargo, como en esta ocasión no puede valerse de la presunción *iuris tantum* de influencia dominante, pues no habría forma lógica de poder sostener que el comportamiento de la sociedad matriz viene condicionado por una de sus filiales, se establecen *ex novo* los criterios que permiten responsabilizar a la filial de la actuación de su matriz. Así, en STJUE de 6 de octubre de 2021, en línea con lo ya establecido por el Tribunal General en Sentencia de 12 de diciembre de 2018, se concluye que para poder atribuir responsabilidad a la filial por la actuación anticompetitiva de la matriz, la primera ha tenido que realizar actos que hayan permitido la consumación de la infracción por la sociedad matriz; pero para ello, primero habrá de delimitar a la empresa funcionalmente entendida, es decir, identificar qué filial o filiales, por actuar en el mismo mercado que la sociedad matriz, forman la unidad económica a efectos de la aplicación del derecho de defensa de la competencia⁴⁰⁶.

daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma". Vid. CASTRO-VILLACAÑAS, D. (2016). "La trasposición de la Directiva de Daños de 2014 y la interacción entre la aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia" en CASES, L. (Dir.), *Anuario de la Competencia 2015*, Marcial Pons, pág. 445. También PASTOR MARTÍNEZ ha concluido al respecto que "*the legal institutions affected by the public and private processes cannot have an alternative meaning. It is precisely this ratio that will justify the most striking position taken in the judgment, on the possible applications of the theory of economic unity to tort actions*". Cf. PASTOR MARTINEZ, E. (2021). "The uniform application of Competition Law in the EU: an alternative consideration to the Sumal Case (C-882/19)". *Training of National Judges in EU Competition Law*, pág. 3. En el mismo sentido lo han declarado Cf. GORRIZ LÓPEZ, C. (2022) o DE LA VEGA GARCÍA, F. (2022). "Centencia del TJUE (Gran Sala), Asunto C-882/19, «Sumal S.L., contra Mercedes Benz Truck España S.L.» (procedimiento prejudicial), de 6 de octubre de 2021". *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 10, pág. 420.

⁴⁰⁵ Cf. DIEZ ESTELLA, F. (2022). "En búsqueda de un concepto de "empresa" en el Derecho de la competencia: la STJUE Sumal c. Mercedes Benz". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, pág. 325.

⁴⁰⁶ En este sentido lo ha declarado el TJUE en el apartado 52 de la STJUE de 6 de octubre de 2021, C-882/19, *Sumal*, concluyendo que "*de cuanto antecede resulta que una acción de resarcimiento por daños*

En esencia, la fundamentación que el TJUE utiliza para poder responsabilizar a la filial de las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por su sociedad matriz son las mismas que cuando pretende hacerlo en sentido inverso; esto es, imputar la responsabilidad a la unidad económica formada por el binomio matriz-filial y, en un momento posterior, declarar responsables a ambas sociedades por el hecho de considerarlas como una misma empresa a efectos de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE. No obstante, si ya parece dudoso aceptar la responsabilidad ascendente, más dudas genera, en relación con el principio de responsabilidad personal, la posible imputación descendente de la responsabilidad sancionadora.

No procede analizar ahora las vías alternativas de las que dispone el TJUE para poder declarar responsable a la filial de la actuación de la matriz en el ámbito del *private enforcement* pues excede del presente trabajo, sin embargo, sí conviene detenerse en la quiebra que esta aplicación puede tener para con los principios de la potestad sancionadora y, al igual que en el supuesto contrario, se resumen en el principio de legalidad y responsabilidad personal de las infracciones y sanciones administrativas.

y perjuicios de tales características ejercitada contra una sociedad filial supone que el demandante pruebe, para que se considere que existe una unidad económica entre una sociedad matriz y la sociedad filial en el sentido de los apartados 41 y 46 de la presente sentencia, los vínculos que unen a esas sociedades mencionados en el apartado anterior, así como el vínculo concreto, mencionado en ese mismo apartado, existente entre la actividad económica de esa sociedad filial y el objeto de la infracción de la que se considera responsable a la sociedad matriz. Por tanto, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, la víctima debería demostrar, en principio, que el acuerdo contrario a la competencia celebrado por la sociedad matriz por el que esta ha sido condenada se refiere a los mismos productos que aquellos que comercializa la sociedad filial. De ese modo, la víctima demuestra que es precisamente la unidad económica a la que pertenece la sociedad filial, junto con su sociedad matriz, la que constituye la empresa que ha cometido efectivamente la infracción declarada previamente por la Comisión en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 1, con arreglo a la concepción funcional del concepto de «empresa» al que se ha hecho referencia en el apartado 46 de la presente sentencia”. En el mismo sentido lo declaró el AG PITRUZZELLA en Conclusiones de 15 de abril de 2021, C-882/19, Sumal, S. L., al declarar que “los criterios que permiten apreciar esa responsabilidad son, pues, distintos de los que permiten imputar a la sociedad matriz la responsabilidad por las infracciones cometidas por las filiales. Algo que no es esencial en el marco de la primera operación puede serlo a efectos de la segunda. Así, por ejemplo, aunque para reconocer una responsabilidad ascendente, la jurisprudencia no considera necesaria la prueba de que la sociedad matriz influya en la política de su filial en el ámbito específico en que se ha producido la infracción, por el contrario, a efectos de reconocer una responsabilidad descendente, es decisivo que la filial opere en el mismo sector en el que la sociedad matriz ha adoptado el comportamiento contrario a la competencia y que, a través de su actuación en el mercado, haya hecho posible que se concreten los efectos de la infracción”. En el mismo sentido lo ha afirmado la doctrina. Así, DIEZ ESTELLA, tomando como punto de partida la STJUE Sumal, razona que “el que la filial y matriz pertenezcan a la misma unidad económica a efectos de la infracción específica en cuestión debe analizarse a partir de un doble test: (i) la existencia de vínculos económicos, organizativos y jurídicos; y (ii) la existencia de un vínculo específico entre la actividad económica de esa filial y el objeto de la infracción de la que se responsabiliza a la sociedad matriz. Para demostrar la existencia de este vínculo específico in casu, se requerirá que la infracción que lleva a cabo la empresa matriz se refiera a los mismos productos que los comercializados por la filial, tenga lugar en el ámbito de la misma actividad económica”. Cf. DIEZ ESTELLA, F. (2022:333-334). En el mismo sentido, HERRERO SUÁREZ, C. (2021:378-379).

Como se ha expuesto ya en incontables ocasiones a lo largo del presente trabajo, en derecho administrativo sancionador, por no contar con una teoría general de la autoría y la participación, solo serán responsables de las infracciones los autores; es decir, las personas físicas o jurídicas que realicen los elementos típicos y antijurídicos del tipo infractor y, además, en su actuación ha debido de mediar, cuanto menos, negligencia. Si bien es cierto que la LDC declara expresamente la responsabilidad de la matriz por las actuaciones cometidas por sus filiales siempre y cuando estas últimas no hayan determinado su comportamiento de manera autónoma, no ocurre lo mismo en el supuesto contrario. La LDC no contempla la posibilidad de responsabilidad a la filial por las infracciones de la sociedad matriz.

Si se parte del requisito de intervención directa en la infracción —además de la independencia de actuación que se ha defendido a lo largo de todo el capítulo— de la sociedad filial para poder declararla responsable de la infracción cometida por su sociedad matriz se abren dos escenarios posibles. El primero hace referencia a aquellos supuestos en los que la filial, con su actuación, realice actos típicos subsumibles en la prohibición de los artículos 101 o 102 del TFUE, debiendo responder la misma como autora de su propia infracción sin perjuicio de que su responsabilidad se pueda ver atenuada atendiendo a las circunstancias concretas del caso⁴⁰⁷.

El segundo supuesto escenifica la hipótesis contraria, es decir, aquellas actuaciones llevadas a cabo por la filial que no se encuentran proscritas por el ordenamiento jurídico y, por ende, no procede dirigir procedimiento sancionador alguno contra la filial⁴⁰⁸. En

⁴⁰⁷ Esto no es óbice para que la Comisión o las autoridades de competencia de los Estados miembros deban interpretar la conducta de cada una de las empresas de manera conjunta. Es decir, el hecho de que, bajo mi punto de vista, la responsabilidad de las empresas deba individualizarse atendiendo a los actos típicos llevados a cabo por cada una de ellas no impide que para determinar la ilicitud o el alcance de la conducta anticompetitiva no deban tenerse en cuenta los actos realizados por cada una de ellas de manera global. A pesar de que diversos autores han tratado de exponer la responsabilidad de la filial por los actos anticompetitivos de su matriz trazando un paralelismo entre las STJUE *Sumal* y la STG *Biogaran*, creo que la diferencia entre ambos pronunciamientos es, precisamente, la que se propone en el texto principal. En el caso *Biogaran*, la filial participa activamente en la infracción de la matriz, realizando por sí misma una conducta prohibida por el artículo 101 del TFUE —acuerdo de venta exclusiva—, gracias al cual la infracción de la matriz puede consumarse. Por ello, lo que se propone es sancionar a la filial como autora de su propia actuación en el mercado de la que es culpable y, por ende, procede la imposición de una sanción individualizada respecto de la de la matriz que se calculará atendiendo única y exclusivamente al volumen de negocios de la filial.

⁴⁰⁸ Este segundo supuesto queda perfectamente representado en la STJUE *Sumal*. En el referido asunto, Daimler, como sociedad matriz, participó en un cártel cuya finalidad fue la fijación de los precios así como el incremento de los precios brutos de los camiones en el Espacio Económico Europeo. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión Europea declaró responsable de una infracción del artículo 101 TFUE, entre otras, a Daimler en Decisión de 19 de julio de 2016. Por su parte, la conducta de la filial se limita, como concesionaria, a la venta de los camiones suministrados por su sociedad matriz. Como se puede observar,

este último, la filial no interviene en el comportamiento ilícito de la matriz, no lleva a cabo conductas subsumibles en las prohibiciones contenidas en el TFUE o en la LDC y su actuación no está presidida por elemento volitivo alguno, siendo todos ellos requisitos necesarios para poder sancionar.

Además, si partimos del supuesto de hecho concreto de la sentencia *Sumal*, y tenemos en cuenta que la infracción del art. 101 TFUE es una infracción tanto por objeto como por efecto, es posible concluir que la actuación anticoncurrencial se ve perfeccionada incluso antes de que los camiones estén en disposición de poder ser vendidos por la filial pues, cabe recordar, que la conducta antijurídica proscrita por el referido precepto son los acuerdos anticompetitivos, siendo en cierto modo irrelevante el alcance económico que los mismos produzcan para las empresas participantes en el mismo⁴⁰⁹.

De lo mencionado hasta ahora parece que se puede concluir que la intervención de la filial en aquellos supuestos en los que su conducta no es subsumible en los artículos 101 y 102 del TFUE o en los art. 1 al 3 de la LDC quedaría impune, lo cual puede parecer que, *a priori*, disminuye el efecto disuasorio de las sanciones administrativas. Pero lo contrario, es decir, sancionar conductas no proscritas por la ley supondría una quiebra del principio de legalidad en virtud del cual, los actos prohibidos deben quedar tipificados con claridad en aras de que los destinatarios de las normas sean plenamente conocedores de los mismos, así como del reproche que pudiera suponer el quebranto de éstos.

Además, llegados a este punto consideramos necesario tener también en cuenta el mandato establecido en el art. 61.2 de la LDC que establece la responsabilidad de la matriz por la actuación de la filial siempre y cuando la actuación anticompetitiva cometida por esta última hubiese respondido a órdenes emanadas de la sociedad matriz. En este sentido, al no poder sostenerse de una manera lógica que la conducta de la matriz pudiera

la conducta de la filial es, además de ajustada a Derecho, autónoma a la infracción de la matriz. La filial hubiera vendido esos camiones con los precios falseados por el cártel o con otros precios —según le hubiera indicado su matriz— que no fuesen derivados de infracción alguna, sin gozar apenas de autonomía decisoria. De ahí que se defienda que, no pudiéndose subsumir la conducta de la filial en los tipos de los artículos 101 y 102 del TFUE, la misma haya de ser impune.

⁴⁰⁹ Dejando a un lado las conductas de menor importancia descritas en el capítulo 2 de la segunda parte del presente estudio, los efectos de las infracciones no son relevantes en tanto en cuanto la prohibición es aplicable incluso a aquellos supuestos que, sin haberse puesto en marcha, son susceptibles de falsear o restringir la competencia en el mercado. En este sentido lo han declarado la STJUE de 20 de noviembre de 2008, C-209/07, *Beef Industry Development y Barry Brothers*; STJUE de 14 de marzo de 2013, C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító y otros*; STJUE de 27 de abril de 2017, C-469/15, *FSL y otros/Comisión*; STJUE de 6 de abril de 2006, C-551/03, *General Motors*. En el mismo sentido lo ha declarado nuestro TS en STS de 15 de marzo de 2021 (rec. núm. 3405/2020); STS de 7 de junio de 2021 (rec. núm. 5428/2020); STS de 21 de enero de 2019 (rec. núm. 4323/2017); STS de 23 de diciembre de 2022 (rec. núm. 8404/2021).

estar condicionada por su sociedad filial, se quebrantaría el referido mandato legal que habilita la traslación de la responsabilidad sancionadora intragrupo.

Del mismo modo, pretender sancionar a la filial por la mera participación en la infracción de su matriz nos llevaría a la misma conclusión, al incumplimiento del principio de legalidad por castigar a un sujeto distinto del reconocido en las normas como responsable de los actos anticompetitivos. Además, para admitir un supuesto de complicidad o participación en la infracción ajena sería necesario analizar y demostrar que esa intervención en la infracción de la sociedad matriz por la filial lo fue a título de dolo, culpa o negligencia.

A este respecto, pese a los intentos de la actual CNMC de sancionar a la filial cuando la matriz ha llevado a cabo conductas anticompetitivas, la AN ha anulado dichas resoluciones con base en que el argumento de la unidad económica no es suficiente para justificar la sanción a la filial cuando esta última no ha participado directamente en la infracción materializada por su sociedad matriz. Así lo ha razonado la SAN de 3 de mayo de 2013 (rec. núm. 559/2011), argumentando que

“la sola integración en un grupo de sociedades no implica la participación de todas ellas en el comportamiento de alguna o algunas. Respecto de este último extremo, debe precisarse, que si bien los grupos empresariales se caracterizan por la unidad de decisión, y ello limita los efectos de la personalidad jurídica de cada empresa del grupo, no lo es menos, que tal unidad de decisión se manifiesta en cada supuesto concreto mediante uno o varios instrumentos societarios, lo que implica que la decisión no puede ser atribuida a todas las empresas del grupo, sino solo a aquellas que hayan ejecutado la decisión. En este caso, la decisión que se examina es la participación en un cártel, y de ella han de responder las sociedades del grupo que efectivamente hayan ejecutado la decisión de participar en él. Y, desde este punto de vista, no existe prueba de que la entidad recurrente haya tomado parte ni en los acuerdos ni en la ejecución de las obras afectadas por el cártel”⁴¹⁰.

Por todo lo expuesto procede concluir que la aplicación automática de la fundamentación de la Sentencia *Sumal* al ámbito sancionador no parece del todo acertado. Como se ha tratado de razonar sucintamente, el derecho administrativo sancionador, como aplicación punitiva del derecho, está presidida por una serie de principios que garantizar los derechos

⁴¹⁰ En el mismo sentido, la SAN de 25 de octubre de 2012 (rec. núm. 698/2011), declaró que “*si se comprueban los elementos probatorios fundamentales tenidos en consideración tanto por la Dirección de Investigación como el Consejo de la CNC, la recurrente no figura en ninguna de las hojas de cálculo relativas a ingresos y pagos, ni consta que participara en reuniones, ni aparece en otros documentos tenidos en consideración por la Administración para entender probada la participación de distintas empresas en la conducta constitutiva de la infracción. La circunstancia de que la ganadora GEVORA sea matriz, no permite concluir, en ausencia de otros datos, que la unidad de decisión fue tal que la filial acordó no solo la baja de la matriz sino todos los restantes elementos configuradores de la conducta ilícita sancionada*”. Del mismo tenor es la SAN de 1 de octubre de 2013 (rec. núm. 688/2011).

de los sujetos destinatarios de la resolución, entre los que cabe resaltar el principio de legalidad, culpabilidad y responsabilidad personal o por los propios hechos. Si bien es cierto que tanto la aplicación pública como privada del derecho de defensa de la competencia comparten la determinación del sujeto responsable, no es menos cierto que para la aplicación pública, la autoridad de competencia habrá de tener más cautelas en aras de no contravenir los referidos principios, que en la aplicación privada. No existe — o mejor dicho, no debería existir— la misma protección a la hora de trasladar la responsabilidad entre las personas jurídicas que forman parte de un mismo grupo empresarial si hablamos de responsabilidad sancionadora que si estamos ante una responsabilidad civil derivada de la infracción.

Trayendo a colación las palabras de la AG KOKOTT al afirmar que “*los padres deben responder por los actos de sus hijos*” y siguiendo con el mismo paralelismo, no parece acertado concluir que los hijos hayan de responder de las penas o sanciones que deriven de los actos de sus progenitores⁴¹¹. Cualquier persona se echaría las manos a la cabeza si se privase de libertad al hijo de una persona condenada por homicidio o se le retirase el carnet de conducir a la hija de una persona condenada por delitos contra la seguridad vial. En los mismos términos debería extrañarnos la traslación de responsabilidad administrativa sancionadora a una persona distinta de la que cometió la infracción por el hecho de pertenecer ambas a la misma unidad económica, pues, al fin y al cabo, ambas son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. No parece, sin embargo, tan descabellado poder asegurar la deuda de un hijo con base en el patrimonio de los padres o viceversa, ya que nuestro propio derecho de sucesiones reconoce la obligación que tienen los hijos para con las cargas de sus padres en el momento de su fallecimiento siempre y cuando las mismas no se extingan por la referida circunstancia⁴¹².

Si bien es cierto que el mercado común europeo merece de una especial protección que hace necesaria una legislación en materia de defensa de la competencia, así como una aplicación eficaz de ésta y, a través de la misma, garantizar el efecto disuasorio y el

⁴¹¹ Conclusiones de la AG KOKOTT, de 12 de enero de 2012, C-628/10 y C-14/11, *Alliance One International Inc. Y otros contra Comisión*.

⁴¹² A este respecto, el artículo 659 del CC establece que “*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*”. En este sentido, si bien la legislación administrativa sancionadora guarda silencio al respecto, el CP establece en su artículo 130 que “*1. La responsabilidad criminal se extingue: 1.º Por la muerte del reo. (...)*”. En el caso de las personas jurídicas la muerte se sustituye por la disolución y extinción de las mismas, regulándose tales extremos en los artículos 360 y siguientes de la LSC.

aseguramiento del cumplimiento de las sanciones impuestas, no pueden aceptarse soluciones que conculquen los principios que rigen la potestad sancionadora pues se estarían negando, en *ultima ratio*, las garantías propias de un Estado social y democrático de Derecho.

Una vez analizados los supuestos de transmisión de la responsabilidad empresarial entre sociedades de un mismo grupo, queda la tarea de analizar qué ocurre con la responsabilidad sancionadora en materia de defensa de la competencia en aquellos supuestos en los que la empresa infractora sufre cambios durante la comisión de la infracción o durante el tiempo que transcurre desde el cese de la conducta infractora hasta la imposición de la correspondiente sanción; cuestiones que se pasarán a abordar de inmediato en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 3. LA TRASLACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA EN MATERIA DE COMPETENCIA ENTRE EMPRESAS COMO CONSECUENCIA DE CAMBIOS O MODIFICACIONES EN LAS MISMAS.

I. INTRODUCCIÓN

Como se ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones a lo largo de los capítulos precedentes, la responsabilidad por los propios hechos es un principio bajo el que se asienta todo el sistema administrativo punitivo en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, el principio de responsabilidad personal es un requisito necesario para poder sancionar tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas por actos anticompetitivos, proscribiéndose, en un principio, que alguien pueda ser sancionado por hechos que no hubiese cometido⁴¹³.

Ahora bien, a pesar de la taxatividad de la afirmación anterior, este principio es susceptible de ser modulado en determinadas ocasiones, máxime en relación con su aplicación a las infracciones anticompetitivas cometidas por las personas jurídicas. Para entender bien la necesaria modulación del principio de responsabilidad al aplicarlo a los actos llevados a cabo por las personas jurídicas hay que tener en cuenta tanto las diferencias sustanciales que existen entre las personas físicas y jurídicas, como la duración de las conductas anticompetitivas y la posterior fiscalización de las mismas.

Como es sabido, el principio de responsabilidad personal se configura de tal forma que la muerte de una persona física supone la pérdida de su personalidad jurídica y, por ende, lleva aparejada la extinción de su responsabilidad sancionadora. En este sentido, las personas físicas adquieren su personalidad con el nacimiento, momento a partir del cual pasan a ser titulares de obligaciones y derechos hasta el momento de su fallecimiento,

⁴¹³ Es jurisprudencia reiterada del TJUE que el principio de responsabilidad personal es de aplicación a las infracciones cometidas por las personas jurídicas, debiendo, en principio, responder las empresas de las infracciones cometidas por ellas mismas. Así lo ha declarado, entre otras, en STJUE de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, *ETI y otros*, al afirmar que “cuando una entidad de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esta infracción”. Del mismo tenor es la STJUE de 13 de junio de 2013, C-511/11 P, *Versalis/Comisión*; o la STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-434/13, *Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker Hannifin*. Del mismo modo, la jurisprudencia de nuestro TS ha declarado lo propio, habiéndose reiterado, entre otras, en STS de 13 de marzo de 2019 (rec. núm. 635/2018) y STS de 13 de marzo de 2019 (rec. núm. 631/2018), que “debemos partir de que la regla general es que incumbe a la persona jurídica que cometió la infracción responder por ella. Ahora bien, bajo determinadas circunstancias, no existe inconveniente en transmitir la responsabilidad administrativa sancionadora entre personas jurídicas”.

momento en el que pierden su personalidad jurídica⁴¹⁴. Es cierto que a lo largo de su vida las personas físicas podrán experimentar cambios, pero ninguno de ellos afecta a su condición de persona y, por ende, a su personalidad. Sin embargo, en el lado contrario nos encontramos con las personas jurídicas, las cuales adquieren personalidad jurídica en el momento de su constitución e inscripción en el registro mercantil, conservándose la misma hasta el momento de su efectiva liquidación⁴¹⁵. No obstante, la adquisición y pérdida de la personalidad por parte de las personas jurídicas no corresponde a sucesos biológicos, sino que son los socios de las mismas los que decidirán, con base en sus propios intereses, crear, liquidar o modificar la estructura de las mismas. Son estas modificaciones que pueden llevarse a cabo a lo largo de la vida de las personas jurídicas las que mayores problemas plantean en relación con las sanciones administrativas ya que, como se tratará de exponer sucintamente a continuación, muchas de ellas llevan aparejada la pérdida de la personalidad jurídica. Aceptar la extinción de la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas con base en la pérdida de su personalidad jurídica (asimilando a las personas físicas y a las jurídicas) supondría poner en riesgo el efecto disuasorio de las sanciones administrativas en tanto en cuanto las personas jurídicas dispondrían de mecanismos suficientes para extinguir su personalidad jurídica y al día siguiente seguir operando en el mismo mercado con una denominación y personalidad jurídica diferente de aquella bajo la que cometieron la infracción. En palabras de REBOLLO PUIG, *“si la extinción de la responsabilidad punitiva por muerte de la persona física infractora no suscita grandes recelos porque casi nadie decide morirse para evitar sanciones, aceptar que la extinción de las personas jurídicas produce igual efecto abre una peligrosa vía de impunidad dado que estas personas tienen menos apego a la vida”*⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Así se recoge de manera expresa en el CC, declarándose en el artículo 30 del citado texto legal que *“la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*, para, en el artículo 32 afirmar que *“la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”*.

⁴¹⁵ En relación con la adquisición de la personalidad jurídica, el párrafo segundo del artículo 116 del CCom establece que *“una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”*, especificándose en el art. 33 de la LSC que *“con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”*. La extinción de la personalidad jurídica de las sociedades se declara una vez liquidada la misma. En el mismo sentido, el art. 371 de la LSC declara que *“la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión «en liquidación»”*.

⁴¹⁶ Cf. REBOLLO PUIG, M. (2018:371).

Si tenemos en cuenta todo lo mencionado hasta el momento y lo relacionamos con las infracciones en materia de defensa de la competencia —las cuales se caracterizan por ser acciones mantenidas a lo largo de los años y cuya fiscalización suele mantenerse durante un periodo de tiempo prolongado—, las personas jurídicas, de cara a evitar ser sancionadas, podrían buscar la forma de eludir dicha responsabilidad sancionadora mediante su extinción, lo que podría lograrse llevando a cabo modificaciones estructurales de las mismas que, tal y como se expondrá a continuación, lleven aparejada la pérdida de la personalidad jurídica. Del lado contrario, cabría plantearse si el hecho de aceptar la transmisión de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas no supone una quiebra del principio de responsabilidad personal.

Para dar respuesta a la cuestión planteada es necesario, en un primer momento, exponer de manera sucinta las modificaciones que las personas jurídicas pueden sufrir a lo largo de su vida, así como las consecuencias que las mismas tienen respecto de la personalidad jurídica, siendo necesario acudir a las disposiciones contenidas en la LME por ser la norma que regula tales extremos.

II. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES QUE PUEDEN SUFRIR LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las modificaciones a las que se refiere la LME se caracterizan todas ellas por ser cambios que experimentan las sociedades que inciden directamente en su estructura personal o patrimonial, pudiendo consistir los mismos en transformaciones, fusiones, escisiones o cesiones globales de activo y pasivo⁴¹⁷. Como se expondrá ahora de manera sucinta y se desarrollará con mayor detalle en los epígrafes siguientes, las modificaciones estructurales de las sociedades pueden tener relevancia a la hora de determinar la responsabilidad sancionadora de la persona jurídica que haya cometido una infracción en materia de competencia. Por ello, conviene en este punto hacer un breve análisis de cada una de las modificaciones contempladas en la LME para, en los epígrafes siguientes,

⁴¹⁷ En este sentido define ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ las modificaciones estructurales, exponiendo que las mismas son “alteraciones de la sociedad que van más allá de las modificaciones estatutarias y que afectan a la estructura patrimonial o personal de la sociedad”. Vid. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. (2020). “M&A y compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, pág. 201.

profundizar acerca de la incidencia que las mismas tienen en relación con la responsabilidad sancionadora de las sociedades infractoras.

La transformación de una sociedad se encuentra regulada en los artículos 3 al 21 de la LME, y la misma consiste en el cambio del tipo social de la empresa en cuestión, pero conservando su personalidad jurídica. Así, a través de una transformación, una SA podrá convertirse en una SL y viceversa, pero no conlleva la pérdida de su personalidad jurídica⁴¹⁸. Al mantenerse la personalidad jurídica, esta modificación del tipo social, realmente, no plantea especiales problemas — tal y como se detallará en el epígrafe siguiente— en relación con la responsabilidad sancionadora de la empresa transformada pues “*las relaciones jurídicas continúan con el mismo titular*”⁴¹⁹.

El segundo tipo de modificación que pueden llevar a cabo las sociedades es la fusión, la cual aparece regulada en los artículos 22 a 52 de la LME. En virtud de la fusión dos o más sociedades transmiten en bloque su patrimonio (sucesión universal de activo y pasivo) y se integran, o bien en una nueva sociedad creada para ello, o bien, en alguna de las sociedades que se fusionan, pudiendo distinguir por tanto entre la fusión por creación o la fusión por absorción⁴²⁰. En el primer supuesto, es decir, cuando las sociedades

⁴¹⁸ El artículo 3 de la LME declara que “*en virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica*”.

⁴¹⁹ Así lo declara expresamente GARRIDO DE PALMA. Así, el referido autor, tras afirmar que la transformación supone un cambio en el tipo social adoptado por la sociedad, conservando la misma su personalidad jurídica, concluye que “*partiendo de la premisa legal de concebir con concepto unitario de sociedad, que está por encima de sus clases y que en la figura en estudio se parte del principio de identidad, lo que significa que las relaciones jurídicas continúan con el mismo titular*”. Vid. GARRIDO DE PALMA, V. M. (2010). “Transformación” en GARRIDO DE PALMA, V.M, ANSON PEIRONCELY, R. Y BANACLOCHE PÉREZ, J. *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, pág. 41. También SERRANO ZARAGOZA, en línea con lo establecido por la LME, razona que la transformación “*no supone la disolución ni la pérdida de su personalidad jurídica para dar nacimiento a una nueva persona jurídica. La sociedad que se transforma conserva la misma personalidad jurídica*”. Cf. SERRANO ZARAGOZA, O. (2016). “Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica”. *RDCP* nº24, pág. 165.

⁴²⁰ Así, el art. 22 de la LME declara que “*en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan*”. En términos similares, SERRANO ZARAGOZA declara que la fusión “*constituye un proceso de naturaleza social al final del cual dos o más sociedades, previa disolución de alguna o de todas ellas, agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad, en la que todos los patrimonios se integran formando uno solo*”, matizando a continuación que la disolución de la sociedad no va seguida de la correspondiente liquidación, sino que el patrimonio se transmite en bloque a la nueva sociedad. Cf. SERRANO ZARAGOZA, O. (2016:155). También FARALDO CABANA concluye que “*la fusión en sentido estricto supone que todas las sociedades que se fusionan se extinguen, sin liquidación, creándose una nueva a la que se transmite en bloque, por sucesión universal, los respectivos patrimonios*”, mientras que “*la absorción es una forma de fusión en la que una sociedad preexistente cuya existencia se mantiene, aumentando su capital social en la cuantía que proceda, adquiere por sucesión universal el patrimonio de la/s que se fusiona/n con ella, que se extingue/n*”. Vid. FARALDO CABANA, P. (2020). “La transmisión de las penas en las modificaciones estructurales. Una

fusionadas transmitan en bloque su patrimonio a una nueva sociedad que ha sido creada para ello, las sociedades fusionadas se extinguen y pierden su personalidad jurídica. En el segundo supuesto, solo se extinguirán y dejarán de tener personalidad jurídica las sociedades absorbidas, continuando, por tanto, la personalidad jurídica de la absorbente⁴²¹.

La fusión, al llevar aparejada la pérdida de la personalidad jurídica de, al menos, una de las sociedades fusionadas, puede incidir en la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas. De este modo, tal y como se expondrá en los epígrafes siguientes, la sociedad resultante de la fusión podrá ser declarada responsable de las infracciones en materia de competencia cometidas por las empresas fusionadas, lo que puede suponer una quiebra para con el principio de responsabilidad personal.

Una vez definida la fusión, la escisión es su procedimiento inverso, es decir, es el proceso en virtud del cual una sociedad divide su patrimonio en unidades económicas diferenciadas, pudiendo distinguir entre la escisión total, la escisión parcial, y la segregación. Todas ellas se encuentran reguladas en los artículos 68 al 80 de la LME y la diferencia que existe entre los diferentes tipos de escisión radica, o bien en la cantidad de unidades de negocio que se transmiten, o bien en la contraprestación a percibir por las mismas. La escisión total consiste en transmitir el patrimonio de una sociedad a dos o más sociedades diferentes que podrán ser bien de nueva creación, o absorber el patrimonio de la sociedad escindida mediante sucesión universal⁴²². En la escisión parcial

reflexión sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a los entes colectivos” en DE LA CUERDA MARTÍN, M. Y GARCÍA DE LA TORRE, F. (Coords), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, pág. 439. En este sentido lo declara también GARRIDO DE PALMA, concluyendo por tanto al respecto que los caracteres configuradores de la fusión son los siguiente: “*ha de tratarse de una sociedad mercantil; han de estar inscritas en el Registro Mercantil correspondiente, no cabe hablar, por tanto, de una posible fusión irregular; se integran en una única sociedad, de nueva creación si se trata de fusión por constitución, o en la sociedad absorbente de las demás sociedades que se fusionan en la fusión por absorción; y la transmisión en bloque de los patrimonios sociales a la nueva sociedad o a la absorbente por sucesión universal*”. Vid. GARRIDO DE PALMA, V.M. (2010:80-81).

⁴²¹ También GARRIDO DE PALMA expone que “*todas las fusionadas se extinguen, excepto la resultante de la fusión*”. Vid. GARRIDO DE PALMA, V.M. (2010:80). En el mismo sentido SERRANO ZARAGOZA concluye respecto que de la fusión que “*extingue la personalidad jurídica del delincuente a consecuencia de la disolución real de la misma*”. Cf. SERRANO ZARAGOZA, O. (2016:156). También el artículo 23 de la LME declara que “*1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas. 2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda*”.

⁴²² En este sentido el artículo 69 de la LME define la escisión global como “*la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente,*

lo único que se transmite es una o varias partes de la sociedad siempre y cuando las mismas sean susceptibles de ser consideradas como una unidad económica, conservando la sociedad escindida parte de su patrimonio⁴²³. Así, mientras que en la escisión global la sociedad escindida se extingue y con ella su personalidad jurídica, en la escisión parcial la sociedad escindida continúa existiendo y manteniendo su personalidad jurídica. En ambos casos, los socios de la sociedad escindida reciben a cambio, y en proporción a su participación, acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias.

Por el contrario, la segregación se caracteriza por ser un subtipo dentro de la escisión, es decir, es una transmisión en bloque por sucesión universal de parte del patrimonio de una empresa a una o varias sociedades, pero cuya contraprestación es adquirida directamente por la sociedad, de modo que es la sociedad segregada la que recibe, en proporción a su aportación, acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias. En el caso de la segregación no existe extinción de la personalidad jurídica pues la sociedad continúa existiendo, ni tampoco una minoración de los recursos económicos de los que dispone la sociedad segregada pues ha recibido una contraprestación de la que ella misma es titular por el traspaso de las unidades económicas⁴²⁴.

recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde". Del mismo tenor, FARALDO CABANA expone que en la escisión global *"todo el patrimonio de la sociedad jurídica se traslada a l entidad o entidades que resulten de la escisión, extinguiéndose"*. Vid. FARALDO CABANA, P. (2020:440). En términos similares SERRANO ZARAGOZA, tras definir la escisión total, razona que *"el primer efecto jurídico-económico consiste en su disolución real (...) con división de todo su patrimonio en dos o más partes cada una de las cuales se transmite en bloque a una sociedad (...) y se extingue la personalidad jurídica"*. Cf. SERRANO ZARAGOZA, O. (2016:161). También GARRIDO DE PALMA señala como característica principal de la escisión global que *"la sociedad que se escinde totalmente se extingue, con disolución de la misma sin liquidación"*. Vid. GARRIDO DE PALMA, V.M. (2010:173).

⁴²³ Así viene definido en el artículo 70 de la LME el cual declara que *"se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria"*. En este sentido, SERRANO ZARAGOZA razona que, pese a la minoración de recursos de los que dispone la sociedad escindida, *"la persona jurídica ni se disuelve ni se extingue, por lo que conserva su personalidad jurídica y la posibilidad de ser enjuiciada y sancionada"*. SERRANO ZARAGOZA, O. (2016:163). En el mismo sentido, Garrido de PALMA razona que *"la sociedad que se escinde en parte no se extingue. Reduce su capital en la cuantía necesaria, la que corresponde a la parte o partes del patrimonio que traspasa"*. Vid. GARRIDO DE PALMA, V.M. (2010:175).

⁴²⁴ SERRANO ZARAGOZA, O. (2016:164). La segregación se define en el art. 71 de la LME, como *"el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias"*.

Por último, las sociedades también pueden transmitir su activo y pasivo en bloque a una o varias sociedades, pudiendo recibir a cambio cualquier contraprestación económica siempre que la misma no consista en acciones, participaciones o cuotas sociales de los cesionarios. Como consecuencia de la cesión, la sociedad cedente se extingue siempre y cuando los socios reciban completamente la contraprestación. Así viene regulado en los artículos 81 a 91 de la LME⁴²⁵.

Tanto la escisión como la segregación o la transmisión en bloque del activo y el pasivo podría generar para con el principio de responsabilidad personal los mismos riesgos que la fusión en tanto que en todas las modificaciones que se enuncian —y aquí se exponen— existe una sociedad, al menos, que pierde su personalidad jurídica. Por ello, según constante jurisprudencia, cabrá la transmisión de la responsabilidad a la sociedad resultante de la segregación, escisión o transmisión de activo y pasivo.

La LME también recoge a lo largo de su articulado el cambio del domicilio social al extranjero como una modificación sustancial de las sociedades, estableciendo en su artículo 92 que, tanto el traslado del domicilio de una sociedad española al extranjero como el traslado del domicilio social de una sociedad extranjera a España, se regirá por lo dispuesto en los Tratados o Convenios Internacionales. No obstante lo anterior, el requisito que han de cumplir las sociedades españolas cuya voluntad sea trasladar su domicilio social al extranjero es que la legislación del Estado al que deseen trasladarlo habrá de permitir que la personalidad jurídica de la sociedad se mantenga⁴²⁶. Por ende, es la propia LME la que resuelve la cuestión acerca de si el cambio de domicilio social al extranjero pudiera llevar aparejada la pérdida de la personalidad jurídica, negando tal extremo. Como consecuencia del mantenimiento de la personalidad jurídica, en principio, el cambio del domicilio social al extranjero, tal y como ocurría con la transformación de las sociedades, no presenta grandes cuestiones en relación con el principio de responsabilidad de las sanciones administrativas que ahora interesa, pues en ambos casos,

⁴²⁵ El art. 81 de la LME caracteriza a la cesión global de activo y pasivo como la transmisión “*en bloque de todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. 2. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación*”. En términos similares GARRIDO DE PALMA, V.M. (2010:212).

⁴²⁶ Así se declara expresamente en el apartado 1 del art. 93 de la LME que es del siguiente tenor: “*el traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española sólo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad*”.

al mantenerse la personalidad jurídica y no variar, será la sociedad infractora la que —en aplicación del principio de responsabilidad personal— habrá de responder de las conductas ilícitas por ella misma cometidas.

Del breve análisis realizado sobre las diferentes modificaciones que la estructura de una sociedad puede experimentar a lo largo del tiempo ha quedado patente que algunas de ellas pueden plantear problemas para con el principio de responsabilidad personal en tanto en cuanto llevan aparejadas la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad. Es cierto que nuestra deficiente regulación sancionadora no contempla las causas de extinción de la responsabilidad administrativa, siendo en su caso las regulaciones sectoriales las que habrán de suplir dicha laguna. Solo alguna de ellas han contemplado la muerte del infractor como causa de extinción de la responsabilidad sancionadora, no siendo el caso de la LDC⁴²⁷. No obstante lo anterior, el artículo 84.2 de la LPAC contempla como modo “anormal” de terminación del procedimiento administrativo la imposibilidad de continuarlo por causas sobrevenidas, siendo la muerte del infractor uno de los supuestos que imposibilitan la continuación del procedimiento sancionador⁴²⁸.

Tal y como se exponía al comienzo del capítulo, la pérdida de la personalidad jurídica equivale a la extinción de la sociedad y, en principio, si se asemejase la muerte de una persona física con la pérdida de personalidad de las personas jurídicas estas últimas dispondrían de mecanismos variados para eludir la responsabilidad por las infracciones que hubieran cometido⁴²⁹. Es por ello por lo que tanto la jurisprudencia del TJUE como la jurisprudencia nacional permiten que, en el caso de las personas jurídicas, la responsabilidad de la sociedad infractora se pueda transmitir a la nueva sociedad

⁴²⁷ En este sentido, la muerte del infractor como causa de exclusión de la responsabilidad sancionadora solo se encuentra contemplada expresamente en el art. 190 de la LGT que declara lo siguiente: “*las sanciones tributarias se extinguen por el pago o cumplimiento, por prescripción del derecho para exigir su pago, por compensación, por condonación y por el fallecimiento de todos los obligados a satisfacerlas*”.

⁴²⁸ Así, el tenor literal del artículo 84 de la LPAC es como sigue: “2. *También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso*”.

⁴²⁹ En este sentido lo han razonado MAGIDE HERRERO Y VÉLEZ FRAGA. Así, los citados autores, tras afirmar que “*la extinción de la personalidad en el caso de las personas jurídicas no es equiparable a la muerte de la persona física*”, concluyen al respecto que “*no sería correcto sostener que cualquier forma de extinción de la personalidad de una persona jurídica comporta automáticamente la desaparición de la responsabilidad sancionadora. Pero tampoco sería correcto, a nuestro entender, el otro extremo; esto es, afirmar que cualquier forma de sucesión en los derechos y obligaciones de una persona jurídica por otra comporta la traslación automática de las responsabilidades de carácter sancionador*”. Cf. MAGIDE HERRERO, M. Y VÉLEZ FRAGA, M. (2015). “Sucesión en la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas: el caso de la reestructuración del sector financiero” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.). *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo, anuario 2015*, Thomson Reuters, Civitas, págs. 572-573.

resultante como consecuencia de los cambios estructurales de las mismas. Ahora bien, ¿respeto el principio de responsabilidad la solución dada por la jurisprudencia? Para tratar de responder a la cuestión planteada será necesario diferenciar aquellos casos en los que la modificación lleva aparejada pérdida de la personalidad jurídica de aquellos en los que no, deteniéndonos especialmente en los primeros.

III. CAMBIOS QUE NO LLEVAN APAREJADOS LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL INFRACTOR

Como se ha tratado de exponer sucintamente en el epígrafe anterior, las sociedades, a lo largo del tiempo, pueden sufrir modificaciones en la estructura de las mismas, debiendo diferenciar aquellas modificaciones que llevan aparejadas la extinción del infractor de aquellas que no extinguen la personalidad jurídica de la sociedad que ha sufrido el cambio. Es el estudio de este segundo grupo del que nos ocuparemos en las siguientes líneas.

El cambio del tipo social o el cambio del domicilio de la sociedad infractora son modificaciones que pueden sufrir las sociedades a lo largo de los años, pero ninguno de ellos lleva aparejado un cambio real en la personalidad del infractor. Es por ello por lo que generalmente, este grupo de supuestos no plantean problemas de cara a poder imputarles a ellos mismos la infracción cometida con anterioridad a la modificación ya que, en la práctica, sigue siendo la misma sociedad. En estos casos, la personalidad jurídica del infractor se mantiene intacta a pesar de, o bien, haber cambiado el tipo social, o bien haber trasladado el domicilio al extranjero; es decir, a pesar del cambio, sigue siendo la misma sociedad que la que cometió la infracción y, por ende, merece ser sancionada por ello. Tampoco suponen cambios en la personalidad de la sociedad el cambio de denominación, los cambios en la propiedad o los meros cambios en la organización o estructura societaria. El propio LAGUNA DE PAZ, declara que estos cambios en las empresas no afectan a la responsabilidad sancionadora porque *“permanece la identidad del sujeto infractor. No hay un cambio de empresa sino en la empresa”*⁴³⁰.

⁴³⁰ LAGUNA DE PAZ, J. C. (2020:62). En términos similares REBOLLO PUIG concluye al respecto que *“la responsabilidad ni se extingue ni se transmite por el hecho de que el nombre, la estructura o la composición u organización o la propiedad de la persona jurídica cambie. En principio, (...), mientras la persona jurídica que cometió la infracción permanezca, ella será la responsable”*. Vid. REBOLLO PUIG, M. (2018:366). Sin perjuicio de que la referencia en este caso no se centra en el ámbito del derecho

Al no existir un cambio de empresa y mantenerse la personalidad jurídica del infractor pese a la modificación, conforme al principio de responsabilidad de las infracciones y sanciones administrativas, le corresponde a la sociedad infractora responder de la conducta anticompetitiva que hubiese llevado a cabo, no siendo este un posible modo de eludir la responsabilidad sancionadora⁴³¹.

Es cierto que existen otro tipo de modificaciones que pueden realizar las sociedades que, si bien *a priori* no suponen la extinción de la personalidad jurídica de la empresa infractora, de acuerdo con la interpretación que la jurisprudencia ha realizado respecto de la transmisibilidad de la responsabilidad sancionadora, puede generar ciertas dudas, por lo que entiendo que conviene más analizarlas en el siguiente epígrafe junto con el resto de modificaciones estructurales que sí suponen la extinción de la personalidad jurídica de la infractora. Me refiero a la segregación y a la escisión parcial de las sociedades. Si bien en estos supuestos, la empresa segregada continúa existiendo, manteniendo su

administrativo sancionador sino en el Derecho Penal, DEL ROSAL BLASCO Y LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES tampoco ven problemas en la imputación de las infracciones en las sociedades transformadas. Así, los referidos autores, con referencias al art. 130.2 del CP que se analizará más adelante, concluyen que la alusión que en el mismo se hace a la transformación de las sociedades “*es más que discutible porque la transformación no altera, en ningún caso, la personalidad jurídica de la sociedad, que continúa subsistiendo bajo la nueva forma. (...) En tales condiciones, desde el punto de vista penal, la transformación no supone, en ningún caso, la necesidad de una transferencia de responsabilidad penal (o civil ex delicto) a la empresa sucesora porque, en realidad, no hay tal sucesión*”. Vid. DEL ROSAL BLASCO, B. Y LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, P. (2018). “La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia”. *Diario la Ley*, nº 9126, pág. 4. En términos similares DÍEZ RIPOLLÉS concluye que “*la transformación plantea pocos problemas en principio, pues estamos ante la misma sociedad con otra configuración jurídica y, quizás, económica*”. DIEZ RIPOLLÉS, J.L. (2012:12).

⁴³¹ Así lo ha declarado tanto la jurisprudencia del TJUE como, en línea con esta, nuestra jurisprudencia nacional. En este sentido, la SJTUE de 16 de noviembre del 2000, C-279/98, *Cascades/Comisión*, afirma que “*incumbe, en principio, a la persona física o jurídica que dirigía la empresa afectada en el momento en que se cometió la infracción responder por ella, aun cuando en el momento de adoptarse la Decisión por la que se declara la existencia de la infracción la explotación de la empresa estuviera bajo la responsabilidad de otra persona*”. En términos similares, pero haciendo una interpretación *a sensu contrario*, la STJUE de 8 de julio de 1999, C-49/92, *Comisión/Anic Partecipazioni*, afirma que “*el criterio conocido como «de continuidad económica» sólo es aplicable cuando la persona jurídica responsable de la explotación de la empresa deja de existir jurídicamente tras la comisión de la infracción*”; por ende, en aquellos casos en los que la empresa no deja de existir jurídicamente, le corresponde a ella responder por la infracción cometida. La misma conclusión se plasma, entre otras, en STJUE de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, *ETI y otros*; STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-434/13, *Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*; STG de 2 de junio de 2016, T-426/10, *Moreda-Riviere Trefilerías y otros/Comisión*; o STPI de 30 de septiembre de 2009, T-161/05, *Hoechst/Comisión*. También, entre otras, la STS 5531/2015, de 16 de diciembre, concluye, en este sentido, que “*el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho, en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas*”. En términos similares lo declara también la STS de 4 de marzo de 2016 (rec. núm. 1114/2013); STS de 13 de marzo de 2019 (rec. núm. 635/2018) y STS de 13 de marzo de 2019 (rec. núm. 631/2018).

personalidad jurídica, al igual que ocurre en la empresa que se escinde parcialmente, al haberse identificado por parte de la jurisprudencia al sujeto infractor con la unidad económica, y existiendo transmisión de ésta en ambos casos, procede, como acabo de mencionar, analizar estos supuestos con el resto de las modificaciones en las que las sociedades pierden su personalidad jurídica al transmitir sus unidades de producción⁴³².

IV. CAMBIOS QUE LLEVAN APAREJADOS LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL INFRACTOR.

El epígrafe precedente se ha centrado en analizar la incidencia que tienen determinados cambios en las empresas que no llevan aparejada la extinción de la personalidad jurídica para con el principio de responsabilidad sancionadora. Ahora nos encontramos en el supuesto totalmente contrario. Como ya se expuso en la introducción del presente capítulo y procede recordar, la extinción de la personalidad jurídica no puede equipararse a la muerte de la persona física como causa de extinción de la responsabilidad sancionadora en tanto en cuanto ello supondría aceptar que las empresas dispondrían de incontables medios para eludir su responsabilidad, contraviniendo, por tanto, el efecto disuasorio de las sanciones. Por ello, la jurisprudencia, tratando de dar solución al presente problema, acepta la traslación de responsabilidad entre personas jurídicas en determinados supuestos. No obstante lo anterior, existen voces en la doctrina —tal y como se expondrá más adelante— que se han cuestionado si admitir una traslación de la responsabilidad sancionadora no supone un quebranto del principio de responsabilidad.

Todo ello es lo que se tratará de analizar en el presente epígrafe, siendo preciso analizar en un primer momento la postura jurisprudencial tanto del TJUE como de nuestros tribunales nacionales para, en un segundo momento, analizar si la referida es o no contraria al principio de responsabilidad y, si lo fuera, tratar, por último, de dilucidar acerca de las posibles soluciones que, respetando el efecto útil del derecho de la

⁴³² STJUE de 8 de julio de 1999, C-49/92, *Comisión/Anic Partecipazioni*; STJUE de 7 de enero de 2004, C-204/00, *Aalborg Portland y otros/Comisión*; o STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-434/13, *Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*. También nuestro TS en STS de 23 de marzo de 2018 (rec. núm. 1409/2015); STS de 16 de diciembre de 2015 (rec. núm. 1973/2014); o STS de 15 de marzo de 2017 (rec. núm. 4213/2014).

competencia y los principios del derecho administrativo sancionador, pudieran darse al problema planteado.

1. LA TRASLACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA COMO SOLUCIÓN PARA QUE LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL INFRACTOR NO SUPONGA UN MODO PARA ELUDIR LA SANCIÓN QUE PROCEDIESE IMPONER.

Como se ha reiterado a lo largo tanto del presente estudio como capítulo, en principio, será la persona jurídica que cometió la infracción la que en virtud del principio de responsabilidad personal habrá de responder por ella. Sin embargo, este principio se ha visto modulado en varias ocasiones por los tribunales, habiéndose admitido, tal y como se desarrolló en el capítulo anterior, que las empresas matrices respondan de las infracciones cometidas por sus filiales siempre y cuando pueda considerarse que ambas forman una única empresa conforme a la interpretación que el derecho de la competencia hace de ellas⁴³³. En línea con lo establecido en estos supuestos, lo que en la presente tesis hemos denominado como la traslación de responsabilidad sancionadora intragrupo — incluyendo no solo la responsabilidad matriz-filial, sino también la responsabilidad de la sociedad interpuesta o de las holding y la eventual responsabilidad de la filial por las infracciones de la matriz—, la jurisprudencia ha ido un paso más allá y, con base en el efecto útil del derecho de la competencia y la necesidad de proteger al mercado de prácticas abusivas por las empresas, también ha admitido la traslación de la responsabilidad sancionadora entre empresas que no pertenecen a un mismo grupo empresarial siempre y cuando se cumplan determinados requisitos que procede analizar.

Antes de entrar a analizar los supuestos que permiten la transmisión de responsabilidad entre personas jurídicas, es conveniente hacer alusión al silencio que la LDC guarda a este respecto (al contrario de lo que ocurre con la transmisión de la responsabilidad intragrupo que se encuentra contemplada en el art. 61.2 de la LDC). Es cierto que el artículo 61 de la LDC sí hace referencia a que serán sujetos responsables los sucesores

⁴³³ A pesar de que a día de hoy no existe ningún pronunciamiento sancionador en tales extremos, lo cierto es que podría suceder también a la inversa; es decir, aplicando la doctrina emanada de la STJUE de 6 de octubre de 2021, C-882/19, *Sumal*, podría sancionarse a la filial por el comportamiento anticompetitivo de la matriz. Todo ello deriva, tal y como se desarrolló con mayor detenimiento en el capítulo 2 de la presente parte del estudio, de que el concepto empresa que se aplica en derecho de la competencia debe tener el mismo alcance estemos ante la aplicación pública o privada del mismo.

legales o económicos de las empresas que realicen las acciones anticompetitivas tipificadas como tal en el citado texto legal. Al ser esta una manifestación poco concreta, han tenido que suplir esa carencia legislativa los tribunales mediante las interpretaciones de la norma que se expondrán a continuación⁴³⁴.

Tampoco en la regulación básica se recoge la posibilidad de llevar a cabo la referida transmisión de responsabilidad sin perjuicio de que algunas leyes sectoriales sí que lo hayan previsto⁴³⁵. Por el contrario, la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal si contempla dicha posibilidad, excluyéndose en el art. 130.2 del CP como causa de extinción de la responsabilidad criminal la fusión, la escisión, la transformación y la absorción, ni tampoco las disoluciones encubiertas de las personas jurídicas que se lleven a cabo con la finalidad de eludir su responsabilidad criminal⁴³⁶.

⁴³⁴ LDC. Artículo 61. “1. Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta ley o, en el caso de empresas, sus sucesores legales o económicos”.

⁴³⁵ En este sentido y a modo ejemplificativo, podemos traer a colación los apartados tercero y quinto del artículo 40 de la LGT, que afirman que “3. En los supuestos de extinción o disolución sin liquidación de sociedades y entidades con personalidad jurídica, las obligaciones tributarias pendientes de las mismas se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de la correspondiente operación. Esta norma también será aplicable a cualquier supuesto de cesión global del activo y pasivo de una sociedad y entidad con personalidad jurídica. (...). 5. Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores de las mismas, en los términos establecidos en los apartados anteriores y, en su caso, hasta el límite del valor determinado conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo”. También el artículo 201 de la LOSSEAR establece que “en el caso de entidades extinguidas por fusión, cesión global de activo y pasivo o escisión, la responsabilidad administrativa de las mismas por las sanciones de multa en el ámbito de la supervisión de los seguros privados será exigible a la entidad absorbente o de nueva creación, teniendo en cuenta, para el caso de la escisión, el porcentaje del patrimonio adquirido”. De un modo similar, la LGS transmite la responsabilidad de las sanciones ya impuestas en su art. 13.2.j), al declarar que “(...). j) Las prohibiciones de obtener subvenciones afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas. (...)”.

⁴³⁶ Así, el apartado segundo del art. 130 del CP declara que “la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”. La traslación de la responsabilidad penal ha sido aplicada por el TS, habiendo declarado, entre otras, en STS (Sala segunda) de 11 de marzo de 2020 (rec. núm. 2381/2018), que “existe, pues, una directa traslación de la responsabilidad penal a la sociedad en que se transforme, quede fusionada o absorbida. Y ello, para evitar el fraude de la transmisión de empresas que están sometidas a un proceso penal con extinción de la investigada y traslación del patrimonio a una nueva, que en base a este art. 130.2 CP asume la “responsabilidad penal de la transmitente”, lo que no deja de ser curioso, aunque entra de lleno en la propia especialidad del campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y para evitar el referido fraude”. En términos similares, la STS (Sala segunda) de 31 de octubre de 2019 (rec. núm. 1945/2018), declaró que “si no se produjera la transmisión de la responsabilidad penal y civil en los supuestos de modificación estructural de las sociedades mercantiles

De este modo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hayan sufrido una fusión, escisión, transformación o absorción con posterioridad a la comisión de un delito tipificado como tal en el referido código, se transmitirá a la nueva sociedad. No obstante, la tipificación que el art. 130.2 del CP realiza respecto de la fusión, absorción, transformación o escisión no ha sido del todo acogido por la doctrina penalista la cual, además de cuestionarse el por qué de incluir unas modificaciones y no otras, cuestionan el igual tratamiento de todas ellas sin tener en cuenta los efectos jurídicos que cada una produce en la personalidad de la empresa infractora⁴³⁷.

En el ámbito del derecho de defensa de la competencia que ahora nos ocupa, para tratar de dar solución a las carencias legislativas en aras de proteger, de un lado, al mercado de las prácticas anticompetitivas que llevan a cabo los operadores económicos y, de otro, el efecto útil del derecho europeo de la competencia, la jurisprudencia del TJUE avala la transmisión de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas bajo la premisa de la “continuidad económica” si bien, en ocasiones, nos encontramos con pronunciamientos contradictorios y poco esclarecedores⁴³⁸.

podrían admitirse supuestos de fraude en estas transmisiones para dejar sin cumplir la pena, o escapar de los regímenes de la responsabilidad subsidiaria del art. 120 CP en la modalidad de los nº 2 o 3 CP, dejando a las víctimas y perjudicados sin percibir sus indemnizaciones ante una transmisión societaria de transformación de su estructura y denominación social”. También, y más recientemente, la STS (Sala segunda) de 12 de enero de 2022 (rec. núm. 1257/2020), concluyó lo propio,

⁴³⁷ Así, ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ declara que “*lo primero que llama la atención es que el legislador penal procede a enumerar algunas operaciones mercantiles que no extinguen la responsabilidad penal —que incluso se traslada o se extiende—, pero no establece ningún tipo de norma sobre otro tipo de modificaciones societarias, como son la venta de la empresa, o simplemente, la disolución de esta*”, para acabar concluyendo, a este respecto, que “*la legislación penal debiera estar coordinada con la legislación mercantil*”. Vid. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. (2020:200-202). En términos similares, DEL ROSAL BLASCO Y LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, razonan respecto del art. 130.2 del CP que “*se refiere a las hipótesis de a transformación, la fusión, la absorción o la escisión de una persona jurídica. Sin embargo, y de forma inexplicable, deja fuera el supuesto de la cesión global de activos y pasivos que, desde el punto de vista de la elusión de responsabilidades, es perfectamente asimilable a un supuesto de sucesión de empresas, en la medida en que la empresa cedente se convierte en un cascarón vacío, incapaz de asumir responsabilidades*”, para, acabar concluyendo que “*teniendo en cuenta la diferente naturaleza y consecuencias jurídicas de la transformación, la fusión, la absorción y la escisión, es muy discutible la uniformidad con la que se describen las diferentes operaciones societarias de modificación estructural, como si todas generaran iguales efectos y consecuencias*”. Cf. DEL ROSAL BLASCO, B. Y LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, P. (2018:3-4). También gran parte de la doctrina penal se ha mostrado realmente crítica con la posibilidad de transmitir la responsabilidad penal en tanto en cuanto consideran que supone una responsabilidad objetiva que vulnera el principio de responsabilidad, si bien, este análisis, como ya se ha expuesto, se llevará a cabo en el epígrafe siguiente.

⁴³⁸ Es importante recordar que el Derecho Europeo goza de eficacia directa —al igual que su jurisprudencia— sobre los Derechos de los EM, de modo que habrá de aplicarse siempre con preferencia. En este sentido lo ha declarado Alonso García, concluyendo al respecto que “*la eficacia directa es un concepto que suele aparecer ligado doctrinal y jurisprudencialmente, en el ámbito del Derecho de la Unión, a la posibilidad de aplicar éste en los Estados miembros con independencia de previsiones al respecto por los Derechos internos*”. Vid. Alonso García, R. (2010). *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, Thomson Reuters, pág. 219. En términos similares, FUENTETAJA PASTOR declara que “*el principio*

Con carácter previo a entrar a analizar de lleno la posible transmisión de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas es preciso distinguir, según se ha constatado de la revisión jurisprudencial llevada a cabo, entre dos supuestos diferentes: el primero de ellos hace referencia a aquellos casos en los que la sociedad infractora, una vez sancionada, lleva a cabo modificaciones estructurales que llevan aparejada la extinción de la misma; y, de otro, aquellas situaciones en las que una sociedad lleva a cabo las referidas operaciones societarias con anterioridad a que haya recaído sanción haya sido, o no, incoado el procedimiento sancionador correspondiente contra la misma⁴³⁹.

En el primero de los supuestos, es decir, cuando la sociedad infractora ya ha sido sancionada en el momento en el que la misma pierde su personalidad jurídica, la sanción impuesta se integra en el pasivo de la sociedad como una deuda más de la misma. Por ese motivo, la empresa sucesora, al adquirir en bloque mediante sucesión universal tanto el activo como el pasivo de la sociedad extinguida, habrá de responder del pago de la sanción que en su momento se le impuso a la infractora⁴⁴⁰. Así lo ha declarado la jurisprudencia, habiéndose afirmado al respecto por el TS que:

*de efectividad exige que aquella normativa nacional ni impida ni dificulte excesivamente la eficacia del Derecho europeo. (...) Al concebirse como un principio de resultados, del principio de efectividad, se derivaría la consecuencia de reconocer a los Jueces y Tribunales, una vez concluido –implícita o explícitamente– que una norma procedimental nacional impide o dificulta excesivamente a la disposición europea desplegar sus efectos, la facultad de adoptar decisiones positivas que permitan la eficacia del acto europeo”. Cf. FUENTETAJA PASTOR, J.A. (2018). “Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo”. *Documentación administrativa: nueva época*, nº 5, pág. 99.*

⁴³⁹ Así, a modo ejemplificativo, podemos citar la STJUE de 8 de julio de 1999, C-49/92, *Comisión/Anic Partecipazioni*; STJUE de 16 de noviembre de 2000, C-279/98, *Cascades/Comisión*; STJUE de 7 de enero de 2004, C-204/00, *Aalborg Portland y otros/Comisión*; STJUE de 29 de marzo de 2011, C-352/09, *ThyssenKrupp Nirosta/Comisión*; STJUE de 4 de septiembre de 2014, C-408/12, *YKK y otros/Comisión*; STJUE de 5 de marzo de 2015, C-93/13, *Comisión y otros/Versalis y otros*; STS de 14 de febrero de 2007 (rec. núm. 17/2005); STS de 16 de diciembre de 2015 (rec. núm. 1973/2014); STS de 23 de noviembre de 2016 (rec. núm. 1003/2015); STS de 20 de septiembre de 1996 (rec. núm. 3606/1991); STS de 18 de abril de 1994; o STS de 13 de marzo de 2019 (rec. núm. 631/2018).

⁴⁴⁰ Incluir en el pasivo de la sociedad las sanciones impuestas es algo aceptado por la doctrina. En este sentido, GÓMEZ TOMILLO Y SANZ RUBIALES concluyen que “entre las deudas de la sociedad habría que incluir las derivadas de la imposición de las sanciones administrativas”. Cf. GÓMEZ TOMILLO, M. Y SANZ RUBIALES, I. (2013). *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, 3ª edición, Thomson Reuters, Aranzadi, pág. 682. También lo admite LOZANO CUTANDA y PARADA VÁZQUEZ al afirmar que “en contra de la transmisión de las sanciones no puede alegarse la necesidad de respetar el principio de responsabilidad personal, pues dicho principio se asienta en el concepto de culpabilidad penal con el que precisamente rompe la imputación de la infracción a la persona jurídica. Si la sociedad — que no puede considerarse culpable desde el punto de vista penal— responde por las infracciones administrativas, nada impide que dicha responsabilidad se transmita a quienes perciban su patrimonio en dicha proporción al mismo y con independencia de su participación en el ilícito”. Vid. LOZANO CUTANDA, B. Y PARADA VÁZQUEZ, J.R. (1990), *La extinción de las sanciones*

“en el momento de la disolución el haber social responde de las sanciones (art. 235 C. de Co, 277 LSA, 120 LRL), y éstas forman parte del pasivo transmitido a los socios, sin que ello pueda entenderse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas, ya que en éstas se produce una modulación del principio derivado de la distinción conceptual entre autoría y responsabilidad, obligadas por exigencias de su propia naturaleza a actuar por medio de personas físicas y en contemplación última de intereses de éstas”⁴⁴¹.

En estos casos consideramos que no se puede hablar de una transmisión de la responsabilidad sancionadora propiamente dicho —ya que, efectivamente, la empresa infractora es la que resulta sancionada conforme al principio de responsabilidad personal—, sino simplemente, de una traslación de la responsabilidad de carácter pecuniario que engloba no solo el pago de la sanción impuesta sino también el pago del resto de deudas que conforman el pasivo de la sociedad extinguida que ha sido sancionada⁴⁴². Al no existir una transmisión de la responsabilidad sancionadora en sentido

administrativas y tributarias, Marcial Pons, pág. 174. En parecidos términos ARENAS GARCÍA, aunque relativo a la posibilidad de transmitir las sanciones laborales, concluye al respecto que *“solamente las deudas que formen parte del patrimonio pasivo de la absorbida pasarán a la absorbente. (...) Las deudas que resultan de sanciones firmes anteriores a la fusión, pero no abonadas en el momento de ésta se integran en dicho patrimonio pasivo”*. Vid. ARENAS GARCÍA, R. (2015). “Fusión por absorción y responsabilidad de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida. Comentario a la STJ (Sala Quinta) de 5 de marzo de 2015, As. C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho - Centro Local do Lis (ACT)”. *La Ley Unión Europea*, nº28, pág. 3. De un modo similar respecto de las sanciones en materia de defensa de la competencia lo concluye RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, D. (2021). “Las sanciones y su incidencia en los procesos de fusión y adquisición de empresas” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas, pág. 725. El propio Consejo de Estado, en el informe 2145/1994, de 22 de diciembre, relativo al Anteproyecto de Ley sobre Supervisión de los Seguros Privados, ya declaró que *“las sanciones ya impuestas a la sociedad, en cuanto responsabilidad patrimonial, deben seguir las reglas generales, sin poder pasar a convertirse en deudas personales de los socios”*.

⁴⁴¹ STS de 20 de septiembre de 1996 (rec. núm. 3606/1991). En términos similares viene recogido en la STS de 18 de abril de 1994 o, más recientemente, en STS de 13 de marzo de 2019 (rec. núm. 631/2018).

⁴⁴² Es el PGC el que establece que *“las cuentas anuales deben redactarse con claridad, de forma que la información suministrada sea comprensible y útil para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales”, para matizar que “la información incluida en las cuentas anuales debe ser relevante y fiable. La información es relevante cuando es útil para la toma de decisiones económicas, es decir, cuando ayuda a evaluar sucesos pasados, presentes o futuros, o bien a confirmar o corregir evaluaciones realizadas anteriormente. En particular, para cumplir con este requisito, las cuentas anuales deben mostrar adecuadamente los riesgos a los que se enfrenta la empresa. La información es fiable cuando está libre de errores materiales y es neutral, es decir, está libre de sesgos, y los usuarios pueden confiar en que es la imagen fiel de lo que pretende representar”*. De este modo, una sociedad que esté al día con su contabilidad nos permitirá conocer si ha sido o no sancionada y si la sanción impuesta ha sido o no abonada. En este sentido, una sanción abonada se hará constar en la cuenta de gastos excepcionales (678), mientras que aquellas sanciones otras que al cierre del ejercicio no hubiesen sido abonadas deberán constar en una cuenta que provisione fondos de deudas a corto plazo por otras responsabilidades (4292). Así, cualquier sociedad que suceda a la empresa infractora tiene la capacidad, con el simple análisis del balance de esta última, de conocer en qué situación financiera se encuentra, así como de prever los gastos a los que pudiera enfrentarse incluyendo aquellos de sanciones que, si bien ya se han impuesto a la empresa infractora, aún no han sido abonadas, encontrándose la ejecución de las mismas en suspenso, por ejemplo, por estar en vía de recurso.

estricto, sino simplemente, una sucesión en el sujeto obligado a satisfacer la deuda, esto no puede considerarse que sea contrario al principio de responsabilidad de las sanciones pues, realmente, la sanción le ha sido impuesta a la persona jurídica que, efectivamente cometió la infracción administrativa a pesar de que esta, con posterioridad a la misma, se extinga y el pago lo realice su sucesora. Ahora bien, es importante dejar constancia de que la traslación de la sanción solo será posible en aquellos supuestos en los que la sanción consista en el pago de una multa, de ahí que un sector de la doctrina se haya referido a las mismas como deudas de derecho público⁴⁴³.

Sin embargo, la jurisprudencia no se queda ahí y va un paso más allá, aceptando no solo la transmisión del pago de una sanción impuesta sino también la responsabilidad por infracciones cometidas contra las que, o bien todavía no se ha incoado un procedimiento sancionador o bien, el mismo se ha iniciado, pero todavía no ha recaído resolución, presentando esto, a mi juicio, mayores problemas. En este segundo grupo de supuestos, en línea con lo ya establecido respecto de las sanciones firmes que se acaba de exponer —las cuales, se integran como un elemento más del pasivo—, lo que ha sido aceptado por los tribunales no es ya traslación de la sanción, que también, sino la traslación de la expectativa de esta o, lo que es lo mismo, la transmisión de la responsabilidad sancionadora⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Así lo señala SERRANO ZARAGOZA tras considerar que es el único modo posible para poder transmitir el pago de las sanciones a la persona jurídica que suceda a la infractora. De este modo, el referido autor, tras analizar la incidencia que las eventuales sanciones tienen para con el activo y el pasivo de la sociedad infractora que se pretende transmitir (su valor) y el posible enriquecimiento injusto que obtendría la sucesora si no se le hiciera responsable del pago de las mismas, concluye que “*con la introducción de la regla de traslación de responsabilidad estudiada, el legislador no ha introducido un sistema de traslación objetiva de verdadera responsabilidad penal sino que ha creado un instrumento normativo para hacer efectiva la prohibición de los enriquecimientos injustificados o para fijar responsabilidad por culpa o por riesgo en el ámbito del derecho de daño*”. Vid. SERRANO ZARAGOZA, O. (2016:7.10). En este sentido, si bien respecto de la responsabilidad que eventualmente tendrían los administradores respecto del sobreprecio pagado en la reestructuración empresarial por la empresa infractora, también el citado autor remarca que la traslación del pago de la multa que se integra en el pasivo de la sociedad resultante que estará obligada a abonarla deriva de una responsabilidad civil derivada de una deuda de derecho público. Vid. SERRANO ZARAGOZA, O. (2020). “Reestructuración empresarial y responsabilidades de los administradores sociales tras la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español”. *Revista la Ley Compliance Penal*, nº3, pág. 15. También en términos similares, aunque de modo menos claro, lo enuncian ARENAS GARCÍA, R. (2015:5-7) y GOENA VIVES, B. (2022). “Sanción penal y reestructuraciones societarias. ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?”. *Indret, revista para el análisis del Derecho*, págs. 239-243.

⁴⁴⁴ En este sentido lo ha declarado, entre otros, ARENAS GARCÍA, afirmando al respecto que “*el concepto de patrimonio pasivo de la sociedad incluye la responsabilidad por infracciones cometidas por la sociedad absorbida, incluso aunque tales infracciones no hubiesen dado lugar a una sanción con anterioridad a la fusión*”. Vid. ARENAS GARCÍA, R. (2015:3). En el mismo sentido, MAGIDE HERREROS Y VÉLEZ FRAGA declaran que siguiendo un criterio de índole patrimonial “*la responsabilidad sancionadora tendría el mismo régimen que el resto de derechos y obligaciones de una persona jurídica y, en consecuencia, se*

Como ya declaró REBOLLO PUIG respecto de la construcción jurisprudencial que se tratará de sintetizar a continuación “*lo que hay es una jurisprudencia europea y española que construye como puede soluciones intuitivas y confusas sin ninguna base sólida (...), pero tras esa fachada y unas cuantas frases repetidas no hay casi nada sustancial a lo que agarrarse sino una tenaz lucha contra la impunidad*”⁴⁴⁵. Partiendo de esta premisa, podemos afirmar que el criterio que subyace en todas las sentencias tanto europeas como españolas es el criterio de la continuidad económica. Conforme al mismo, la empresa sucesora que continúa ejerciendo en el mercado la actividad económica de la empresa infractora que se extingue como consecuencia de la operación societaria llevada a cabo, tras haber adquirido por sucesión universal tanto el activo como el pasivo de la misma, la sucede también en las posibles responsabilidades derivadas de las infracciones que esta última hubiera cometido⁴⁴⁶.

transmitirían a quienes sucedieran a la sociedad extinguida de la misma forma que el resto de deudas sociales”. Cf. MAGIDE HERRERO, M. Y VÉLEZ FRAGA, M. (2015:580-581). También RODRÍGUEZ CEMPELLÍN declara lo propio, concluyendo al respecto, y con base en la jurisprudencia tanto del TJUE como del TS, que “*consideran también a la infracción como un elemento patrimonial, que forma parte del pasivo y que, por tanto, en virtud de la sucesión universal se traspasa a la sociedad absorbente o resultante de la fusión*”. Vid. RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, D. (2021:726).

⁴⁴⁵ REBOLLO PUIG, M. (2018:374).

⁴⁴⁶ En este sentido lo ha entendido la doctrina mayoritaria. Así, LAGUNA DE PAZ, tras declarar que la jurisprudencia admite tanto el traslado del pago de la sanción ya recaída como el de la responsabilidad sancionadora, razona al respecto que “*la transmisión de la responsabilidad se explica por el hecho de que la fusión y absorción comportan una sucesión universal, en virtud de la cual, la nueva entidad asume la totalidad de la organización, patrimonio, derechos y obligaciones. Existe también, pues, una mayor o menor continuidad empresarial. (...). La entidad absorbente asume todo el activo y pasivo de la entidad absorbida, incluida la responsabilidad por infracciones administrativas. Desde un punto de vista económico, existe identidad entre la empresa infractora y la nueva entidad*”. Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2020). “El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas”, *RAP*, nº 211, pág. 66. En términos similares BROWN Y SCHONBERG concluyen que “*however, the legal person that is liable for an infringement is no longer in existence, under the principle of “economic continuity”, the Commission may identify the “combination of physical and human elements which contributed to the commission of the infringement” and then impose liability on the legal person which has become responsible for their operation*”. Cf. BROWN, A. Y SCHONBERG, M. (2013). “Widening the net: the General Court extends the principle of successor liability in EU competition Law”. *European Competition Law Review*, nº 34, pág. 2. También DE PAZ GÚTIEZ ha concluido que “*aunque la regla general sea que la persona jurídica que cometió la infracción es la que debe responder por ella, es jurídicamente posible transmitir la responsabilidad entre personas jurídicas en determinados supuestos, pues que el haber social es el que debe responder de las sanciones y éstas forman parte del pasivo transmitido. (...). La idea que subyace bajo esta construcción jurisprudencial, que se ampara en el criterio de la continuidad económica y de unidad de decisión, es garantizar el efecto útil del derecho de defensa de la competencia y salvaguardar el principio de eficacia*”. Vid. DE PAZ GÚTIEZ, B. (2020). “Los efectos de la sucesión empresarial en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia. Análisis particular de la adquisición de la unidad productiva de Abantia por parte de Dominion” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2020*, Civitas, Thomson Reuters, págs. 150-160. En parecidos términos lo declaran IGARTUA ARREGUI Y LEITE, al afirmar que “*cuando haya desaparecido la persona infractora pero su actividad ha sido adquirida por otra, este adquirente asume la responsabilidad por dicha infracción*”. Cf. IGARTUA ARREGUI, F. Y LEITE, I. (2020). “Sucesión de empresas en derecho de la competencia. Análisis del supuesto especial de liquidación concursal con motivo de la RCNMC de 1 de octubre de 2019” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2020*, Civitas, Thomson Reuters,

De este modo, la empresa sucesora será responsable de las infracciones cometidas por la empresa sucedida por considerarse —teniendo en cuenta la definición propia de empresa que se maneja en el ámbito de la defensa de la competencia— que existe identidad de sujetos en tanto en cuanto la primera opera como continuadora económica de la segunda tras haber adquirido por sucesión universal el activo y el pasivo de esta⁴⁴⁷.

Así el TS, siguiendo la estela marcada por el TJUE, viene admitiendo la traslación de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas sucesoras con base en su

pág. 288. También MARTINEZ SÁNCHEZ declara lo propio, razonando que el test de continuidad económica permite que la autoridad de competencia pueda no solo declarar responsable al sucesor en supuestos de fusión, sino también en procesos en los que las empresas se tramiten activos o incluso se fusionan, siendo necesario para ello que “*la autoridad tiene que fundamentar la existencia de elementos de hecho que corroboren que la actuación entre ambas empresas presenta un elemento de continuidad económica como, por ejemplo, el hecho de que ambas hayan ocupado la misma sede social, que los trabajadores de la empresa infractora hayan pasado a serlo de la otra empresa, o que el cargo de presidente de ambas empresas haya recaído en la misma persona*”. Vid. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. (2020:1416-1419).

⁴⁴⁷ Así lo ha declarado la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, la STJUE de 16 de noviembre de 2000, C-279/98, *Cascades/Comisión*, afirma que “*la responsabilidad por el comportamiento de una sociedad transmitida anterior a la transmisión se transfiere junto con la sociedad*”. En términos similares, la STJUE de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, *ETI y otros*, afirma que “*por lo que se refiere a la cuestión de determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente o económicamente*”, concluyendo al respecto que “*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*”. En idénticos términos lo declara la STJUE de 29 de marzo de 2011, C-352/09, *ThyssenKrupp Nirosta/Comisión*. Más exhaustiva es la STG de 2 de junio de 2016, T-426/10, *Moreda-Riviere Trefilerías y otros/Comisión*, al argumentar que “*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 jurídica responsable de la infracción ha cesado de existir jurídicamente por haber sido absorbida por otra persona jurídica, esta última asume el activo y el pasivo de la primera, incluida la responsabilidad en que se incurrió por haber cometido una infracción del Derecho de la Unión. En este caso, la responsabilidad por la infracción cometida por la empresa absorbida puede imputarse a la nueva entidad resultante de esa absorción, incluso en el supuesto de que la empresa absorbida haya cedido o transferido previamente las actividades en el marco de las cuales cometió la infracción*”. Estas declaraciones jurisprudenciales siguen, en cierto modo, el criterio de los AG del TJUE. Así, en conclusiones de la AG KOKOTT, de 3 de julio de 2007, C-280/06, *ETI y otros*, la AG avala la traslación de la responsabilidad sancionadora con base en la aplicación efectiva del Derecho de la Unión, concluyendo al respecto que “*sólo podría plantearse una imputación así si este último titular pudiera considerarse realmente el sucesor, desde el punto de vista económico, del anterior titular, es decir, si continúa con la explotación de la misma empresa implicada en la práctica colusoria (criterio de la continuidad económica). En primer lugar, se atiende al criterio de la continuidad económica en caso de modificaciones que afecten solamente a la persona responsable de la empresa implicada en la práctica colusoria y que conduzcan a que dicha empresa deje de existir jurídicamente. Así, la consideración de la continuidad económica garantiza que las personas jurídicas no puedan eludir su responsabilidad por conductas ilícitas mediante meras modificaciones de su forma jurídica o de su razón social. Lo mismo puede decirse en caso de fusión, cuando el anterior titular de la empresa implicada en la conducta contraria a la competencia ceda su personalidad jurídica a otra persona jurídica que asume su sucesión*”. También en términos similares lo declara el AG WAHL en Conclusiones de 6 de febrero de 2019, C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros*.

integración en el patrimonio pasivo de la sociedad que se extingue, concluyendo al respecto que:

“en ningún momento se excluye de este régimen de transmisibilidad a las sanciones que, derivadas de actos cometidos antes de que la persona jurídica se extinguiera, hubieran sido impuestas después de la extinción pero precisamente en razón de tales actos, siendo imputables las consecuencias -también las económicas- de todos los actos de la sociedad extinguida a la que se subrogó en sus responsabilidades”⁴⁴⁸.

Sin embargo, más allá de la posible vulneración del principio de responsabilidad personal que se tratará de analizar a continuación, esta interpretación jurisprudencial presenta, a nuestro juicio, dos deficiencias que conviene poner de manifiesto. La primera de ellas hace referencia a la posibilidad de subsumir en el pasivo de la sociedad una expectativa de sanción y, la segunda, la imputación de la responsabilidad sancionadora a una unidad productiva o de negocio concreta.

En relación con la primera, no vemos acertado incorporar en el pasivo de la sociedad infractora una expectativa de sanción que no se ha producido en el momento en el que se lleva a cabo la modificación estructural de la misma. El balance de una sociedad debe reflejar una imagen fiel de la situación patrimonial de la empresa de modo que el pasivo lo conforman las deudas ya contraídas y que están pendientes de pago, no pudiendo (o debiendo) incluirse en el mismo expectativas de deuda que no se han materializado. El hecho de incluir en el pasivo el importe de la eventual sanción (incalculable, *a priori*, ya que serán las autoridades de competencia competentes las que deberán fijar el importe de la multa que correspondiese en cada caso concreto) no solo minusvaloraría a la sociedad en una operación societaria (a mayor pasivo menor valor) sino que, además, en el hipotético caso en el que la sociedad decidiera incluir en el pasivo a través de una provisión de fondos un tanto alzado de la sanción que pudieran imponerles, la misma estaría delatándose en sus propias cuentas —cuestión distinta sería que ya se hubiese incoado un procedimiento sancionador contra la misma a pesar de que en el momento de la operación societaria no hubiese recaído resolución—.

⁴⁴⁸ STS de 14 de febrero de 2007 (rec. núm. 17/2005). En similares términos lo declara la STS de 23 de noviembre de 2016 (rec. núm. 1003/2015), al afirmar que “*en materia de sucesión de personas jurídicas la sucesora universal asume la totalidad de la organización de la anterior, y sus consecuencias jurídicas*”. También la STS de 13 de marzo de 2019 (rec. núm. 635/2018), confirma que “*una entidad que no es autora de una infracción puede ser, sin embargo, sancionada por la actuación de otra a la que sucede, para evitar eludir las sanciones, simplemente por el hecho de que su identidad se modifique como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo. Lo relevante de esos cambios jurídicos es que no produzca, necesariamente, el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad*”. En el mismo sentido, la STS de 13 de marzo de 2019 (rec. núm. 631/2018); STS de 23 de marzo de 2018 (rec. núm. 1409/2015); o STS de 15 de marzo de 2017 (rec. núm. 4213/2014).

La sanción sólo es tangible y, por ende, susceptible de ser incorporada al pasivo de cara a poder transmitir la misma, en el momento en el que efectivamente se declara por la autoridad de competencia, no antes⁴⁴⁹. Además de lo que se acaba de mencionar respecto de las sanciones de carácter económico, sobra decir que es imposible contabilizar o integrar en el pasivo de una sociedad aquellas otras sanciones no económicas que pudieran derivar de la comisión de infracciones en materia de defensa de la competencia como pudiera ser, en su caso, la prohibición de contratar con el sector público durante un periodo de tiempo determinado⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Esta idea es compartida también por algunas voces de la doctrina. Así, aunque en el ámbito de las sanciones en materia laboral, ARENAS GARCÍA muestra su rechazo a dicha interpretación que realiza el TJUE al concluir que “quizás, si el TJ se hubiera basado en la interpretación más evidente de patrimonio pasivo hubiera concluido que la posibilidad de ser sancionado por una infracción laboral no podría entenderse incluida en dicho patrimonio pasivo”. Vid. ARENAS GARCÍA, R. (2015:4). En el mismo sentido lo entiende RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, habiendo declarado al respecto que “en el momento en el que se produce la eficacia de la operación, la infracción todavía no existe, aunque los hechos que la originan se hayan cometido en un momento anterior. Esta solo existe cuando se declara, por lo que no parece que la sucesión universal sea un concepto al que deba acogerse la jurisprudencia para justificar la imposición de la infracción a la empresa adquirente”. Vid. RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, D. (2021:727). Por el contrario, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA justifica el modo de actuar del TJUE sobre la base de que la sucesión universal no ha de entenderse como “una transmisión de activos y pasivos sino una subrogación en todas las situaciones jurídicas”, incluyéndose, a su juicio, aquellas que todavía no hayan sido declaradas. Cf. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2017). *La sucesión Universal en las modificaciones estructurales*, Dykinson, pág. 196. Como se ha enunciado en el texto principal, esta observación hace referencia a aquellos supuestos en los que no se ha incoado procedimiento sancionador alguno contra la sociedad infractora. En el caso en el que el procedimiento hubiese sido incoado, pero no hubiese recaído resolución firme en el momento en el que se perfecciona la operación societaria, no existe inconveniente (más allá del económico en tanto en cuanto un aumento del pasivo de una sociedad le resta valor) en contabilizar e incluir en el pasivo de la sociedad como provisión de fondos una cantidad estimada de la sanción que pudiera imponérsele.

⁴⁵⁰ Si bien es cierto que la prohibición de contratar no figura en el catálogo de sanciones que recoge el artículo 63 de la LDC, no lo es menos que, en tanto en cuanto la misma está tipificada como tal en la LCSP, forma parte del catálogo de sanciones que pudieran imponerse a las personas jurídicas que infrinjan lo dispuesto en la LDC. Así, el artículo 71.1.b) de la LCSP establece que “1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: (...). b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto; o por las infracciones muy graves previstas en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción; o por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, cuando se acuerde la prohibición en los términos previstos en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”. Además, el apartado tercero del mismo artículo declara que “3. Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas”, debiéndose entender que para poder

La segunda de las cuestiones que parece reprochable de la argumentación del TJUE es la identificación del sujeto infractor con una unidad económica concreta al pasarse por alto que estos no son sujetos sancionables⁴⁵¹. Si bien es cierto que en derecho de la competencia, tal y como se ha expuesto en capítulos precedentes, la definición de empresa engloba a cualquier entidad que oferte o demande bienes o servicios en el mercado con independencia de su estatuto jurídico o modo de financiación —pudiendo la misma estar formada por una o varias personas jurídicas—, la realidad es que estos sujetos no son susceptibles de ser sancionados por carecer de personalidad jurídica o patrimonio propio, debiendo dirigir el procedimiento sancionador y determinar la sanción que corresponda contra una concreta persona jurídica. Es decir, existe una dicotomía en la ley entre los destinatarios de las prohibiciones y los sujetos responsables de las mismas⁴⁵². De ahí que el TJUE se enfrente a la dura labor de tratar de averiguar a quien

apreciar tal traslación de la prohibición de contratar, la misma habrá de haber sido declarada con anterioridad a que la modificación estructural en cuestión se hubiera llevado a cabo.

⁴⁵¹ Así lo han declarado, entre otros, ÁLVAREZ SÁNCHEZ Y HORTALÁ I VALLVÉ al razonar en relación con el concepto de unidad económica que emplea el TJUE en múltiples de sus resoluciones y la aplicación que el mismo tiene para con los supuestos en los que el infractor desaparece tras la conducta anticompetitiva que “*si la entidad legal infractora desaparece con posterioridad a la ejecución de la conducta ilícita y no existe ya como tal persona en el momento en el que se dilucida la existencia de la infracción y la responsabilidad derivada de la misma, cabe identificar a la nueva entidad legal que resulta responsable de los medios materiales e inmateriales con los que se realizó la infracción, y atribuir a esa nueva entidad la responsabilidad asimismo por la infracción*”. Vid. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, M. Y HORTALÁ I VALLVÉ, J. (2015). “Sucesión empresarial y responsabilidad por infracciones del Derecho de la Competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CUERDO MIR, M. (Dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en el derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Civitas, pág. 169. En términos similares, GOENA VIVES, haciendo una comparación con la solución adoptada por el legislador alemán respecto de la transmisión de las sanciones de competencia, expone que “*el legislador (alemán) señala que las sanciones en materia de la competencia no deben tener un carácter muy personal y, por ello, pone cuidado en seguir la estela del TJUE y referirse al sucesor como “unidad económica” y no como persona jurídica. De modo que no se haría responder a la entidad legal de una persona jurídica sino a los bienes económicos que la componen*”. Cf. GOENA VIVES, B. (2022:241-242).

⁴⁵² En este sentido se ha puesto de manifiesto en conclusiones de la AG KOKOTT, de 3 de julio de 2007, C-280/06, *ETI y otros*, al afirmar que “*el problema de fondo de la imputación de prácticas colusorias consiste en que los destinatarios de las normas de la competencia y los destinatarios de las resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia no son necesariamente los mismos. Así, mientras que las normas de la competencia se dirigen a las empresas y se les aplican directamente con independencia de su organización y forma jurídica, las resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia por las que se castigan las infracciones de tales normas sólo pueden dirigirse a personas, entre otras cosas porque tales resoluciones, en su caso, deberán ser ejecutadas. Por eso, siempre que una autoridad de defensa de la competencia reprime una práctica colusoria, surge la cuestión de la imputación de dicha conducta a una persona concreta*”. También la STJUE de 7 de enero de 2004, C-204/00, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, afirma que “*cabe recordar que el artículo 85 del Tratado tiene por objeto las actividades de las «empresas». Para aplicar esta disposición, el cambio de forma jurídica y de nombre de una empresa no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a la competencia de la antigua cuando, desde el punto de vista económico, exista identidad entre ambas empresas*”, para concluir que “*no obstante, un pliego de cargos debe precisar sin equívocos la persona jurídica a la que se podrá imponer una multa y estar dirigido a esta última*”. En términos similares también lo declara la STJUE de 2 de octubre de 2003, C-176/99, *ARBED/Comisión*; o STPI de 17 de diciembre de 1991, T-6/89, *Enichem Anic/Comisión*.

responsabilizar de la practica anticompetitiva en cuestión, pudiendo quebrantar el principio de responsabilidad durante el proceso de imputación. Cabe decir que en esta labor tampoco ayuda la escasa regulación que existe al respecto y la necesidad de que hayan tenido que suplirse las deficiencias de la misma por los tribunales.

Sin embargo, a pesar de que la regla general en los supuestos en los que existe transmisión de la unidad económica pero la persona jurídica infractora continúa existiendo es que habrá de ser ella la que, conforme con el principio de responsabilidad personal, responda de la infracción cometida, el hecho de realizar una interpretación económica del concepto de empresa, e identificar como infractor a la unidad económica, permite al TJUE poder responsabilizar a la sucesora propietaria de la unidad económica infractora como responsable de las infracciones cometidas por ella con anterioridad a su adquisición, es decir, en el momento en el que eran propiedad de la anterior sociedad⁴⁵³.

Esto se admite, principalmente, en dos supuestos diferenciados si bien los propios tribunales ya han dejado claro que en el caso de transmisiones en los que subsista la

⁴⁵³ En palabras de LAGUNA DE PAZ, “*en virtud del principio de responsabilidad personal, incumbe a la persona física o jurídica- que cometió la infracción responder de ella, aunque ya no esté bajo su control en el momento en que la conducta se sanciona. La responsabilidad no se extingue, pues, en el caso de venta a un tercero de la unidad de negocio vinculada a la infracción. La empresa que vende los activos sigue siendo responsable, aunque su ámbito de actividad haya cambiado*”. Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2020:63). En términos similares, BROWN Y SCHONBERG concluyen que “*where assets involved in a infringement are transferred, the company previously responsible for those assets continues to be liable as long as it remains in existence, in accordance with the principle of personal responsibility. It is only when that company no longer exist that the company that has acquired the assets responsible for the infringement attracts liability for the infringement on the basis of economic continuity*”. Cf. BROWN, A. Y SCHOMBERG, M. (2013:3). También declaran lo propio ÁLVAREZ SÁNCHEZ Y HORTALÁ I VALLVÉ, concluyendo que “*si simplemente una unidad de negocio vinculada a una infracción del Derecho de la competencia es transferida a otra empresa, la empresa que era titular de tal unidad durante el periodo en el que se cometió la infracción continúa siendo responsable de tal infracción mientras siga existiendo, como consecuencia directa del mencionado principio de responsabilidad personal por la infracción*”. Vid. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, M. Y HORTALÁ I VALLVÉ, J. (2015:170). En términos parecidos, MAGIDE HERRERO razona que “*una sociedad no debía responder por la conducta de otra que había continuado existiendo, después de que adquiriese una rama de actividad en cuyo contexto se estaba produciendo una infracción de las normas de defensa de la competencia. (...) al tratarse de dos empresas independientes que solo se habían transmitido una rama de actividad, la segunda empresa solo debía responder por aquella conducta que se había producido después de dicha adquisición*”. Vid. MAGIDE HERRERO, M. (2015:586). En este sentido, también la jurisprudencia ha declarado que, en principio, el principio de responsabilidad personal prima sobre el de continuidad económica, declarándose en STJUE de 13 de julio de 1993, C-49/92, *Comisión/Anic Partecipazioni*, que “*el criterio conocido como «de continuidad económica» sólo es aplicable cuando la persona jurídica responsable de la explotación de la empresa deja de existir jurídicamente tras la comisión de la infracción*”. En términos similares la STJUE de 29 de marzo de 2011, C-352/09, *ThyssenKrupp Nirosta/Comisión*, concluye que “*incumbe, en principio, a la persona física o jurídica que dirigía la empresa de que se trata en el momento en que se cometió la infracción responder por ella, aun cuando en el momento de adoptarse la Decisión por la que se declara la existencia de la infracción la explotación de la empresa ya no estuviera bajo su responsabilidad*”. Del mismo tenor es la STJUE de 16 de noviembre del 2000, C-279/98, *Cascades/Comisión*; STJUE de 16 de noviembre de 2000, C-286/98, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/ Comisión*; STJUE de 16 de noviembre de 2000, C-248/98, *KNP BT/Comisión*, o STJUE de 16 de diciembre de 2000, C-297/98, *SCA Holding/Comisión*.

persona jurídica infractora habrá de analizarse cada caso concreto a fin de poder determinar el sujeto que habrá de responder por la infracción cometida. Aun así, se admite la traslación de responsabilidad a la sociedad resultante de una modificación estructural pese a la subsistencia de la infractora cuando ambas formen parte del mismo grupo empresarial, y teniendo en cuenta los vínculos jurídicos, económicos y organizativos que unen a ambas sociedades y el hecho de que estén sometidas a un mismo poder de dirección, pueda determinarse que ambas forman una entidad económica⁴⁵⁴.

Así lo ha declarado la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, pese a partir del principio de responsabilidad personal y declarar que es la persona jurídica infractora la que habrá de responder de las infracciones en materia de competencia por ella cometidas, acto seguido matiza el mismo y acepta que:

“cuando dos entidades constituyen una misma entidad económica, el hecho de que la entidad que cometió la infracción exista aún no impide, por sí mismo, que la entidad a la que aquélla transfirió sus actividades económicas sea sancionada. En particular, imponer de esta forma la sanción es admisible cuando esas entidades han estado bajo el control de la misma persona y, habida cuenta de los estrechos vínculos que las unen desde el punto de vista económico y organizativo, han aplicado, esencialmente, las mismas instrucciones comerciales”⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ En este sentido lo ha declarado la doctrina, habiéndose afirmado por ÁLVAREZ SÁNCHEZ Y HORTALÁ I VALLVÉ que existen excepciones al principio de responsabilidad de las infracciones, y que “*los ejemplos paradigmáticos de atribución de responsabilidad por la infracción a la entidad sucesora, pese a la subsistencia de la infractora, coinciden en la concurrencia de dos elementos; la identidad entre los activos involucrados en la infracción y los activos transferidos, y la existencia de vínculos estructurales entre la entidad originariamente infractora y la adquirente de los activos, bien por pertenencia al mismo grupo empresarial o bien incluso por dependencia de la misma autoridad pública*”. Vid. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, M. Y HORTALÁ I VALLVÉ, J. (2015:172). En parecidos términos lo argumenta LAGUNA DE PAZ. Así, partiendo de la base de que, en principio, cuando la persona jurídica infractora continúa existiendo pese a la operación societaria llevada a cabo, le corresponde a ella responder por las infracciones cometidas conforme al principio de responsabilidad personal. No obstante, acepta que existen determinadas excepciones y concluye respecto que “*se acepta la transmisión de la responsabilidad entre empresas del mismo grupo cuando la empresa que cometió la infracción siga existiendo jurídicamente, pero hay dejado de realizar actividades económicas en el mercado en el que se cometió la infracción (...) ambas empresas han estado sujetas a una dirección unitaria. Además, en otro caso, la sanción no tendría efecto disuasorio*”. Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2020:64).

⁴⁵⁵ STJUE de 5 de marzo de 2015, C-93/13, *Comisión y otros/Versalis y otros*. En términos similares lo declara en STJUE de 7 de enero de 2004, C-204/00, *Aalborg Portland y otros/Comisión*; STJUE de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, *ETI y otros*; la STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-434/13, *Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*. La STJUE de 16 de noviembre de 2000, C-279/98, *Cascades/Comisión*, también declara que “*estas sociedades no fueron pura y simplemente absorbidas por la recurrente, sino que continuaron sus actividades como filiales de esta última. En consecuencia, han de responder ellas mismas de su conducta infractora anterior a su adquisición por la recurrente, sin que ésta pueda ser considerada responsable de dicha conducta*”. La AG KOKKOT, en conclusiones de 3 de julio de 2007, C-280/06, *ETI y otros*, sintetiza la posibilidad de imputar la responsabilidad dentro de un mismo grupo empresarial a la sucesora cuando la infractora continúa existiendo, pero advirtiendo al respecto que “*la aplicación del criterio de la continuidad económica está sujeta a unos límites especialmente estrictos cuando la empresa implicada en la práctica colusoria es transmitida a un tercero independiente, y entre el anterior y el nuevo titular no existe ningún vínculo estructural. En un supuesto así, el empleo del criterio de la continuidad económica y, por tanto, la*

Además de estos supuestos que se han expuesto de manera sucinta, la jurisprudencia también admite la traslación de responsabilidad a la sucesora cuando la sociedad infractora continúe existiendo jurídicamente pero no económicamente, es decir, en aquellos casos en los que la sociedad infractora no haya perdido su personalidad jurídica y no se haya extinguido, pero si haya dejado de actuar como un operador económico en el mercado. La justificación dada no es otra que el efecto útil del derecho de la competencia, habiéndose llegado a afirmar que, en estos casos, la empresa no es más que una cascara vacía de contenido contra la que no tiene sentido, en aras de la protección del mercado, dirigir el procedimiento sancionador y la eventual sanción que correspondiera en cada caso concreto⁴⁵⁶.

En síntesis, se admite la traslación de la responsabilidad entre personas jurídicas que como consecuencia de modificaciones en su estructura societaria desaparecen o transmiten su actividad económica; avalándose lo que a juicio de los tribunales es una modulación del principio de responsabilidad personal en los siguientes casos: 1) cuando la sociedad infractora se extingue como consecuencia de un operación societaria y la empresa sucesora continúa con la actividad económica de la sucedida; 2) cuando la persona jurídica infractora, si bien no ha dejado de existir jurídicamente, si lo ha hecho económicamente por no realizar actividades económicas en el mercado afectado; y 3) en

imputación de dicha conducta al nuevo titular de la empresa sólo deberá admitirse si ésta ha sido enajenada fraudulentamente, esto es, con el propósito de eludir las sanciones de defensa de la competencia”.

⁴⁵⁶ Así lo ha razonado la AG KOKKOT en conclusiones de 3 de julio de 2007, C-280/06, *ETI y otros*, concluyendo al respecto que “*la jurisprudencia acude al criterio de la continuidad económica también para reestructuraciones dentro de un mismo grupo empresarial, en que el anterior titular no necesariamente deja de existir como persona jurídica, pero sí abandona toda actividad económica significativa, incluso en otros mercados distintos del afectado por la práctica colusoria. Así, si entre la anterior y la nueva persona responsable de la empresa participante en la conducta ilícita existe un vínculo estructural, 68 los implicados pueden escapar a su responsabilidad por medio de las posibilidades de configuración jurídica que les ofrece el Derecho (ya sea intencionadamente o no). De esta manera, el anterior responsable de la empresa podría convertirse, mediante una reestructuración interna del grupo, en una «cascara vacía», con lo que cualquier sanción por infracción de las normas de la competencia que se dirigiera contra él caería en vacío*”. También la STJUE de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, *ETI y otros*, admite la traslación de responsabilidad cuando la persona jurídica infractora ha dejado de existir tanto jurídica como económicamente, justificando la admisión de esta última modalidad que “*procede considerar que existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo*”. En términos similares se declara en la STJUE de 29 de marzo de 2011, C-352/09, *ThyssenKrupp Nirosta/Comisión*; o STJUE de 5 de marzo de 2015, C-93/13, *Comisión y otros/Versalis y otros*. En el mismo sentido lo razona GUILLÉN CARAMÉS, concluyendo al respecto que “*en los supuestos en los que no existe ninguna persona jurídica a la que atribuir la infracción, bien porque ha dejado de existir jurídica o económicamente, bien porque los activos involucrados en la conducta han sido transferidos, se aplica el principio de continuidad económica, y se traslada la responsabilidad por la infracción a la empresa subsistente, sucesora o adquirente*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2020:575-576).

aquellos supuestos en los que por existir vínculos económicos, organizativos o jurídicos entre las empresas implicadas en la modificación estructural, el efecto útil del derecho de la competencia hace necesario transmitir la responsabilidad a la empresa sucesora pese a la subsistencia de la sociedad infractora⁴⁵⁷.

Sin embargo, esta traslación de responsabilidad se ha matizado que no es absoluta, existiendo ciertos límites que habrán de respetarse al sancionar a la sociedad sucesora por las infracciones cometidas por la empresa infractora. El primero de ellos de índole patrimonial, de modo que la empresa sucesora solo responderá de la infracción hasta el límite de las aportaciones del infractor y, además, a la hora de calcular la sanción se deberá tener en cuenta el volumen de negocios de la empresa infractora — es decir, de la sociedad extinguida— y no de la sucesora. El segundo de ellos, de defensa, en tanto en cuanto la persona jurídica que sucede a la infractora solo podrá ser sancionada en aquellos casos en

⁴⁵⁷ De este modo lo ha sintetizado el TS en STS de 13 de marzo de 2019 (rec. núm. 635/2018) y STS de 13 de marzo de 2019 (rec. núm. 631/2018), declarando al respecto que “*se admite, como un supuesto que no plantea dudas, la transmisión de la responsabilidad cuando, como consecuencia de un proceso de transformación o fusión, la persona jurídica que cometió la infracción desaparece y su actividad económica se continúa por la sociedad resultante de ese proceso. En tales casos, la razón de ser es la salvaguarda del interés público tutelado, permitiendo que siempre haya una persona jurídica sobre la que ejercer la potestad sancionadora siempre que quien la haya sucedido, haciendo suyos los medios materiales y personales de la explotación, siga con la actividad económica. Se trata así de evitar la impunidad de las personas jurídicas que, por meros procesos de transformación, inviabiles en las personas físicas, pudiesen eludir sus responsabilidades administrativas y sancionadoras. Pero también se ha admitido la transmisión de la responsabilidad, bajo determinadas circunstancias, cuando la persona jurídica causante de la infracción subsiste y mantiene su personalidad jurídica. En tales casos, mucho más polémicos, se han establecido cautelas y condiciones que han de cumplirse y los criterios varían en función de las circunstancias del caso. (...) La sucesión en la responsabilidad opera cuando la empresa sucesora continúa realizando las actividades económicas de la empresa infractora en ese mismo ámbito comercial o empresarial y esta última deja de realizar actividades económicas o actúa en otros ámbitos o sectores, pues en estos casos la entidad infractora, aunque no haya dejado de existir jurídicamente si lo ha hecho económicamente. También se han considerado criterios válidos para establecer la sucesión en la responsabilidad entre empresas, la existencia de una "entidad económica", los "estrechos vínculos organizativos y económicos" y la "unidad de decisión". La transmisión se articula sobre las ideas de "unidad económica" y "vínculos organizativos y económicos" porque implican coordinación en la acción económica y empresarial. La jurisprudencia comunitaria, considera que existen vínculos estructurales cuando las dos empresas tienen el mismo propietario, o pertenecen a un grupo de empresas, o cuando se pone de manifiesto la existencia de vinculaciones de tal intensidad que permitan concluir en que siendo dos entidades jurídicamente distintas constituyen una entidad económica*”. En términos similares, MAGIDE HERRERO, interpretando la jurisprudencia tanto del TJUE como de nuestros tribunales nacionales, esquematiza la traslación de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas del siguiente modo: “(i). No procede acoger una tesis maximalista según la cual la transmisión en loque de activos y pasivos implique, por sí sola, la transmisión de una responsabilidad de tipo sancionador. (...). (ii) (...) cuando subsiste la entidad que cometió inicialmente la infracción no puede exigirse responsabilidad a la entidad posterior. (...). (iii). Sí existirá transferencia de responsabilidad en los supuestos patológicos de fraude de ley. (...). (iv). Sí existirá traslación de responsabilidad si la sociedad absorbente tenía o tiene vínculos jurídicos, económicos u organizativos, con la sancionada, al tiempo de la comisión de la infracción o al tiempo de resultar sancionada. De existir tales vínculos, la sociedad absorbente habrá de responder de la sanción impuesta a la absorbida”. Vid. MAGIDE HERRERO, M. (2015:591).

los que hubiera podido hacer valer sus derechos de defensa en el seno del procedimiento sancionador en el que se dilucidaba sobre la conveniencia o no de sancionar⁴⁵⁸.

Ahora bien, una vez expuesta tanto la postura como la argumentación que la jurisprudencia utiliza para avalar el traslado de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas en aquellos casos en los que las mismas pierden su personalidad jurídica o económica como consecuencias de cambios o modificaciones sustanciales en la estructura de estas, conviene entrar a analizar de lleno la afectación que esto tiene para con el principio de responsabilidad personal en aras de concluir si, efectivamente, la traslación de la responsabilidad sancionadora supone una quiebra de este principio o, si por el contrario, lo respeta y es admisible.

2. ¿SUPONE LA TRASLACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA ENTRE PERSONAS JURÍDICAS UNA QUIEBRA PARA CON EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL?

Como ya se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones, en virtud del principio de responsabilidad personal se garantiza que la resolución del procedimiento sancionador y el cumplimiento de la sanción que corresponda recaen sobre la persona que, efectivamente ha cometido la infracción. Dicho de otro modo, en virtud del referido principio habrá de ser el infractor, y no un tercero, el que se haga responsable de las consecuencias jurídicas que llevan aparejadas el incumplimiento de la norma. Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado en reiteradas ocasiones que el principio de responsabilidad no puede aplicarse del mismo modo a las personas físicas y a las jurídicas, habiendo admitido una modulación del mismo respecto de estas últimas en algunos

⁴⁵⁸ Así lo ha sintetizado LAGUNA DE PAZ, afirmando al respecto que “*la comunicación de responsabilidad también tiene límites. i) la nueva empresa responde hasta el límite del patrimonio que haya aportado el infractor. (...) ii) La imposición de la sanción solo será posible si l nueva empresa cuenta con los elementos suficientes para hacer un ejercicio efectivo de su derecho de defensa. (...). No obstante, la empresa podría verse exonerada de responsabilidad si, en las circunstancias concretas, llegara a concluirse que no está en condiciones de ejercer una defensa efectiva de una conducta realizada por la entidad extinguida. iii) A efectos del cálculo de la sanción, deberá tomarse en cuenta el volumen de negocios de la empresa extinguida en el momento en que se cometió la infracción*”. Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2020:67). En relación con el límite económico que condiciona el importe de la sanción a imponer, la STJUE de 4 de septiembre de 2014, C-408/12, *YKK y otros/Comisión*, ha declarado que “*cuando, como en el presente asunto, una empresa considerada responsable por la Comisión de una infracción del artículo 81 CE es objeto de adquisición por parte de otra empresa, dentro de la cual, en tanto que filial, mantiene la calidad de entidad económica distinta, la Comisión debe tomar en consideración el volumen de negocios propio de cada una de esas entidades económicas para aplicarles, en su caso, el límite del 10 %*”. En idénticos términos se pronuncia el TJUE en STJUE de 26 de enero de 2017, C-637/13, *Laufen Austria/Comisión*.

supuestos. Uno de estos supuestos es el que concretamente nos ocupa, habiéndose declarado que la transmisión de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas extinguidas jurídica o económicamente como consecuencia de modificaciones estructurales no es contraria al referido principio. Para la jurisprudencia tanto europea como española, el efecto útil del derecho de la competencia es título suficiente para modular el principio de responsabilidad ya que, en el caso de no admitirse la traslación de la responsabilidad sancionadora, las empresas podrían acudir a estas modificaciones societarias y evitar ser sancionadas⁴⁵⁹. Ahora bien, aceptar de plano la referida tesis consideramos que pone en riesgo las garantías de las que gozan los sujetos infractores y, en particular, las personas jurídicas, a la hora de afrontar una eventual sanción.

La realidad a la que nos enfrentamos, como se acaba de mencionar, es que las autoridades de competencia, con base en la jurisprudencia del TJUE, responsabilizan de la infracción cometida a una persona jurídica distinta de aquella que cometió la infracción, o, dicho de otro modo, a un tercero ajeno a la infracción⁴⁶⁰. De este modo, no solo responsabilizan a la sucesora del pago de la sanción impuesta con anterioridad a la pérdida de la personalidad jurídica de la sociedad infractora, sino que, además, admite la traslación de la legitimación pasiva en el procedimiento sancionador de las sociedades sucesoras. Estas premisas ya nos aportan indicios de que el principio de responsabilidad personal está en riesgo, pero conviene, no obstante, ahondar un poco más sobre el tema.

⁴⁵⁹ En este sentido lo declara el TJUE en STJUE de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, *ETI y otros*, concluyendo al respecto que “*si no estuviese prevista la posibilidad de imponer una sanción a una entidad distinta de la que cometió la infracción, las empresas podrían eludir las sanciones simplemente por el hecho de que su identidad se hubiese visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo. De este modo, se pondría en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios a las normas sobre competencia y de impedir su repetición por medio de sanciones disuasivas*”. En el mismo sentido lo declara la STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-434/13, *Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*; o el AG WAHL en Conclusiones de 6 de febrero de 2019, C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros* al aceptar que “*en general —aunque la responsabilidad personal continúa siendo la regla principal— el motivo de extender la responsabilidad a la entidad que ha proseguido las actividades de la entidad infractora del Derecho de la competencia de la Unión consiste en que, en otro caso, las empresas podrían eludir las sanciones cambiando su identidad mediante reestructuraciones, ventas u otros cambios legales u organizativos. Ello pondría en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios al Derecho de la competencia y de impedir su repetición por medio de sanciones disuasorias*”.

⁴⁶⁰ En este sentido lo ha declarado la CNMC, entre otras, en RCNMC de 31 de julio de 2010, expte. S/0120/08: *TRANSITARIOS*; RCNMC de 2 de diciembre de 2011, expte. S/251/10, *Envases Hortofrutícolas*; RCNMC de 10 de enero de 2013, expte. S/0293/10, *Transcont*; RCNMC de 30 de julio de 2013, expte. S/0380/11, *coches de alquiler*; RCNMC de 22 de septiembre de 2014, expte. S/428/12, *Palés*; RCNMC de 6 de noviembre de 2014, expte. S/430/12, *Recogida de papel*; RCNMC de 26 de mayo de 2016, expte. S/DC/0504/10, *AIO*; RCNMC de 30 de junio de 2016, expte. S/519/14, *Infraestructuras ferroviarias*; RCNMC de 27 de septiembre de 2018, expte. S/0415/12, *ABH-ISMA*; o RCNMC de 20 de junio de 2019, expte. SAMUR/02/18, *Transporte escolar Murcia*.

En materia de competencia, como ya se expuso en el capítulo anterior y se ha referenciado en las líneas precedentes, los sujetos destinatarios de las normas difieren de los sujetos responsables. La base sobre la que se asienta todo el sistema sancionador en esta materia reside en la unidad económica, entendiéndose como tal a una o varias personas jurídicas que, por actuar conjuntamente en el mercado, pueden considerarse como una única empresa a efectos de aplicar las normas sobre defensa de competencia, aplicándose los principios o las garantías propias de la potestad sancionadora sobre ellas. De ahí, que cuando una unidad económica infrinja las normas de defensa de la competencia, le corresponde a ella, en virtud del principio de responsabilidad personal, responder de ésta sin perjuicio de que haya que imputar la conducta a una persona jurídica en concreto.

Sin embargo, la argumentación que la jurisprudencia realiza sobre la aplicación de los principios de la potestad sancionadora a las unidades económicas parte, a nuestro juicio, de una premisa errónea: la imposibilidad de sancionar a los referidos sujetos por carecer de personalidad jurídica y ser una ficción jurídica creada en aras de tratar de justificar la aplicación de los referidos principios en los procedimientos sancionadores de estas características⁴⁶¹. De este modo, se justifica la aplicación de los principios sancionadores en la atribución de la responsabilidad a la unidad económica, teniendo luego la autoridad de competencia plena libertad para imputar la infracción a cualquiera de las personas jurídicas que constituyen la misma, lo que permite que sea la sociedad sucesora la que responda de las infracciones cometidas por la sucedida, al igual que ocurre en los supuestos en los que se declara la responsabilidad de la matriz por conductas anticompetitivas cometidas por alguna de sus filiales. No obstante, no consideramos acertada la referida interpretación en tanto en cuanto los principios no se aplican en ese segundo momento en el que la autoridad imputa la infracción a la persona jurídica en cuestión, siendo, en cualquier caso, un tercero ajeno a la infracción el que responde de la misma.

Esta traslación de responsabilidad sancionadora podríamos entender que es contraria al principio de responsabilidad porque se está responsabilizando a un tercero de una acción en la que, por no haber intervenido, no puede imputársele ningún tipo de responsabilidad

⁴⁶¹ Esta atribución de responsabilidad en dos momentos diferenciados ya ha sido abordada en el capítulo anterior, habiéndose concluido al respecto —a pesar de lo defendido por la jurisprudencia del TJUE— que los principios del derecho sancionador habrán de estar presentes en el momento en el que se imputa al responsable la infracción cometida. A este respecto, ver el pie de página 354.

propia. Así lo ha declarado el TC en STC 18/2005, de 1 de febrero⁴⁶². En este sentido, de la jurisprudencia del TC se extrae que para poder declarar responsable a una persona por la infracción de otra es necesario que haya mediado la intervención de la primera en la actuación de la segunda puesto que, en caso contrario, se estaría aceptando una responsabilidad objetiva.

En línea con lo establecido por la jurisprudencia lo ha declarado gran parte de la doctrina penal respecto del art. 130.2 del CP, habiendo negado, en contra de la interpretación que el TJUE realiza respecto de la sucesión empresarial en materia de competencia, que sea conforme al principio de responsabilidad personal aceptar la traslación de la responsabilidad por el simple hecho de suceder económicamente a la empresa infractora, debiendo sancionar a la sucesora solo en aquellos casos en los que de su actuación se desprenda algún comportamiento antijurídico⁴⁶³.

⁴⁶² Así, la STC 18/2005, de 1 de febrero, concluye, si bien respecto de la vinculación de documentación aportada por otra sociedad distinta de la enjuiciada que *“de todo lo anterior se desprende inequívocamente que la información que se utilizó para fundamentar la condena contra el ahora solicitante de amparo se requirió a una persona distinta del mismo -la entidad Incovesa-, que la coacción prevista en la ley se ejerció exclusivamente contra la citada entidad y, finalmente, que dicha información fue aportada por los representantes de la misma, sin que, por otro lado, conste que la entidad de la que el recurrente en amparo era Presidente y Consejero-Delegado invocara en ningún momento, durante el desarrollo del procedimiento inspector, sus derechos a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable”*. Del mismo tenor es la STC 68/2006, de 13 de marzo.

⁴⁶³ Si bien es cierto que la responsabilidad penal y la administrativa de las personas jurídicas se ha configurado de modo diferente, tal y como se ha expuesto en el capítulo primero, aceptándose en el derecho administrativo la responsabilidad personal de las personas jurídicas por sus propios hechos, mientras que en el derecho penal la responsabilidad de la persona jurídica se basa en un defecto organizativo de la misma que permite la comisión de infracciones, en este sentido los reproches que la doctrina realiza al art. 130.2 del CP son plenamente trasladables al ámbito sancionador administrativo en tanto en cuanto el principio de responsabilidad personal se aplica de modo similar en ambas ramas del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ TERUELO se muestra crítico, además de con la admisión de la responsabilidad *per se* de las personas jurídicas, con la referida extensión de responsabilidad en los supuestos previstos en el art. 130.2 del CP, por entender que *“esta previsión parece provocar una nueva vulneración del principio de personalidad de la pena, al trasladar la responsabilidad penal a otro ente distinto (el resultante) y además basta que posea «una identidad sustancial» y no necesariamente absoluta”*. Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2011). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”. *RJCL*, nº 25, pág. 36. En términos similares, SERRANO ZARAGOZA concluye al respecto que *“para trasladar la responsabilidad de la entidad que cometió el delito a la persona jurídica en la que se transforme, con la que se fusione, por la que sea absorbida o aquellas en las que se escinda, es preciso algún tipo de hecho propio o infracción de deber en estas otras entidades inicialmente no responsables”*, no teniendo por qué concurrir a priori en la entidad sucesora ni el hecho de referencia ni el defecto de organización. Vid. SERRANO ZARAGOZA, O. (2016:4-5). También Díez Ripollés advierte que *“hacer responder a la sociedad que integra o absorbe por hechos cometidos por aquella sociedad a la que integra o absorbe es responsabilidad por hecho ajeno, con efectos potencialmente muy graves”*. Díez Ripollés, J.L. (2012:12). Además de la doctrina, el propio Consejo de Estado, en relación con el Anteproyecto de Ley sobre Supervisión de los Seguros Privados (informe 2145/1994, de 22 de diciembre) ya plasmó el rechazo a la posible transmisión de responsabilidad. Así, el Consejo de Estado declaró que *“la responsabilidad administrativa (antes de la sanción) imputable a una persona jurídica no es transmisible a otra distinta, una vez disuelta la primera. Tampoco puede entenderse vinculada a unos activos determinados, en caso de escisión o de traspaso en bloque del patrimonio. De otro lado, la responsabilidad*

No obstante lo anterior, GUILLÉN CARAMÉS concluye al respecto que no se trata de una quiebra total del principio de responsabilidad personal sino de una modulación del mismo en aras de mantener la efectividad del derecho de la competencia. En palabras del referido autor, “*ello no significa, como se ha querido extraer de la jurisprudencia examinada, una excepción total y absoluta al principio de responsabilidad personal de las personas jurídicas en materia sancionadora. (...). De este modo, el principio de responsabilidad personal no ha quedado extinguido ni desplazado por las peculiaridades del Derecho de la Competencia, sino que se modula su aplicación con la finalidad de garantizar la efectiva y eficaz aplicación de las normas antitrust*”⁴⁶⁴.

Estrechamente ligado con el principio de responsabilidad nos encontramos con la necesidad de que medie culpa en la actuación de la sucesora, si bien es cierto, que la culpabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador se ve minorada respecto de su aplicación, con carácter general, en el derecho penal, bastando para sancionar administrativamente que la actuación llevada a cabo por el sujeto infractor pueda ser calificada de negligente. Si bien el grado de culpabilidad exigido en el derecho sancionador es menor, no por ello podemos pasar por alto una garantía tan importante como ésta a la hora de sancionar la actuación de la persona jurídica que sucede al infractor en estos casos. Sin embargo, apenas encontramos referencias a la misma en la

de las personas físicas será exigible -aún disuelta la sociedad- siempre que la Administración supervisora mantenga sobre ellas la relación de supremacía especial (en materia de seguro) y la infracción no haya prescrito. Por lo demás las sanciones ya impuestas a la sociedad, en cuanto responsabilidad patrimonial, deben seguir las reglas generales, sin poder pasar a convertirse en deudas personales de los socios”. En el sentido opuesto, FARALDO CABANA declara que “*el hecho de que la entidad resultante de una modificación estructural se vea obligada a afrontar las consecuencias penales impuestas a la persona jurídica infractora en la proporción en que participe (y se beneficie) de ella no infringiría el principio de personalidad de las penas, con la puntualización, eso sí, de que la entidad resultante lo conociera en el momento de acordar la modificación estructural*”. Cf. FARALDO CABANA, P. (2020:441-442). En parecidos términos, RODRÍGUEZ CEMPELLÍN tampoco admite la traslación de la infracción sobre la base de que “*si el traspaso de una sanción ya impuesta no vulnera el principio de culpabilidad, como si sucede con respecto a las personas físicas, tampoco puede hacerlo el traspaso de una infracción*”. Cf. RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, D. (2021:730). También avalan la traslación de la responsabilidad sancionadora IGARTUA ARREGUI Y LEITE sobre la base de que “*el mecanismo de la sucesión de empresa se constituye, de este modo, no tanto una excepción como un complemento el principio de personalidad de las sanciones que rige en materia de responsabilidad sancionadora en diversos supuestos en los que exista continuidad e identidad económica entre la empresa que desarrolló la actividad infractora y otra que le ha sucedido en el tiempo*”. Vid. IGARTUA ARREGUI, F. Y LEITE, I. (2020:286).

⁴⁶⁴ Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2020:580). En este mismo sentido lo ha declarado la AG KOKOTT en conclusiones de 3 de julio de 2007, C- 280/06, *ETI* y otros, concluyendo que “*tampoco se puede vaciar de contenido el principio de la responsabilidad personal en nombre de la continuidad económica, hasta convertirlo prácticamente en su opuesto. El criterio de la continuidad económica no debe sustituir al principio de la responsabilidad personal, sino complementarlo, en la medida en que sea necesario, para poder castigar con proporcionalidad a la culpa y de modo efectivo las prácticas colusorias, contribuyendo así a la efectiva aplicación de las normas de la competencia. En consecuencia, el empleo del criterio de la continuidad económica ha de tener carácter excepcional*”.

jurisprudencia del TJUE que parece olvidar examinar el elemento volitivo de la actuación de la sociedad sucesora a la hora de sancionarla.

Así, de cara a poder sancionar al sucesor económico de la sociedad infractora lo lógico sería que se exigiese poder probar, de un lado, que el primero de ellos, además de continuar con la actividad empresarial, haya llevado a cabo alguna conducta anticompetitiva y, de otro, que en tal actuación medie, cuanto menos, negligencia. De lo contrario se estaría admitiendo —además de una responsabilidad por el hecho ajeno— una responsabilidad sin culpa, lo cual, como ya se ha reiterado en las líneas precedentes, está proscrito por la jurisprudencia de nuestro TC⁴⁶⁵.

Por todo lo expuesto parece razonable exigir a las autoridades de competencia un análisis de la conducta de la sociedad que sucede a la infractora en caso de operaciones societarias que lleven aparejadas la extinción jurídica o económica de la sucedida, debiendo solo sancionar a la sociedad sucesora en el supuesto en el que se constataste que existe una continuidad de la infracción y del elemento volitivo de la misma; huyendo, de este modo, de la clásica interpretación que permite la traslación de la responsabilidad sancionadora por el simple hecho de continuar con la actividad económica o considerar que la misma se integra en el pasivo de la sociedad extinguida⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Así, la jurisprudencia del TC es clara al respecto afirmando que en nuestro sistema punitivo no tiene cabida un sistema de responsabilidad objetivo o sin culpa. En este sentido lo declaró en STC 76/1990, de 26 de abril al concluir que *“ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, tal resultado sería inadmisibles en nuestro ordenamiento”*. En términos similares lo razonó en STC de 103/1995, de 3 de julio, al declarar que *“no existe responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva en el ámbito del ius puniendi y de la potestad sancionadora, y ello conlleva la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable”*. En línea con lo establecido por el TC, el TS se ha hecho eco de la referida prohibición habiéndolo reiterado en múltiples ocasiones. Así, a modo ejemplificativo podemos citar la STS de 12 de julio de 2012 (rec. núm. 1988/2009); STS de 14 de julio de 2011 (rec. núm. 503/2008); STS de 18 de julio de 2012 (rec. núm. 123/2010); STS de 6 de julio de 2010 (rec. núm. 446/2008) o STS de 23 de febrero de 2011 (rec. núm. 562/2008).

⁴⁶⁶ En este sentido lo ha declarado gran parte de la doctrina, negando la posibilidad de trasladar de plano la responsabilidad a la nueva sociedad sin realizar en la misma un juicio de culpabilidad. Así, MAGIDE HERRERO Y VÉLEZ FRAGA son bastante críticos al respecto y razonan respecto del principio de culpabilidad que el mismo habrá de aplicarse de manera diferente a las personas jurídicas de como se hace respecto de las personas físicas, pero que *“la imputación de una infracción administrativa a una persona jurídica requiere, en todo caso, de un título de imputación subjetivo”*. Vid. MAGIDE HERRERO, M. Y VÉLEZ FRAGA, M. (2015:575). También BAÑO LEÓN entiende que la responsabilidad de la entidad sucesora es objetiva, concluyendo al respecto que *“la sociedad que adquiere una empresa responde —al menos en Derecho Comunitario— de las infracciones de la competencia que haya cometido aquella con anterioridad si no subsiste el anterior titular de la empresa. Lo cual es bastante discutible, puesto que sería exigir la responsabilidad por sanción por un hecho estrictamente objetivo, la compra de una empresa y además con carácter retroactivo”*. Vid. BAÑO LEÓN, J.M. (1996:260). En parecidos términos, DEL ROSAL BLASCO Y LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, razonan que el art. 130.2 del CP hace responsable a un tercero de una

En este sentido, poder exigir un mínimo de culpabilidad en la conducta de la nueva sociedad parece que era la intención de la AN tras haber declarado contrario a derecho — en concreto, a los principios de personalidad y culpabilidad de las sanciones— la transmisión de la responsabilidad sancionadora con base única y exclusivamente en la sucesión universal y la integración de la responsabilidad en el pasivo de la sociedad que se extingue. En palabras de la propia AN:

“la Administración afirma la transmisión de la responsabilidad a la entidad adquirente, basándose en la exclusiva idea de la sucesión universal, que implica, a su juicio, título suficiente para dicha transmisión. Y este planteamiento es precisamente el que rechazamos, pues no implica una modulación de los principios de culpabilidad y personalidad de las infracciones y sanciones, sino su plena exclusión, y entendemos que no existe base normativa o jurisprudencial para tal completa exclusión de estos principios respecto de la actora”⁴⁶⁷.

De este modo, la sección sexta de la sala tercera de la AN declaró que, a su juicio, lo relevante a la hora de imputar la responsabilidad de la sociedad infractora a aquella otra sociedad que la sucede es la permanencia del elemento volitivo de la primera en la

infracción que no ha cometido, afirmando al respecto que *“la cuestión nuclear del problema es que no es ajustado a derecho atribuir responsabilidades, de manera directa y sin que concurra elemento subjetivo alguno, a una persona jurídica determinada por un delito que ha cometido una persona jurídica distinta, por más que esta última quede, finalmente, integrada en aquella. Si a las personas jurídicas les asisten los mismos derechos y garantías que amparan a las personas físicas, la transferencia de responsabilidades, en términos objetivos, supone una clara vulneración del principio de culpabilidad”*. Vid. DEL ROSAL BLASCO, B. Y LIGHTOWLER-STAHMBERG JUANES, P. (2018:10). También LUZÓN CAMPOS propone una aplicación sistemática del art. 130.2 del CP que permita excluir la responsabilidad de la persona jurídica sucesora con base en el principio de culpabilidad y, de ese modo, si *“se dan circunstancias que evidencian la completa falta de culpa o intervención por parte de la persona jurídica o de sus administradores en los hechos potencialmente ilícitos realizados con carácter previo a la fusión o compra, puede excluirse la traslación de la responsabilidad penal por falta de culpa”*. Cf. LUZÓN CAMPOS, E. (2019). “La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 del Código Penal”. *Diario la Ley*, nº 9377, págs. 5-6. En términos similares ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. (2020:207) y BACA ONETO, V.S. (2023). “La extinción y la transmisión de la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas en los casos de disoluciones y liquidación, fusión y escisión de las personas jurídicas” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*, Thomson Reuters, Civitas, pág. 164.

⁴⁶⁷ SAN de 15 de abril de 2014 (rec. núm. 572/2010). Del mismo tenor es la SAN de 9 de diciembre de 2013 (rec. núm. 719/2012). También de modo similar la SAN de 15 de abril de 2014 (rec. núm. 398/2009), concluye que *“la sanción representa el reproche de haber incurrido en una conducta ilícita que solo es posible predicar del sujeto sancionado, y que únicamente respecto a él ha de producir efecto, de modo que el principio de personalidad de las sanciones exige que cada sujeto a quien se atribuye una infracción responda individualmente de los actos que le son imputados”*. También la Sala de lo Penal de la AN declara en el AAN (Sala de lo Penal) de 30 de abril de 2019 (rec. núm. 230/2019), si bien respecto del art. 130.2 del CP que *“una traslación automática de la responsabilidad penal a sujetos que ninguna intervención han tenido en los hechos con relevancia penal, como la propugnada en el caso de autos,, máxime cuando no se requiere una identidad "absoluta", sino que basta con una identidad "sustancial", implica una renuncia a los principios de personalidad de las penas y de la responsabilidad penal como manifestaciones fundamentales del principio de culpabilidad; habiendo sido más adecuado en su caso, articular un mecanismo para dejar sin efecto las citadas operaciones mercantiles, retrotrayendo las situaciones, y permitiendo la sanción penal de las entidades infractoras”*

segunda, exonerándose en el resto de los casos a esta última de responsabilidad sancionadora. En este sentido, la SAN de 15 de abril de 2014 (rec. núm. 572/2010), concluye en relación con la imputación de la responsabilidad a la entidad absorbente que:

“en todos los casos en que se admite por la jurisprudencia europea la transmisión de las sanciones entre personas jurídicas, existe un punto de conexión, o en la organización jurídica o económica, o en la decisión. Aplicando estas ideas centrales al caso de cambios estructurales de empresas, parece claro que la sociedad absorbente ha de responder de la sanción impuesta a la absorbida cuando de alguna manera tuviese vínculos, jurídicos económico u organizativos, con la sancionada, al tiempo de la comisión de la infracción. También parece claro, dada la importancia que la jurisprudencia europea da al elemento de "unidad de decisión", admitir la transmisión de las sanciones a la absorbente, cuando esta mantiene total o parcialmente la composición de los órganos decisorios de la absorbida; pues lo que realmente se mantiene es el elemento volitivo de la entidad infractora, y, con ello, podemos afirmar la existencia de una unidad decisoria en la absorbida y absorbente que justifica la asunción por ésta de la responsabilidad sancionadora”,

Por todo lo anterior, la AN exoneró de responsabilidad a la sociedad absorbente en este caso concreto sobre la base de los cambios producidos en los órganos directivos de la sociedad absorbente y la comunicación pública de cese en la conducta anticompetitiva que llevó a cabo.

El razonamiento de la AN parece bastante acertado en tanto que excluye la traslación automática de la responsabilidad por el simple hecho de ser el sucesor económico de la empresa infractora, garantizando la culpabilidad de la sociedad de cara a la eventual sanción. No obstante lo adecuado del razonamiento, parece no ser del agrado del TS en tanto en cuanto el mismo entiende que aceptar la referida tesis supondría abrir un resquicio en la traslación de la responsabilidad sancionadora de modo que cualquier empresa resultante de una modificación estructural, con una simple reestructuración de sus órganos de dirección, podría eludir la responsabilidad por las infracciones cometidas antes del perfeccionamiento de la operación societaria⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ Así lo ha declarado el TS en STS de 16 de diciembre de 2015 (rec. núm. 1973/2014), razonando respecto de la argumentación dada por la AN en la que se admite la exclusión de la responsabilidad por ausencia de culpabilidad de la empresa sucesora en tanto en cuanto se distanció de la conducta infractora cometida por la sucedida y realizó cambios en los órganos de decisión que *“tal explicación resulta rechazable, ya que conduciría a un resultado inaceptable de fácil elusión de toda responsabilidad de una persona jurídica por su simple reorganización interna, cambios en la dirección o cambios de titularidad o de forma jurídica. Sin hacer afirmaciones de carácter general, lo que no resulta ni necesario ni conveniente, sí hemos de indicar que el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas. La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de nominación o la adquisición de la empresa*

Así, el TS continúa basando la traslación de la responsabilidad entre personas jurídicas de modo objetivo y sin tener en cuenta la culpabilidad de la sucesora de cara a imputarle la responsabilidad a esta última sobre la idea de permanencia de una actividad económica o empresarial (existirá responsabilidad siempre que exista una identidad substancial entre las sucesivas empresas), y teniendo en cuenta solo el cambio en el comportamiento de la sociedad sucesora a los simples efectos de graduación de la sanción que correspondiese imponer⁴⁶⁹.

Por todo lo expuesto podríamos considerar que la configuración de la traslación de la responsabilidad sancionadora no respeta los principios básicos que rigen la potestad sancionadora y, por ende, no debería admitirse por nuestros tribunales. Así, tal y como sintetiza REBOLLO PUIG, *“todas esas construcciones que acaban haciendo responsable a quien no fue autor sin el más mínimo apoyo normativo están, por decirlo suavemente, en riesgo”*⁴⁷⁰.

Es cierto que, tal y como está redactada la ley, rechazar la transmisibilidad de la responsabilidad sancionadora llevaría a que las empresas pudieran eludir la responsabilidad por sus propios actos mediante el mecanismo de las modificaciones estructurales, careciendo de efecto disuasorio la norma. También es cierto que el principio de responsabilidad personal, si bien modulado en cierto modo para su aplicación a las personas jurídicas, es una garantía que consideramos que no se puede ver quebrantada por el simple hecho de dotar de utilidad a una deficiente ley. Por ello, y sin perder de vista tanto el efecto útil del derecho de la competencia como los principios que rigen la potestad

por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones”. En el mismo sentido se pronunció en STS de 23 de marzo de 2018 (rec. núm. 1409/2015) o en STS de 25 de abril de 2023 (rec. núm. 1297/2022).

⁴⁶⁹ De este modo, para el TS el criterio que debe basar la transmisión de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas no es otro que la continuidad económica. Así lo ha declarado en reiteradas ocasiones. A modo ejemplificativo, en STS de 23 de marzo de 2018 (rec. núm. 1409/2015) ya concluyó que *“el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial, o dicho, en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas”*. En el mismo sentido lo declara en STS de 16 de diciembre de 2015 (rec. núm. 1973/2014); o STS de 15 de marzo de 2017 (rec. núm. 4213/2014). Además, añade en relación con la modulación de la culpabilidad en la STS de 16 de diciembre (rec. núm. 1973/2014), que *“en cuanto al cambio en su comportamiento tras la referida adquisición, consistente en el cese de los responsables que habían representado a la mercantil en el cártel y en que la nueva dirección manifestara a las demás empresas participantes que no participaría en adelante en las reuniones, así como el que todo ello propiciase el fin de la actividad colusoria, sin duda tiene relevancia como elementos de modulación de su responsabilidad que han de ser valoradas en tanto circunstancias atenuantes de la misma por la actuación anterior -como efectivamente lo han sido-, pero no significan que la empresa no haya incurrido en su etapa anterior en las conductas anticompetitivas sancionadas”*.

⁴⁷⁰ REBOLLO PUIG, M. (2018:374).

sancionadora, en las siguientes líneas se tratará de plantear soluciones alternativas que no se posicionen en ninguno de los dos extremos.

3. POSIBLES SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL CRITERIO DE LA CONTINUIDAD ECONÓMICA Y LA NECESIDAD DE DIFERENCIAR ENTRE LOS DIVERSOS MOMENTOS EN LOS QUE LA PERSONA JURÍDICA PIERDE SU PERSONALIDAD.

Es un hecho que, a nuestro juicio, la transmisión de la responsabilidad sancionadora podría suponer una vulneración del principio de personalidad de las sanciones administrativas, pero también lo es que es necesario buscar una solución para aquellos casos en los que, de no aceptarse la referida traslación, el efecto disuasorio del derecho de defensa de la competencia carecería de eficacia en tanto en cuanto las empresas, mediante su extinción como consecuencia de modificaciones estructurales, burlarían la posibilidad de ser sancionadas. No obstante, en lugar de aceptar una responsabilidad por el hecho de un tercero y carente de toda culpa, consideramos más acertado, de *lege ferenda*, proponer soluciones que aboguen tanto por la efectividad del derecho de la competencia como por el respeto de los principios sancionadores.

Para ello, y a nuestro juicio, es necesario distinguir dos soluciones diferentes en función del momento en el que la sociedad infractora pierde la personalidad jurídica, debiendo diferenciar si la extinción jurídica o económica de la persona jurídica ha tenido lugar antes o después de la incoación del procedimiento sancionador correspondiente.

3.1 LA EXTINCIÓN DE LA INFRACTORA UNA VEZ HA RECAIDO RESOLUCIÓN SANCIONADORA

En primer lugar, en aquellos supuestos en los que la empresa, una vez sancionada, pierde su personalidad jurídica, en línea con lo ya establecido por la jurisprudencia, no vemos impedimento para poder trasladar el pago de la sanción a la empresa sucesora en el supuesto en el que la sanción consista, exclusivamente, en el pago de una multa determinada⁴⁷¹. Como ya se ha expuesto, las deudas contraídas por la sociedad —donde

⁴⁷¹ En el caso contrario, es decir, en aquellos supuestos en los que junto con la multa se imponga cualquier otra medida de carácter sancionador como puede ser la prohibición de contratar prevista en el art. 71.1b) de la LCSP, considero que la traslación de esta, a pesar de la previsión contenida en el apartado 3 de la

se incluyen contablemente las sanciones— integran el pasivo de la misma y, al transmitirse en el momento de la fusión, adquisición o escisión, por sucesión universal, tanto el activo como el pasivo, es posible defender la transmisión de la sanción entre empresas sucesoras sin que ello suponga una vulneración de los principios de la potestad sancionadora. En este sentido, y siguiendo lo ya abogado por algunas voces de la doctrina, realmente no se responsabiliza al sucesor de la sanción propiamente dicha, sino más bien se le responsabiliza de una deuda que la empresa sucesora mantiene con la Administración Pública⁴⁷².

Visto de este modo, no parece que dotar de eficacia a esta solución contravenga los principios de personalidad ni culpabilidad de las sanciones ya que en el procedimiento sancionador tramitado en el caso concreto se condenó al sujeto que, efectivamente, fue responsable de la comisión de una infracción en materia de defensa de la competencia aun a título de simple inobservancia. Es decir, realmente es el responsable de la infracción el que, tras haberse probado que en su actuación existía, cuanto menos, negligencia, resulta sancionado por su actuación antijurídica.

El hecho de que el pago se realice por un tercero con el que tiene una vinculación —en tanto en cuanto es sucesor del infractor— no supone ningún problema ya que realmente puede ser un modo válido para asegurar el pago de las deudas derivadas de las infracciones en materia de defensa de la competencia y preservar, así, el efecto de prevención general y especial que contienen las normas sancionadoras⁴⁷³.

referida norma, es contraria al principio de personalidad de las sanciones, a nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, ilegal. En estos casos, no se acepta la traslación de la sanción distinta a la multa en tanto en cuanto se estaría responsabilizando a un tercero de la infracción cometida por el infractor sin que ello lleve aparejado una consecuencia negativa para el infractor, cosa que si ocurre con la multa como se razonará a continuación.

⁴⁷² Sobre esta cuestión ya se ha expuesto lo propio en los pies de página 438 y 439, habiendo considerado la transmisión del pago de la sanción autores como SERRANO ZARAGOZA, O. (2016:7-10); SERRANO ZARAGOZA, O. (2020:15); ARENAS GARCÍA, R. (2015:5-7) y GOENA VIVES, B. (2022:239-243).

⁴⁷³ En este sentido lo declara, entre otros, ROXIN, al razonar que la pena “no quiere retribuir el hecho pasado” sino que la pena se justifica en aras de “prevenir nuevos delitos del autor”; sin pasar por alto que “no se puede desconocer que en la mayoría de los casos de imposición de una pena late también un elemento de prevención especial, en cuanto que aquella intimidará al delincuente frente a una posible reincidencia y mantendrá a la sociedad segura de este al menos durante el cumplimiento de la pena”. Vid, ROXIN, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*, trad. LUZÓN PEÑA, D.M., REUS S.A., pág. 15. Respecto de la prevención general, MIR PUIG afirmó ya que “la concepción clásica de la prevención general veía en la pena la amenaza de un mal destinada a intimidar a los posibles delincuentes que pudieran surgir de la colectividad (...). Ha cambiado el punto de mira: la pena no se dirige solo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar su confianza en la norma”. Cf. MIR PUIG, S. (1986). “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”. *ADPCP*, nº 39, págs. 50-51. De manera similar lo declara FEIJOO SÁNCHEZ, al concluir que “el delito se define como ausencia de fidelidad

Además, si bien no se asemeja del todo al carácter punitivo de una multa, el incremento del pasivo de la sociedad extinguida como consecuencia de incorporar al mismo el importe de la sanción que habría de satisfacerse ya supone, en cierto modo, un “castigo” para dicha sociedad. Así, en la mayoría de los casos, el aumento del patrimonio pasivo de una sociedad implica un mayor número de deudas a las que hacer frente y tiene como consecuencia directa una minusvaloración de la misma, ya que la ratio de endeudamiento aumenta, ofreciendo al mercado una imagen de menor rentabilidad.

Una vez analizado el supuesto en el que la sociedad infractora pierde su personalidad jurídica una vez sancionada, la segunda de las soluciones alternativas que se proponen responde a aquellos casos en los que la modificación estructural de la sociedad se lleva a cabo antes la tramitación del procedimiento sancionador, abordando el estudio en el siguiente epígrafe.

3.2 LA PÉRDIDA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA INFRACTORA ANTES DE LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Por último, y una vez analizado el escenario anterior en el que la sociedad se extingúa después de haber sido sancionada, resta hacer lo propio con aquellos casos en los que la modificación estructural mediante la cual la sociedad infractora pierde su personalidad jurídica se realiza antes de que exista ningún procedimiento sancionador incoado contra la sociedad infractora.

En este último grupo de supuestos, en aras de garantizar los principios de responsabilidad y culpabilidad propios del derecho administrativo sancionador, debemos partir del rechazo ya mostrado hacia la posibilidad de trasladar la responsabilidad de la infractora a la nueva sociedad. Además de lo anterior, hay que partir de la base de que el efecto de las normas anticoncurrenciales no es otro que el mantenimiento de la competencia en el

al derecho y la pena tiene como función prevenir una falta de fidelidad generalizada o de mantener en la generalidad una fidelidad suficiente”. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2006). “Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs”. *ADPCP*, nº 59, pág. 134. En este sentido ver también MUÑOZ CONDE, F. (1989). “La prisión en el Estado social y democrático de derecho: prevención general versus prevención especial: ¿un conflicto insoluble?”. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, págs. 165-172; GARCÍA PÉREZ, O. (2007). “La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial”. *RECPC*, nº9; o CURY URZÚA, E. (1988) “La prevención especial como límite de la pena”. *ADPCP*, nº 41, págs. 685-702.

mercado, no siendo necesario siempre sancionar los incumplimientos para que las conductas anticompetitivas que se estén llevando a cabo en el mercado afectado cesen.

En este sentido —más allá de los cambios organizativos y de las variaciones en los órganos de gobierno o de administración que la empresa sucesora considere que es necesario realizar— lo que se propone, aun siendo conocedores de la dificultad que podría suponer implementarlo en la práctica, es tipificar como deber de la empresa sucesora el denunciar las infracciones de competencia de las que una sociedad haya tenido conocimiento como consecuencia de operaciones de fusión, absorción, escisión o compra y venta de activos, así como la correlativa sanción en el caso de incumplimiento de este. Así, podría tipificarse como infracción del derecho de la competencia ocultar el haber tenido conocimiento de que una sociedad ha estado llevando a cabo prácticas anticompetitivas. Veámoslo con detenimiento.

Para poder sancionar a alguien bajo el tipo que se propone incorporar es necesario que la sociedad disponga de la información necesaria que le permitiese, en su caso, concluir la existencia o no de una práctica anticompetitiva; por ello, jugará un papel fundamental la *due diligence* que habrá de realizar la sociedad que pretenda incorporar a su patrimonio el de la sociedad infractora ya que, con base en los resultados que la misma arroje, esta primera sociedad tendrá, tal y como se expondrá a continuación, dos modos de proceder⁴⁷⁴. Así, una vez realizada la auditoría los resultados de la misma podrán concluir que todo está en orden o, por el contrario, que con anterioridad a la operación societaria se ha estado llevando a cabo una práctica anticompetitiva.

⁴⁷⁴ El empleo de una diligencia debida se utiliza ya en otros ámbitos de cara a eximir de responsabilidad al sucesor. Así, el artículo 175.2 de la LGT dispone que “2. *El que pretenda adquirir la titularidad de explotaciones y actividades económicas y al objeto de limitar la responsabilidad solidaria contemplada en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 42 de esta ley, tendrá derecho, previa la conformidad del titular actual, a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. La Administración tributaria deberá expedir dicha certificación en el plazo de tres meses desde la solicitud. En tal caso quedará la responsabilidad del adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en la misma. Si la certificación se expidiera sin mencionar deudas, sanciones o responsabilidades o no se facilitara en el plazo señalado, el solicitante quedará exento de la responsabilidad a la que se refiere dicho artículo*”. Conforme al referido precepto, la entidad resultante solo quedará vinculada a las deudas certificadas como tal por la Administración, eximiéndose la responsabilidad del resto por haber empleado la diligencia debida. En términos similares, aunque respecto de la responsabilidad penal, lo ponen de manifiesto GÓMEZ JARA-DIEZ, C. (2012), “Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo código penal español” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, La Ley, pág. 43 y ss; y GOENA VIVES, B. (2022:246-250); o DEL ROSAL BLASCO, B. Y LIGHTOWLER-STAHMBERG JUANES, P. (2018:10), señalando los referidos autores que, a pesar de la conveniencia de dicha interpretación, la misma tiene también como efecto adverso que la responsabilidad de la sucesora difiere de la responsabilidad inicial de la infractora, llegándose a afirmar que se trata de un encubrimiento punible.

En el primero de los supuestos, es decir, cuando el resultado de la auditoría constata que no existe ninguna irregularidad, la sociedad puede continuar sin más trámites con la operación societaria.

Ahora bien, en el segundo de los supuestos, referido a aquellos casos en los que del resultado de la *due diligence* pudiera concluirse que la sociedad hubiese llevado a cabo prácticas anticompetitivas con anterioridad a la modificación estructural que se pretende, la sociedad a la que se transmite el patrimonio tendría el deber de informar —o denunciar— tales hechos a la autoridad de competencia que proceda. Una vez denunciada la infracción, habrá de ser la autoridad de competencia la que despliegue sus medios de investigación —a través de la apertura de una fase de información reservada— y, si procediese, incoase el procedimiento sancionador correspondiente contra el resto de las sociedades que hubieran participado en la infracción —si las hubiere— junto con la sociedad infractora —que se ha extinguido—, debiendo eximir de responsabilidad sancionadora a la denunciante conforme a lo estipulado, con carácter general, en el artículo 65 de la LDC⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ Lo que se propone, en este caso, es aplicar el programa de clemencia tanto a la sociedad extinguida como a la resultante conforme a lo establecido en el art. 65 de la LDC siempre y cuando, en el momento en el que se lleve a cabo la operación societaria, la sociedad resultante de la misma comunique la infracción a la autoridad de competencia, cese en ella y aporte los elementos de prueba que permitan a la autoridad de competencia constatar y depurar las responsabilidades de esta. Con carácter general, el artículo 65 de la LDC dispone que “1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando: a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a). 2. Para que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos: a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación. b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección. c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido. d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción. 3. La exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 4. La exención prevista en el apartado 1

Por el contrario, en el caso en el que habiendo tenido conocimiento de la infracción cometida la sucesora no la denuncie ante la autoridad de competencia entraría en juego el tipo infractor que se propone, en virtud del cual la sociedad resultante de la modificación societaria sería responsable de una infracción propia por haber quebrantado el deber de denunciar. Así, la autoridad de competencia, llegado el caso, si bien pierde la ocasión de sancionar al responsable de la práctica anticompetitiva en tanto en cuanto el mismo ha dejado de existir jurídicamente —no existiendo, por tanto, un sujeto pasivo contra el que dirigir el procedimiento—, si podrá sancionar a su sucesor económico por haber cometido una infracción propia aunque derivada de la infracción principal en tanto en cuanto tenía el deber de haber denunciado la conducta anticompetitiva que se llevó a cabo y no lo hizo⁴⁷⁶.

De este modo, si bien es cierto que se dejaría de sancionar la conducta anticompetitiva principal, se estaría salvaguardando la competencia en el mercado porque la conducta anticompetitiva habría cesado. Pero, además, el reproche que se dirigiría contra el sucesor económico de la empresa extinguida respetaría los principios de personalidad y culpabilidad propios del derecho sancionador ya que, con base en la modificación que se propone, la empresa resultante de cualquier operación societaria respondería de una conducta propia (no transmitida) en la que, por lo menos, habría existido negligencia en el hecho de ocultar la infracción, lo que garantizaría el principio de responsabilidad por los hechos propios y la culpabilidad en la misma⁴⁷⁷.

*comprenderá también la de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. 5. La empresa o la persona física que vaya a presentar una solicitud de exención del pago de la multa podrá solicitar un indicador que reserve el puesto para dar tiempo al solicitante a presentar los elementos de prueba necesarios para aplicar el apartado 1 de este artículo". En este sentido, tal y como declara CASINO RUBIO, es necesario tener en cuenta que "en el Derecho sancionador la Administración castiga para que no se perturbe el interés público o colectivo (punitur, ut ne peccetur), de forma que la infracción no es la causa y medida de la sanción, sino la ocasión para que la Administración corrija el comportamiento desviado con fines preventivos, buscando que la correspondiente norma se cumpla". Vid. CASINO RUBIO, M. (2015). "La potestad sancionadora de la administración y vuelta a la casilla de salida". *Documentación Administrativa: nueva época*, n°2.*

⁴⁷⁶ Además, en estos casos la sanción podrá no solo consistir en una multa que se cuantificará en función de su volumen de negocios, sino que además podrá sancionarse a la sociedad resultante con la prohibición de contratar prevista en la LCSP en tanto en cuanto, al tratarse de una infracción propia, no se conculcaría el principio de responsabilidad personal. Considero, pues, que la solución que se propone ofrece más garantías para los sujetos infractores que la que se está empleando actualmente porque se les castiga por un hecho propio y no por uno ajeno.

⁴⁷⁷ En términos similares, GUILLÉN CARAMÉS también propone que "de cara a una aplicación efectiva y eficaz del Derecho sancionador de Competencia a las personas jurídicas en los supuestos de sucesiones empresariales, deben empezarse a buscar otro tipo de soluciones a los problemas que han quedado expuestos a lo largo del presente trabajo, como pueden ser la introducción de programas de cumplimiento normativo por parte de la sucesora que pueda garantizar a las autoridades de competencia que no se van a cometer ilícitos de esta naturaleza; o, del mismo modo, podría plantearse la condonación de sanciones

Por último, es necesario aclarar que todo lo razonado hasta el momento lo es para aquellos supuestos en los que la empresa sucesora haya cesado el comportamiento anticompetitivo llevado a cabo por la empresa sucedida, concediéndole a la primera la posibilidad de iniciar su actividad empresarial exenta de responsabilidad. En el caso contrario, además de poder sancionar a la sucesora con el nuevo tipo que se propone por no haber denunciado la infracción, si esta última siguiese llevando a cabo conductas anticompetitivas en el mercado como continuadora de su sucesora, también podrá ser sancionada por ello desde el momento en el que efectivamente las realiza, tratándose ésta de una responsabilidad personal por el hecho propio.

Es cierto que lo que se pretende con el derecho de la competencia es asegurar el mantenimiento de un mercado eficaz y la protección de los consumidores y, para ello, la fórmula que tradicionalmente ha permitido reprimir cualquier comportamiento anticompetitivo ha sido la sanción. No obstante, no creemos necesario, ni conforme a derecho, sancionar a toda costa a las personas jurídicas por el simple hecho de serlo, y vulnerar de ese modo las garantías propias del derecho administrativo sancionador. Si bien la sanción es un mecanismo represivo contra las infracciones muy eficaz, no podemos pasar por alto las garantías propias de un Estado de Derecho amparándonos en el efecto útil de las normas y mirar para otro lado en lugar de tratar de buscar soluciones alternativas que permitan mantener la competencia efectiva en el mercado respetando los postulados básicos del derecho administrativo sancionador.

Por ello, el presente epígrafe ha tratado de dar respuesta a las deficiencias marcadas por la doctrina respecto de la interpretación y la fundamentación que los tribunales hacen del derecho de defensa de la competencia y de la responsabilidad personal de los infractores en los supuestos en los que se permite la traslación de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas sucesoras, así como de proponer soluciones alternativas que garanticen los principios del derecho administrativo sancionador y pudieran ser tenidas en cuenta de *lege ferenda* por el legislador.

No obstante, lo analizado hasta el momento no es la única cuestión que suscita interés respecto de la posibilidad de sancionar al sucesor económico de la sociedad infractora. Así, si bien es cierto que no se va a profundizar en este tema, sí es necesario apuntar que

para aquellas empresas que hagan profundos cambios —organizativos y estructurales— en los supuestos de adquisición de empresas que hayan cometido infracciones de competencia”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2020:588).

otro de los supuestos que invita a la reflexión es la posibilidad de sancionar con base en la sucesión económica a empresas resultantes de un procedimiento de liquidación concursal. En este sentido, Guillén Caramés ha concluido al respecto que *“no se puede partir de la transmisión automática sin más de la responsabilidad sancionadora a la empresa que adquiere una unidad productiva de una empresa incurso en liquidación concursal, puesto que habrá que tener en consideración diversos aspectos fundamentales: por un lado, la responsabilidad de las personas jurídicas sigue estando sujeta a los principios del Derecho sancionador y, por tanto, al principio de responsabilidad personal y de culpabilidad que derivan del principio de legalidad previsto en el art. 25 de la CE, sin que quepa en ningún caso la responsabilidad objetiva; por otro, a las reglas que delimite el juez concursal respecto a la transmisión de cargas en la fase de liquidación concursal; del mismo modo, habrá que examinar si la empresa adquirente continúa o no desarrollando la conducta infractora y; finalmente, habrá que determinar y probar por la autoridad de competencia el grado de responsabilidad en el que incurre la empresa adquirente de la unidad productiva de la empresa en concurso, así como el elemento volitivo de la conducta infractora”*⁴⁷⁸.

Además de lo ya expuesto hasta el momento, otra de las cuestiones controvertidas en el derecho sancionador en materia de competencia es el eventual reproche que se dirige hacia los representantes legales o directivos de la sociedad, junto con la principal de la sociedad, que habrán de responder en determinados supuestos de sus propios actos. En estos casos, no estamos ante una traslación de responsabilidades tal y como ocurre en los supuestos analizados en el presente capítulo o en los casos en los que se responsabiliza a la matriz de los actos cometidos por sus filiales —y viceversa—, sino que lo que ocurre es que se sanciona la participación en la infracción principal. Por ello, conviene abordar el análisis de esta cuestión en el capítulo siguiente, y tratar de concluir qué responsabilidad tienen los representantes legales o directivos respecto de la infracción cometida por la persona jurídica y el encaje que esto tiene para con los principios de la potestad sancionadora.

⁴⁷⁸ Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2020:584).

CAPÍTULO 4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES LEGALES Y DIRECTIVOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DERIVADAS DE INFRACCIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA.

I. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES DEL ART. 63.2 DE LA LDC.

Una vez analizadas en los capítulos anteriores las cuestiones relativas a la traslación de la responsabilidad entre sociedades matrices y filiales, así como entre empresas que se suceden económicamente tras la pérdida de la personalidad jurídica de la infractora, procede analizar otras figuras controvertidas del derecho de defensa de la competencia que también tienen como común denominador el difícil encaje que las mismas tienen para con los principios de la potestad sancionadora. De un lado, el presente capítulo se dedicará al examen de la posibilidad de sancionar a los directivos o representantes legales de las sociedades infractoras y, de otro, en el siguiente capítulo se hará lo propio con el facilitador de la infracción. Ambos capítulos tienen como nexo, tal y como se tratará de exponer, que lo que se sanciona es la participación o intervención en la infracción principal prohibida por los artículos 101 y 102 del TFUE o por los artículos 1, 2 y 3 de la LDC.

Esta ampliación del ámbito sancionador se debe, en cierto modo, a la persecución de una disuasión real y efectiva a través de las normas de competencia. En este sentido, se ha demostrado que sancionar exclusivamente a las personas jurídicas infractoras no ha llevado aparejado un mayor cumplimiento de la norma, sorteando así el carácter disuasorio de la misma. Por ello, y al no ser una opción aumentar la cuantía de las sanciones hasta el punto de que las mismas consigan, por sí solas, evitar que las empresas lleven a cabo las conductas prohibidas tipificadas como tal tanto en los artículos 101 y 102 del TFUE como 1, 2 y 3 de la LDC, ya que esta solución supondría una quiebra del principio de proporcionalidad de las sanciones, se ha tratado de cubrir y potenciar el efecto disuasorio de las normas de defensa de la competencia habilitando la imposición de sanciones a personas distintas de las empresas infractoras⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ El problema que gira en torno a la cuantificación de las sanciones a las personas jurídicas y la escasa disuasión de estas ha sido expuesto de manera muy clara e ilustrativa por BORRELL, JIMÉNEZ Y LUNA. Los referidos autores, partiendo de la premisa de que los autores de una infracción “*a falta de una ética o moral que frene su conducta, realizan un cálculo racional en el que los beneficios ilícitos que esperan obtener superan los costes esperados dada una probabilidad de que su ilegalidad sea descubierta y sancionada*”, continúan analizando en términos económicos cada uno de las variables que intervienen en la ecuación para

Centrándonos ahora ya en la responsabilidad que los directivos o representantes legales tienen para con la infracción cometida por la empresa de la que forman parte, son varias las cuestiones que plantea esta imputación y que se trataran de resolver a lo largo del presente capítulo.

Para empezar por el principio, es el artículo 63.2 de la LDC el que contempla la posibilidad de sancionar a los representantes legales o a los directivos de las empresas infractoras. No obstante, la responsabilidad de la persona física que administra o dirige la empresa no es una novedad de la actual LDC ya que la ya derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, tipificaba por primera vez en idénticos términos la sanción a los representantes legales y directivos de la empresa infractora con la única diferencia de la cuantía de la multa que pudiera imponerse⁴⁸⁰. Sin embargo, no ha sido hasta el año 2015 cuando las autoridades de competencia han comenzado a hacer un uso más habitual del artículo 63.2 de la LDC, responsabilizando y sancionando no solo a la empresa infractora, sino también a los miembros de sus órganos de administración y dirección⁴⁸¹.

concluir que “*para que la multa sea efectiva, ésta debe ser mayor a la ganancia relativa de seguir en el cártel multiplicada por la inversa de la probabilidad de detección*”. Así, concluyen que el límite del 10% del volumen de negocio establecido por la LDC limita las sanciones hasta el punto de convertirla en sanciones o disuasorias. No obstante, admitir la cuantificación de la sanción en los términos que proponen sería contrario al principio de proporcionalidad de las mismas. Vid. BORRELL, J.R., JIMÉNEZ, J.L. Y LUNA, Y.E. (2015). “Crímenes y castigos en la lucha contra los cárteles”, *REI*, vol. 398, págs. 131 y 132. En términos similares, ÁLVAREZ SAN JOSÉ concluye 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*”. Cf. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. (2015) “Responsabilidad personal del directivo partícipes en infracciones del derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento”, *Anuario de la competencia*, pág. 163.

⁴⁸⁰ Así, el apartado tercero del artículo 10 de la Ley 16/1989 establecía que “*además de la sanción que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 5.000.000 de pesetas a sus representantes legales, o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidos de la sanción aquellas personas que, formando parte de órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvando su voto*”.

⁴⁸¹ En este sentido, la STS de 29 de enero de 2015 (rec. núm. 2872/2013), recordó e incentivó el uso de las sanciones a directivos y administradores como método disuasorio en la política de competencia afirmando que “*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 artículo 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*”. A partir de ese momento son varias las resoluciones de la CNMC en las que se sanciona a los administradores o directivos de la empresa infractora con base en el art. 63.2 de la LDC. A modo ejemplificativo, RCNMC de 26 de mayo de 2016, expte. S/DC/054/14, AIO; RCNMC de 30 de junio de 2016, expte. S/DC/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*;

El artículo 63.2 de la LDC dispone que “*además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona 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 la conducta. Quedan excluidas de la sanción aquellas 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*”.

Con este precepto se pretende lograr una mayor disuasión de la comisión de infracciones en materia de defensa de la competencia en tanto en cuanto compromete directamente el patrimonio de los representantes legales o directivos de la sociedad infractora y les responsabiliza y sanciona con base en la conducta antijurídica por ellos cometida; no obstante, este efecto disuasorio se podría ver minorado, tal y como apunta parte de la doctrina, a través de seguros de responsabilidad civil o incluso por la propia sociedad infractora ya que podría ser la que finalmente —y de modo indirecto— asuma el coste del pago de la sanción⁴⁸².

RCNMC de 23 de febrero de 2017, expte. S/0545/15, *Hormigones Asturias*; o RCNMC de 20 de septiembre de 2021, expte. DC/0614/17, *Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias*.

⁴⁸² De este modo, CANEDO ARRILLAGA afirma que “*la razón por la que el legislador impone sanciones a las personas físicas que intervienen y participan activamente en los hechos por los que las empresas han sido sancionadas se encuentra en el intento de responsabilizar de manera personal e individualizada a los sujetos que tienen un protagonismo en las conductas. En efecto, se trata de fomentar la disuasión del sistema punitivo de competencia identificando y sancionando por sus conductas a los representantes legales o personas que integran los órganos directivos*”. Cf. CANEDO ARRILLAGA, P. (2019). “Cómo conseguir la necesaria disuasión ante las infracciones de competencia” en BENEYTO J.M. Y MAILLO, J. (Dirs.). *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters, Aranzadi, págs. 229-230. En términos similares, CANTERLA MUÑOZ justifica las sanciones a las personas físicas con base en el principio de eficacia del derecho de la competencia. Así, el referido autor, tras afirmar que la sanción a las personas jurídicas no supone un efecto disuasivo suficiente, concluye que “*para dar mayor eficacia a las normas administrativas dirigidas a personas jurídicas se recoge la responsabilidad de los directivos*”. Cf. CANTERLA MUÑOZ, D. (2020). “Novedades en la configuración de la responsabilidad de los directivos por infracciones de competencia. SSTS de 20 de marzo, 9 de abril, (infraestructuras ferroviarias) y las dos de 1 de octubre de 2019 (AIO-FENIN). La responsabilidad del directivo como facilitador (RACCO de 23 de diciembre de 2019), en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.), *Anuario de la competencia 2020*, Civitas, Thomson Reuters, págs. 43-44. También ÁLVAREZ SAN JOSÉ razona que “*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. (...) La aplicación rigurosa 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*”, apuntando además la referida autora el riesgo que puede suponer para con la responsabilidad de los administradores y directivos que la misma sea asegurable y cubierta por un seguro de responsabilidad civil. Vid. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. (2015: 162 y 181-184). De modo similar, ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO apunta que “*el efecto disuasorio de esta herramienta dependerá, en gran medida, del poder adquisitivo de los representantes y directivos sancionados. Asimismo, la posibilidad de que la propia empresa compense a sus representantes y directivos el importe de las eventuales sanciones también limitaría su efecto disuasorio*”. Cf. ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T.

Personalmente, consideramos que la mayor disuasión se consigue, precisamente, con la previsión contemplada en los artículos 37.1 de la LCCNMC y 69 LDC en los cuales se obliga a la CNMC a hacer públicas las resoluciones que dicte en las que se deberá incluir, en todo caso, los nombres de los infractores⁴⁸³. A pesar de que los administradores y directivos, tal y como se desarrollará a continuación, no son sujetos infractores como tal sino responsables, lo cierto es que incluir en la resolución su nombre les supone un descrédito personal y profesional que habrán de ponderar antes de llevar a cabo cualquier infracción, lo que tiene un efecto disuasorio de su conducta ilícita tal y como persiguen las normas *antitrust*.

La publicación de los nombres de los infractores —en lo que se refiere a los datos identificativos de los representantes legales y directivos sancionados— no ha sido algo exento de polémica, sino que se ha considerado contrario al artículo 18 de la CE en tanto en cuanto se ha entendido que se refiere a datos de carácter personal y su publicación quebranta el derecho al honor, propia imagen e intimidad personal de los responsables de la infracción que sean personas físicas. Sin embargo, esta interpretación no ha sido acogida ni por la jurisprudencia de la AN ni por la del TS, que han concluido al respecto, con base en la transparencia que propugna el TJUE como protección del interés general, que la publicación del nombre de la persona física sancionada no vulnera el artículo 18 de la CE por haberse desarrollado la conducta infractora en el seno de una actividad empresarial y no ser algo que haya tenido lugar en el seno de la vida privada del sujeto. Así, el TS declara que:

“no está en juego el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18 CE pues la conducta desarrollada no ha tenido lugar en el ámbito de la vida privada y buen nombre del recurrente. La sanción impuesta lo ha sido como consecuencia de su

(2016). “Las sanciones a representantes legales y directivos por infracciones de las normas de defensa de la competencia”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 43, pág. 97. También GONZÁLEZ Y CONTRERAS señalan que en otros Estados miembros de la UE como Reino Unido o Suecia han preferido sancionar a los representantes legales con la inhabilitación profesional para desempeñar el cargo. Vid. GONZÁLEZ, H. Y CONTRERAS, M. (2015). “Las sanciones a directivos y representantes legales por infracción de las normas de defensa de la competencia”, en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.). *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo, anuario 2015*, Thomson Reuters, Civitas, págs. 399-404.

⁴⁸³ Así, el artículo 37 de la LCCNMC dispone en su apartado primero que “*la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores. (...)*”. En términos similares, el artículo 69 de la LDC dispone que “*Serán públicas, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida*”.

*conducta profesional voluntariamente desarrollada en una empresa que ha infringido la Ley de Defensa de la Competencia*⁴⁸⁴.

No obstante lo anterior, la doctrina se encuentra dividida acerca de la fundamentación que el TS realiza acerca de la publicación de la identidad del infractor persona física en tanto en cuanto existen voces que se muestran conformes a la prevalencia del interés general sobre el derecho individual del directivo o representante legal de la sociedad, mientras que otras la rechazan, entendiendo que si bien el contenido del art. 18 de la CE puede modularse, en todo caso deberán respetarse los límites constitucionalmente garantizados⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ STS de 9 de abril de 2019 (rec. núm. 4118/2017). En idénticos términos lo ha declarado en STS de 28 de marzo de 2019 (rec. núm. 6360/2017). También la SAN de 14 de marzo de 2018 (rec. núm. 352/2016), argumenta que *“el tenor literal del artículo 37.1 citado en el párrafo anterior recoge con claridad la voluntad del legislador de que se proceda a dar publicidad, por la trascendencia de la materia en la que nos encontramos, a la identificación de las personas (físicas o jurídicas) infractoras y permiten concluir que ninguna infracción se ha producido por el hecho de que el nombre del ahora recurrente se haya publicitado junto al nombre de las empresas y de los demás particulares también sancionados”*.

⁴⁸⁵ Hay que partir de la base, tal y como ya advirtió MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., que la finalidad de la publicación de las sanciones se fundamentaba en el interés general. Así, el referido autor, si bien respecto de la publicidad de las sanciones respecto de la defensa de los consumidores, concluye que *“estamos aquí ante una obligación formal que, buscando motivos de ejemplaridad, lo que intenta es conseguir la comunicación a la opinión pública, pero una comunicación objetiva y homogénea”*, para concluir que *“la publicación de la sanción no es en sí una sanción ni una modalidad sancionatoria”*, considerando el autor que responde a una consecuencia de la sanción cometida. Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1991). *“Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas”*, RAP, nº 126, págs. 181 y 184. HUERGO LORA, por su parte, defiende que la publicación de las sanciones administrativas es en sí misma una sanción. Así, el referido autor argumenta que *“la publicación constituye una sanción porque su función es causar daño al infractor. (...) El criterio de la finalidad me parece, sin duda, decisivo. Y la finalidad de la publicación de las sanciones es hacer daño al infractor (sometiéndole a la presión de verse sometido al descrédito público), para aumentar la eficacia disuasoria o preventiva de la propia sanción, lo que constituye la finalidad propia de las sanciones”*. Vid. HUERGO LORA, A. (2021). *“La publicación del nombre de los infractores como sanción administrativa «(name and shame)»”*, en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas, págs. 115-116. Ya en el marco de la publicación de las sanciones en materia de competencia, GOÑI URRIZA se muestra conforme con la interpretación del TS, razonando al respecto que *“esta obligación de publicar prevista en la LDC, que salvaguarda la publicación de los datos previstos en el art. 3 letra a LO 15/1999, pero excluye expresamente los nombres, hace prevalecer el interés general de disuasión, que exige la publicación de la resolución sancionadora, frente al particular del proteger su derecho a la intimidad, honor o la propia imagen. Las consecuencias de este interés general permitiría la publicación de los datos de las personas sancionadas tanto en la resolución sancionadora como en la nota de prensa y aunque la resolución no sea firme”*. VID. GOÑI URRIZA, N. (2019). *“Sanciones a personas físicas”* en BENEYTO J.M. Y MAILLO, J. (Dirs.). *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters, Aranzadi, pág. 268. En un punto intermedio, CANTERLA MUÑOZ, tras afirmar que *“las SSAN, y TS, han rechazado esta postura señalando que no se ve afectado el derecho a la intimidad por ser una actividad profesional, que no es necesario entrar en la cuestión de si es infractor la persona física porque lo que se publica es su condición de sancionado no de infractor”*, concluye al respecto que *“siendo verdad esto último, en la medida en que la sanción solo puede recaer sobre los infractores, de manera indirecta si se está dando a conocer su condición de infractor”*. Cf. CANTERLA MUÑOZ, D. (2020:73). Por el contrario, JIMÉNEZ-LAIGLESIA Y MASÍA rechazan la interpretación dada por el Tribunal Supremo en tanto en cuando los mismos consideran que *“no existe habilitación legal para la publicación de la identidad de las personas físicas que se incluyan en el expediente administrativo por extensión del artículo 63.2 LDC. EL artículo 37.1 LDC solo habilita legalmente a la CNMC para revelar el nombre de los infractores”*, distinguiendo

Además, es conveniente destacar, que si bien el art. 63.2 es un artículo cuya tipificación de la responsabilidad de los directivos y representantes legales es un tanto abstracta y deja un amplio margen de interpretación a los tribunales, se ha admitido por la doctrina la posibilidad de sancionar a estos sujetos por cualquiera de las infracciones contenidas a lo largo de la LDC. Así, pese a que suele reservarse para los incumplimientos más graves, lo cierto es que podría exigírsele responsabilidad a los representantes legales y directivos de una sociedad con base en el art. 63.2 de la LDC tanto por conductas que constituyan infracciones materiales de las descritas en los artículos 1 al 3 de la LDC, como por cualquiera del resto de las infracciones procedimentales tipificadas como tal en el artículo 62 del citado texto legal⁴⁸⁶.

Por otro lado, tal y como está contemplada la responsabilidad de los representantes legales o directivos de las sociedades en el artículo 63.2 LDC, es posible llegar a la conclusión

de este modo entre los infractores (que son las personas jurídicas) y los responsables (que son los administradores y/o directivos de la sociedad). Por ello, y dado que la identidad del responsable es un dato personal, es algo de lo que solo él tiene capacidad de disponer, concluyen los referidos autores que “*no es prudente que la CNMC pretendiera, por ello, forzar la interpretación del artículo 37 de la Ley 3/2013 a la búsqueda de una habilitación legal que objetivamente no existe*”. Vid. JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J. Y MASÍA, J. (2016). “Artículo 63.2 LDC: Breve aproximación a los límites de la potestad sancionadora de la CNMC frente a las personas físicas” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario de Derecho de la Competencia 2016*, Civitas, Thomson Reuters, págs. 369-370. Tampoco BROKELMANN acepta la interpretación dada por el Tribunal Supremo en tanto que considera que “*las sentencias del TS no entran en el argumento nuclear de los recurrentes sobre quién es y puede ser infractor de los artículos 1 LDC y 101 del TFUE a efecto de las normas que habilita la publicación del nombre de los infractores, sino que se limita a citar una larga ristra de sentencias del TJUE que amparan, todas ellas, la publicación del nombre de la persona jurídica sancionada en decisiones de la Comisión Europea, rechazando que ello pueda infringir los derechos fundamentales de la persona jurídica. (...) Pero esta jurisprudencia en absoluto da respuesta a la pregunta de si también puede publicarse, sin amparo legal, el nombre de un directivo que ha participado en la infracción de dicha empresa*”. Vid. BROKELMANN, H. (2019). “El Tribunal Supremo sienta la jurisprudencia sobre la responsabilidad de directivos por infracciones del Derecho de la competencia”. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº87, pág. 121.

⁴⁸⁶ En este sentido, GONZÁLEZ Y CONTRERAS concluyen que “*la responsabilidad subsidiaria de los representantes legales y directivos puede apreciarse en relación con cualquier infracción de las disposiciones de la Ley 15/2007. El artículo 63.2 de la Ley 15/2007 no establece ninguna distinción a este respecto, por lo que nada obstaría a que pudiera sancionarse a los representantes legales y directivos por su participación en acuerdos restrictivos, conductas abusivas, actos desleales, el incumplimiento de la obligación de suspensión de operaciones de concentraciones o la obstrucción en la investigación. Hasta la fecha, los extintos TDC y CNC únicamente han apreciado la responsabilidad de estos representantes legales y directivos en relación con la adopción de decisiones y recomendaciones de asociaciones de empresas contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989 o el artículo 1 de la Ley 15/2007, o por su intervención en conductas abusivas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989 o artículo 2 de la Ley 15/2007*”. Vid. GONZÁLEZ, H. Y CONTRERAS, M. (2015:397-398). En similares términos también lo han declarado GUERRA FERNÁNDEZ, A. Y ARECES LÓPEZ, C., (2017). “La potestad sancionadora de la CNMC frente a representantes legales o directivos de las empresas infractoras de la normativa de Defensa de la Competencia” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.), *Problemas Prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Civitas, Thomson Reuters, pág. 143; CANTERLA MUÑOZ, D. (2020:53); GOÑI URRIZA, N. (2019:255); o ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. (2016:97).

de que la misma es derivada o accesoria de la responsabilidad principal de la persona jurídica; es decir, para poder declarar la responsabilidad de la persona física será un requisito *sine qua non* que previa o simultáneamente se declare la responsabilidad de la empresa infractora, no teniendo encaje en el tipo la responsabilidad autónoma de la persona física que administra o forma parte del órgano directivo de la empresa infractora⁴⁸⁷. No obstante, tal y como razona REBOLLO PUIG, nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad limitada respecto de la infracción principal (que no respecto de la sanción) y cualquier causa de exoneración respecto de la misma será de aplicación a la responsabilidad del directivo o del representante legal, lo que no quiere decir que en aquellos supuestos en los que se constate la infracción pero no se llegue a sancionar a la persona jurídica no pueda sancionarse al administrador o directivo de la misma⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Así, HERRERO SUÁREZ ha concluido que “*sí resulta claro del tenor del texto que la responsabilidad del administrador o directivo no es alternativa o autónoma de la de la empresa, sino adicional. Se trata de una responsabilidad que se suma a la de la persona jurídica, pero que además, no surge necesariamente («además de la sanción impuesta a la entidad, se podrá...»).* Sin infracción de la empresa no puede haber infracción del administrador, pero si al contrario”. Vid. HERRERO SUÁREZ, C. (2022). “La responsabilidad personal de los administradores por prácticas anticompetitivas: un poliedro normativo”. *RDCD*, nº 31, pág. 4. También ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO ha declarado al respecto que “*la declaración de responsabilidad de representantes y directivos por infracciones de las normas de defensa de la competencia requerirá, en cualquier caso, que exista responsabilidad de la persona jurídica. Es decir, si no existe infracción atribuible a la persona jurídica no se dará uno de los elementos del tipo y deberá excluirse la aplicación del citado precepto. (...).* Es claro, por tanto, que la eventual responsabilidad del directivo nunca puede ser autónoma, sino que será accesoria de la de la persona jurídica para la que trabaja o a la que representa”. Cf. ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. (2016:97). En el mismo sentido GOÑI URRIZA, N. (2019:254); o GONZÁLEZ, H. Y CONTRERAS, M. (2015:396).

⁴⁸⁸ En este sentido lo ha expuesto REBOLLO PUIG, afirmando que la responsabilidad del partícipe no siempre se extingue junto con la responsabilidad del infractor. En palabras del citado autor, “*estas normas legales sobre responsabilidad de los partícipes, que admitimos sin reparos, suscitan, eso sí, la duda de si el partícipe en la infracción ajena puede ser sancionado incluso aunque no lo sea el autor o, más aún, incluso cuando no pueda serlo. El mismo problema se plantea en Derecho Penal y, adaptando la solución que allí es mayoritaria, aunque no unánime (a la que se alude como de la «accesoriedad limitada de la participación»), puede afirmarse lo siguiente: si el autor realizó un hecho que, aunque típico, no era antijurídico por concurrir una causa de justificación, no podrá ser sancionado ni éste ni el partícipe pues no tendría sentido castigar a alguien por inducir o cooperar a un acto lícito; pero en los demás casos (falta de culpa del autor, fallecimiento de éste, etc.) el partícipe, que sí actuó culpablemente, debe sufrir la sanción*”. Vid. REBOLLO PUIG, M. (2014:2538). En el mismo sentido, CANTERLA MUÑOZ concluye que “*lo que sucede es que la accesoriedad se da en la infracción secundaria respecto de la infracción principal, no respecto de la sanción, por ello salvo que la exclusión de la sanción se base en la ausencia de infracción de la empresa no impedirá, en teoría, que se tenga por cometida la infracción del directivo y que este sea sancionado*”. Cf. CANTERLA MUÑOZ, D. (2020:52). También GUILLÉN CARAMÉS, partiendo de la base de que en principio la responsabilidad de los administradores y directivos es accesoria a la sanción principal que cabe imponer a la empresa, concluye al respecto, con referencia expresa al la Resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia, de 23 de diciembre de 2019, *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña*, que “*de una interpretación sistemática y teleológica de la LDC puede deducirse la posibilidad de que las personas físicas infrinjan la LDC sin que quepa considerar responsable a las empresas en donde desarrollan sus funciones*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2021). “Las sanciones a representantes legales de las empresas y sus directivos por infracciones del Derecho de la Competencia” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas, pág. 761.

No es casual que hasta el momento no se haya hecho referencia alguna a la regulación de la responsabilidad de directivos y representantes legales en la legislación europea ya que la misma ha guardado silencio al respecto, siendo los distintos Estados miembros los que han decidido si legislar o no sobre este asunto. Esta ausencia de regulación por parte de la UE ha llevado a que gran parte de la doctrina se cuestione si es posible sancionar o no con base en el art. 63.2 de la LDC a los administradores y directivos de una sociedad cuando la autoridad de competencia nacional aplica, de manera concurrente, el artículo 101 del TFUE y el 1 de la LDC⁴⁸⁹. Para entender el problema hay que partir de la prohibición contenida en el art. 3.2 del Reglamento de la UE 1/2003 en virtud de la cual, cuando las autoridades de competencia nacional fiscalicen una conducta prohibida por el art. 101 del TFUE, será esta la norma que limite el alcance de la resolución sancionadora. Dicho con otras palabras, el art. 3.2 del Reglamento 1/2003 prohíbe que la normativa nacional sea más gravosa que la europea cuando la conducta anticompetitiva se refiere a acuerdos colusorios cuyos efectos exceden del territorio de un estado miembro⁴⁹⁰.

De ahí que parte de la doctrina se haya planteado la posibilidad de que sancionar a los directivos y a los representantes legales con base en el artículo 63.2 de la LDC cuando se aplica concurrentemente el art. 101 del TFUE con el 1 de la LDC pueda suponer una vulneración del principio de legalidad sancionadora. La fundamentación es sencilla y es que, mientras que el artículo 101 del TFUE contempla como sujetos infractores a las empresas, no pudiendo englobar en ese concepto a los representantes legales y directivos de una sociedad, el art. 1 LDC guarda silencio respecto de los sujetos infractores, refiriéndose en exclusiva a los actos que se reputan anticompetitivos en virtud del mismo. De este modo, y en palabras de GUILLÉN CARAMÉS, *“la actuación de un directivo que no resulta prohibida por el Derecho Comunitario, pues que el sujeto infractor es la empresa, sí podría ser susceptible de ser sancionada en base al 63.2 de la LDC que declara la*

⁴⁸⁹ Tal y como se expondrá en el texto principal, no existe vulneración alguna de la normativa europea, por no estar así previsto en el Reglamento 1/2003, cuando las conductas enjuiciadas por las autoridades nacionales de competencia, a pesar de incidir en el comercio de los Estados miembros, se refiera a los ilícitos anticoncurrenciales de los artículos 102 TFUE y 2 LDC.

⁴⁹⁰ El tenor literal del artículo 3.2 del Reglamento 1/2003 es como sigue: *“(…) La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral”*.

*responsabilidad de los representantes legales y directivos de las empresas (...). Ello nos llevaría a concluir que la normativa de competencia española es más restrictiva que la comunitaria y, por tanto, habría una vulneración del art. 3.2 del Reglamento 1/2003 que no permite una aplicación de mayor intensidad de la potestad sancionadora del Derecho nacional cuando se trata de conductas colusorias que afecten al comercio entre los diversos Estados miembros de la UE*⁴⁹¹.

No obstante, esta cuestión ha sido resuelta por los tribunales, habiéndose declarado la posibilidad de sancionar a los directivos o representantes legales de una empresa cuando se aplican concurrentemente la norma europea con la nacional. El fundamento del fallo no es otro que la interpretación del artículo 12 del Reglamento 1/2003 y el considerando 8 del mismo texto legal⁴⁹². Así, la STS de 28 de marzo de 2019 (rec. núm. 6360/2017), con cita en la jurisprudencia del TJUE concluye que:

⁴⁹¹ Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2021:757). En términos similares lo ha interpretado ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO. Así, y partiendo de la base de que la normativa no prevé la posibilidad de sancionar a las personas físicas que no operen en el mercado como operadores económicos mientras que la legislación nacional, y razonando al respecto que “*la aplicación concurrente de este precepto con el artículo 1.1 de la Ley 15/2007 podría llevar a la situación en que la misma actuación de un directivo que no puede estar prohibida por el artículo 101 del TFUE (que solo proscribire las conductas de las empresas, como se ha visto) se declare simultáneamente prohibida bajo el artículo 1 de la Ley 15/2007 e incluso sancionada bajo el artículo 63.2, lo que podría ser considerado contrario al artículo 3.2 del citado Reglamento 1/2003 al prever un sistema más estricto que el que resulta de aplicación en virtud de la normativa europea*”, el citado autor concluye que “*parecería razonable afirmar que una infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007 en aplicación concurrente con este artículo del TFUE tampoco le será reprochable*”. Vid. ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. (2016:99-100). En similares términos lo exponen CANTERLA MUÑOZ, D. (2020:67-68) y GOÑI URRIZA, N. (2019:255).

⁴⁹² En este sentido se declara en RCNMC de 30 de junio de 2016, S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*. Así, el artículo 12 del Reglamento 1/2003 dispone que “*1. Al objeto de aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros deberán estar facultadas para procurarse entre sí y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial. 2. La información intercambiada sólo se utilizará como medio de prueba a efectos de la aplicación del artículo 81 u 82 del Tratado y respetando la finalidad para la cual fue recopilada por la autoridad remitente. No obstante, cuando se aplique el Derecho nacional de la competencia al mismo asunto y paralelamente con el Derecho de la competencia comunitario y ello no conduzca a un resultado diferente, la información intercambiada con arreglo al presente artículo podrá también ser utilizada para la aplicación del Derecho nacional de la competencia. 3. La información intercambiada con arreglo al apartado 1 únicamente podrá utilizarse como medio de prueba para imponer sanciones a las personas físicas: — cuando la legislación de la autoridad remitente prevea dicho tipo de sanciones en relación con las infracciones de los artículos 81 u 82 del Tratado, o, si no es éste el caso, — cuando la información se haya obtenido respetando el mismo nivel de protección de los derechos de defensa de las personas físicas que el que establecen las normas nacionales de la autoridad receptora. Sin embargo, en este caso, la información intercambiada no podrá ser utilizada por la autoridad receptora para imponer penas privativas de la libertad*”. Por su parte, el considerando 8 del Reglamento 1/2003 expone que “*con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las normas de competencia comunitarias y el funcionamiento correcto de los mecanismos de cooperación contenidos en el presente Reglamento, es necesario imponer a las autoridades responsables de la competencia y a los tribunales de los Estados miembros la obligación de aplicar también los artículos 81 y 82 del Tratado cuando apliquen la legislación nacional de competencia a acuerdos y prácticas susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros. También resulta necesario delimitar las relaciones entre las legislaciones nacionales y el*

“(…) "el legislador comunitario ha ponderado el interés general en la transparencia de la acción comunitaria y los intereses que pueden oponérseles en diferentes actos de Derecho derivado". Su apartado 94 rechaza el alegato de la empresa sancionada acerca de que la Decisión sancionadora permite identificar a las personas físicas que participaron en las reuniones, apartado 93, por no existir violación de sus propios derechos que ni si quiera se alega. Pero más relevante en lo que aquí importa es su apartado 78 "Por otro lado, el interés de una empresa a quien la Comisión ha impuesto una multa por infracción del Derecho de la competencia en que no se divulguen públicamente los detalles de la conducta constitutiva de infracción que se le imputa no merece ninguna protección particular, habida cuenta del interés del público en conocer con la mayor amplitud posible los motivos de cualquier acción de la Comisión, del interés de los operadores económicos en saber cuáles son las conductas por las que pueden ser sancionados y del interés de las personas perjudicadas por la infracción en conocer sus detalles, con el fin de poder hacer valer, en su caso, sus derechos frente a las empresas sancionadas, y considerando que la empresa dispone de la facultad de someter a control jurisdiccional tal decisión." Vemos, pues, que lo reflejado en la Exposición de Motivos de la LDC, tal cual ha alegado el ministerio público, tiene un pleno antecedente en el derecho de la Unión Europea "se prevé la publicidad de todas las sanciones impuestas en aplicación de la Ley, lo que reforzará el poder disuasorio y ejemplar de las resoluciones que se adopten". Y en fecha más reciente la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2017, asunto 162/2015, Evonik Degussa GmbH/Comisión Europea, sanción por existencia de cartel ilegal en el mercado europeo del peróxido de hidrogeno y del perborato nos dice en su punto 117. "Procede señalar que el Tribunal General declaró, en los apartados 125 y 126 de la sentencia recurrida, que el derecho a la protección de la vida privada garantizado por el artículo 8 del CEDH y el artículo 7 de la Carta no puede impedir la divulgación de información que, como la que se prevé publicar en el caso de autos, se refiere a la participación de una empresa en una infracción del Derecho de la Unión en materia de prácticas colusorias, declarada en una decisión de la Comisión adoptada con arreglo a lo previsto en el artículo 23 del Reglamento nº 1/2003 y destinada a publicarse de conformidad con el artículo 30 del mismo Reglamento, ya que un particular no puede, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, invocar lo dispuesto en el artículo 8 del CEDH para quejarse de un perjuicio a su reputación que resulte de forma previsible de sus propias acciones".

De este modo, aún sin responder explícitamente a la cuestión planteada respecto de la posibilidad de declarar o no como infractores a los representantes legales y directivos de las sociedades de las que forman parte, se avala la sanción a los mismos con base en el

Derecho comunitario de la competencia, de conformidad con la letra e) del apartado 2 del artículo 83 del Tratado, para establecer unas condiciones objetivas equiparables para los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas en el mercado interior. Para ello es necesario disponer que la aplicación de la legislación nacional a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que alude el apartado 1 del artículo 81 del Tratado, no puede conducir a su prohibición, a no ser que también estén prohibidos por el Derecho comunitario de competencia. Las nociones de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas constituyen conceptos autónomos de derecho comunitario de la competencia que aluden a formas de coordinación del comportamiento de las empresas en el mercado según la interpretación de los tribunales comunitarios. El presente Reglamento no debe ser obstáculo para que los Estados miembros adopten y apliquen en sus territorios legislaciones de competencia nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o impongan sanciones sobre conductas unilaterales de las empresas. Estas legislaciones nacionales más estrictas podrán incluir disposiciones que prohíban o impongan sanciones sobre comportamientos abusivos hacia empresas económicamente dependientes. El presente Reglamento tampoco se aplicará a las legislaciones nacionales que prevean la imposición de sanciones penales para las personas físicas, excepto en la medida en que esas sanciones sean el medio para ejecutar las normas de competencia aplicables a las empresas”.

art. 63.2 de la LDC cuando la CNMC aplica de manera concurrente tanto la legislación de la Unión Europea como la nacional. No obstante, para poder entender el problema que surge en torno a la declaración de los representantes y directivos como responsables de las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por la persona jurídica a la que dirigen o administran es capital delimitar el ámbito subjetivo del artículo 63.2 de la LDC, cuestión a la que se dedicará el siguiente epígrafe.

II. LOS SUJETOS PASIVOS DEL ARTÍCULO 63.2 DE LA LDC: LOS REPRESENTANTES LEGALES Y LOS DIRECTIVOS.

Como se ha adelantado en el apartado anterior, la regulación de la responsabilidad de los directivos y representantes legales de las empresas por las infracciones cometidas por la persona jurídica de la que dependen no es del todo clara, lo que plantea diversas cuestiones a la hora de interpretar el referido precepto. Una de ellas es quienes son los sujetos pasivos del artículo 63.2 de la LDC, si única y exclusivamente las personas físicas que ostenten alguno de los dos cargos contenidos en el texto legal o si, por el contrario, esta interpretación puede extenderse a otros sujetos que, sin ser miembros de los órganos directivos o representantes legales de la sociedad, actúen como tal. Sin embargo, antes de entrar de lleno a analizar la referida cuestión es preciso dejar patente que, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial que el TJUE realiza respecto de los sujetos destinatarios de las prohibiciones en materia de competencia, las personas físicas que no operen en el mercado como operadores económicos no podrán ser sujetos responsables de las infracciones de competencia.

Así, tal y como se desarrolló con mayor detenimiento en el capítulo 1 de esta tercera parte del estudio, el Derecho de la Unión Europea determina que los sujetos responsables de las infracciones en materia de competencia son las empresas, entendiendo como tal al conjunto de elementos materiales, personales e inmateriales que ejercen actividades económicas en el mercado sin tener en cuenta ni el estatuto jurídico de las mismas o el modo de financiación. De este modo, se identifican a los sujetos responsables con unidades económicas, pudiendo ésta estar constituida por varias personas físicas o jurídicas⁴⁹³. Así, podemos concluir sin mayor problema que los representantes legales o

⁴⁹³ A modo ejemplificativo podemos citar las STJUE de 6 de octubre de 2002, C-82/19, *Sumal S.L/Mercedes Benz Trucks España S.L.*; STJUE de 23 de abril de 1991, C-41/90, *Höfner y Elser/Macrotron*; STJUE de

directivos de una sociedad en ningún caso podrán ser considerados como sujetos responsables de las infracciones de competencia a las que se refieren los arts. 101 y 102 del TFUE en tanto en cuanto no operan como agentes económicos en el mercado, sino que se integran en uno.

Por su parte, la LDC, si bien contempla la posibilidad de declarar responsables de las prácticas anticompetitivas tanto a las personas físicas como jurídicas, de la interpretación de la tipificación contenida en el art. 61 del referido texto legal se puede concluir que ambas manifestaciones de la personalidad requieren, para ser consideradas como infractores, que actúen en el mercado como operadores económicos⁴⁹⁴.

Así pues, no pudiendo entender —con carácter general— que los representantes legales y directivos de las empresas infractoras sean sujetos pasivos de las prohibiciones contenidas tanto en los artículos 101 y 102 del TFUE como 1,2 y 3 de la LDC, se podría afirmar que no podrán ser declarados autores, sino que en todo caso —tal y como declara el art. 63.2 de la LDC— serán responsables de las mismas, produciéndose una separación entre la autoría y la responsabilidad por las infracciones en este ámbito⁴⁹⁵. No se sanciona como tal al autor, sino que el reproche se dirige hacia un tercero que se considera que ha participado en la conducta del autor, sancionándose accesoriamente la conducta de los representantes legales o directivos de la sociedad sancionada.

28 de junio de 2005, C-189/02, *Dansk Rørdindustri y otros/Comisión*; STJUE de 27 de abril de 2017, C-516/15P, *Akzo Nobel NV y otros / comisión y otros*; STJUE de 6 de mayo de 2021, C-142/20, *Analisi G. Caracciolo*; STJUE de 20 de enero de 2011, C-90/09, *General Química, S.A y otras / Comisión*; STJUE de 11 de noviembre de 2021, C-948/19, *Manpower Lit*; o STJUE de 13 de octubre de 2022, C-164/21, *BALTIJAS STARPTAUTISKĀ AKADĒMIJA*.

⁴⁹⁴ Sin ánimo de ser reiterativos, ver en este sentido las citas contenidas en el pie de página 309. Vid. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. (2020:1404); REBOLLO PUIG, M. (2018:365). STS de 17 de marzo de 2003 (rec. núm. 10329/1997); STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013); o SAN de 4 de febrero de 2008 (rec. núm. 439/2006).

⁴⁹⁵ En este sentido lo razonan JIMÉNEZ-LAIGLESIA Y MASÍA, concluyendo con base en los arts. 62 y 63 de la LDC que “*las personas físicas no pueden ser en ningún caso consideradas sujeto infractor de las normas de competencia. No son autores de la infracción. En efecto, las personas físicas no pueden ser parte de ningún acuerdo o práctica concertada con objeto o efecto restrictivo de la competencia. No son una empresa. (...) Por otro lado, y en lo que respecta al artículo 63.2 LDC es claro que su aplicación presupone reconocer que las personas físicas no pueden infringir las normas de competencia (...). Dicho precepto establece literalmente que la facultad de imponer esta sanción solamente es posible cuando el infractor sea una persona jurídica*”. Vid. JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J. Y MASÍA, J. (2016:367-369). En términos similares lo declara ÁLVAREZ SAN JOSÉ, afirmando al respecto que “*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*”. Vid. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. (2015:167). También CANTERLA MUÑOZ, D. (2020:54).

Si volvemos al tema central del estudio es posible afirmar que para poder sancionar a las personas físicas con base en el artículo 63.2 de la LDC se contemplan dos posibilidades: de un lado, ser representante legal de la sociedad, y, de otro, ser miembro de los órganos directivos de la misma; si bien es cierto que la concreción de los extremos de ambos grupos no es igual de sencilla, y extender la responsabilidad a otros supuestos podría suponer una aplicación extensiva de la responsabilidad proscrita por el principio de legalidad. Por ello la delimitación de los conceptos de representante legal y directivo es algo capital en aras de conocer quiénes pueden considerarse como tal y, por ende, ser sujetos pasivos del art. 63.2 de la LDC.

La delimitación del concepto de representante legal presenta menos dificultades en tanto en cuanto la propia norma limita la responsabilidad a estos (lo que no ha sido óbice para considerar la posible responsabilidad de los representantes voluntarios). Como ya se ha expuesto en el primer capítulo de la segunda parte del estudio, el principio de taxatividad intrínseco en el principio de la legalidad sancionadora entraña el deber de determinar en la norma, con la mayor claridad posible, las conductas ilícitas, los sujetos responsables y la consecuencia derivada de la infracción a fin de que cualquier persona sea capaz de conocer y predecir los efectos de su actuación. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en la necesidad de interpretar restrictivamente el concepto de representante legal en tanto en cuanto el artículo 63.2 de la LDC, al tipificar la conducta, se refiere en exclusiva a la del representante legal, convirtiéndose en atípica la conducta del representante voluntario, figura propia del derecho mercantil⁴⁹⁶. Así, y

⁴⁹⁶ Así lo expone GUILLÉN CARAMÉS al razonar que “*como garantía del principio de legalidad contenido en el art. 25.1 de la CE, se prohíbe la interpretación extensiva del concepto de representante legal, como había hecho la CNMC, aplicando la analogía in malam partem, lo que se encuentra prohibido por el principio de legalidad en su vertiente material, esto es, por el principio de legalidad. De este modo, habrá de estar a la concreta forma legal de la persona jurídica para determina, de acuerdo con su particular régimen jurídico, quién es el representante legal de la misma*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2021:765). En términos similares HERRERO SUÁREZ concluye con referencia expresa a la jurisprudencia del TS que, en el caso de los representantes legales, los tribunales defienden una interpretación restrictiva de la norma. Cf. HERRERO SUÁREZ, C. (2022:4). También GOÑI URRIZA concluye que “*la LDC indica explícitamente que debe ser un representante legal, por lo que debe excluirse de la tipicidad de la conducta de los individuos que no tengan dicha representación, aunque actúen, por ejemplo, concurriendo a una reunión como administrador como administrador de hecho o en nombre o representación voluntaria*”. Cf. GOÑI URRIZA, N. (2019:256). En contra de lo mantenido hasta ahora, ÁLVAREZ SAN JOSÉ propone una interpretación amplia del concepto de administrador a fin de poder abarcar a otras figuras afines sin que por ello se vulnere el principio de legalidad sancionadora. Para ello, y partiendo de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS (entre otras, STS de 26 de enero de 2007 (rec. núm. 1064/2006), o STS de 25 de junio de 2010 (rec. núm. 519/2009)) que avalan la sanción a los administradores de hecho de las sociedades, la referida autora concluye que “*dado que en el ámbito del administrativo sancionador el estándar de garantías es reconocidamente inferior al penal, 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*

teniendo en cuenta las diversas formas que pueden adoptar los representantes legales en cada uno de los tipos societarios existentes, la autoridad de competencia a la hora de sancionar habrá de “*estarse a la regulación de cada una de éstas para determinar quien ostenta, en cada caso, la representación legal, excluyendo la tipicidad de la conducta de los que no tengan dicha representación*”⁴⁹⁷.

Sin embargo, no encontramos las mismas facilidades a la hora de delimitar a los miembros de los órganos directivos de la sociedad, habiendo sido la jurisprudencia la que ha arrojado luz sobre este concepto jurídico indeterminado. En este sentido, y partiendo precisamente de la indeterminación del concepto utilizado por el legislador para acotar a los sujetos responsables, la jurisprudencia, de un modo más flexible de lo que ocurría con los representantes legales, declara que podrán considerarse como órganos directivos (tanto unipersonales como colegiados) cualquiera de los que formen parte de la sociedad

obligar a la empresa, aunque no ostenten la condición formal de directivos en sus organigramas”. Vid. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. (2015:166-173). Pese a ello, no considero acertada la referida interpretación que parece pasar por alto la diferencia en la configuración de la responsabilidad de los administradores en ambas ramas del ordenamiento jurídico, incluyéndose en el art. 31 del CP expresamente la posibilidad de sancionar al administrador de hecho.

⁴⁹⁷ STS de 9 de abril de 2019 (rec. núm. 4118/2017). En idénticos términos se declara en SAN de 14 de septiembre de 2017 (rec. núm. 10/2016). Por su parte, la SAN de 20 de abril de 2017 (rec. núm. 9/2016), concluye respecto de la responsabilidad de los representantes legales que “*entendemos, no obstante, que el concepto de representante legal sólo puede ajustarse, cuando se incluye dentro de la configuración del tipo sancionador, a una interpretación estricta por exigencias del principio de legalidad derivadas del artículo 25 de la Constitución. Y ello supone que, puesto que el artículo 63.2 alude a los representantes legales de las personas jurídicas, y siendo múltiples y variadísimas las formas de personificación y tipologías que las mismas pueden revestir, haya de estarse a la regulación de cada una de éstas para determinar quien ostenta, en cada caso, la representación legal, excluyendo la tipicidad de la conducta de los que no tengan dicha representación. La Ley ha optado por exigir la condición de representante legal, sin duda un plus respecto de la de mero representante, que es la que sugiere la interpretación propuesta por la CNMC y que llevaría a poder sancionar a cualquier persona física que hubiera actuado en representación de la persona jurídica sancionada, por ejemplo, al concurrir a una reunión en la que se hubiera adoptado algún acuerdo anticompetitivo*”. Esto fue confirmado posteriormente por STS de 28 de enero de 2020 (rec. núm. 7458/2018). En contra de lo declarado por los tribunales, la CNMC interpretó de manera amplia el art. 63.2 de la LDC, concluyendo que cualquier persona que actuase en nombre y representación de la sociedad podría ser sancionada. Así lo declaro en RCNMC de 30 de junio de 2016, S/DC/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*, concluyendo que “*a juicio de esta Sala, no cabe, por tanto, analizar la aplicación del artículo 63.2 de la LDC, sobre la base de una consideración formalista del concepto de representante legal y órgano directivo, sino en virtud del alcance real del cargo que ostenta la persona física en la empresa y de las actividades que ha realizado como representante de la misma, que nos ofrecerá el verdadero alcance de su autonomía y poder de decisión y representación dentro de la empresa. Obviamente, este análisis deberá realizarse caso por caso, y en atención a la actuación que cada persona ha llevado a cabo en nombre de la empresa que ha resultado ser responsable, pero en los supuestos en los que legalmente el cargo conlleva ese grado de autonomía y responsabilidad dentro de la empresa, como pueden ser los administradores, consejeros delegados o directores generales, el esfuerzo probatorio por parte de la Autoridad de Competencia parece menos intenso*”.

siempre y cuando, con su actuación, sean capaces de dirigir el comportamiento de la misma⁴⁹⁸. En palabras del propio TS:

*“entendemos que órgano directivo de una persona jurídica lo es cualquiera de los que la integran que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan, en definitiva, su actuación”*⁴⁹⁹.

Una vez delimitados los sujetos que podrán ser considerados como responsables de la práctica anticompetitiva en virtud de lo establecido en el art. 63.2 de la LDC, es importante dilucidar acerca de la imputación que el citado precepto realiza para fundamentar su responsabilidad. En este sentido, como ya se ha apuntado, la tipificación de la responsabilidad de los representantes legales y directivos es escueta, dejando un amplio vacío normativo que ha dado lugar a diversas interpretaciones tanto por parte de las autoridades de competencia como por los propios tribunales. No obstante, en ocasiones estas interpretaciones se ven forzadas en aras del mantenimiento del nivel de disuasión que requiere la norma, lo cual ha llevado a aceptar razonamientos que pueden quebrar el principio de responsabilidad personal tal y como se tratará de sintetizar a continuación.

III. PROBLEMAS SUSCITADOS COMO CONSECUENCIA DE LA IMPRECISIÓN DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DEL ART. 63.2 DE LA LDC.

Como ya hemos apuntado con anterioridad, del tenor literal del art. 63.2 de la LDC se desprende que habrán de ser dos requisitos acumulativos los que cumplan los

⁴⁹⁸ En relación con la posibilidad de declarar como órgano directivo a un órgano directivo unipersonal, GUILLÉN CARAMÉS, con base en la jurisprudencia del TS, concluye que *“resultaría un tanto incoherente que se puedan exigir responsabilidades personales a quienes formen parte de los órganos colegiados cuyas decisiones precisan de la intervención de varios sujetos, mientras que quien de forma unilateral hace uso de un poder de decisión individual que conlleva la capacidad de determinar la actuación de la persona jurídica, quede al margen de toda responsabilidad sancionadora, trasladando las consecuencias de sus actos exclusivamente a la sociedad”*. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2021:769). En parecidos términos lo razonan CANTERLA MUÑOZ, D. (2020:63-67); GOÑI URRIZA, N. (2019:258); o HERRERO SUÁREZ, C. (2022:4).

⁴⁹⁹ STS de 28 de enero de 2020 (rec. núm. 7458/2018). Del mismo tenor son las STS de 12 de noviembre de 2020 (rec. núm. 5247/2018); STS de 28 de marzo de 2019 (rec. núm. 6360/2017); SAN de 13 de junio de 2018 (rec. núm. 358/2016); SAN, de 20 de abril de 2017 (rec. núm. 9/2016); o SAN de 29 de mayo de 2018 (rec. núm. 6/2016). Además, en relación con la posibilidad de declarar responsables a los órganos unipersonales que sean susceptibles de comprometer la actuación de la sociedad, el TS en STS de 28 de enero de 2020 (rec. núm. 7458/2018) concluye *“que el concepto de persona integrante de los órganos directivos no quedaba circunscrita, como sostenía la parte recurrente en aquel caso, a quienes formen parte de los órganos colegiados de administración a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 63.2 de la LDC, pues dicho párrafo alude a un supuesto muy concreto de los diversos que pueden conllevar la responsabilidad del órgano directivo”*. En el mismo sentido lo declara la SAN de 14 de septiembre de 2017 (rec. núm. 10/2016).

representantes legales o directivos de las personas jurídicas infractoras para poder declarar su responsabilidad: de un lado, que efectivamente la persona física pueda ser considerada como directivo o representante legal de la sociedad y, en segundo lugar, que la misma haya intervenido en la conducta anticompetitiva que dio lugar a la infracción de la persona jurídica en la que se integra. Sin embargo, el citado artículo no arroja luz sobre la conducta antijurídica por la que responden los directivos o representantes legales, al igual que tampoco concreta el título real de la imputación de éstos. Por ello, el presente epígrafe se centrará en tratar de dar respuesta a las cuestiones planteadas, así como de interpretar en encaje que tienen éstas para con el principio de responsabilidad personal.

1. LA CONDUCTA ILÍCITA QUE SE IMPUTA A LOS REPRESENTANTES LEGALES Y A LOS DIRECTIVOS.

Como se acaba de exponer, el artículo 63.2 de la LDC declara que para que un representante legal o directivo de la sociedad infractora pueda ser sancionado es necesario que el mismo haya intervenido en la conducta anticompetitiva sin más, surgiendo en torno a esta cuestión un debate para tratar de dilucidar a qué se refiere exactamente el legislador con “*la intervención en la conducta anticompetitiva*”. Nos encontramos así con dos posiciones contrapuestas. De un lado, están quienes defienden la idea de que para poder sancionar a una persona física con base en el art. 63.2 de la LDC basta con que la misma, asistiendo a las reuniones, haya votado a favor del acuerdo anticompetitivo. Del lado contrario, quienes defienden que no es título de imputación suficiente para sancionar conforme al referido artículo haber votado a favor del acuerdo anticompetitivo, sino que es necesario que el administrador o el directivo hayan realizado, además, otras conductas de especial relevancia que hayan permitido la consumación de la práctica colusoria. *A priori*, ambas interpretaciones de la norma tienen luces y sombras en su fundamentación que pueden poner en jaque los principios de personalidad, culpabilidad, e incluso, el *non bis in idem*.

Sin embargo, antes de entrar a analizar de lleno el asunto procede poner de relieve que es el propio art. 63.2 de la LDC el que contiene, como causa de exclusión de la responsabilidad de las personas físicas que integran los órganos de administración o dirección de la empresa haber votado en contra del acuerdo anticompetitivo o no haber asistido a la reunión en la que se adoptó dicho acuerdo. Así, tras tipificar los sujetos

responsables de la infracción, el referido precepto declara en su párrafo segundo que “*quedan excluidas de la sanción aquellas 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*”.

De este modo se constata que desempeñar el cargo de representante legal o directivo de una sociedad no es algo que lleve aparejado necesariamente un reproche punitivo adicional al realizado respecto de las infracciones que ellas cometan, sino que solo en aquellos supuestos en los que las personas físicas que integren los órganos de administración o dirección intervengan en la conducta –tanto activa como pasivamente– podrán ser declarados responsables de su actuación. Ahora bien, volviendo al tema principal, la delimitación de la actuación antijurídica imputable a los administradores y directivos no es pacífica y ha sido algo cambiante, también, en las resoluciones de la CNMC.

Como punto de partida hay que tener en cuenta que el principio de responsabilidad personal obliga a que cada persona responda por sus propios actos, no siendo posible atribuirle a una persona física el comportamiento de un tercero. De este modo parece haberse configurado la responsabilidad de los representantes legales y directivos de la sociedad ya que, partiendo de la infracción principal cometida y reprochada a la persona jurídica, las personas físicas que integran sus órganos de administración o dirección habrán de responder de ella por actos propios. Dicho de otro modo, parece ser que el art. 63.2 de la LDC requiere para poder sancionar a los representantes legales y directivos que los mismos hayan tenido una intervención personal en el ilícito cometido por la persona jurídica.

De ahí que tradicionalmente la CNMC en varias de sus resoluciones en las que ha sancionado a representantes legales o directivos de las personas jurídicas lo haga sobre la base de una especial intervención de la persona física en la infracción principal imputada a la persona jurídica. De este modo, la autoridad de competencia no considera suficiente para sancionar haber intervenido en la votación del acuerdo anticompetitivo, sino que requiere una intervención adicional que, efectivamente, se le pueda atribuir a título personal al representante legal o directivo de la sociedad.

Así, a modo ejemplificativo, la RTDC de 13 de septiembre de 1993, expte. 320/92, *Boutiques Pan Asturias* sanciona al secretario por su “*actuación destacada e*

individualizada en la gestión del acuerdo de fijación de precios, en su calidad de directivo de la citada unión". En el mismo sentido, la RTDC de 12 de diciembre de 1996, expte. 364/95, *Ortopédicos Castilla-León*, también alude a esa especial relevancia de la intervención del presidente en la infracción. La RCNC de 26 de septiembre de 2012, S/0335/11, *CEOE*, basa su argumentación para sancionar a un directivo en que *"la conducta infractora del (...) 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, tomó la iniciativa de recomendar en representación de aquélla 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"*. A sensu contrario, la RTDC de 29 de marzo de 2000, expte. 452/99, *Taxis Barcelona* niega la posibilidad de sancionar a las personas físicas porque *"no ha quedado acreditado en el expediente protagonismo especial de los representantes legales de las entidades firmantes del acuerdo que hagan conveniente la aplicación de dicho artículo, por lo que no se les impone multa"*.

En este sentido, ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, tras analizar diversas resoluciones de la CNMC, señala que los criterios que llevan a la CNMC a sancionar a los representantes legales y a los directivos de las sociedades infractoras son *"(i) la capacidad de las personas —con independencia de su cargo formal— de tomar decisiones en nombre de la empresa; (ii) sus facultades de organización y control; (iii) su autonomía en el desarrollo de tareas de especial relevancia; y (iv) su participación activa y directa en las actuaciones de diseño, impulso, coordinación y supervisión de las conductas"*⁵⁰⁰.

⁵⁰⁰ Cf. ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. (2016:98-99). También GONZÁLEZ Y CONTRERAS concluyen al respecto que *"para que pueda desencadenarse la responsabilidad subsidiaria de los representantes legales y directivos, tiene que apreciarse una participación activa e intencionada, individualizada y destacada en la adopción de la conducta o ejecución de los acuerdos. Esta participación cualificada, que ha de traducirse en un «especial protagonismo» de los representantes legales o directivos, ha consistido en casos previos en el envío de cartas, publicación de notas de prensa, entrevistas con medios de comunicación o el ejercicio de determinadas presiones"*. Vid. GONZÁLEZ, H. Y CONTRERAS, M. (2015:397). En términos similares, GOÑI URRIZA, N. (2019:260-261).

Como se puede observar, en todas las resoluciones se aprecia como la autoridad de competencia sanciona solo a aquellos representantes legales o directivos de la empresa infractora que, más allá de haber formado parte de la reunión y haber votado a favor del acuerdo anticompetitivo, hayan intervenido activamente con sus propios actos en la misma. De este modo, el principio de responsabilidad personal queda salvaguardado en tanto en cuanto la conducta que se le imputa al directivo o representante legal de la sociedad es una conducta propia, al igual que ocurre con el principio de culpabilidad, ya que la persona física es responsable de sus propios actos, al menos, a título de negligencia o simple inobservancia, siendo este un grado de intencionalidad suficiente para sancionar al infractor conforme a los principios inspiradores del derecho administrativo sancionador.

En el mismo sentido lo ha interpretado la Audiencia Nacional, concluyendo respecto de la responsabilidad de representantes legales y directivos de las sociedades que:

*“el artículo 63.2 de la Ley 15/2007 sanciona una singular participación del representante legal o de las personas que integran los órganos directivos de la persona jurídica que hayan intervenido en el acuerdo o decisión anticompetitivo”*⁵⁰¹.

No obstante, este plus requerido en la actuación de los directivos o representantes legales de las empresas infractoras no es algo contenido en el art. 63.2 de la LDC, que simplemente contempla como presupuesto para sancionar a las referidas personas haber participado en la infracción. De ahí, que la jurisprudencia del TS haya avalado como intervención suficiente en la conducta anticompetitiva haber votado a favor del acuerdo mediante el cual la empresa infractora vulnera las disposiciones en materia de competencia. De este modo, deja de exigirse ese plus en la actuación de los representantes legales o directivos, siendo suficiente que hayan votado a favor del acuerdo anticompetitivo para poder sancionarles, produciéndose, a nuestro juicio, una identidad en la conducta que se imputa a la persona jurídica y al representante legal o directivo de la misma⁵⁰².

⁵⁰¹ SAN de 13 de junio de 2018 (rec. núm. 358/2016) o SAN de 29 de mayo de 2018 (rec. núm. 6/2016).

⁵⁰² Así, en STS de 28 de enero de 2020 (rec. núm. 7458/2018), el TS confirma que *“esta exigencia de una intervención determinante o esencial en los hechos no tiene soporte en el texto del artículo 63.2 LDC, que exige simplemente la “intervención” del representante legal o del órgano directivo en el acuerdo o decisión. Tampoco ofrece el indicado precepto legal elemento alguno que permita circunscribir su ámbito de aplicación a un grado de intervención equivalente a la coautoría, sino que lo que el precepto establece es que pueden ser sancionadas las personas físicas -que sean representantes legales o formen parte de los órganos directivos- que intervengan en el acuerdo anticompetitivo, a quienes por tanto se les atribuye responsabilidad por esa personal intervención”*. En el mismo sentido STS de 1 de octubre de 2019 (rec. núm. 5280/2018) o STS de 1 de octubre de 2019 (rec. núm. 5244/2018).

Llegados a este punto es preciso volver a traer a colación lo ya enunciado en el capítulo 1 de la primera parte de este estudio respecto de la actuación de las personas jurídicas y la imputación de las conductas a las mismas. Así, tomando como punto de referencia la teoría del órgano y la representación propia del derecho administrativo, REBOLLO PUIG defendió la responsabilidad personal de las personas jurídicas por sus propios actos, fundamentando la misma en la actuación de sus órganos en tanto en cuanto éstos expresan la voluntad de la primera. De este modo, cualquier actuación llevada a cabo por los directivos o representantes legales de una sociedad en nombre de ella se le reputa como propia a la persona jurídica y, por ende, en aquellos supuestos en los que la actuación sea ilícita, habrá de ser la persona jurídica la que responda por la vulneración cometida de la normativa sobre derecho de defensa de la competencia⁵⁰³.

Si se parte de que la actuación de los representantes legales o directivos en nombre de la sociedad se imputa como propia de la sociedad, el hecho de atribuir también la actuación de la sociedad al representante legal o directivo presenta varios problemas. En primer lugar, aceptar que el representante legal o el directivo responde por la actuación de la sociedad supone, de facto, aceptar que la responsabilidad de las personas físicas se fundamenta en una responsabilidad objetiva por la conducta de un tercero. De este modo,

⁵⁰³ Así, la fundamentación de REBOLLO PUIG respecto de la imputación de la infracción a las personas jurídicas concluye que *“lo que sucede sencillamente y lo que explica esta responsabilidad es que las personas jurídicas actúan mediante órganos y esos órganos tienen, entre otros elementos, el subjetivo de uno o varios titulares —personas físicas— que imputan, dentro de ciertos límites, su voluntad a la persona jurídica. Eso es todo. Así que, no es que las personas jurídicas sufran sanciones por las infracciones cometidas por quienes las administran, dirigen o representan, sino por infracciones cometidas por ellas mismas. No es tampoco que pechen con la culpa de otro, sino con la suya propia. No cabe hablar de dos voluntades o de dos culpas distintas: la de la persona jurídica es la de los titulares de sus órganos y no tiene otra; no, al menos, ad extra; no, desde luego, en sus relaciones con la Administración. Por eso, en Derecho Administrativo sancionador, como en el Derecho Administrativo en general, la persona jurídica tiene capacidad de acción y de culpa, como tiene buena o mala fe o confianza legítima o derechos humanos y tantos otros atributos de las personas físicas sin que en ello se haya visto nada sorprendente. Esas personas físicas no son nada más que los titulares de órganos de la persona jurídica y, en consecuencia, la voluntad y la culpa de esta es irremisiblemente la de aquellas”*. REBOLLO PUIG, M. (2016:226-227). En términos similares, MUÑOZ MACHADO, S. (2017:21-22); MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:350); AYALA MUÑOZ, N., PERAL DíEZ, C. Y GONZÁLEZ TOBARRA, P. (2013:201); o NIETO, A. (2012:393-394). Concretamente, respecto de la posibilidad de imputarle a los directivos o administradores de la sociedad la misma conducta que a la persona jurídica, JIMÉNEZ-LAIGLESIA Y MASÍA razonan que *“la autoridad de competencia, en la aplicación del artículo 63.2 LDC debe analizar si la conducta enjuiciada satisface el necesario requisito de culpabilidad. Constatando una obviedad, dado que los entes jurídicos solo pueden actuar a través de seres humanos su actuación está inevitablemente ligada a la actuación de algunas personas físicas (...). Sin personas físicas que las representen, las personas jurídicas no pueden realizar ninguna actuación, pero ello no determina que la responsabilidad de los actos recaiga en las personas físicas que los ejecutan; salvo supuestos particulares la responsabilidad reside en la persona jurídica (...). Por ello, la atribución de responsabilidad del artículo 63.2 LDC debe basarse en hechos (jurídicamente reprochables) distinto a los que suponen la base de la imputación de la persona jurídica”* Vid. JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J. Y MASÍA, J. (2016:376-377).

se pretende responsabilizar a la persona física de la conducta llevada a cabo por la persona jurídica —siendo estas en la práctica distintas—, porque la primera se integra en los órganos de dirección o administración de la segunda⁵⁰⁴.

Además, conforme a la teoría de órgano y la representación ya expuesta, al igual que ocurre con la imputación de la acción llevada a cabo por los representantes legales o directivos a la persona jurídica para apreciar la responsabilidad sancionadora de esta última, también se traslada a la misma el elemento volitivo de las personas físicas actuantes, siendo dolosa la conducta de la persona jurídica si las personas físicas actuaron con el dolo específico de cometer la infracción, o imprudente si las personas físicas actuaron con imprudencia⁵⁰⁵. Por ello, al atribuirse a los representantes legales y directivos la conducta infractora de la persona jurídica tampoco se realiza un juicio de culpabilidad autónomo de la conducta de los primeros más allá del realizado a la hora de imputarle la infracción principal a la persona jurídica, lo que supone una quiebra del principio de culpabilidad. Es más, ni siquiera el art. 63.2 de la LDC prevé un sistema de graduación de la conducta llevada a cabo por el representante legal o directivo de la sociedad, siendo irrelevante en este momento la notoriedad de su intervención para con la infracción principal. Es en el momento de la cuantificación de la sanción en el cual la autoridad de competencia tiene en cuenta la relevancia de la intervención de la persona física a fin de poder graduar la multa que le corresponda⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ En este sentido, CUERDA RIEZU declara respecto del principio de responsabilidad personal que se trata de “*una relación excluyente, en el sentido de que no se puede afirmar que el hecho es propio de una persona, cuando también puede serlo de otra y otras*”. Vid. CUERDA RIEZU, A. (2009). “El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas”. *ADPCP*, pág. 212. En el mismo sentido, y en relación con la posibilidad de imputar la acción de la persona jurídica a los administradores o directivos que votaron a favor del acuerdo anticompetitivo lo declara CANEDO ARRILLAGA, P. (2019:230). También GUILLÉN CARAMÉS ha reflexionado acerca de la posibilidad de considerar que la responsabilidad que emana del art. 63.2 de la LDC es una responsabilidad objetiva. Así, el referido autor, tras afirmar que la conducta imputable a los administradores y directivos de la sociedad sancionada es la de haber votado a favor del acuerdo anticompetitivo, concluye que “*esta conclusión podría resultar contraria con los principios de culpabilidad y responsabilidad personal consagrados por el Derecho Administrativo sancionador*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2021:771).

⁵⁰⁵ Así, LOZANO CUTANDA ya advirtió a raíz de la STC 246/1991, de 19 de diciembre, que “*no estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. Por el contrario, el elemento volitivo está presente, pues se tiene por cierta y reconocida la negligencia de los empleados, pero —y esta es la singularidad— la responsabilidad «se traslada» a la persona jurídica, a la que se considera directamente imputable*”. Vid. LOZANO CUTANDA, B. (1992:224). En el mismo sentido, MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995:349); LÓPEZ LÓPEZ, H. (2009:106); o PÉREZ JORDÁ, I. (2014:434-435).

⁵⁰⁶ Así lo ha declarado el TS, entre otras, en STS de 28 de enero de 2020 (rec. núm. 7458/2018), concluyendo que “*la mayor o menor importancia o relevancia de esa intervención tendrá proyección, en su caso, sobre las consecuencias sancionadoras que se asignen a la conducta infractora, a decidir en el momento de la individualización o cuantificación de la multa prevista en dicho precepto legal*”. También la STS de 1 de octubre de 2019 (rec. núm. 5244/2018); o STS de 1 de octubre de 2019 (rec. núm. 5280/2018).

De este modo, el hecho de que no exista ni una diferenciación de las conductas llevadas a cabo por los representantes legales y directivos de la sociedad, ni tampoco estén previstos en la norma un catálogo de circunstancias aplicables a los representantes legales y directivos para modular tanto su responsabilidad como el importe de la sanción a imponerles, le atribuye a la administración una discrecionalidad que, como ya advirtió GUILLÉN CARAMÉS, podría ser contraria a los principios de legalidad y proporcionalidad⁵⁰⁷. Así, las únicas referencias que encontramos a lo largo del articulado de la LDC son, de un lado, el límite máximo del importe de la multa que se les pudiera imponer (60.000€) y, de otro, la posibilidad de considerar agravada la conducta del representante legal o directivo de la sociedad que hubiese actuado como instigador de la conducta antijurídica.

De este modo, la autoridad de competencia, de cara a graduar las sanciones que habrá de imponer a los directivos o representantes legales, fuera del caso previsto en el art. 64.2.b) de la LDC, habrá de aplicar análogamente los criterios generales de graduación contemplados en el artículo 64 de la LDC para las personas jurídicas tales como la cuota de mercado, el alcance y la duración de la infracción, los beneficios ilícitos conseguidos como consecuencia de la infracción, etc., no siendo los mismos criterios que permitan graduar con acierto el comportamiento de una persona física sino jurídica y que, en última

⁵⁰⁷ En palabras del referido autor, “*el problema de la responsabilidad sancionadora de los directivos y representantes legales de las personas jurídicas regulada en el art. 63.2 de la LDC, es que dicho precepto contiene un importante vacío desde la perspectiva del análisis del grado de responsabilidad que tienen dichos sujetos por las infracciones cometidas por la persona jurídica en la que se integran lo que puede derivar en importantes consecuencias jurídicas como, por ejemplo, la vulneración del principio de proporcionalidad a la hora de delimitar la cuantía de la sanción aplicable al no establecerse en el citado precepto ningún elemento que permita concretar el grado de participación del directivo en la infracción o los criterios necesarios que deben ayudar a delimitar la fijación de dicha cuantía*”. Cf. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2021:775). También HERRERO SUÁREZ, refiriéndose al artículo 63.2 de la LDC, declara que “*a nuestro juicio, el principal problema que plantea esta norma es su indeterminación, tanto de los casos en los que puede ser aplicada, como de las penas impondibles que no se gradúan, sino que se prevé únicamente una cantidad máxima. Se abre así la puerta a una injustificable discrecionalidad administrativa y a una indefinición que, tal vez pueda tener cabida en el marco de la responsabilidad civil, pero que casa mal con los principios del derecho administrativo sancionador, como son los principios de legalidad y proporcionalidad*”. Vid. HERRERO SUÁREZ, C. (2022:3). En parecidos términos, GONZÁLEZ Y CONTRERAS concluyen que “*el artículo 63.2 de la Ley 15/2007 (...) no contiene una graduación de las conductas de los representantes legales y directivos que pueden ser objeto de sanción, ni establece criterios específicos para la determinación de la sanción, más allá de los contenidos en el artículo 64. Estos criterios (...) parecen más propios de la determinación de la sanción correspondiente a la empresa infractora que a sus directivos y representantes legales*”. Cf. GONZÁLEZ, H. Y CONTRERAS, M. (2015:389). También CANEDO ARRILLAGA recuerda que “*los criterios de modulación de la sanción deben basarse exclusivamente en las acciones personales acreditadas en el expediente a las personas físicas sancionadas*”. Vid. CANEDO ARRILLAGA, P. (2019:229).

instancia, cuando se apliquen en detrimento del infractor, quedaría expresamente proscrito por el principio de legalidad⁵⁰⁸.

De ahí, que del análisis de las resoluciones de la CNMC en la que se sanciona a directivos o representantes legales de las sociedades infractoras, no sea posible concluir qué criterios concretos son los determinantes en aras de cuantificar la sanción que les corresponde a estos, más allá de lo ya declarado en alguna de las resoluciones en las que se concluye que de cara a graduar las sanciones de los representantes legales y directivos de una sociedad, habrán de tenerse en cuenta criterios tanto objetivos (que son la gravedad y los demás rasgos que caracterizan la infracción) como subjetivos (donde se encuadra la duración en la participación o el puesto que ocupa la persona física dentro del organigrama empresarial)⁵⁰⁹.

Por último, imputar y sancionar por la misma conducta tanto a la persona física representante legal o directivo como a la sociedad infractora podría suponer una vulneración del principio *non bis in idem* en tanto que una misma acción daría lugar a dos consecuencias sancionadoras diferentes⁵¹⁰. Sin embargo, parece no ser la opción seguida

⁵⁰⁸ Así, el artículo 64 de la LDC declara que “1. El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción. b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables. c) El alcance de la infracción. d) La duración de la infracción. e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos. f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción. g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables. 2. Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes: a) La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley. b) La posición de responsable o instigador de la infracción. c) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas. d) La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente según lo previsto en el artículo 62. 3. Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes: a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción. b) La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas. c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado. Se considerará atenuante cualificada el efectivo resarcimiento del daño con anterioridad a que se dicte la resolución. d) La colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 de esta Ley”.

⁵⁰⁹ Así, en RCNMC de 26 de mayo de 2016, S/DC/0504/14, AIO, se declara que “para la determinación de la sanción, primero han de tenerse en cuenta criterios objetivos, como la gravedad y demás rasgos característicos de la infracción, tal y como se han descrito en los apartados anteriores. Estos criterios pueden resumirse de forma sintética mediante la comparación entre el tipo sancionador impuesto a sus empresas con el máximo tipo sancionador posible según el art. 63 de la LDC (10%). (...). Después, han de tenerse en cuenta criterios subjetivos, como la duración de la participación de cada directivo, y por otro lado el nivel jerárquico de su puesto dentro de la organización, y el tipo de entidad –asociación o empresas–, que modifica la importancia relativa de la categoría profesional”. Del mismo modo se declara en RCNMC de 30 de junio de 2016, S/0519/14, Infraestructuras Ferroviarias.

⁵¹⁰ NIETO, A. (2012:429); GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R. (2022:209); REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 360); o CANO CAMPOS, T. (2018:48). En concreto, en relación con la posibilidad de imputarle al administrador o directivo de una sociedad la misma acción antijurídica que a la persona jurídica, GULLÉN CARAMÉS concluye que “de este

por la CNMC en tanto en cuanto, y con base en la jurisprudencia del TS que ha declarado que la ilicitud de la conducta de los representantes legales y directivos de la sociedad se fundamenta en haber participado o votado a favor del acuerdo, sanciona tanto a las personas físicas como a la jurídica que han llevado a cabo actuaciones anticompetitivas negando que tal extremo pueda suponer una vulneración del principio *non bis in idem* por recaer las consecuencias jurídicas de la infracción en sujetos pasivos diferentes⁵¹¹.

De todo lo descrito es posible concluir que, si bien es cierto que los tribunales avalan la actuación de la autoridad de competencia que interpreta como requisito para sancionar a la persona física representante legal o directivo el simple hecho de haber votado a favor del acuerdo anticompetitivo, lo cierto es que tal interpretación constituye, a mi juicio, una

modo, aplicando la teoría de la persona jurídica y el órgano habría que concluir que son las personas jurídicas las que cometen las infracciones por ellas mismas y no las personas físicas encarnadas en los directivos y representantes de las mismas. Por lo tanto, no sería posible sancionar a la persona jurídica y a la vez a sus directivos y representantes legales, pues se estaría incurriendo en una posible vulneración del non bis in idem, al sancionar dos veces por la misma infracción al mismo sujeto ya que no se distinguiría entre la persona jurídica y los órganos de la misma a efectos de responsabilidad, que sería única, es decir, solo habría un autor de la infracción”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2021:776). También ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO razona respecto a este sistema de imputación de la responsabilidad que “sería contrario al principio de non bis in idem, ya que supondría atribuir la misma conducta tanto a la persona jurídica como a sus representantes o directivos”. Cf. ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. (2016:98-98).

⁵¹¹ Así lo ha declarado la CNMC en RCNMC de 26 de mayo de 2016, S/DC/0504/14, AIO, concluyendo al respecto que “*tampoco esta Sala admite el argumento de las personas físicas incoadas en relación a que se estaría imponiendo a las personas físicas una doble sanción por los mismos hechos y por el mismo fundamento. El artículo 63.2 de la LDC establece una responsabilidad administrativa acumulada de personas jurídicas y de personas físicas de forma que, por una misma conducta ilícita, pueda sancionarse no sólo a la entidad responsable a la que se atribuye el comportamiento en cuestión (en este caso, las fabricantes A&A, INDAS y FENIN), sino también a sus representantes legales o directivos que hayan intervenido en la práctica infractora. La efectiva intervención de las personas físicas incoadas en la infracción es la que constituye la actuación antijurídica que se sanciona con la multa de hasta 60.000 euros que prevé la LDC de 2007 y con multa de hasta 30.000 euros la LDC de 1989. El hecho determinante de la responsabilidad es esa intervención en el acuerdo o decisión ilícitos. De ahí que el artículo 63.2 II de la LDC excluya de sanción a quienes no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra de los acuerdos ilícitos o salvado su voto”. En términos similares, la SAN de 14 de marzo de 2018 (rec. núm. 352/2016) concluyó que “la lectura conjunta de lo previsto en los artículos 62 y 63 de la LDC permite entender que la sanción a las empresas integrantes del cartel y respecto de las que se considera que han infringido lo previsto en el artículo 1 de la LDC, no impide que, simultáneamente, se sancione a aquellos directivos en los que se considera que concurren los requisitos del artículo 62.3 de esa norma. Por lo tanto, no puede hablarse de coincidencia de sujetos pasivos puesto que se trata de que la norma permite sancionar tanto a la empresa responsable de la conducta como a sus representantes legales o directivos sin que tampoco en este punto exista infracción de ninguna forma del artículo 25 de la Constitución”. También CANTERLA MUÑOZ niega la quiebra del *bis in idem* sobre la base de que no se da la triple identidad requerida. Cf. CANTERLA MUÑOZ, D. (2020:79). No obstante, la posible vulneración del *bis in idem* se ve reflejada en el voto particular formulado por FERNANDO TORREMOCHA Y GARCÍA-SÁENZ en RTDC de 3 de abril de 2007, expte. 611/06, *Excursiones Puerto de Sóller* en la que concluyó que “*cuestión diferente, en todo caso, es la sanción impuesta al Administrador D. F.M.M. de una sanción ex Artículo 10.3 LDC por su intervención y conducta seguida. A los solos efectos de evitar innecesarias repeticiones, nos referenciamos al desarrollo de los Organos Colegiados y de Administración de las Entidades Mercantiles, como necesarios para gestionar, administrar y regir los negocios sociales De ahí que sancionar tal conducta, sería sorprendente por desconocer el desarrollo de tales actividades societarias, a la par que ello conllevaría una doble sanción por una misma conducta, que vulneraría Principios Generales del Derecho*”.*

interpretación muy forzada de la normativa *antitrust* con el único fin de garantizar el efecto disuasorio de la misma, pero pasando por alto los principios de la potestad sancionadora.

Parece que los tribunales se olvidan de la construcción que se ha hecho de la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas —en virtud de la cual los actos de las personas físicas que expresen la voluntad de la persona jurídica se les imputará como propio a estas últimas—, con el único fin de sancionar al representante legal o al directivo de la sociedad. También parecen olvidar las garantías que suponen para los investigados en un procedimiento sancionador los principios que han de regir el ejercicio de la potestad sancionadora. Así, a pesar de reconocer que para sancionar a las personas físicas —al igual que ocurre con las jurídicas— habrá de apreciarse responsabilidad personal y culpabilidad en su conducta, realmente, omiten examinar estos elementos a la hora de imputarles la responsabilidad a estas, postergando su aplicación al momento en el que se gradúa la sanción y pretender, de ese modo, garantizar la aplicación de los mismos.

No es correcto, a nuestro juicio, pasar por alto las referidas garantías en el momento de la imputación ya que, si se exigieran, el resultado sería distinto y no se podría sancionar a ninguna persona física que, más allá de haber votado a favor del acuerdo anticompetitivo, no hubiese realizado una actuación que le fuese imputable a título personal. El acto anticompetitivo, como manifestación de la voluntad de la persona jurídica, no puede ser a la vez de la persona jurídica y de los administradores o directivos que votaron a favor del mismo.

Como siempre, el problema deriva del deficiente desarrollo normativo ya que, del análisis del art. 63.2 LDC tampoco es posible concluir, tal y como se desarrollará a continuación, cual es el título real en el que tanto las autoridades de competencia como los propios tribunales basan la responsabilidad de los representantes legales y directivos de la sociedad infractora.

2. REFLEXIONES EN TORNO AL VERDADERO TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS REPRESENTANTES LEGALES O MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS DIRECTIVOS DE LA EMPRESA INFRACTORA.

Una vez despejadas las dudas acerca de la actuación que le es imputable a los representantes legales y directivos —pese a la oposición ya manifestada en el apartado anterior respecto de dicha interpretación—, conviene analizar, en este segundo apartado, el verdadero título de imputación por el cual podrá ser declarada la responsabilidad de las personas físicas que dirijan o administren una sociedad. El art. 63.2 de la LDC guarda silencio al respecto, no quedando claro si los representantes legales y directivos responden en calidad de autores, partícipes, cooperadores necesarios, inductores, o cualquier otro modo de participación punible en una infracción ajena.

Antes de entrar a analizar esto es preciso reiterar que, en principio, salvo habilitación legal expresa, al no existir en el derecho administrativo sancionador una teoría general de la participación en el ilícito ajeno, la única vía para poder ser sancionado es ser autor, es decir, realizar, por sí mismo, los elementos del tipo infractor. ¿Podemos considerar autor de la infracción al directivo o representante legal o, por el contrario, es el artículo 63.2 de la LDC una habilitación legal para sancionar a un sujeto distinto al autor? Veámoslo con detenimiento.

Como ya se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, el autor es la persona que lleva a cabo la conducta previamente tipificada como antijurídica por la ley, es decir, es la persona que realiza los elementos típicos de la infracción y, por ello, merece ser sancionada. En principio, esta es la única figura que, conforme con el principio de legalidad, puede ser sancionada en el derecho administrativo sancionador por no preverse en la LDC la punibilidad de figuras distintas al autor. No obstante, en el supuesto que nos ocupa, los representantes legales o directivos no pueden cometer la infracción que los tribunales y las autoridades de competencia les pretenden atribuir.

Tal y como se ha manifestado, las personas físicas referenciadas no pueden ser sujetos pasivos de las prohibiciones contenidas en los artículos 101 y 102 del TFUE o 1, 2 y 3 de la LDC porque las mismas no son empresas, no desarrollan actividades consistentes en ofertar o demandar bienes o servicios, y no actúan en ningún mercado que pueda ser susceptible de verse falseado por la actuación de las mismas⁵¹². Si aceptamos que los representantes legales y directivos de una sociedad responden de la actuación consistente

⁵¹² Así, el propio artículo 61 de la LDC establece que “1. Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta ley o, en el caso de empresas, sus sucesores legales o económicos”. Como los acuerdos prohibidos por los artículos 1 a 3 de la LDC solo pueden ser realizados por empresas, los administradores y directivos quedan fuera del ámbito de responsabilidad.

en haber votado a favor del acuerdo anticompetitivo, entendemos que no podemos admitir, por ser contrarios entre sí ambos razonamientos, que los representantes legales y directivos son autores del acuerdo anticompetitivo. En este sentido, lo que es claro es que el verdadero autor de la infracción es la persona jurídica que falsea la competencia a través de las prohibiciones contenidas en los art. 101 y 102 TFUE o 1, 2 y 3 de la LDC.

Otra cosa, que no es el caso, es que se tipificase como infracción accesoria de la principal el haber participado en el acuerdo anticompetitivo. En estos supuestos, una persona física que participase como representante legal o directivo de la sociedad en la conducta anticompetitiva llevada a cabo por esta última, en virtud de lo establecido en el art. 61 de la LDC, podría ser autor de la misma. Sin embargo, tampoco parece ser esa la finalidad de la norma en tanto que la responsabilidad de los directivos se enmarca dentro del artículo 63 de la LDC y no del 62; es decir, no tipifica una conducta antijurídica, sino que crea *ex novo* una responsabilidad derivada de un ilícito principal cometido por la persona jurídica para la que presta servicios.

Lo mismo cabría decir respecto de la posibilidad de declarar coautores a los directivos o representantes legales en el sentido de que, para poder ser considerado como tal es necesaria una intervención conjunta en la infracción. El propio TS ha negado esta posibilidad sobre la base de que el artículo 63.2 de la LDC

“tampoco ofrece (...) elemento alguno que permita circunscribir su ámbito de aplicación a un grado de intervención equivalente a la coautoría, sino que lo que el precepto establece es que pueden ser sancionadas las personas físicas -que sean representantes legales o formen parte de los órganos directivos- que intervengan en el acuerdo anticompetitivo, a quienes por tanto se les atribuye responsabilidad por esa personal intervención”⁵¹³.

Descartada la posibilidad de considerar autores o coautores de la infracción a los representantes legales y directivos, resta hacer lo propio con el resto de las figuras que permiten sancionar a quienes participan en un ilícito ajeno. Pese a que en el derecho administrativo sancionador no existe una norma general que haga punibles las distintas formas de participación en la infracción ajena —más allá de lo ya enunciado en varias ocasiones respecto de la LPSAPV—, lo cierto es que el legislador habilitó expresamente la punibilidad de estas conductas al tipificar en el artículo 63.2 de la LDC la responsabilidad de los representantes legales y directivos de la sociedad infractora. Si

⁵¹³ STS de 28 de enero de 2020 (rec. núm. 7458/2018); STS de 1 de octubre de 2019 (rec. núm. 5244/2018); o STS de 1 de octubre de 2019 (rec. núm. 5280/2018).

llevamos a cabo un análisis cronológico de los sujetos que pueden participar en un ilícito ajeno, tenemos que empezar por los inductores o facilitadores de las infracciones.

Con la legislación vigente no es posible concluir que el legislador hubiese querido sancionar con base en la figura del inductor a los representantes legales o directivos de las sociedades infractoras⁵¹⁴. Así, si bien en ocasiones la CNMC ha fundamentado la sanción de un directivo o representante legal en esta forma de participación, lo cierto es que la referencia a la misma solo se ha hecho con la finalidad de agravar la sanción que cupiera imponerle tal y como dispone el art. 64.2.b) de la LDC, lo que no excluye que el resto de las formas de participación en el delito puedan ser punibles. Es tal la abstracción del tipo, que prácticamente cualquier conducta es subsumible en la prohibición contenida en el art. 63.2 de la LDC consistente en haber “*intervenido en la conducta*”⁵¹⁵.

En relación con la posibilidad de sancionar al directivo o representante legal de la sociedad como facilitador de la infracción, sin perjuicio del estudio que se llevará a cabo de esta particular figura de participación en el capítulo siguiente, podemos adelantar que tampoco parece posible sancionar a una persona física con base en este título de

⁵¹⁴ Según reiterada jurisprudencia del TS, “*inductor es el que hace nacer en otro la voluntad de cometer un hecho delictivo, al ejercer un influjo psíquico sobre otra persona, que va a ser quien finalmente ejecute el hecho de manera responsable. Por su parte, la jurisprudencia de esta Sala tiene establecido, siguiendo asentados criterios doctrinales, que la inducción constituye materialmente una forma de participación de singular relevancia que tiene como sustento el influjo psíquico, logrado de diversas formas posibles, que el inductor despliega sobre otras personas (autores materiales) al objeto de que ejecuten un delito concreto y en relación también con una víctima concreta, lo que la distingue de la provocación del artículo 18 C. Penal*”. STS (Sala segunda) de 16 de marzo de 2015 (rec. núm. 1589/2014); STS (Sala segunda) de 10 de abril de 2003 (rec. núm. 921/2001); STS (Sala segunda) de 30 de diciembre de 2009 (rec. núm. 969/2009); o STS (Sala segunda) de 17 de julio de 2008 (rec. núm. 10012/2008).

⁵¹⁵ Así, si bien es cierto que la RCNC de 26 de septiembre de 2012, S/0335/11, CEOE el Consejo de la CNC sanciona al directivo como instigador o inductor de la infracción, habiéndose declarado en la misma que “*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, tomó 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*”. No obstante, del análisis realizado de las resoluciones de la CNMC, TDC y CNC no puede concluirse que sea el criterio determinante a seguir para sancionar a las personas físicas con base en el art. 63.2 de la LDC, habiéndose declarado responsables a directivos y representantes legales que han intervenido en infracciones sin que las hubiesen promovido ellos mismos. Por ejemplo, en la RTDC de 21 de noviembre de 1996, 378/96: *Asentadores de pescado*, se sanciona a los miembros de la junta por haber votado a favor del acuerdo, si bien es cierto que la cuantía de la multa al presidente es más elevada por considerar que su conducta respondía a una especial intervención en el acuerdo. También se sanciona a representantes legales y directivos sin tener en cuenta su consideración de inductor, entre otras, en RTDC de 13 de septiembre de 1993, expte. 320/92, *Boutiques Pan Asturias*; RTDC de 29 de marzo de 2000, expte. 452/99, *Taxis Barcelona*; o RTDC de 24 de octubre de 2001, expte. 503/00, *Feriantes Huesca*.

imputación. En este sentido, lo primero que conviene resaltar es la atipicidad de la conducta del facilitador en tanto que, como agente externo a la infracción, no lleva a cabo ningún acto antijurídico que haga necesaria su sanción. Además, al ser los representantes legales o directivos de una sociedad personas físicas, tampoco podría ampliarse el ámbito subjetivo a éstos en tanto que, al no operar en el mercado como agentes económicos, no son sujetos destinatarios de las prohibiciones de competencia al no ser su conducta por sí sola capaz de restringir o falsear la competencia en un mercado en concreto. Tampoco podría mantenerse esta postura porque del tenor literal del art. 63.2 de la LDC se desprende que la responsabilidad de los representantes legales y directivos no es algo autónomo, sino que va ligada a la ilicitud de la actuación de la persona jurídica, dirigiéndose el reproche contra estos por haber intervenido en la infracción. A pesar de todo lo expuesto, si bien no con base en el art. 63.2 de la LDC sino en la doctrina *Treuhand*, la Autoridad Catalana de Competencia sancionó al director de un organismo público como facilitador de la conducta ilícita por ser el máximo responsable del organismo de contratación de las licitaciones que dieron lugar a la infracción⁵¹⁶.

De una interpretación estricta de la jurisprudencia del TS conforme a la cual la responsabilidad de los directivos o representantes legales emana de haber votado a favor del acuerdo anticompetitivo, la única interpretación —a nuestro juicio— coherente con el planteamiento es considerar a los mismos como cooperadores necesarios. Así, el cooperador necesario se diferencia de los meros partícipes en tanto que su actuación es esencial para la consecución del resultado lesivo, circunstancia que se da en este caso⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Así, la RACCO de 23 de diciembre de 2019, expte. 94/2018, *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña*, razona respecto del facilitador persona física que “en cuanto al Sr. OPG, la consideración de su papel determinante, no como un mero asistente o colaborador pasivo del cártel, sino como auténtico facilitador activo e instrumento clave en la conducta ilícita -vista su posición de directivo público y máximo responsable del SMC, es decir, del órgano de contratación de las licitaciones afectadas por la conducta detectada en este expediente-, conduce al TCDC de la ACCO a corroborar la propuesta agravada de tipo sancionador hecha por la DG de la ACCO respecto de la propuesta para las empresas”. No obstante, en la misma resolución, también se sanciona a dos representantes y directivos de dos sociedades, esta vez sí, con base en el art. 63.2 de la LDC.

⁵¹⁷ Así lo ha venido declarando el TS. Entre otras, en STS (Sala segunda) de 28 de mayo de 2020 (rec. núm. 3262/2018), el TS, distinguiendo esta figura de otras propias de la participación en el delito ajeno, concluyó que “existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho)”. En el mismo sentido se declara en STS (Sala segunda) de 5 de mayo de 2010 (rec. núm. 10727/2009); STS (Sala segunda) de 12 de noviembre de 2004 (rec. núm. 2254/2003); STS (Sala segunda) de 28 de octubre de 2004 (rec. núm. 156/2004); o STS (Sala segunda) de 21 de octubre de 2014 (rec. núm. 227/2014).

Son las personas físicas que votan a favor del acuerdo anticompetitivo las que realmente hacen posible que la conducta antijurídica llegue a consumarse sin perjuicio de que esa actuación se le atribuya a la persona jurídica. Si no se produjese una mayoría a la hora de la votación, el acuerdo no se aprobaría y, por ende, no existiría ilícito alguno que imputarle a la persona jurídica. De ahí el rechazo mostrado a la posibilidad de sancionar tanto a la persona física como a la jurídica con base en el acuerdo anticompetitivo, atribuyéndole a dos personas distintas la responsabilidad por un mismo hecho.

Si nos ceñimos a la realidad, la persona jurídica no es más que una ficción jurídica que necesita de personas físicas para actuar más allá de que se haya configurado tanto doctrinal como jurisprudencialmente una responsabilidad directa y personal de las personas jurídicas con base en los acuerdos celebrados por sus órganos de administración y dirección en su propio nombre. Sin embargo, si seguimos una interpretación conforme a la realidad, el título de imputación sería completamente el opuesto; habría que atribuirle la autoría de la conducta anticompetitiva a las personas físicas que hicieron posible que el acuerdo anticompetitivo se aprobase, quedando la persona jurídica como simple responsable por haber servido como instrumento para la perpetración del ilícito. Lo que ocurriría en estos casos es que el derecho de la competencia se vería privado de su efecto útil y carecería de disuasión, por lo tanto, no es una solución eficaz.

La interpretación aceptada por la jurisprudencia se basa en un concepto amplio de partícipe, englobándose en el mismo cualquier forma de participación punible. Así, REBOLLO PUIG, con referencia a las diferentes formas que puede abarcar la participación de los representantes legales o directivos en la infracción principal, expone que *“a veces, la participación consiste en haber votado a favor del acuerdo determinante de la infracción y por ello las leyes se esmerasen precisar cuando los miembros de órganos colegiados societarios comprometen su responsabilidad o se eximen de ella con su voto en contra o su inasistencia. Pero, pese a ello, en otras muchas ocasiones la conducta del administrador determinante de que la entidad incurra en infracción no consistirá en su voto en órganos colegiados sino en sus decisiones como órganos unipersonales o en sus meras actuaciones materiales o en su ejecución o apoyo posterior a lo acordado por el órgano colegiado, incluso en su mera pasividad, acaso por desconocimiento negligente, de lo que hacían otros directivos”*⁵¹⁸. En este sentido, con la interpretación dada al

⁵¹⁸ Vid. REBOLLO PUIG, M. (2016:242-243). En el mismo sentido, GUILLÉN CARAMÉS, tras el análisis de las distintas resoluciones dictadas por nuestros tribunales y el encaje que la conducta sancionada por el art.

artículo 63.2 de la LDC, se acepta cualquier grado de participación en la infracción como fundamento para sancionar a los directivos o representantes legales, no siendo relevante nada más que el hecho de que hayan intervenido en la conducta ilícita de algún modo, incluso de forma pasiva, lo que engloba, por tanto, cualquier tipo de complicidad en la infracción

Con base en esta configuración, algunos autores han dilucidado acerca de fundamentar la imputación de los directivos y representantes legales de las empresas sancionadas en su actuación pasiva al no haber evitado la comisión de la infracción. Dicho de otro modo, la responsabilidad de los representantes legales y directivos se basaría, con esta interpretación, en el especial deber de garantes que tienen como consecuencia de su cargo⁵¹⁹.

Sin embargo, a pesar de que la responsabilidad de los administradores en el derecho penal se fundamenta en este deber de garante, no puede aceptarse lo mismo en esta rama del ordenamiento punitivo. Así, mientras que en el derecho penal es constante la aceptación de la responsabilidad de los administradores y directivos de una sociedad por la comisión por omisión de un delito basada en el artículo 10 del CP en relación con el art. 11 del citado texto legal, en materia de competencia no encontramos un título habilitante homólogo al contenido en la legislación penal⁵²⁰. Es decir, a pesar de que los

63.2 de la LDC tiene en los modos de participación clásicos del derecho penal, el referido autor concluye que *“los tribunales y las autoridades de competencia han optado por una solución pragmática descartando encajar esta forma de responsabilidad en alguna de las figuras que nos ofrece el Derecho penal, ante la carencia de una norma general del Derecho Administrativo sobre la potestad sancionadora. (...) De este modo, evita pronunciarse sobre si los directivos y responsables legales son autores o no de la infracción, considerándoles meros partícipes de la misma y, por tanto, responsables, a efectos de poner imponerles la sanción prevista en el art. 63.2 de la LDC”*. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2021:779).

⁵¹⁹ En este sentido lo razona ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, afirmando al respecto que *“las exigencias inherentes a los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones conllevan la necesidad de que concurra la imputación personal de los representantes o directivos, teniendo que observarse, respecto de cada uno de ellos, una falta de la diligencia debida. Por ello, el representante o directivo solamente deberá responder de aquellas conductas que le sean reprochables personalmente con motivo de la inobservancia de los deberes que le son directamente exigibles”*. Vid. ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. (2016:98). En términos similares, GOÑI URRIZA, también refiriéndose a las exigencias del principio de personalidad y culpabilidad de las sanciones, concluye que *“requieren la concurrencia de la imputación personal teniendo que observarse una falta de la diligencia debida. Lo que demandaría, al menos, un incumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad, en su calidad de garante del cumplimiento de la legalidad vigente por parte de la empresa a la que representa”*. Cf. GOÑI URRIZA, N. (2019:260).

⁵²⁰ Es el artículo 10 del CP el que establece que *“son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”*, concretándose en el artículo 11 del CP que *“los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”*. De este modo, relacionando estos dos artículos con los deberes

representantes legales y directivos de una sociedad habrán de actuar conforme a las exigencias inherentes a su cargo conforme a lo descrito en la legislación mercantil, ni la LDC ni la LRJSP contienen alguna referencia a la posibilidad de sancionar a los representantes legales y directivos de una sociedad con base en la omisión de sus deberes.

Además, esta posibilidad ha sido negada expresamente por la jurisprudencia, al entender que el artículo 63.2 de la LDC requiere para sancionar a los representantes legales y directivos de las sociedades que haya mediado por su parte una actuación activa, y no la inobservancia de los deberes inherentes a su cargo⁵²¹. Así, el TS ha concluido respecto de la posibilidad de declarar la responsabilidad de los representantes legales y directivos de una sociedad con base en el quebranto de su obligación de garante que:

“en nuestra opinión, tampoco establece una obligación específica y concreta en orden a evitar un determinado acto ilícito, condición de garante que nos conduce a la figura clásica del Derecho Penal de la comisión por omisión”⁵²².

De todo lo analizado a lo largo del presente epígrafe podemos extraer dos conclusiones. La primera de ellas es que con la redacción actual del artículo 63.2 de la LDC no queda clara ni la conducta que se le atribuye a los representantes legales y directivos de una sociedad infractora, ni el título al que responde la referida responsabilidad, habiendo tenido que suplir las referidas deficiencias la jurisprudencia. En segundo lugar, y en estrecha relación con la primera de las conclusiones, es que ha sido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo la que se ha encargado de delimitar tanto el título de imputación como la conducta imputable a las personas físicas que conforman los órganos de la sociedad. De este modo, lo que se sanciona es cualquier tipo de participación en la infracción principal cometida por la persona jurídica, siendo suficiente para exigir la responsabilidad del directivo o del representante legal que el mismo, habiendo asistido a la reunión del órgano en el que se integra, hubiera votado a favor del acuerdo anticompetitivo.

básicos de los administradores y directivos contenidos a lo largo de la legislación mercantil, y teniendo en cuenta que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa en los defectos organizativos, se habilita la posibilidad de sancionar a los administradores y directivos de las sociedades por haber quebrantado sus deberes como garantes de la legalidad.

⁵²¹ En este sentido lo ha declarado GUILLÉN CARAMÉS, concluyendo que la responsabilidad de los administradores y directivos “*se trata de una responsabilidad por hecho propio, de tal modo que no se trata de que los directivos y representantes legales no tomen medidas efectivas para evitar la vulneración de las normas de competencia, sino que estas personas físicas cuya responsabilidad se intenta delimitar tienen un papel activo y protagonista en la comisión de la infracción*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2021:778).

⁵²² STS de 12 de noviembre de 2020 (rec. núm. 5247/2018). Del mismo tenor es la SAN de 13 de junio de 2018 (rec. núm. 357/2016) o la SAN de 25 de mayo de 2018 (rec. núm. 8/2016).

Como bien concluye la doctrina de manera pacífica, el artículo 63.2 de la LDC precisa de una reforma que clarifique todas las cuestiones que se han tratado de exponer a lo largo del presente capítulo y dé luz a todos los operadores jurídicos para poder interpretar la responsabilidad de los administradores y directivos de forma que se respeten las garantías propias del procedimiento sancionador. Además, el mayor de los problemas viene dado, a nuestro juicio, por la imposibilidad de conocer, más allá de la interpretación que ha realizado el Tribunal Supremo, cuál es la conducta que se le imputa a estas personas físicas, entendiendo que no procede compartir la mantenida hasta día de hoy por la jurisprudencia.

Como se ha expuesto al inicio del presente capítulo, son dos los supuestos en los que las autoridades de competencia y la jurisprudencia avalan sancionar la participación en la infracción ajena, de un lado, la responsabilidad de los representantes legales y directivos de la sociedad analizada hasta ahora y, de otro, la responsabilidad de los facilitadores de un cártel. Si bien la primera de ellas reside sin dudas en el propio art. 63.2 de la LDC, no ocurre lo mismo con la responsabilidad del facilitador la cual entendemos que no encuentra soporte legal suficiente. Por ello, en el capítulo siguiente el estudio se centrará en esta forma de participación en la infracción que emana de la jurisprudencia europea y cuya aplicación por nuestros órganos nacionales puede suponer, *a priori*, una vulneración del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO 5. EL FACILITADOR DE UN CÁRTEL: EL NOVEDOSO PERO FRÁGIL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

Tras haber analizado los principales supuestos del derecho de defensa de la competencia que, en cierto modo, infieren en el principio de responsabilidad sancionadora que aquí se analiza; y tras haberse centrado el estudio de los capítulos precedentes en la posibilidad de transmitir la responsabilidad sancionadora entre las personas jurídicas que forman parte de un mismo grupo empresarial, la traslación de la responsabilidad sancionadora en aquellos casos en los que las empresas sufren modificaciones estructurales, y la eventual responsabilidad que tienen los representantes legales y directivos de la sociedad, conviene hacer lo propio con la reciente figura que tanto la jurisprudencia europea como la nacional han denominado “facilitador del cártel”. En virtud de la misma, tal y como se expondrá a continuación aquellas personas físicas o jurídicas que colaboren en la realización o el mantenimiento de una conducta prohibida por el artículo 101 del TFUE o el artículo 1 de la LDC podrán ser sancionadas con base en su participación en la infracción principal⁵²³.

Tal y como ya ha apuntado gran parte de la doctrina que se detallará a continuación, se trata de una figura un tanto controvertida por la posible vulneración que la misma supone para con los principios inspiradores de la potestad sancionadora derivados del artículo 25 de la CE si tenemos en cuenta el contexto ya enunciado anteriormente en el que los modos de participación en las infracciones en materia de defensa de la competencia, en general, no se encuentran positivizados ni en la ley europea ni en la española. Por ello, lo principal será definir la figura del facilitador en virtud de la conceptualización que de la misma han llevado a cabo tanto los tribunales europeos como los nacionales para, en un momento

⁵²³ Antes de entrar a analizar la figura del facilitador es conveniente precisar que a lo largo del presente capítulo de utilizará el concepto de cártel en un sentido amplio, entendiéndolo como tal, en virtud de la definición dada por la DA cuarta apartado segundo de la LDC, “*todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia*”. En relación con la necesidad de que exista poder de negociación en el concierto de voluntades, BAÑO LEÓN ha declarado que “*el presupuesto de la comisión de un acuerdo o práctica colusoria es que exista un concierto de voluntades. Por eso, no puede considerarse que incurren en el supuesto del artículo 1. 1º aquellos acuerdos o prácticas que se produzcan en relaciones económicas en las que una de las partes no tiene autonomía respecto al mercado*”. Vid. BAÑO LEÓN, J.M. (1996:61).

posterior, tratar de concluir la compatibilidad de la sanción que se pudiera imponer a una persona jurídica a título de facilitador de un cártel con los principios inspiradores de la potestad sancionadora.

II. QUÉ ES EL FACILITADOR DE UN CÁRTEL: LA CONCEPTUALIZACIÓN QUE HA LLEVADO A CABO LA JURISPRUDENCIA.

Como ya se ha expuesto en los capítulos precedentes, el derecho administrativo en general no regula con exhaustividad los sujetos infractores y las diferentes formas de participación en la infracción que pueden ser punibles—salvo alguna ley sectorial—, sino que se limita a declarar responsables a los autores de las infracciones. Lo mismo puede declararse respecto del derecho de defensa de la competencia ya que, en principio, del análisis del TFUE y de la LDC, es posible afirmar que los únicos sujetos que responden de las infracciones cometidas son aquellos que las hubieran realizado o, lo que es lo mismo, los autores de las infracciones. La única excepción la encontramos en el artículo 61.2 en relación con el artículo 63.2 de la LDC que declara la posibilidad de sancionar a los representantes legales o directivos de las sociedades cuando hayan intervenido en la conducta, admitiéndose, de este modo y para este supuesto concreto, la participación en la infracción⁵²⁴.

Como consecuencia de lo anterior, la figura del facilitador del cártel, si bien es aceptada tanto por la jurisprudencia comunitaria como por la nacional, genera serias dudas en la doctrina por la colisión que la punibilidad que este modo de participación puede tener para con los principios de la potestad sancionadora. La aceptación del facilitador como modo de participación en las infracciones de defensa de la competencia deriva de la jurisprudencia del TJUE en virtud de la cual, la participación previa a la consumación en una infracción de las normas de competencia ajena acarrea responsabilidad propia. Veámoslo con detenimiento.

Para comenzar el análisis por el principio hay que partir de una serie de premisas de cara a poder determinar el encaje que la figura del facilitador tiene para con nuestro ordenamiento jurídico. La primera de ellas hace referencia a la tipificación de las infracciones como requisito previo para poder sancionar. Como ya se ha expuesto, solo

⁵²⁴ La responsabilidad de los representantes legales y directivos de las empresas infractoras ha sido tratada separadamente en el capítulo anterior.

aquellas conductas tipificadas como infracciones en la correspondiente norma con rango legal serán susceptibles de ser sancionadas; en materia de competencia, el legislador ha declarado como conductas anticompetitivas las contenidas en los artículos 101 y 102 del TFUE y en los artículos 1 al 3 de la LDC, centrándonos en este estudio en las conductas antijurídicas derivadas de acuerdos o prácticas concertadas entre competidores de un mismo mercado (arts. 101 TFUE y 1 LDC).

El segundo presupuesto que debemos tener en cuenta es el contenido de la prohibición en cada caso concreto; de este modo, y para el supuesto de hecho que ahora nos ocupa —tal y como se ha expuesto con mayor detenimiento en el capítulo dos del segundo bloque de la presente tesis—, lo que proscriben los arts. 101 de TFUE y 1 de la LDC son los acuerdos colusorios en virtud de los cuales los operadores económicos renuncian libremente a ejercer una presión sobre sus competidores en perjuicio del mercado y de los consumidores⁵²⁵.

Además de las dos condiciones que se acaban de exponer, la conducta anticompetitiva se perfecciona cuando el acuerdo entre competidores supone o puede suponer un resultado lesivo en el mercado en el que actúan, debiendo, por tanto, identificar el mercado de relevancia en el que operan los mismos. Para ello, tal y como se expuso de manera más

⁵²⁵ Así lo expuso el AG WAHL en sus Conclusiones de 21 de mayo de 2015, C-194/14, *Ac Treuhand AG/Comisión*, afirmando que “*las normas aplicables a las empresas en virtud de los artículos 81 CE y 82 CE (actualmente 101 TFUE y 102 TFUE) tienen por objeto prohibir las restricciones al libre juego de la competencia. Para detectar una restricción de la competencia debe acreditarse, tras el pertinente análisis económico, que la empresa de que se trata ha renunciado total o parcialmente mediante su conducta a ejercer una presión, característica de una competencia efectiva, sobre los demás operadores del o de los mercados afectados, en perjuicio de la eficacia económica y del bienestar de los consumidores. Una conducta no restrictiva de la competencia, en el sentido indicado, por muy criticable que pueda resultar desde el punto de vista moral o ético, no puede quedar comprendida, no obstante, en el ámbito de las prohibiciones consagradas por el Derecho de la competencia de la Unión Europea y, en particular, en la prohibición de prácticas colusorias prevista en el artículo 81 CE, apartado 1*”. En el mismo sentido, GUILLÉN CARAMÉS razona que “*para que pueda entenderse cometida la infracción, el tipo infractor precisa que la empresa en cuestión tiene que ejercer en el mercado afectado una presión competitiva sobre los demás participantes del cártel que sea susceptible de limitar la competencia entre ellos, modificando, en consecuencia, la conducta de los competidores de forma sustancial*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2023). “La excesiva modulación del principio de legalidad sancionadora en el derecho de la competencia: reflexiones a propósito de la figura de los facilitadores de conductas colusorias” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*, Civitas, Thomson Reuters, pág. 310. Del mismo tenor, SOLDEVILA FRAGOSO, S. (2019). “La crisis principio de legalidad. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, asunto *Treuhand*, C-194/14”, en BENEYTO PÉREZ, J.M, Y MAILLO GONZALEZ-ORUS, J. (Dirs.). *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters, Aranzadi, pág. 279-280.

completa en el capítulo segundo de la segunda parte del presente trabajo, se tendrá que delimitar tanto el mercado geográfico como el mercado de producto⁵²⁶.

De todo lo expuesto hasta ahora podemos concluir sin problema que para poder sancionar un cártel han de darse tres requisitos acumulativos: en primer lugar, que se trate de una conducta típica de las previstas en el artículo 101 TFUE o 1 LDC, en segundo lugar, que una o varias empresas renuncien con su actuación a ejercer presión competitiva en el mercado sobre sus competidores, para lo cual es necesario identificar de qué modo se han puesto de acuerdo las mismas, y, por último, que exista o pueda existir un daño o una quiebra en la competencia del mercado específico donde estos operadores económicos desarrollan su actividad⁵²⁷.

Por ello, en principio, serán merecedores de sanción las empresas que de modo directo se hayan coordinado para falsear la competencia en un mercado concreto, es decir, los autores de la práctica anticompetitiva. Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que los competidores no son los únicos intervinientes en la infracción, sino que para la consumación de la misma se han visto asistidos por una tercera empresa ajena al mercado en el que se lleva a cabo la práctica anticompetitiva?

Para poder dar respuesta a la pregunta planteada parece lógico examinar, en un primer momento, si la empresa ajena al acuerdo colusorio ha realizado alguna de las conductas prohibidas tipificadas por la norma, lo cual no constituye una tarea interpretativa sencilla

⁵²⁶ En este sentido lo expone GUILLÉN CARAMÉS, afirmando que “*de cara a comprobar si hay infracción o no por parte de un operador económico, resulta necesario delimitar previamente el denominado mercado relevante, que se compone del mercado geográfico y el de producto. Es decir, las conductas colusorias tienen que desarrollarse en un ámbito económico concreto y delimitado que el mercado que se puede considerar principalmente afectado por la conducta anticompetitiva*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2023:324). Como ya se ha expuesto en el capítulo 2 de la segunda parte del presente trabajo, la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03) define el mercado de producto como aquel que “*comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos*”, y el mercado geográfico como “*la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas*”.

⁵²⁷ Como se ha expuesto en el texto principal este extremo se ha desarrollado con más detenimiento en el capítulo 2 de la segunda parte del presente trabajo. La necesidad de apreciar la concurrencia de voluntades de los operadores económicos de un mismo mercado que rechazan actuar independientemente para aunar su comportamiento en el mercado, y el daño o lesión que se produzca o se pueda producir en el mercado de referencia como elementos definitorios de la infracción ha sido declarado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En este sentido, BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2022:178); ALONSO SOTO, R. (2020:332); o DIEZ ESTELLA, F. Y GUERRA FERNÁNDEZ, A. (2020:136). También se afirma lo propio en STJUE de 29 de octubre de 1980, C- 209/78, *Van Landewyck/Comisión* o en STJUE de 6 de enero de 2004, C-2/01 y 3/01, *BAI y Comisión/Bayer*.

teniendo en cuenta la variedad de conductas que pueden tener encaje en los conceptos jurídicos indeterminados utilizados en los tipos descriptivos de la Ley⁵²⁸. Si la respuesta es afirmativa, podría considerarse a la misma autora de la infracción. Por el contrario, si el tercero no realiza ningún acto antijurídico, la conducta debería ser impune —tal y como ha venido ocurriendo durante muchos años— salvo que la legislación nacional contemple formas de participación en las infracciones en materia de competencia más extensas que el TFUE, situación que no se da en nuestro país⁵²⁹.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la delimitación del autor como único sujeto responsable en infracciones de competencia cambia radicalmente en España con la aplicación de la doctrina *Treuhand*, en virtud de la cual el TJUE considera facilitador a la persona ajena que coopera para que la infracción pueda consumarse⁵³⁰. El facilitador se configura, a partir de ese momento, como “*aquellos sujetos que contribuyan promuevan o cooperen para que la infracción de las prohibiciones del Derecho de defensa de la competencia se realice*”⁵³¹.

⁵²⁸ Es importante recordar que hasta ahora cualquier alusión realizada a las empresas lo es con base en la definición propia que de las mismas hace la jurisprudencia comunitaria. En virtud de esta, empresa es cualquier operador que ejerza actividades económicas en el mercado con independencia de su estatuto jurídico o modo de financiación, pudiendo estar formada incluso por varias personas jurídicas.

⁵²⁹ En este sentido, por ejemplo, el *code de commerce* francés recoge en su artículo L-420-6 la posibilidad de sancionar a cualquier persona física que participe en cualquiera de las conductas descritas en los artículos L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2. El citado precepto declara textualmente que “*est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2*”. También en Reino Unido se prevé sancionar la figura del facilitador en virtud de lo dispuesto en el art. 188 de la Enterprise Act de 2002, al declarar que “*an individual is guilty of an offence if he agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings*”. Sin embargo, nuestro TS ha interpretado que el artículo 63.2 engloba cualquier forma de participación en la infracción por las personas físicas. Así lo declara en la STS de 12 de noviembre de 2020 (rec. núm. 5247/2018), afirmando que “*en España el artículo 63.2 LDC contempla la participación de las personas físicas en el ilícito cometido por las empresas, lo que nos conduce a realizar estas afirmaciones: 1/ La posición del facilitador de un ilícito abarca cualquier contribución a la comisión de una infracción, en particular, mediante una ayuda o asistencia a su autor. 2/ El Derecho de la Competencia de la Unión no conoce la figura de la participación de las personas físicas en las infracciones cometida por las empresas, aunque algunas legislaciones nacionales sí la contemplen. 3/ En lo que nos concierne, el artículo 63.2 LDC es un ejemplo de previsión legal específica sobre la conducta participativa respecto de infracciones de Derecho de la Competencia*”.

⁵³⁰ Es cierto que la primera vez que la jurisprudencia europea se pronuncia en tal extremo lo hace el TPI en STPI de 8 de julio de 2008, T-99/04, *AC-Treuhand/Comisión* (conocido como *Treuhand I*), si bien la figura del facilitador llega a su máximo apogeo con la STJUE de 22 de octubre de 2015, C-194/14, *AC-Treuhand/Comisión (Treuhand II)*. A pesar de que las partes en ambas sentencias sean las mismas, la STJUE no es consecuencia de la STPI, sino que se trata de dos procedimientos que, aunque similares en tanto en cuanto ambos se refieren a la figura del facilitador, son diferentes.

⁵³¹ Cf. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2016). “Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (TFUE Y LDC): ¿es infractor quien facilita la comisión de las conductas prohibidas?”. *Anuario de la Competencia*, pág. 386.

Para contextualizar mejor la figura objeto de estudio conviene traer a colación el supuesto de hecho del caso que motivó la resolución que ha dado lugar a la figura del facilitador. Tal y como consta en la STJUE de 22 de octubre de 2015, C-194/14 P, *AC-Treuhand/Comisión*, AC- Treuhand, una empresa que presta servicios de asesoría y consultoría a diferentes asociaciones empresariales, es contratada por el cártel de los peróxidos orgánicos para que recabe información sobre determinados datos, organice reuniones de los integrantes del cártel, se propone como mediadora en caso de conflicto entre las partes del acuerdo y guarde en sus oficinas documentación relativa a los acuerdos adoptados por el referido cártel. Treuhand es una empresa que a todos los efectos no es integrante del cártel de peróxidos orgánicos —y así se declaró en la STJUE— en tanto en cuanto la misma opera en un mercado diferente del mercado afectado por la práctica anticompetitiva; sin embargo, el TJUE considera que la actuación de Treuhand fue esencial para la consumación de la infracción del art. 101 TFUE y, por ende, lo cataloga de facilitador, imponiéndole la correspondiente sanción⁵³².

El amparo normativo bajo el que el TJUE fundamenta la responsabilidad del facilitador de las infracciones en materia de competencia puede resumirse en los dos argumentos siguientes a pesar de que, a nuestro juicio, son incompatibles entre sí. Por un lado, subsume en el artículo 101 del TFUE la conducta de cooperar en la infracción, justificando la misma en el efecto útil del derecho de la competencia, concluyendo, no solo que los acuerdos prohibidos por el artículo 101 TFUE han de entenderse desde un punto de vista amplio, sino que los responsables pueden actuar en un mercado distinto del afectado por la practica anticompetitiva⁵³³. Por otro lado, las referencias a la coautoría

⁵³² Así lo declara expresamente el TJUE en el apartado 37 de la STJUE de 22 de octubre de 2015, C-194/14 P, *AC-Treuhand/Comisión*, afirmando que “*en el presente asunto, según las apreciaciones de hecho realizadas por el Tribunal General en el apartado 10 de la sentencia recurrida, AC-Treuhand jugó un papel esencial y similar en las dos infracciones en cuestión, organizando varias reuniones a las que asistió y en las que participó activamente, recogiendo y comunicando a los productores de estabilizadores térmicos datos sobre las ventas en los mercados afectados, proponiendo actuar como moderador en caso de tensión entre dichos productores y animándolos a llegar a compromisos, a cambio de una remuneración*”.

⁵³³ Así lo declara la STJUE de 22 de octubre de 2015, C-194/14 P, *AC-Treuhand/Comisión*, al afirmar en los apartados 27 y siguientes que “*por lo que respecta, en primer lugar, al artículo 81 CE, apartado 1, en virtud del cual serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan determinadas características, ha de señalarse, desde un principio, que no hay nada en la redacción de esta disposición que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en tales acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos. (...) Cuando se trata, como en el caso de autos, de acuerdos y prácticas concertadas con un objetivo contrario a la competencia, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la Comisión debe demostrar, para declarar la participación de una empresa en la infracción y su responsabilidad por los distintos aspectos que conlleva, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por*

y a la participación en la argumentación del TJUE son constantes, dando a entender que el título de la imputación de Treuhand responde a algún modo de participación —que no queda claro— distinto al del autor. Si fuese cierto que la conducta de facilitar queda incluida en la prohibición contenida en los artículos 101 del TFUE o 1 LDC no habría ningún problema en sancionar a la empresa que facilita la infracción como autora. Tampoco habría inconveniente en imputarle a la misma la coautoría o la cooperación en la infracción principal si los textos normativos contemplasen tal posibilidad. Lo que ocurre en realidad en cualquiera de los dos casos es que la STJUE referenciada — mediante la interpretación del art. 101 del TFUE— “crea” un tipo infractor diferente del previsto por el legislador en la norma, lo que, tal y como han puesto de manifiesto tanto la doctrina como el AG WAHL en sus conclusiones, contraviene el principio de legalidad sancionadora. Veámoslo con un poco más de detalle.

En primer lugar, el hecho de aceptar la posibilidad de subsumir el hecho de cooperar en la puesta en marcha o mantenimiento de un cártel en el tipo infractor del artículo 101 TFUE o 1 LDC supone desconocer los requisitos materiales que los citados artículos entrañan y que ya han sido expuestos pero conviene reiterar. En este sentido, cabe recordar que para poder constatar la infracción de los referidos preceptos es necesaria la existencia de un acuerdo entre competidores que lleve aparejado una modificación en su comportamiento normal en el mercado con la finalidad última de causar un daño al mismo a través del falseamiento de la competencia. Ahora bien, volviendo al supuesto de hecho concreto, la conducta de Treuhand de prestación de servicios es autónoma e independiente de las conductas que fueron sancionadas por la Comisión y que consistían en la fijación de precios, el reparto del mercado y de los clientes, y en el intercambio de información comercial sensible entre los competidores del mercado de peróxidos orgánicos⁵³⁴.

el conjunto de los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo”, para continuar añadiendo en el apartado 35 que “es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 81 CE, apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate”.

⁵³⁴ En este sentido lo argumenta el AG WAHL en los apartados 67 y 70 de las Conclusiones de de 21 de mayo de 2015, C-194/14, *Ac Treuhand AG/Comisión*, cuyo tenor literal es el siguiente: “el objeto de los contratos celebrados entre AC-Treuhand y las empresas que operan en el mercado se refería, exclusivamente, a la prestación de servicios que, es cierto, tienen que ver con la puesta en práctica del cártel, pero que, en cuanto tales, son independientes de las conductas que se reprochan a los miembros del cártel. (...). Por consiguiente, por muy generales que sean los términos recogidos en el Tratado, no pueden quedar comprendidos en la prohibición prevista en el artículo 81 CE, apartado 1, los acuerdos que, en sí

Treuhand no compite con el resto de las empresas, no va a resultar beneficiado de la existencia de un acuerdo de fijación de precios, entre otras razones, por no operar en el mercado afecto por la práctica anticompetitiva. De ahí, que subsumir la conducta del facilitador en los tipos de los art. 101 TFUE y 1 LDC no parezca a nuestro juicio la solución más acertada.

En segundo lugar, es conveniente resaltar que la argumentación —un poco forzada— del TJUE también parece basar la imputación de Treuhand en la relevancia que tuvo su actuación de cara a facilitar la consumación de la infracción principal cometida por los integrantes del cártel de peróxidos orgánicos, lo que se asemeja a la tradicional figura del cooperador necesario —o cómplice en el caso de probarse que su actuación no fue esencial— propia del derecho penal. Sin embargo, tampoco puede aceptarse la sanción a Treuhand a título de cómplice o cooperador necesario de la infracción principal mientras que la ley no tipifique como una conducta punible el hecho de participar en una infracción ajena, pues, al igual que el supuesto anterior, supone una quiebra para con el principio de legalidad tal y como también se encargó de poner de manifiesto el AG WAHL en sus conclusiones⁵³⁵.

mismos, no tengan por objeto o por efecto restringir la competencia, sino que se refieren a la prestación de servicios encaminados a permitir que las partes de un acuerdo restrictivo de la competencia puedan adoptar conductas ilegales. La mera intención de una empresa de restringir la competencia no basta, a falta de la capacidad efectiva para hacerlo". En términos parecidos GUILLÉN CARAMÉS razona que "los efectos sobre la competencia de los actos de AC Treuhand se derivan exclusivamente de la conducta de los miembros del cártel, por lo que, en un principio no resultaba posible la integración en el tipo infractor del art. 101.1 del TFUE y, en consecuencia, se podía ver vulnerado el principio de legalidad en materia sancionadora al producirse una desconexión entre las conductas desarrolladas por la consultora y la necesidad de identificar una restricción de la competencia en el sentido del art. 101.1 del TFUE, por lo que la comisión y el TG habrían realizado una interpretación extensiva de la norma vulnerando de esa manera el principio de legalidad". Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2023:311).

⁵³⁵ En palabras del propio AG WAHL en Conclusiones de 21 de mayo de 2015, C-194/14, *Ac Treuhand AG/Comisión*, "en efecto, con carácter general, la complicidad abarca cualquier contribución a la comisión de una infracción, en particular, mediante una ayuda o asistencia a su autor. Así, en el Derecho penal de muchos Estados miembros, cómplice puede ser toda persona que, sin concurrir en ella los elementos constitutivos de la infracción, facilita o ayuda mediante una conducta activa, en la mayoría de los casos intencionada, a su realización. 80. Los hechos que se imputan a AC-Treuhand (organización de las reuniones, distribución y custodia de la documentación, asistencias y acciones diversas para mantener en secreto el cártel) pueden quedar incluidos, en principio, en dicho concepto, pues la conducta de esa empresa ha consistido, sin lugar a dudas, en ayudar a los miembros del cártel en la puesta en práctica y desarrollo de éste. 81. No es menos cierto, sin embargo, que a falta de una identificación y calificación exacta de las conductas consideradas censurables en el presente asunto, no puede llegarse a esa conclusión. Por otra parte, a este respecto no se ha alegado que el papel desempeñado por AC-Treuhand fuera secundario o accesorio al desempeñado por las empresas miembros del cártel objeto de la Decisión controvertida. 82. Además y sobre todo aunque, según mi leal saber y entender, se admite de forma casi unánime la distinción entre el «autor» y el «cómplice» de un delito en el ámbito penal, con carácter general se desconoce esa distinción en el entorno administrativo. Pues bien, como el Tribunal de Justicia ha declarado en numerosas ocasiones y pese a que esa cuestión ha sido objeto de debate, el Derecho de la competencia de la Unión es de naturaleza administrativa. Por tanto, recurrir al concepto de complicidad

El hecho de no contenerse la prohibición en la norma supone la quiebra de la seguridad jurídica que se pretende garantizar con el principio de legalidad en tanto en cuanto los sujetos destinatarios de las normas han de ser plenamente conocedores del reproche que cabría imponerles cuando lleven a cabo las conductas proscritas por la ley.

Pese a la claridad de las conclusiones del AG en las que se advertía al TJUE de la vulneración del principio de legalidad si mantenía la interpretación del artículo 101 del TFUE que compartían tanto la Comisión como el TG, lo cierto es que el TJUE se aparta de la misma, acuñando el concepto de facilitador y aplicándolo para los supuestos descritos en los que una empresa ajena al cártel —que opera en un mercado distinto al efecto por la práctica anticompetitiva— coopera con el mismo y facilita que la infracción se consume. No obstante, como se acaba de exponer, se desconoce si la fundamentación es la subsunción de la conducta en el artículo 101 del TFUE o una extensión del ámbito subjetivo respecto de la consideración de los posibles infractores. Sea como fuere, a raíz de la referida sentencia, tanto el TJUE como los tribunales nacionales han adoptado y aplicado la figura del facilitador para aquellos terceros que cooperan con la comisión de la infracción principal facilitando la misma⁵³⁶. La recepción y aplicación de la doctrina

*en este contexto carece de sentido. En el Derecho de los Estado miembros, aunque efectivamente han existido situaciones en las que se ha planteado sancionar a personas o entidades que han brindado asistencia para la comisión de una infracción de las normas de competencia, los casos que he logrado identificar son escasos, se refieren a disposiciones nacionales particulares o son consecuencia directa de la sentencia AC-Treuhand I. 83. En cualquier caso, dicha incriminación no se deriva del tenor del artículo 81 CE ni de las reglas adoptadas en su aplicación”. En este sentido lo ha declarado MARCOS FERNÁNDEZ, razonando al respecto que “a pesar de que Treuhand no actuase como operador en el mercado de los productos cartelizados y directamente no se beneficiase de ello (...) podría considerarse cómplice. (...) para el TJUE la redacción del art. 101.1 TFUE no indica «que la prohibición que se establece se refiera únicamente a las partes en tales acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por estos», y rechaza una interpretación restrictiva de la misma que presuponga «una limitación recíproca de la libertad de acción en un mismo mercado en el que operen todas las partes”. Cf. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2016:387-391). En términos similares lo declara GUILLÉN CARAMÉS, concluyendo al respecto que “a pesar de poder resultar cierto que una aplicación efectiva del Derecho de la Competencia pueda demandar o exigir que aquellas conductas, como las que se imputan a los facilitadores de cárteles, deban ser perseguidas y castigadas, ello no puede erigirse como fundamento suficiente para la creación de un nuevo tipo infractor que no tiene acomodo en la actual legislación de competencia”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2023:313). También PASCUAL MORCILLO concluye en relación con la conducta de los facilitadores de las infracciones de defensa de la competencia que “a falta de previsión expresa se debe entender que únicamente los autores en sentido estricto (y no los partícipes en sentido amplio) pueden ser considerados responsables de una infracción del artículo 1 LDC”. Vid. PASCUAL MORCILLO, A. (2015). “El cooperador necesario en las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia” en RECUERDA GIRERLA, M.A. (Coord.). *Problemas prácticos y actualidad del derecho de la competencia. Anuario 2015*, Civitas, Thomson Reuters, pág. 122.*

⁵³⁶ Así, por ejemplo, el TJUE confirmó que la intervención de ICAP en el cártel de los yenes era encuadrable en la figura ya utilizada del facilitador. Así se declara en STJUE de 10 de julio de 2019, C-39/18, *Comisión/Icap y otros*, donde se concluye que el intercambio de información sensible por ICAP influyó en el mercado, siendo por tanto facilitador del cártel. En relación con la utilización del papel del facilitador por la CNMC podemos mencionar la RCNMC de 28 de mayo de 2015, expte. S/0471/13, *CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW*, en virtud de la cual sanciona a ANT, HORWATH, ACEVAS y

Treuhand y, por consiguiente, la posibilidad de sancionar al facilitador de la infracción deriva en la descentralización del derecho de la UE contenida en el Reglamento 1/2003. De este modo, para lograr una aplicación uniforme del derecho de la Unión, cuando la CNMC aplica los artículos 101 y 102 del TFUE habrá de interpretar los mismos de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE⁵³⁷.

Por último, es importante hacer hincapié en que tanto el presente supuesto —*Treuhand*— como el resto de las resoluciones dictadas en las que el TJUE ha tenido la ocasión de sancionar al partícipe de una infracción en materia de defensa de la competencia como facilitador de la misma, los sancionados bajo esta figura tienen en común que todos son personas jurídico-privadas que operan en el mercado ofertando o demandando bienes o servicios⁵³⁸. No obstante lo anterior, nuestras autoridades de competencia y tribunales, además de sancionar al facilitador de la infracción cuando el mismo actúa como un operador económico en el mercado, han ido un paso más allá y han ampliado la aplicación de esta figura en aquellos supuestos en los que la colaboración proviene de una Administración Pública que no actúa como operador económico en el mercado en el que se realiza la conducta —o en otro—, sino que actúa en el ejercicio de sus prerrogativas públicas, aspecto que merece un análisis aparte al que se dedicará el siguiente epígrafe.

ANCOSAT como facilitadores de un acuerdo prohibido por los artículos 101 TFUE y 1 LDC por haber participado “en una conducta consistente en el facilitación, control y seguimiento de acuerdos de precios, condiciones comerciales e intercambio de información sensible entre concesionarios de las marcas Audi, VW y SEAT en las zonas respectivas y para los períodos reseñados más arriba”. Resolución confirmada, en los extremos que ahora nos interesan por SAN de 26 de marzo de 2019 (rec. núm. 442/2015); SAN de 26 de marzo de 2019 (rec. núm. 552/2015); y SAN de 26 de marzo de 2019 (rec. núm. 447/2015). En el mismo sentido se pronunció la CNMC en RCNMC de 23 de julio de 2015, expte. S/0482/13, *Fabricantes de automóviles*, concluyendo que la actuación de las consultoras SNAP-ON y URBAN se encuadra en la figura del facilitador arriba referenciada. También nuestro TS, haciéndose eco de la jurisprudencia del TJUE, avala y aplica al facilitador del cártel como aquellos terceros que intervienen en la infracción y desempeñan un papel activo y esencial en la misma. A modo de ejemplo podemos citar la STS de 13 de mayo de 2021 (rec. núm. 3907/2020); STS de 12 de noviembre de 2020 (rec. núm. 5247/2018) o STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013).

⁵³⁷ Es importante resaltar, como hace GUILLÉN CARAMÉS —y se ha puesto de manifiesto en el capítulo 1 de la segunda parte del presente trabajo— que la única autoridad de competencia habilitada para aplicar el derecho de la UE en España es la CNMC, no siendo posible la aplicación del mismo por parte de las autoridades de competencia autonómicas. En palabras del citado autor, “*distinto es el caso de las autoridades autonómicas de competencia que, en virtud de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, sólo aplican la LDC por lo que, en principio no cabe la traslación directa y automática de la jurisprudencia del TJUE, puesto que no aplican Derecho de la UE, lo que puede plantear problemas, especialmente desde el principio de legalidad sancionadora, al aplicar la figura del facilitador de conductas colusorias sin un anclaje legal específico, ya que no puede deducirse de la LDC este tipo infractor*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2023:314).

⁵³⁸ Como se puede observar, tanto la STJUE de 22 de octubre de 2015, C-194/14 P, *AC-Treuhand/Comisión*, como la STJUE de 10 de julio de 2019, C-39/18, *Comisión/Icap y otros*, analizan y aplican la figura del facilitador del cártel a operadores económicos.

III. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO FACILITADORA DE UN CÁRTEL.

1. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS

Como se ha expuesto en los capítulos precedentes, es pacífica la afirmación de que en materia de competencia y a efectos de lo dispuesto tanto en los artículos 101 y 102 del TFUE como 1, 2 y 3 de la LDC, el concepto empresa engloba a cualquier persona jurídica que opere en el mercado ofertando o demandando bienes o servicios, incluyéndose en la delimitación de los sujetos responsables tanto a las personas jurídico-públicas como privadas. Tal y como se detalla en el capítulo primero de la tercera parte del estudio, si bien es cierto que tradicionalmente han sido las personas jurídico-privadas las principales destinatarias de las normas sobre competencia por ser los principales operadores económicos de los mercados, lo cierto es que también se prevé en la legislación sobre defensa de la competencia la posibilidad de sancionar a las personas jurídico-públicas cuando su actuación como operador económico en un mercado falsea o restringe la competencia.

Con carácter general, el artículo 4.1 de la LDC declara exenta de responsabilidad administrativa las actuaciones —aunque pudieran tener efectos restrictivos en la competencia— provenientes de la actividad administrativa cuando la misma esté amparada en una norma con rango de ley debidamente justificada y siempre y cuando el mandato contenido en la norma sea taxativo⁵³⁹. No obstante, cuando la actuación administrativa no cuente con el respaldo legal preceptivo y tenga consecuencias que restrinjan la competencia en el mercado, el artículo 4.2 de la LDC declara la aplicación de la LDC, debiendo interpretarse tal sometimiento a aquellos supuestos en los que la AP actúan como agentes económicos en el mercado⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2013:387-388) o MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2020:443-448). El artículo 4 de la LDC declara expresamente en su apartado primero que “*sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley*”.

⁵⁴⁰ Así el artículo 4.2 de la LDC dispone que “*las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas*”.

Es por ello por lo que la aceptación de que la Administración Pública queda bajo el ámbito subjetivo de las disposiciones en materia de competencia no plantea dudas cuando la misma actúa en el mercado como un operador económico, sin embargo, no existe tal consenso doctrinal —aunque sí ha sido avalado por nuestro Tribunal Supremo— cuando la Administración Pública lleva a cabo actuaciones susceptibles de restringir o falsear la competencia como consecuencia del ejercicio de su *ius imperii*.

En principio, el control de la adecuación de la actividad administrativa a la norma que la justifica ha de realizarse exclusivamente por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, por estar así diseñado el sistema de reparto competencial en la LOPJ. En concreto, es el artículo 9 de la LOPJ el que, en su apartado cuarto, atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad de revisar la actuación de las AAPP, la legalidad de las disposiciones de carácter general inferiores a la Ley, la inactividad y la vía de hecho de la Administración y la responsabilidad patrimonial de la misma, sin perjuicio de que los artículos 1 y 2 de la LJCA amplíen la lista de competencias⁵⁴¹. De este modo se podría afirmar que, en principio, las autoridades de

o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal". En el mismo sentido lo declaran, entre otros, REBOLLO PUIG, M. (2018:385); LAGUNA DE PAZ, J.C. (2019_20-27); MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2020:478-479); o GUILLÉN CARAMÉS, J. (326-331).

⁵⁴¹ En este sentido, según lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 9 de la LOPJ, los juzgados y tribunales de lo contencioso administrativo “conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica. Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”. Además, según lo establecido en los artículos 1 y 2 de la LJCA, “1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación. (...). 3. Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con: a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo. b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. c) La actuación de la Administración

competencia no están legitimadas para fiscalizar la actuación administrativa de las AAPP de cara a poder concluir si el ejercicio de sus potestades se adecua a los mandatos impuestos en la normativa de cobertura, lo que no implica que dicha actuación pueda poner el riesgo el mantenimiento de la competencia en el mercado.

Al ser conocedor de la posibilidad existente de que la actuación administrativa sea contraria a la competencia, el legislador, en virtud de lo establecido en los artículos 5.4 de la LCNMC y 13.2 de la LDC, les confiere a las autoridades de competencia —CNMC y autoridades autonómicas— legitimación para poder impugnar los actos administrativos o reglamentos que puedan ser contrarios a la competencia a través de la interposición del correspondiente recurso contencioso administrativo⁵⁴². En relación con la interposición del recurso conviene advertir sucintamente que no prevé mayores especificidades de las establecidas de manera genérica para la impugnación de actos o reglamentos, sin perjuicio de que, al tener las autoridades de competencia la consideración de Administraciones

electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General” y “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos. b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas. c) Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas. d) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente. e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad. f) Las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley”.

⁵⁴² En este sentido, el artículo 5.4 de la LCNMC establece que, “*en cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*”. Del mismo modo, el artículo 13.2 de la LDC determina que “*sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*”. También lo argumenta en este sentido GUILLÉN CARAMÉS, J. (2013:388-393) o GUILLÉN CARAMÉS, J. (2011). “La impugnación por las autoridades de la competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters, Civitas, págs. 447-452. En el mismo sentido BAÑO LEÓN, J.M. (2011). “La aplicación del derecho «antitrust» a la administración pública” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters, Civitas, págs.81-84.

Públicas podrán efectuar un requerimiento a la AAPP autora del acto o reglamento que se desee impugnar antes de la interposición del recurso⁵⁴³.

De esta forma, tanto la impugnación de la actividad administrativa ante los tribunales de lo CA cuando la AAPP actuaba en el ejercicio de sus potestades públicas, como la fiscalización directa de la actividad administrativa cuando la AAPP actuaba como un operador en el mercado, han sido los modos que tradicionalmente han tenido las autoridades de competencia para controlar la actuación de las AAPP en el mercado. Sin embargo, la presunción mediante la cual la autoridad de competencia suponía que la Administración actuaba avalada por una Ley previa decae, y a raíz de la incorporación de la figura del facilitador de una infracción, la CNMC complementa los mismos con la fiscalización de la actuación administrativa derivada de su *ius imperii* cuando ésta haya servido para facilitar que determinados operadores económicos hayan infringido las disposiciones en materia de competencia.

Como se ha expuesto en el apartado anterior, la figura del facilitador proviene de la jurisprudencia europea. En virtud de ésta, el TJUE considera que aquellos agentes que no operan en el mismo mercado que los infractores, pero han promovido o facilitado que una conducta antijurídica haya sido consumada por los últimos, deberán ser sancionados por su contribución para con la infracción principal. Partiendo de la interpretación de empresa que realiza el TJUE, no parece que plantee problemas —añadidos a los propios que ya suscita el hecho de sancionar al facilitador de la infracción— el afirmar que las AAPP, al igual que las sociedades mercantiles, cuando actúan como operadores económicos en el mercado (aunque se trate de un mercado diferente a aquel en el que se materializa la conducta colusoria) pueden facilitar la comisión de infracciones a terceros, pudiéndolas considerar, del mismo modo, facilitadoras de ésta. Sin embargo, se plantea la duda de qué ocurre cuando la Administración, en el ejercicio de potestades públicas, adopta un papel

⁵⁴³ El requerimiento previo ante AAPP se encuentra previsto en el artículo 44 de la LJCA. Al negarse la posibilidad de interponer recurso administrativo en los litigios entre AAPP, se prevé que previa interposición del RCA la Administración “demandante” requiera a la “demandada” a fin de que revoque el acto o disposición general que se desea impugnar. No obstante, es importante señalar que este requerimiento no es preceptivo, pudiéndose interponer directamente el recurso. En relación con la impugnación de los actos administrativos por la CNMC o autoridades autonómicas de competencia las leyes no prevén especialidades en relación con la impugnación de los actos prevista en el artículo 25 de la LJCA. Del mismo modo, la impugnación de los reglamentos también podrá llevarse a cabo conforme a lo establecido en el artículo 26 de la LJCA, reconociéndosele a las autoridades de competencia la legitimación para impugnar los mismos bien de manera directa, o bien indirectamente a través de los actos de aplicación de los mismos. Cf. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2013: 388-393).

activo de participación en la infracción ajena que podría subsumirse en la figura del facilitador.

Durante mucho tiempo para la autoridad de competencia no era relevante que una infracción en materia de competencia estuviera, en cierto modo, respaldada por una actuación administrativa. A lo sumo, la resolución señalaba la reprochabilidad de esa conducta en la fundamentación de la misma, pero dejaba al margen a la Administración a la hora de imponer sanciones a los autores de la infracción. Podríamos decir que se trataba más de un reproche moral que de un reproche sancionador propiamente dicho y la única consecuencia de tal actuación se traducía en la posibilidad de apreciar que la actuación administrativa indujo a error a los autores de la infracción, tratando de aplicar el principio de la confianza legítima —cuestión que se expondrá en el siguiente epígrafe— para conseguir una atenuación de la sanción o, en el mejor de los casos, la exoneración.

Así, por ejemplo, en la fundamentación de la RCNC de 26 de abril de 2003, Expte. S/0107/08, *Plataforma del mejillón*, se puede observar como la Xunta de Galicia participó en la infracción cometida llevando a cabo actos de mediación entre las principales empresas del sector de producción y comercialización del mejillón gallego, llegando incluso a convocar una reunión en la que las referidas empresas llegaron a acuerdos sobre las condiciones comerciales y el reparto del mercado para la venta del mejillón gallego. No obstante lo anterior, sólo se consideran autoras de una infracción del art. 1.1 LDC y 101 TFUE a las empresas que efectivamente participaron de manera directa en la fijación de los precios y el reparto del mercado⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ En palabras de la propia RCNC de 26 de abril de 2003, expte. S/0107/08, *Plataforma del mejillón*, “la Xunta de Galicia facilitó el entendimiento entre las partes ante los altercados que estaba viviendo el sector”; “la Xunta de Galicia medió para evitar conflictos entre las distintas asociaciones de productores, como consta en el acta de la Asamblea General Extraordinaria de AMC de 14 de enero de 1999”; o “la Xunta de Galicia convocó al Consejo Regulador y a representantes de OPMEGA, FARN y AGAME a una reunión el 5 de enero de 2005, en la que se trató sobre la posibilidad de un acuerdo entre las organizaciones de productores y una posterior extensión de norma al resto de productores, en el marco del Reglamento de la OCM de la Pesca”; para concluir resolviendo que “en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y por el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la fijación de las condiciones comerciales y el reparto de mercado para la venta de mejillón gallego de la que son responsables OPMEGA, FARN, AGAME, AMEGROVE, ILLA DE AROUSA, AMC, SOCOMGAL, CONS DE UDRA, AMEVILA, XIDOIROS, SEIXO, APROMAR, EGROME, A BOIRENSE y SAN AMARO”. Esta resolución fue confirmada por SAN de 26 de febrero de 2013 (rec. núm. 299/2011) y SAN de 26 de febrero de 2013 (rec. núm. 309/2011); SAN de 19 de junio de 2013 (rec. núm. 301/2011); SAN de 22 de octubre de 2013 (rec. núm. 396/2011); SAN de 10 de julio de 2014 (rec. núm. 293/2011) y SAN de 1 de junio de 2015 (rec. núm. 297/2011) y, posteriormente, por STS de 26 de junio de 2017 (rec. núm. 2468/2015).

Lo mismo ocurrió años antes con los carteles de la sidra, donde el propio TDC concluyó en RTDC de 12 de diciembre de 1996, expte. 376/96, *Cárteles Sidra*, que la Administración había jugado un papel relevante tanto en la adopción del acuerdo de fijación del precio de las manzanas para la elaboración de sidra como en la formalización del mismo. Sin embargo, los únicos que fueron declarados como responsables de haber cometido una infracción del art. 1 LDC y, por ende, sancionados, fueron la Asociación Asturiana de Cosecheros de Manzana Asturiana de Sidra y la Asociación de Lagareros de Asturias⁵⁴⁵.

Sin embargo, la impunidad de la actuación administrativa que colabora o facilita el falseamiento de la competencia llega a su fin con la RCNC de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*. El resultado de este cambio de criterio que sentó precedente deriva del ejercicio desviado de potestades públicas y la posible subsunción —en este caso— de la conducta de la Administración bajo el título de facilitadora de la infracción con base en la doctrina *Treuhand* sentada por el TJUE. Así, se declara en la referida resolución que la actuación de las AAPP en el ejercicio de potestades públicas han de respetar el ordenamiento jurídico y adecuar su actuación a los fines de la misma; en caso contrario, es decir, cuando la Administración haga un uso indebido de las potestades que tiene legalmente atribuidas, si el resultado es lesivo para la competencia, quedarán bajo la fiscalización de las autoridades de competencia. De este modo la CNC concluyó que la condición de operador económico en el mercado no es el único supuesto de actuación que obliga a las AAPP a respetar las disposiciones sobre competencia⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ Esta resolución fue anulada parcialmente por SAN de 6 de mayo de 1999 (rec. núm. 234/1997), la cual, tras argumentar que “*no puede discutirse que la Administración ha jugado un papel relevante en el acuerdo que aquí discutimos. Siempre ha existido un representante de la Administración y los acuerdos se han, entre otras cosas, formalizado en documentos de la Administración, lo que les daba un marcado carácter oficial; de hecho, la fijación de un precio se encuentra enmarcada dentro de un marco global de medidas de revitalización del sector. Ahora bien, como acertadamente sostiene el Tribunal de Defensa de la Competencia, la intervención de la Administración, no puede traducirse en la consecuencia de que la práctica acordada sea lícita; pues no se olvide que también la Administración se encuentra sometida a la Ley y al Derecho - art 103.1 CE -; y que por lo tanto su intervención no puede suponer la legalización de una conducta ilícita, distinta es la repercusión que la intervención de la Administración pueda tener en materia sancionadora como luego veremos*”, rebaja la sanción impuesta como consecuencia de la intervención de la Administración en el acuerdo.

⁵⁴⁶ Así se declaró en la RCNC de 6 de octubre de 2011, expte/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, habiéndose argumentado al respecto que “*obviando el hecho de que en las resoluciones citadas se analice la actuación de la Administración como operador económico, cuestión ésta que será abordada con posterioridad en la presente resolución, lo cierto es que en estos supuestos la Administración estaba actuando en ejercicio de potestades públicas. O por ser más exactos, estaba empleando de forma inadecuada las potestades y competencias que el ordenamiento jurídico le atribuía para el cumplimiento*

El supuesto de hecho de la RCNC de 6 de octubre de 2011 arriba referenciada es el siguiente: entre los años 2002 a 2007 la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía (CAP en adelante) participó en la creación de un plan estratégico en virtud del cual los productores y bodegueros de la uva del mosto de Jerez pactaron el precio de esta, consistiendo la actuación de la CAP, concretamente, en participar en la adopción del acuerdo, presidir reuniones y velar por el cumplimiento de éste. A pesar de que la Administración no actuaba en el mercado como un operador económico, sino que ejercía sus potestades administrativas, la CNC englobó su actuación en la figura del facilitador —con base en el ejercicio desviado de las referidas potestades—, afirmando al respecto que la conducta de la CAP fue decisiva para que la infracción pudiera consumarse y, por ende, susceptible de ser sancionada⁵⁴⁷. Como consecuencia de lo anterior, la referida resolución considera autores de una práctica concertada proscrita por los artículos 101 TFUE y 1 LDC tanto a la CAP como al resto de asociaciones de empresarios que participaron en el acuerdo, si bien a la primera no se le impone ninguna sanción como consecuencia del cambio de criterio de la CNC respecto de las resoluciones dictadas en anteriores expedientes.

Es importante resaltar que resolución referenciada no fue adoptada con acuerdo unánime de todos los miembros del Consejo, sino que la consejera GONZÁLEZ LÓPEZ formuló un voto particular en los extremos referidos a la consideración de la CAP como responsable de la infracción cometida por no estimar ajustada a Derecho la misma. La fundamentación del voto particular se centra, principalmente, en la imposibilidad que tiene la autoridad de competencia de sancionar o, mejor dicho, de controlar las actuaciones administrativas que deriven del ejercicio de funciones públicas, debiendo impugnar la misma ante la JCA. A su juicio, aceptar la referida tesis supondría que la CNC está legitimada para conocer y

de sus fines, con resultados claramente anticompetitivos que motivaron, por considerar infringida la LDC, la imposición de una sanción. Lo importante a efectos del caso que nos ocupa es que las autoridades de defensa de la competencia han venido considerando, y el Tribunal Supremo ha confirmado, que el indebido ejercicio de potestades públicas puede ser analizado desde la perspectiva del derecho de la competencia, sin que ello suponga hurtar del análisis de su legalidad a la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

⁵⁴⁷ En relación con la posibilidad de considerar como sujeto responsable a las AAPP cuando las mismas no actúan en el mercado como operadores económicos, la RCNC de 6 de octubre de 2011, expte/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez* concluye que “el hecho de que alguno de los participantes en una práctica restrictiva de la competencia no tenga la consideración de operadores económicos no puede ser considerada, con carácter general y sin atender a las circunstancias concretas del caso, como una causa de inimputabilidad que excluya la posibilidad de apreciar el elemento subjetivo del tipo”.

fiscalizar cualquier actuación administrativa que incidiera en la competencia del mercado⁵⁴⁸.

De cierta relevancia también fue la RCNC de 26 de septiembre de 2013, expte. S/314/10, *Puerto de Valencia*. En el mismo sentido que la resolución anterior, la CNC declaró responsable de una infracción de los artículos 101 TFUE y 1 LDC a la Consejería de Infraestructura y Transporte de la Generalitat Valenciana y la Autoridad Portuaria del Puerto de Valencia por haber participado en un acuerdo de fijación de precios entre las principales empresas del sector de transporte de contenedores por carretera. En este caso, a diferencia del anterior, si se sancionó a la autoridad portuaria de Valencia con una multa por importe de cien mil euros⁵⁴⁹. En el mismo sentido y con el mismo importe se sancionó a la Autoridad Portuaria de Barcelona en RCNC de 10 de enero de 2013, EXPTE.

⁵⁴⁸ En palabras de la propia consejera, “*el convencimiento de esta Consejera que le lleva a considerar que no es ajustada a derecho la Resolución en este punto, es que si la voluntad del legislador hubiera sido que las AAPP, cuando actúan en función de las potestades administrativas atribuidas por el ordenamiento (ius imperii), estuvieran sometidas de pleno a la LDC, tal como afirma la posición mayoritaria, no hubiera sido necesario introducir un precepto tan medido y restringido de actuación de las Autoridades de competencia como es el artículo 12.3 de la LDC. Dado que “el que puede lo mucho puede lo poco”, si las AAPP estuvieran sometidas plenamente y en todas sus actuaciones a 97 las normas de competencia, las Autoridades de competencia podrían actuar directamente ante situaciones de riesgo para la competencia, incoando expedientes sancionadores sin necesidad de tener que atajar dichos comportamientos a través de la jurisdicción contencioso administrativa, como prevé el citado precepto*”. En contra de la referida interpretación, ORTEGA BERNARDO respalda la actuación de la CNC y la posibilidad que tiene ésta de controlar la actuación administrativa descrita bajo la fundamentación de que fue el propio legislador el que, al no contemplar la posibilidad de impugnar ante la jurisdicción de lo CA la actuación material de la Administración, dota a la CNC o autoridades autonómicas para fiscalizar tales actuaciones aun cuando las mismas deriven del ejercicio de potestades públicas. En palabras de la propia autora, “habría que interpretar que el legislador ha previsto que ante actuaciones materiales de la Administración contrarias a la legislación de defensa de la competencia resulte más efectivo no acudir en ningún caso a su impugnación sino a su inmediata cesación una vez resuelto el expediente administrativo sancionador en el que se decide su ilegalidad”. Cf. ORTEGA BERNARDO, J. (2017). “¿Se puede sancionar a la Administración por la ilegalidad de su actuación?” en LÓPEZ RAMÓN, F. Y VILLAR ROJAS, F. (Coords). *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, INAP, págs. 190-191. En el mismo sentido PADRÓS REIG rechaza la interpretación dada por la consejera en lo relativo a la imposibilidad de sancionar la conducta administrativa que deriva del ejercicio de potestades públicas por la CNC. Vid. PADRÓS REIG, C. (2013). “La presencia de la Administración Pública en cárteles privados: la regulación administrativo-colusoria”. *RGDA*, núm. 32, pág. 19.

⁵⁴⁹ Así, la CNC concluye en RCNC de 26 de septiembre de 2013, expte. S/314/10, *Puerto de Valencia*, “*declarar responsables de dicha infracción a: la Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores, (ELTC); la Asociación de Empresas, Autónomas, Cooperativas y Cooperativas del Transporte de mercancías por contenedor de los puertos de la Comunidad Valenciana, (TRANSCONT COMUNIDAD VALENCIANA); la Asociación de Transportistas de Contenedores Valencianos (TRANSCONVAL); la Federación Valenciana de Empresarios del Transporte y la Logística (FVET); la Asociación Naviera Valenciana (ANV); la Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados Olt (ATEIA-OLT VALENCIA); TCV Stevedoring Company, S.A; Marítima Valenciana, S.A. y su sucesora, Noatum Ports Valenciana, S.A.U; Mediterranean Shipping Company Terminal Valencia, S.A (MSCTV); la Autoridad Portuaria de Valencia (APV) y La Consellería de infraestructuras Territorio y Medio Ambiente de la Comunidad Valenciana (La CONSELLERÍA)*”, para seguir declarando que “*de acuerdo con la responsabilidad atribuida en los Fundamento de Derecho octavo y noveno, imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas: (...) APV, 100.000 euros, (cien mil euros)*”.

S/0293/10 *TRANSCONT*, por haber participado en la comisión de un acuerdo prohibido por los artículos 101 TFUE y 1 LDC.

Como se acaba de plasmar en las líneas precedentes, pese a la inicial postura de la autoridad de competencia de no sancionar a las AAPP cuando la actuación de las mismas derivadas del ejercicio del *ius imperii* restringe la competencia, la doctrina *Treuhand* ha motivado el cambio de criterio de la CNMC respecto de las referidas prácticas, sancionándose a día de hoy a las AAPP, en estos supuestos, como facilitadoras de las conductas anticompetitivas.

Sin embargo, aceptar que la Administración puede ser un sujeto destinatario de las normas de competencia como facilitador de un cártel cuando no actúa como operador económico en el mercado sino en el ejercicio de sus potestades públicas no es algo que deja de ser, cuanto menos, cuestionable, y ha sido objeto de debate no solo entre la doctrina, sino también entre nuestros órganos judiciales. Así se plasma con claridad en las sentencias dictadas tanto por la AN como por el TS con motivo de la impugnación de la RCNC en el asunto *Productores de Uva y Vinos de Jerez* y, posteriormente, por la SAN que resuelve el asunto *Transcont*.

Para la Sala de lo Contencioso de la AN, el hecho de que la Administración haya actuado en el ejercicio de potestades públicas es una barrera para que la Autoridad de competencia pueda fiscalizar su actuación, habiendo sostenido al respecto que la actuación de la AAPP, en estos supuestos, no está incluida en el ámbito de aplicación de la LDC. La sala continuó argumentando que, sin perjuicio de la reprochabilidad que merece la conducta de una AAPP que se extralimita en el ejercicio de sus prerrogativas, esto no implica que automáticamente quede sometida a la LDC y al control de la autoridad de competencia porque la misma no actuaba como un operador económico, procediendo a anular la parte de la RCNC de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, que declara a la CAP como responsable de una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ La SAN de 16 de julio de 2013 (rec. núm. 626/2011), argumenta que “reconociendo que ha actuado en ejercicio de funciones públicas si bien excediéndose en el ejercicio de sus competencias no puede declarar la CNC que dicho órgano administrativo es responsable de una infracción ya que, al no realizar una actividad económica, no está incluido en el ámbito aplicación de la LDC. El primer elemento relevante para que una conducta quede sujeta al derecho de la competencia es determinar en qué condición actúa la Administración Pública y sólo si interviene con un operador económico puede ser examinada dicha conducta por la CNC. El hecho de que hubiera existido extralimitación en el ejercicio de sus competencias públicas no permite variar la calificación de su actividad y otorgarle el carácter de económica, es decir

Sin embargo, el TS no comparte ni la argumentación ni el fallo de la SAN, de 16 de julio de 2013 (rec. núm. 626/2011), revocando la misma y confirmando la RCNC de 6 de octubre de 2011, Expte. S/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*. El TS declaró el sometimiento de las AAPP a las disposiciones sobre competencia tanto en el ejercicio de potestades públicas como cuando actúa en el mercado como un operador económico, siendo consciente de que, en ocasiones, identificar si una Administración ha actuado de un modo u otro es una tarea muy complicada. La fundamentación que empleó el TS en la sentencia referida podría ser, a nuestro modo de verlo, deficiente y confusa. En principio, parece que la base argumentativa de la resolución es la defensa de que en tanto en cuanto la actividad de una AAPP incide en el mercado —como consecuencia del concepto amplio y funcional de empresa que la jurisprudencia europea emplea—, la misma quedará sometida a la LDC y al control de las autoridades de competencia. Sin embargo, con posterioridad incide en que el mecanismo *ad hoc* para que las autoridades de competencia —autonómicas o nacional— impugnen la actuación administrativa contraria a la competencia es la interposición del recurso contencioso administrativo⁵⁵¹.

Sin embargo, consideramos que realmente la base argumentativa de la referida sentencia no es otro que la imposibilidad de impugnar tal actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por no existir ninguna manifestación externa de la voluntad de ésta, es decir, por no haberse materializado la actuación administrativa en un acto o disposición de carácter general que habilite a la autoridad de competencia a recurrir

no adquiere en ese caso la Administración la condición de operador económico en el mercado y por tanto sigue estando fuera del ámbito de aplicación de la norma”.

⁵⁵¹ La STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013), argumenta que “*en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso restrictivo de la competencia en el mercado. Siendo ello así, es indudable -la propia sentencia recurrida lo admite y no ha sido cuestionado en casación- que en el caso que nos ocupa la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia; todo ello en los términos que describe la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, que atribuye a la Administración autonómica “...un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros...”.* Por tanto, debe considerarse ajustada a derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declara a la citada Consejería de la Junta de Andalucía responsable de una conducta infractora del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”. Sin embargo, tal y como se ha resumido en el texto principal, acto seguido continúa afirmando que “*sin duda habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia- será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007”.*

legítimamente la misma⁵⁵². De hecho, la propia sentencia hace referencia a este extremo, pero sin incidir demasiado en el mismo.

El TS sanciona, de este modo, una actuación que *a priori* sería impune por no venir tipificada como tal en la LDC, enmascarando la misma bajo una forma de participación en un acuerdo colusorio de una AAPP que, a pesar de que no actúa en el mercado como un verdadero operador económico, podría considerársele como tal en tanto en cuanto su actuación tiene incidencia en éste; todo ello, con la única finalidad de poder declarar responsable a la CAP por su participación en la infracción cometida⁵⁵³. La intención del TS es, en todo momento, no dejar impune dicha actuación administrativa cuando, si tenemos en cuenta tanto la legislación vigente como los principios que rigen la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, lo idóneo hubiese sido desestimar el recurso de casación y confirmar la SAN de 16 de julio de 2013 (rec. núm. 626/2011).

Una vez fijada doctrina por la STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013), la AN tuvo la oportunidad de volver a incidir sobre este extremo en SAN de 6 de febrero de 2017 (rec. núm. 51/2013), al revisar la imputación de la Autoridad Portuaria de Barcelona

⁵⁵² A pesar de que la LDC al regular la actividad administrativa impugnada por la CNMC solo hace referencia a los actos administrativos y a las disposiciones de carácter general con rango inferior a la ley, lo cierto es que también se puede concluir que su legitimación impugnatoria abarca toda la actividad administrativa impugnada reconocida como tal en la LJCA. En palabras de Guillén Caramés, “*puede hacerse una interpretación integradora del art. 12.3 LDC con los preceptos citados de la LJCA, en el sentido de que no puede restringirse la legitimación de las autoridades de competencia a la impugnabilidad de los actos administrativos y disposiciones de carácter general de rango inferior a la ley, de tal modo que puede extenderse dicha legitimación al resto de la actuación administrativa que de acuerdo con la LJCA puede ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como la inactividad, la vía de hecho y los Decretos legislativos ultra vires. Eso sí, siempre y cuando dicha actividad conlleve o se derive de la misma obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*”. Cf. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2011:450). En los mismos términos lo concluye GONZÁLEZ-PANIZO TAMARGO, A. (2013). “Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: consideraciones generales, motivos de impugnación y supuestos de intervención judicial” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.). *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Civitas, pág. 409.

⁵⁵³ En este sentido es conveniente traer a colación las propias palabras que el TS plasmó en la STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013). De este modo, en el FJ cuarto de la referida sentencia, el TS afirma que “*no siempre resulta sencillo determinar si una Administración está actuando, o no, en el ejercicio de potestades públicas. Sobre todo si, como sucede en el caso que examinamos, su actuación no se exterioriza en actos formales, realizados a través del procedimiento establecido en las normas, sino que se plasma en actuaciones materiales, más o menos difusas, cuya impugnación en vía jurisdiccional conforme a lo previsto en el citado artículo 12.3 de la Ley 15/2007 resultaría escasamente viable, dado que el precepto confiere legitimación <<... para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados >>*”; para, en un segundo momento y tras confirmar que el mecanismo previsto para que las Autoridades de competencia puedan impugnar la actuación administrativa es la interposición del RCA ante el órgano competente, concluir que “*la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando*”.

en el asunto *Transcont*. En este sentido, a pesar de desestimarse el recurso interpuesto por la Autoridad Portuaria con remisión expresa a la jurisprudencia del TS arriba citada, la SAN contiene un voto particular que no conviene pasar por alto. El magistrado que lo suscribe parte de las siguientes premisas:

“-El Derecho comunitario de la competencia tiene por objeto las actividades de las empresas. -El Tratado no define el concepto de empresa, pero el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que debe calificarse como tal cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación. -Constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. -Con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público no tienen carácter económico. -Sin perjuicio de lo anterior, el hecho de que una entidad disponga de prerrogativas de poder público para el ejercicio de una parte de sus actividades, no impide calificarla de empresa a efectos del Derecho comunitario de la competencia en lo que respecta al resto de sus actividades económicas. -La calificación de actividad vinculada al ejercicio de prerrogativas de poder público o de actividad económica debe hacerse de manera separada para cada actividad ejercida por una determinada entidad”

Por todo, concluye que, la Autoridad Portuaria no actuó como operador económico en el mercado sino en el ejercicio de sus potestades públicas y, por ende, no se le puede considerar responsable de la conducta. Además, subraya que la doctrina *Treuhand* emanada del TJUE “*sólo es aplicable, como así se ha aplicado, a empresas y no a la Administración activa en el ejercicio de funciones públicas, por lo que dicha jurisprudencia, es inaplicable al presente caso*”⁵⁵⁴. Pese al exhaustivo razonamiento del voto particular firmado por el magistrado SOLDEVILA FRAGOSO, lo cierto es que el recurso se desestima, como se acaba de mencionar, como consecuencia de la doctrina sentada por la STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013), confirmándose, por tanto, la posibilidad de englobar bajo el concepto de facilitador de la infracción a las AAPP que en el ejercicio de sus potestades públicas lleven a cabo actuaciones —sin el amparo del artículo 4.1 LDC— que puedan poner en riesgo la competencia del mercado.

No obstante lo anterior, la reciente STS de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 6491/2021), desecha la idea sentada por la jurisprudencia anterior —si bien relativa a la infracción del art. 2 de la LDC— en virtud de la cual una Administración Pública, en el ejercicio de sus prerrogativas, pueda ser considerada como facilitadora de una infracción consistente en el abuso de posición de dominio. Así, la referida sentencia, tras razonar que:

“la sujeción al derecho de competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución sino por la capacidad de dicha conducta

⁵⁵⁴ SAN de 6 de febrero de 2017 (rec. núm. 51/2013).

para incidir en el mercado y restringir la competencia. Y en las que se indica que para que una Administración Pública pueda ser declarada responsable por su conducta infractora es necesario que ejerza una actividad económica, entendiendo como tal la consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”,

concluye respecto de la actuación administrativa como poder adjudicador en virtud del cual adjudica la prestación y gestión del servicio de estacionamiento regulado del Ayuntamiento de Zaragoza que:

“se trata de un acto administrativo formalmente adoptado con arreglo a las normativa de contratos del sector público, de modo que cualquier vulneración de las normas del ordenamiento jurídico, incluidas las normas que regulan la competencia, los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, pueden ser invocadas y analizadas en sede jurisdiccional contenciosa. Pero no cabe imputar a la Administración Pública de forma directa ni indirecta el abuso de posición de dominio ex artículo 2 LDC, por la mera razón de que no presta directamente el servicio de estacionamiento, ni realiza la actividad económica a la que se refiere la concesión ni tampoco ha llevado a cabo alguna actuación material apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia que, en fin, haya contribuido de manera decisiva y activa a la práctica anticompetitiva. Sino que, por el contrario, actúa en el ejercicio de sus competencias como poder público dotado de imperium al adjudicar una concesión para la prestación del servicio de estacionamiento, incompatible con afirmar una pretendida existencia de un abuso de posición de dominio”⁵⁵⁵.

De todo lo mencionado no parece posible hacerse una idea, con base en la jurisprudencia citada, de en qué supuestos la actuación de la Administración derivada de su *ius imperii* podrá ser fiscalizada por la CNMC y en cuáles no. A nuestro juicio, lo que queda patente, y ya se ha expuesto con anterioridad, es que la intención de los tribunales es no dejar impune ninguna actuación que pueda poner en riesgo la competencia en el mercado. Así, en aquellos casos en los que actuación administrativa se materialice en un acto administrativo susceptible de impugnación ante la JCA, este será el cauce a seguir y la CNMC no tendrá legitimidad para fiscalizar la actuación, mientras que en los supuestos en los que actuación administrativa no se materialice de tal forma que la misma no pueda ser impugnada, la CNMC tendrá competencia para enjuiciarla, pudiendo incluso llegar a sancionar a la misma como facilitadora de la infracción principal.

2. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

En otro orden de cosas, pero directamente relacionado con lo anterior, también es conveniente examinar la incidencia que tiene la intervención de la Administración en la

⁵⁵⁵ STS de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 6491/2021)

conducta infractora en relación con el grado de culpabilidad de los demás autores de la infracción partiendo de la base de que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho⁵⁵⁶. En este sentido se ha acudido tradicionalmente al principio de confianza legítima ya que en virtud de éste se protege el comportamiento de un tercero siempre y cuando este se haya visto condicionado por la actuación administrativa. Para ello, hay que partir de la base de que, si bien el principio de confianza legítima en la actuación de la Administración no elimina la antijuridicidad de la conducta de los operadores económicos, si es cierto que los Tribunales han considerado que dicho principio podría respaldar las acciones antijurídicas cometidas por empresas siempre que las mismas se hayan visto incitadas a actuar por la Administración, pudiendo atenuar la culpabilidad de los autores, llegando incluso a su exculpación⁵⁵⁷. Es decir, no quedaría amparado bajo el principio de la confianza legítima aquel supuesto en el que la Administración interviene en una conducta, sino solo aquellos acuerdos que han sido promovidos de manera directa por la AAPP⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Así se plasma en el artículo 103.1 de la CE que propugna que “*la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”. En el mismo sentido, el art. 3.1. e) de la LRJSP, al afirmar que “*las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: (...) e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional. (...)*”.

⁵⁵⁷ En este sentido lo han declarado COSTAS COMENSAÑA Y HORTALÁ I VALLVÉ, afirmando que “*este tipo de actividad restrictiva de la competencia de la Administración o de organismos públicos no elimina la antijuridicidad de la conducta anticompetitiva de las empresas promovida, fomentada o amparada por la Administración, pero sí que ha sido considerada como una circunstancia que puede influir sobre el principio de culpa que informa el Derecho sancionador de competencia, bien como eximente o como atenuante de la responsabilidad administrativa de las empresas en aplicación de la doctrina de la confianza legítima*”. Vid. COSTAS COMENSAÑA, J. Y HORTALÁ I VALLVÉ, J. (2013:16). En el mismo sentido MARCOS FERNÁNDEZ razona que “*cualquier operador económico que actúa en el mercado de conformidad o atendiendo a lo dispuesto por un órgano de la Administración Pública lo hará probablemente confiando en que esas normas o actos administrativos son conformes al Ordenamiento jurídico. Con carácter general, se trata de una expectativa razonable y lógica con el principio de legalidad y seguridad jurídica y parece eficiente otorgar cierta protección a la misma. (...) La defensa de la confianza legítima supone afirmar que una conducta anticompetitiva, típica y antijurídica, que infringe las prohibiciones del Capítulo I del Título I de la LDC, no sería punible por falta de culpabilidad o negligencia del presunto infractor*”. Cf. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2020:500-501).

⁵⁵⁸ En este sentido lo declara COSTAS COMENSAÑA, razonando al respecto que “*la actuación administrativa consistente en limitarse a mediar en un conflicto o aproximar las posiciones de las empresas presentes en un determinado sector o mercado, dando lugar esta actuación mediadora a que las empresas alcancen un acuerdo restrictivo que, insistimos, no es impuesto o causado por la Administración, que a lo más se ha limitado a consentir la actuación restrictiva, conforme a lo antes manifestado, entendemos que no es generadora en las empresas se confianza que excluya su culpabilidad en la comisión de la conducta restrictiva. Esta actuación administrativa es equivalente a la pasividad (...) por lo que no existe un acto externo de la Administración lo suficientemente concluyente como para general confianza legítima en la legalidad de la actuación de una Administración Pública que no es competente para resolver sobre la legalidad antitrust de las conductas de los operadores presentes en el mercado que deben operar en libre*

Para poder hablar del principio de confianza legítima es necesario partir de la premisa, tal y como han manifestado los Tribunales, que tal principio es aplicable “*no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa*”⁵⁵⁹.

Pero, además, se exige que el principio de confianza legítima respalde una actuación permitida por el ordenamiento jurídico, primando el principio de legalidad sobre el de la confianza legítima⁵⁶⁰. De este modo, en aquellos supuestos en los que la actuación

competencia”. Vid. COSTAS COMENSAÑA, J. (2011). “La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al derecho de defensa de la competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters, Civitas, págs.128-129.

⁵⁵⁹ Así lo declara el TS en STS de 1 de febrero de 1990. Del mismo tenor es la STS 15002/1991, de 1 de marzo. También la jurisprudencia europea avala el principio de confianza legítima, habiéndose concluido, por ejemplo, en STJUE de 20 de abril de 1988, C-316/86, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas/Krücken*, que “*la autoridad nacional encargada de aplicar el régimen de restituciones a la exportación en el ámbito de la organización común de los mercados agrícolas está obligada al cumplimiento del principio de la protección de la confianza legítima*”. También la STJUE de 18 de junio de 2013, C-681/11, *Schenker & Co. y otros*, en un supuesto en materia de competencia, razonó que “*debe recordarse que las autoridades nacionales de defensa de la competencia pueden decidir excepcionalmente no imponer una multa aun cuando una empresa haya infringido deliberadamente o por negligencia el artículo 101 TFUE. Puede darse ese caso cuando un principio general del Derecho de la Unión, como el de protección de la confianza legítima, se opone a la imposición de una multa. Sin embargo, nadie puede invocar la violación del principio de protección de la confianza legítima si la Administración competente no le ha dado garantías concretas. De ello se deduce que el dictamen jurídico de un abogado no puede en ningún caso generar en el empresario una confianza legítima de que su comportamiento no infringe el artículo 101 TFUE o de que no dará lugar a la imposición de una multa*”. La STS de 28 de noviembre de 2016 (rec. núm. 1003/2015) ha ido un paso más allá, afirmando que, “*el derecho a reclamar la protección de la confianza legítima presupone que concurren tres requisitos acumulativos, que, en este supuesto, estimamos que no concurren. En primer lugar, que la Administración debe haber dado al interesado garantías precisas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables. En segundo lugar, que estas garantías debe poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen. En tercer lugar, que las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables*”, concluyendo al respecto que “*sin duda la participación de una entidad pública puede ser un factor a tener en cuenta a la hora de valorar la apariencia de legalidad de una determinada actuación. Sin embargo, la relevancia que pueda tener tal participación está sujeta a las circunstancias concretas del caso, y en el supuesto presente dicha circunstancia no tiene la trascendencia exculpatoria que pretende la actora. En primer lugar y como ya se ha señalado, por la existencia de una infracción continuada integrada por numerosas actuaciones, entre las que se cuenta la elaboración del citado documento, y que constituirían una infracción de análoga gravedad y trascendencia anticompetitiva. En segundo lugar, la presencia de un organismo público como la Autoridad portuaria en ningún caso supone un aval de legalidad ni exime de antijuridicidad a una actuación claramente colusoria y contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Como hemos señalado en otras resoluciones, el derecho a reclamar la protección de la confianza legítima presupone que concurren tres requisitos acumulativos, que, en este supuesto, estimamos que no concurren*”. En el mismo sentido lo ha declarado la AN, entre otras, en SAN de 3 de marzo de 2023 (rec. núm. 716/2018); SAN de 28 de febrero de 2023 (rec. núm. 744/2018); SAN de 3 de marzo de 2023 (rec. núm. 757/2018) o SAN de 3 de marzo de 2023 (rec. núm. 736/2018).

⁵⁶⁰ Así lo ha declarado el TS en STS de 14 de febrero de 2006 (rec. núm. 4628/2003), al argumentar que “*el principio de la confianza legítima comporta que es legítimo, que el ciudadano pueda confiar en la Administración, delimitándose así los derechos y obligaciones de ambos en un sentido objetivo, según lo*

administrativa se ajuste a la legalidad y existan actos externos de la Administración “*que sean lo suficientemente concluyentes como para que induzcan razonablemente a una empresa a confiar en la legalidad de la actuación administrativa y de su comportamiento anticompetitivo*” —aceptándose la participación de la AAPP como instigadora de la conducta anticompetitiva—, y la empresa se haya comportado de buena fe, las empresas podrán amparar su actuación en el principio de confianza legítima⁵⁶¹.

que se puede esperar de acuerdo con las reglas del “tráfico jurídico”, y no en sentido subjetivo, según la creencia de las partes. Pero dicho principio debe ser interpretado restrictivamente y siempre en el ámbito de la legalidad”. En el mismo sentido, la STS de 20 de diciembre de 2006 (rec. núm. 3658/2004), concluyó respecto del principio de confianza legítima que “*en un supuesto como el presente sin duda prevalece el principio de legalidad frente a un comportamiento manifiestamente contrario a la propia legalidad, aun cuando la conducta de la Administración pueda haber sido equívoca*”. También PADRÓS REIG reitera la necesidad de que la conducta administrativa esté amparada en la legalidad para poder apreciar la confianza legítima. Vid. PADRÓS REIG, C. (2013:14).

⁵⁶¹ En este sentido lo afirma MARCOS FERNÁNDEZ. En palabras del propio autor, “*en su aplicación en materia de defensa de la competencia han de concurrir, por tanto, dos presupuestos básicos: signos o actos externos de la Administración pública (a) que sean lo suficientemente concluyentes como para que induzcan razonablemente a una empresa a confiar en la legalidad de la actuación administrativa y de su comportamiento anticompetitivo. (b) Aunque la Administración haya participado, o incluso promovido las reuniones entre los operadores, ello no genera confianza legítima, salvo que exista evidencia de que sea ella la que instase a la celebración de acuerdos anticompetitivos. (...). Por otra parte, es necesario, adicionalmente, que la empresa se haya comportado de buena fe y diligentemente, lo que excluye de la posible protección de la confianza legítima a aquellos supuestos en los que la pasividad empresarial ignora, amparándose en la mera presencia o actuación de la Administración, el carácter claramente anticompetitivo y prohibido de sus comportamientos*”. Cf. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2020:501-503). Así, por ejemplo, en RCNMC de 6 de septiembre de 2016, expte. S/DC/0544/14, *Mudanzas Internacionales*, se rechaza la aplicación del principio de confianza legítima con base en que “*las conductas objeto del expediente resultan de la propia iniciativa de las empresas incoadas y eran desconocidas para las Administraciones contratantes. Han quedado acreditadas las medidas adoptadas por las mismas para ocultar las conductas mediante correos Webmail de nombres diferentes a la denominación jurídica de las empresas o con fantasiosos nombres en clave, creadas expresamente para la gestión secreta del sistema de apoyos*”. En el mismo sentido, el Consejo de la CNMC apreció la existencia de culpa y descartó la aplicación del principio de confianza legítima en RCNMC de 30 de junio de 2016, expte. S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*, concluyendo al respecto que “*no cabe apreciar, por tanto, la existencia de confianza legítima como eximente de la culpabilidad de las empresas en las conductas aquí sancionadas sino considerar que, cuanto menos, la responsabilidad de las mismas lo es a título de negligencia grave en la medida en que ha quedado acreditado que eran conscientes de que sus conductas eran contrarias a la normativa sobre competencia*”. También la STS de 23 de abril de 2018 (rec. núm. 608/2016) concluye al respecto que “*el principio de protección de la confianza legítima no puede invocarse por un operador económico para justificar la falta de culpabilidad en la comisión de una infracción del Derecho de la Competencia, cuando pudo prever que la participación de instituciones públicas en la adopción de los acuerdos anticompetitivos no privaba a éstos de su antijuricidad e ilicitud*”. Del mismo tenor, la STJUE de 20 de abril de 1988, C-316/86, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas/Krücken*, expone que “*el principio de la protección de la confianza legítima no puede invocarse en contra de un precepto preciso de un texto de Derecho comunitario, y que el comportamiento de una autoridad nacional encargada de aplicar el Derecho comunitario, que está en contradicción con este último, no puede basar, en un operador económico, una confianza legítima para beneficiarse de un tratamiento contrario al Derecho comunitario*”. En el lado contrario, a pesar de que en un primer momento la Autoridad de competencia no aprecia que se dan los requisitos necesarios para poder aplicar el principio de confianza legítima, la Audiencia Nacional declara exenta de responsabilidad a la infractora o atenuada su responsabilidad con base en dicho principio. A modo de ejemplo podemos citar la SAN de 10 de abril de 2013 (rec. núm. 652/2011), cuyo fundamento jurídico concluye que “*resulta en consecuencia que no solo el contexto normativo inducía a error, sino que la activa participación de la Administración y a la vista de los concretos hechos probados en este expediente administrativo pudo llevar a la conclusión de que su actuación era conforme a derecho. En este*

Como se ha tratado de exponer sucintamente y se puede observar, como consecuencia de la influencia que la doctrina *Treuhand* ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico, las autoridades de competencia abandonan el criterio de la impunidad de la Administración que, en el ejercicio desviado de potestades públicas, actúe favoreciendo a que terceras empresas falseen la competencia, para pasar a sancionarse a las mismas como facilitadoras del cártel, lo cual, genera bastantes dudas tal y como se expondrá a continuación.

No parece tan problemática la posible subsunción bajo la figura del facilitador —más allá del conflicto que plantea el propio título de imputación como facilitador en relación con el principio de legalidad sobre lo que me detendré en el epígrafe siguiente— de la actuación de las Administraciones Públicas como operadores económicos; en estos casos, igual que es posible sancionarlas como responsables de las infracciones de competencia cometidas por ellas mismas, podrían ser sancionadas por haber participado en una infracción ajena por ser la autoridad de competencia el órgano competente para fiscalizar la actuación de las empresas en el mercado. Pese a todo y conforme a lo establecido por la jurisprudencia del TS, no tiene relevancia alguna para poder sancionar ni la naturaleza jurídica del infractor ni si el mismo ha intervenido como operador económico o no, respaldándose la sanción a las AAPP en cualquiera de los dos supuestos anteriores siempre y cuando sea posible determinar que la acción realizada por la Administración sea susceptible o haya restringido o falseado el mercado⁵⁶².

sentido, partiendo de la base de que no existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones administrativas y de que la culpabilidad del sujeto infractor se vincula a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas aplicables, la suma de las dificultades en la interpretación descritas por la CNC y la actuación administrativa, aunque no sitúan a ASEVI-ASAJA dentro de los límites del principio de confianza legítima, si excluyen el elemento intencional en la comisión de la infracción, con la consecuencia de que no procede imponer sanción alguna". También con base en el principio de confianza legítima, la SAN de 21 de enero de 2013 (rec. núm. 603/2010), rebaja la multa impuesta a Forde Reederei Seetouristik Iberia S.L.

⁵⁶² Así lo declara CANEDO ARRILLAGA, afirmando al respecto que “*todo cuanto antecede permite concluir que la condición jurídica del infractor y el hecho de que actúe o no como operador económico no son factores determinantes para apreciar la existencia de una infracción. Lo relevante es la incidencia real de la conducta de la entidad en el mercado o la aptitud de la acción pública para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta en que participa*”. Vid. CANEDO ARRILLAGA, P. (2020). “*Poderes públicos y competencia. En busca del efecto útil del Derecho de la competencia*”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, nº2, págs. 241-242. No obstante, MARCOS FERNÁNDEZ critica tal interpretación, considerando que “*la extralimitación en el ejercicio de sus poderes por la Administración Pública es censurables y el exceso puede atacarse desde múltiples perspectivas, pero no parece plausible hacerlo a través del procedimiento sancionador de defensa de la competencia y menos aún utilizando el artificio de considerar a los poderes públicos «facilitadores»*”. Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2020:499).

Una vez expuesta la aplicación que nuestros órganos nacionales hacen de la figura del facilitador para sancionar también a la Administración Pública por su cooperación en las infracciones cometidas por terceros procede pasar, quizás, a la cuestión principal de este capítulo: el acomodo que tiene el facilitador de un cártel como cooperador de las infracciones ajenas en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente, la quiebra que puede suponer sancionar a una persona jurídica, tanto pública como privada, con el principio de legalidad constitucionalmente garantizado en el artículo 25.1 CE.

IV. EL CONFLICTO DE LA FIGURA DEL FACILITADOR CON LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA.

Las líneas precedentes han versado sobre la conceptualizado de la figura del facilitador de la infracción, así como la utilización que en nuestro ordenamiento se le da a este título de imputación para sancionar a las AAPP cuando en el ejercicio de potestades públicas facilitan la comisión de una infracción de las prohibidas por el TFUE o la LDC. Por ello, lo que resta es examinar con más detenimiento las consecuencias que tiene la incorporación de la punibilidad de este modo de participación para con los principios de la potestad sancionadora.

A *priori*, podría pensarse que la participación en las infracciones ajenas es algo que está a la orden del día y sobre lo que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado cientos de veces aceptándola, por lo que no es significativo realizar un estudio pormenorizado de ésta. Sin embargo, la singularidad del supuesto que nos ocupa no se encuadra tanto en la posibilidad de declarar responsable a la persona que participa en una infracción ajena, sino el hacerlo sin el suficiente amparo legal.

Como ya se ha expuesto en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, es tradicional en el derecho penal español la distinción entre diversos modos de participación en la infracción dependiendo del grado de implicación del sujeto en la misma, pudiendo diferenciar, según lo dispuesto en los artículos 27 a 29 del CP, entre autores y cómplices. Dentro de los autores también hay que distinguir entre los inductores, los cooperadores necesarios y los autores materiales del delito; sin embargo, a efectos de calificación, todos se engloban bajo el concepto de autores. Por el contrario, los cómplices son aquellos que cooperan en la ejecución del hecho ajeno con actos anteriores (conspiradores,

provocadores o inductores), simultáneos o posteriores (encubridores) a la consumación del delito.

En línea con la influencia que tradicionalmente ha tenido el derecho penal en el derecho administrativo sancionador, lo lógico hubiese sido que, partiendo de la teoría de la autoría y participación sucintamente enunciada, el legislador hubiese configurado un régimen sancionador general que distinguiera entre los distintos modos de participación en las infracciones administrativas, cosa que no ocurre en la realidad y que ya se ha desarrollado con más detenimiento en el capítulo 1 de la primera parte del estudio —sin perjuicio de lo ya mencionado en el mismo respecto de la LPSAPV—.

Es por ello por lo que para analizar el encaje que el facilitador tiene en el derecho administrativo sancionador de defensa de la competencia hay que partir, precisamente, de esta ausencia de tipificación general de los tipos de autoría y participación. La LDC solo contempla como sujetos responsables a las personas físicas o jurídicas que realicen los actos típicos y antijurídicos tipificados como tal en la misma, es decir, a los autores de las mismas. No encontramos ninguna referencia más a las formas de participación en la infracción salvo, como se ha mencionado con anterioridad, la responsabilidad de los representantes legales y directivos de las sociedades sancionadas en determinados supuestos⁵⁶³. Tampoco el TFUE detalla los sujetos responsables de las infracciones contrarias a la competencia. Ni siquiera la ley 40/2015, supletoriamente aplicable, trata el referido asunto de una forma más o menos completa, simplemente el artículo 28 de la misma declara responsables de las infracciones a sus autores, previéndose la posibilidad de declarar autores a más de un sujeto siempre y cuando el cumplimiento del deber le corresponda conjuntamente a todos ellos⁵⁶⁴.

Haciendo un análisis puramente simplista se puede afirmar que el hecho de que los autores sean los únicos destinatarios de las prohibiciones de competencia refleja la intencionalidad del legislador de sancionar, precisa y únicamente, a los autores de las infracciones. Pero yendo un poco más allá y dejando a un lado la voluntad del legislador,

⁵⁶³ Como ya se ha expuesto, la LDC solo contempla como sujetos infractores en su artículo 61 a los autores de las prácticas anticompetitivas —sin perjuicio de la posibilidad de sancionar también a la empresa que controla a otra cuando la conducta de esta última venga determinada por la primera, supuesto que ya se ha analizado en el capítulo 4—. También encontramos en el artículo 63.2 de la LDC la posibilidad de sancionar a los administradores de las empresas sancionadas con multas de hasta 60.000 € cuando estos hubieran intervenido directamente en la conducta, lo cual, será objeto de análisis en el capítulo siguiente.

⁵⁶⁴ Como se acaba de exponer, tanto la LDC como la LRJSP guardan silencio respecto de los modos de autoría y participación. No es este el caso, como ya se ha indicado a lo largo del presente trabajo, de la LPSAPV, la cual si recoge en su artículo 9 los modos de participación punibles en la infracción ajena.

lo razonable es afirmar, como se expondrá a continuación, que ampliar el ámbito subjetivo de la Ley sin un suficiente amparo normativo previo podría contradecir los principios de la potestad sancionadora; concretamente, los principios de legalidad y responsabilidad.

En primer término, conviene recordar que el principio de legalidad sancionadora se encuentra garantizado en los artículos 49.1 de la CDFUE, 25.1 de la CE y 27 de la LRJSP y, en virtud del mismo, nadie podrá ser sancionado por acciones y omisiones que en el momento en que se cometieron no constituyesen infracción administrativa. El principio de legalidad entraña, de un lado, un mandato al legislador que le obliga a tipificar las infracciones de tal modo que las conductas prohibidas sean claras e inteligibles y, de otro, supone una garantía para los investigados en el procedimiento administrativo sancionador de modo que solo serán sancionables las conductas que, de la lectura de las normas, se pueda predecir que son ilícitas y, por ende, merecedoras de reproche⁵⁶⁵.

En este sentido y para el supuesto que nos ocupa, solo constituirán ilícitos administrativos en materia de defensa de la competencia las prohibiciones que tanto los artículos 101 y 102 del TFUE y 1 al 3 de la LDC contienen, y solo serán responsables de las mismas los sujetos que efectivamente las hayan realizado o, lo que es lo mismo, los autores de las mismas. Cualquier otra conducta que pudiera incidir negativamente en la competencia, si no es posible encuadrarla en cualquiera de los tipos anteriormente descritos, será atípica y, por ende, impune.

¿Es la cooperación en un cártel una conducta de las tipificadas como anticompetitivas por los artículos 101 TFUE y 1 LDC? No. La cooperación en un cártel a través de la realización de actuaciones que faciliten la consumación de los acuerdos anticompetitivos puede ser, a todos los efectos, una conducta ilícita, pero no es típica en tanto en cuanto

⁵⁶⁵ Así, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 162); Vid. NIETO, A. (2012:162). o CANO CAMPOS, T. (2018:66). También la jurisprudencia ha declarado lo propio en relación con el principio de legalidad habiendo afirmado en STC 220/2016, de 19 de diciembre, que “*el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos deban conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones*”. También la STC 150/2015, de 6 de julio, ha declarado respecto del principio de legalidad que “*comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones lex certa, en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones*”. Del mismo tenor son las STC 185/2014, de 6 de noviembre; STC 146/2015, de 25 de junio; STC 162/2008, de 15 de diciembre; STC 133/1987, de 21 de julio; STC 83/1984, 24 de Julio; STC 61/1990, de 29 de marzo; STS 17 de noviembre de 1999 (rec. núm. 4884/1992); o STS (Sala quinta) de 17 de marzo de 2004 (rec. núm. 33/2003).

no se encuentra descrita como tal en la ley⁵⁶⁶. A pesar de las conclusiones a las que ha llegado el TJUE lo cierto es que la conducta prohibida consistente en participar en un cártel solo es punible en tanto en cuanto se ha formado parte del mismo; es decir, solo podrá sancionarse la conducta de los autores materiales, la de aquellas empresas que haya decidido rechazar ejercer presión competitiva sobre el resto de los competidores de un mercado determinado. A pesar de lo pretendido por los tribunales, lo cierto es que el artículo 62 de la LDC tipifica como infracciones muy graves llevar a cabo conductas de las descritas en los artículos 101 TFUE o 1 de la LDC, no cooperar o facilitar para que dichas conductas sean realizadas. Por ello, sancionar la referida conducta, es contrario al principio de legalidad de las infracciones administrativas⁵⁶⁷.

El TJUE y, en línea con el mismo, la jurisprudencia nacional, lo que está llevando a cabo al sancionar al facilitador del cártel es una aplicación extensiva de la norma, ampliando por este medio las prohibiciones contenidas en la Ley; es decir, está tratando de avalar que una conducta quede prohibida por la normativa de defensa de la competencia y que el autor de la misma responda de ella sin el preceptivo amparo legal previo, lo cual, está

⁵⁶⁶ De este modo lo consideró la SAN 2169/2018, de 29 de mayo, al anular la sanción que la CNMC impuso a TEXPOL por considerar que con su actuación había participado en el cártel de los pañales; por lo que anuló la resolución de la CNMC en lo relativo a la sanción impuesta a TEXPOL. Sin embargo, el TS casó y anuló la SAN en tanto en cuanto avaló que la conducta de TEXPOL era merecedora de sanción por haber facilitado el acuerdo anticompetitivo. Así, la STS de 21 de mayo de 2020 (rec. núm. 7880/2018), concluyó al respecto que *“atendidas las circunstancias del caso relacionadas en la resolución sancionadora y acreditadas en el expediente, la Sala “aquo”, sin perjuicio del examen pormenorizado que ha hecho de este asunto, habría tenido que desestimar el recurso por resultar acorde con los artículos 1 y 61.1 LDC y 101 TFUE que una empresa que interviene en un cártel, con conocimiento de la dinámica de dicho cártel y facilita los acuerdos colusorios, como es el caso, es autora de una infracción en materia de competencia por la que debe ser sancionada, aunque participe en un mercado conexo con el mercado de referencia de la práctica colusoria. Sin que la condición de agente o participante en el mercado conexo pueda servir de eximente de responsabilidad cuando queda documentada la intervención activa de la empresa en las prácticas colusorias, como ha sucedido en este caso y resulta de la lectura de la resolución sancionadora”*.

⁵⁶⁷ En este sentido lo ha declarado MARCOS FERNÁNDEZ, afirmando al respecto que *“la importancia de la formulación precisa de las normas que proscriben y sancionan determinadas conductas empresariales y la necesaria sincronía en la práctica entre el tipo y la conducta prohibida son una manifestación del principio de legalidad, que debe permitir razonablemente a los agentes conocer y prever las conductas que están prohibidas y quienes están sujetos a la prohibición. Es imprescindible que el tipo precise con claridad y sin ambigüedades las conductas y los sujetos afectados por la infracción”*. Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2016:393). En el mismo sentido MARTÍN FERNÁNDEZ, C. (2018). *“El facilitador de infracciones de competencia”* en MIRANDA SERRANO, L.M., COSTAS COMENSAÑA, J. (Dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, págs. 567-571. En términos similares lo declaró SOLDEVILA FRAGOSO, al afirmar que *“ante la existencia de unos tipos que describen las conductas ilícitas sumamente abiertos, al menos debería exigirse una conexión directa entre la conducta del agente infractor y la finalidad de la norma, que es la persecución de las conductas que por sí mismas limitan la competencia, aunque operen en mercados distintos. El problema radica en que dicha condición no puede predicarse de una empresa que simplemente asesora a las verdaderas autoras de la infracción”*. Cf. SOLDEVILA FRAGOSO, S. (2019:289). También el AG WAHL en sus Conclusiones de 21 de mayo de 2015, C-194/14, *Ac Treuhand AG/Comisión* deja constancia de que la sanción al facilitador es contraria al principio de legalidad en tanto en cuando no ha llevado a cabo ninguna conducta típica de las encuadrables en el art. 101 del TFUE.

proscrito por el principio de legalidad. El referido principio no solo exige que las conductas que constituyen infracción administrativa estén detalladas con claridad en la norma de modo que cualquier sujeto sea capaz de prever las consecuencias de su actuación, sino que, además, intrínsecamente, prohíbe la aplicación extensiva o por analogía, lo que implica no poder ampliar los límites previstos por la norma para sancionar otras conductas o a otros sujetos no contenidos en la misma⁵⁶⁸.

Lo mismo ocurre, a nuestro juicio, cuando la CNMC o el TS sancionan como facilitadora de un cártel a la Administración que, en el ejercicio de potestades públicas, lleva a cabo acciones que finalmente favorecen la consumación de una conducta anticompetitiva de terceros en el mercado. En estos casos, no solo se podría entender vulnerado el principio de legalidad al respaldar la posibilidad de imponer una sanción bajo esta forma de participación, sino que, además, se está aplicando extensivamente la posibilidad de fiscalizar la actuación administrativa en aquellos supuestos en los que una Administración Pública no actúa en el mercado como operador económico sino como poder público.

⁵⁶⁸ Así lo ha declarado GUILLÉN CARAMÉS, afirmando al respecto que “*los aplicadores del Derecho de la Competencia, autoridades de competencia y tribunales (especialmente TJUE y TS) han desarrollado una interpretación extensiva de los art. 101 y 102 TFUE y 1 a 3 LDC, que va más allá de dicha labor interpretativa, mediante la que se estaría creando un nuevo tipo infractor —el facilitador de conductas colusorias—, que prima facie no se encontraría delimitada con la suficiente claridad y certeza en dichos tipos infractores, lo que contravendría el principio de legalidad sancionadora consagrado en el art. 25.1 CE*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2023:320). En el mismo sentido, MARCOS FERNÁNDEZ ha concluido que “*la ampliación del tipo vía aplicativa no es posible y constituye una anomalía que contraviene el principio de legalidad de las sanciones*”. Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2016:393). Del mismo modo JIMÉNEZ-LAIGLESIA OÑATE Y GONZÁLEZ-CONCHEIRO GONZÁLEZ, tras afirmar que “*no puede aprovecharse la amplitud del ámbito subjetivo de aplicación de dichos artículos para extender su ámbito de aplicación objetiva a conductas que ni tienen un encaje directo en las conductas prohibidas por estas ni contribuyen a la puesta en marcha o ejecución de las mismas, excediendo, incluso las formas de participación previstas por el Derecho Penal*”, concluyen al respecto que “*estaríamos hablando de la sanción de una conducta que no encuentra acomodo en los tipos sancionadores del Derecho de la competencia y que, por tanto, sería contraria al principio de legalidad que rige el Derecho sancionador nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Cf. JIMÉNEZ-LAIGLESIA OÑATE, J. Y GONZÁLEZ-CONCHEIRO GONZÁLEZ, A. (2021). “*Implicaciones de las sentencias del Tribunal Supremo en los casos “Texpol” y “Alluitz motor” y la posible extensión de la figura del “facilitador” a conductas pasivas*”, en RECUERDA GIRELA, M.A., *Anuario de la Competencia 2021*, Civitas, Thomson Reuters, págs. 314-315. En términos similares PASCUAL MORCILLO, partiendo del principio de legalidad, concluye que “*una cosa es que el tipo de infracción del artículo 1 LDC sea muy genérico en cuanto a la delimitación de los sujetos intervinientes (lo cual permite incluir a cualquier empresa, esté o no presente en el sector de actividad afectado por la restricción de competencia, de conformidad con la sentencia AC Treuhand) y otra distinta es que todos ellos sean coautores, es decir, que cada uno de ellos domine funcionalmente el hecho (...) en la fase ejecutiva (...). Si se aporta una contribución, aun esencial, en la fase preparatoria, se estará ante una cooperación necesaria impune*”. Vid. PASCUAL MORCILLO, A. (2015:133-134). También CANO CAMPOS razonó al respecto que “*cuando la interpretación extensiva utiliza argumentos como el analógico, que apoyan no una interpretación de disposiciones preexistentes, sino más bien la formulación de una nueva norma, no es admisible en el ámbito sancionador*”. Cf. CANO CAMPOS, T. (2018:55). En el mismo sentido lo han declarado NIETO, A. (2012: 169 y 176-177) o REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 113-114).

Si ya de por sí el encaje de la figura del facilitador plantea serias dudas en relación con el principio de legalidad de nuestro ordenamiento jurídico, esta segunda derivada que se ha llevado a cabo del mismo es, a nuestro juicio, excesiva. En primer lugar, porque podría suponer una injerencia de las autoridades de competencia sobre las competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como rama del ordenamiento jurídico encargada de fiscalizar la actuación administrativa y, en segundo lugar, porque podría entenderse vulnerado el principio de legalidad al no encontrar el amparo legal suficiente que permita justificar que una Administración, en el ejercicio de sus potestades públicas, sea merecedora de sanción si de su actuación se derivan consecuencias que pongan en riesgo la competencia del mercado⁵⁶⁹.

Ligado a lo anterior, pero, en cierto modo, diferente es la posible calificación del facilitador como cómplice. A nuestro juicio tampoco es posible compartir la consideración de que la responsabilidad del facilitador deriva de su intervención como partícipe en la infracción principal. En este sentido, entendemos que habrá de desecharse la interpretación de que una empresa ajena al cártel puede ser considerada como cómplice

⁵⁶⁹ En relación con la impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de la actuación administrativa que restrinja la competencia es necesario, aunque quizás precipitado, afirmar la posibilidad de realizar tal impugnación a pesar de que no se haya dictado formalmente un acto administrativo. En contra de la postura adoptada por el TS que defiende en la STS de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013), la imposibilidad para llevar a cabo tal impugnación por considerar que al no haberse materializado o exteriorizado la actuación de la administración en un acto administrativo es inviable que un recurso contencioso administrativo prospere, creo que se olvida de la posibilidad que reconoce la LJCA de impugnar no solo la actuación administrativa material, sino que prevé, como objeto del recurso, el resto de la actividad administrativa. Aplicado al supuesto que ahora nos ocupa en los que la Administración en el ejercicio de potestades públicas facilita la comisión de un cártel es posible afirmar que tal actuación no está amparada legalmente, habiéndose incluso afirmado por algunos autores que el ejercicio de dichas potestades respondía a un uso desviado, ilegítimo o extralimitado de las mismas —Vid. COSTAS COMENSAÑA Y HORTALÁ Y VALLVE, J. (2013:19) o CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. (2019). “La Administración Pública como infractora de las normas de competencia: ¿aplicación extensiva o racional?”. *Anuario de Competencia*, pág. 82—. Pues bien, partiendo de la afirmación anterior y teniendo en cuenta que la legitimación prevista en la LDC para que las Autoridades de competencia impugnen la actuación administrativa no se limita a los actos y disposiciones generales con rango inferior a la Ley, sino que, además, se incluye la inactividad de la misma o las actuaciones que constituyen vía de hecho —Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2011:450)— considero que será posible impugnar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo estas conductas bajo el art. 25.2 de la LJCA; máxime teniendo en cuenta que la vía de hecho precisamente se define en la LJCA como la “*aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase*”. La duda que genera la admisión de tal recurso solo será resuelta si en algún momento se llega a plantear un recurso con base en tal argumento, algo que a día de hoy no tengo conocimiento de que haya sucedido. Considero que, si bien no es comparable a la posibilidad de sancionar a la Administración por haber facilitado un cártel —lo que conlleva dotar de capacidad a la CNMC para que fiscalice la actuación de la Administración cuando no actúa como un operador económico, además de ampliar el ámbito objetivo de la LDC y TFUE que solo se refiere a las actividades económicas (no normativas)— dicha solución se ciñe más a las normas y al modo tradicional de controlar la actuación de las administraciones públicas, debiendo acudir a la sede fiscalizadora natural de las mismas para llevar a cabo tal comprobación.

o cooperadora necesaria del mismo en tanto en cuanto la ley no lo prevea expresamente y declare que son punibles las formas de participación en las infracciones ajenas. Así, igual que como ocurre en el supuesto anterior, esta argumentación ofrecida por la jurisprudencia también podría suponer una quiebra del principio de legalidad en relación con el principio de responsabilidad en tanto en cuanto —y tal y como está previsto actualmente en la Ley— solo serán responsables de las infracciones los autores de las mismas⁵⁷⁰.

Por mucho que la jurisprudencia del TJUE haya querido revestir de cómplices a los facilitadores de los cárteles bajo la fundamentación de que su conducta tuvo una especial relevancia en el acuerdo prohibido —aunque, desde nuestro punto de vista, una intervención de especial trascendencia en una infracción ajena podría asemejarse más a la figura del cooperador necesario del derecho penal que a la del cómplice—, lo cierto es que el principio de responsabilidad sancionadora niega la posibilidad de sancionar tales actuaciones en tanto en cuanto la misma no esté descrita en la norma sectorial. Es decir, si la ley sectorial, en nuestro caso la LDC, no contempla como sujetos responsables a las personas que intervienen en una infracción ajena, sea del modo que sea, la conducta llevada a cabo por estos terceros será, a todos los efectos, impune, pues de lo contrario y al no existir una regulación general en el derecho administrativo sancionador sobre la autoría y la participación, sancionar a estos sujetos contravendría el principio de responsabilidad personal contenido en el artículo 28 de la LRJSP en relación con el principio de legalidad consagrado constitucionalmente en el art. 25.1 de la CE⁵⁷¹.

Tampoco compartimos la fundamentación mediante la cual pretende justificarse como respaldo normativo de la figura del facilitador la alusión que el artículo 64.2.b) hace al instigador de la infracción, pues para ello se exigen dos requisitos acumulativos: de un

⁵⁷⁰ Ya MARCOS FERNÁNDEZ advirtió de tal ilegalidad al afirmar que “*la complicidad de la infracción en materia administrativa sancionadora será sancionable si así se prevé en el tipo legal. Sin embargo, a falta de esa previsión legal, el cómplice no puede considerarse infractor. Se trata de una manifestación del principio de legalidad material, que obviamente rige tanto en materia penal como en materia administrativa sancionadora, sin que sea admisible afirmar que existe en esta última una flexibilización o relajación de las garantías y principios penales*”. Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2016:401).

⁵⁷¹ Así lo declara PASCUAL MORCILLO, afirmando que “*en el Derecho administrativo sancionador (...) no existe una ordenación de la materia con carácter general, por lo que se debe estar a lo dispuesto en las distintas leyes sancionadoras. La única excepción se encuentra en la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que sí proporciona un esquema de las formas de intervención en la infracción administrativa que resultan punibles*”. Vid. PASCUAL MORCILLO, A. (2015:113). En el mismo sentido, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. Y BUENO ARMIJO, A. (2010: 260) o MARTÍN FERNÁNDEZ, C. (2018:569-571).

lado, formar parte del cártel como participante del mismo y, de otro, haber sido la parte que lo fomente, siendo ésta una consecuencia del principio de proporcionalidad de las penas y no un modo de imputación. Se estaría realizando, del mismo modo que en el supuesto anterior, una interpretación extensiva de la norma, tratando de enmascarar como elemento de tipo infractor lo que a todas luces es una circunstancia que agrava la responsabilidad sancionadora del autor de la infracción que ha instigado a otros a cometerla, pudiéndose entender vulnerado también el principio de legalidad sancionadora⁵⁷².

Por todo lo expuesto podemos concluir que, partiendo de la legislación vigente, sancionar al facilitador de un cártel podría no respetar los principios de la potestad sancionadora que ahora nos interesan. De un lado, porque considerarle autor de una conducta consistente en haber facilitado que el acuerdo anticompetitivo se haya consumado podría contradecir el principio de legalidad ya que, la conducta de facilitar no está incluida en el tipo que contiene la prohibición, no debiéndose poder ampliar el mismo jurisprudencialmente para subsumir estas conductas por ir en contra del referido principio. De otro, porque sancionar la participación en una infracción ajena cuando no está previsto expresamente por la norma podría vulnerar no solo el principio de legalidad, sino también el principio de responsabilidad personal en virtud del cual, y en defecto de una norma que amplíe o sancione la participación en la infracción ajena, los únicos responsables en el derecho administrativo sancionador de las infracciones son los autores que las hubieran cometido.

En un Estado de Derecho donde la nota característica del mismo es el sometimiento pleno a la ley, parece paradójico que sean los propios órganos administrativos y judiciales los que olviden tan importantes principios de la potestad sancionadora. Es cierto que las

⁵⁷² En palabras de REBOLLO PUIG, “*basar otra cosa en el artículo 64.2.b) de la LDC porque alude al «instigador de la infracción», como alguna vez se ha intentado, es pueril, es coger el rábano por las hojas; porque con toda evidencia ese precepto se está refiriendo a quien, de entre los que han realizado la acción típica y es responsable, haya asumido el papel de instigador, no a un tercero cuya actividad haya sido solo la de azuzar a la comisión de la infracción sin realizarla el mismo*”. Vid. REBOLLO PUIG, M. (2018:383). En el mismo sentido lo declara GUILLÉN CARAMÉS, concluyendo que la interpretación que realiza el TS no es la correcta en tanto en cuanto “*una cosa es que aquellos sujetos que resulten infractores de los art. 1 a 3 LDC y 101 y 102 del TFUE, conforme a lo dispuesto en el art. 61.1 LDC, puedan ver agravada su conducta, a efectos de delimitar la cuantía de la sanción, y otra muy distinta, es que se utilice una agravante para poder efectuar una interpretación extensiva de la legislación de competencia y poder entender incluida en el tipo infractor la figura del facilitador de conductas colusorias. Es más, una cosa es que pueda imputarse de forma directa la comisión de una conducta colusoria y, otra muy distinta, es que se emplee la figura del agravante para entender comprendida en el tipo infractor una nueva figura infractora, en este caso, la de facilitador de una conducta anticompetitiva*”. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2023:321).

conductas consistentes en facilitar una infracción que pretenden sancionar pueden ser moralmente reprobable, pero el fin no justifica los medios, lo que necesariamente conlleva a rechazar las interpretaciones cuya argumentación se basa en la finalidad y efecto útil de las prohibiciones contenidas en los artículos 101 TFUE y 1 LDC⁵⁷³. Evidentemente, la legislación de defensa de la competencia, como una de las principales normas que desarrollan la actividad de las empresas para con el mercado, habrá de tener en cuenta en su regulación la volatilidad de estas últimas, debiendo poder adaptarse los tipos infractores a la realidad de cada momento, lo que no es óbice para que la aplicación de la misma permita apreciar de un modo sencillo el respeto de las garantías esenciales del procedimiento sancionador.

Es de sobra conocido que para que una conducta pueda ser sancionada es necesario que se trate de una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible; y en ausencia de alguno de los requisitos anteriores —en nuestro caso concreto, a falta de la tipicidad de la conducta llevada a cabo por la persona jurídica— lo que procede es la absolución. Por ello, lo que no puede aceptarse, a nuestro juicio, es tratar de salvar una más que deficiente regulación en materia de defensa de la competencia —en lo que al régimen sancionador se refiere— a golpe de jurisprudencia.

No obstante lo anterior, la justificación del actuar de nuestros tribunales y autoridades de competencia no es otro que los principio de primacía, de equivalencia y de eficacia del Derecho de la Unión sobre nuestro ordenamiento jurídico, de modo que compartan o no la argumentación dada por el TJUE, los referidos principios les imponen —en este caso concreto— ampliar los sujetos responsables de las infracciones de competencia, debiendo aceptar y sancionar bajo la figura del facilitador a la persona jurídica que, independientemente del mercado en el que desarrolle su actividad económica, preste asistencia o cooperación para la consumación de los cárteles⁵⁷⁴. En palabras de REBOLLO

⁵⁷³ Con esta demoledora afirmación comenzó su argumentación el AG WAHL en sus Conclusiones de 21 de mayo de 2015, C-194/14, *Ac Treuhand AG/Comisión*,: “una conducta no restrictiva de la competencia, en el sentido indicado, por muy criticable que pueda resultar desde el punto de vista moral o ético, no puede quedar comprendida, no obstante, en el ámbito de las prohibiciones consagradas por el Derecho de la competencia de la Unión Europea y, en particular, en la prohibición de prácticas colusorias prevista en el artículo 81 CE, apartado 1”.

⁵⁷⁴ Como es sabido, el principio de primacía de la UE consagra la aplicación preferente del Derecho de la UE en aquellos supuestos en los que éste último entre en conflicto con la legislación nacional. En este sentido lo declaró la STJUE de 15 de julio de 1964, C-6/64, *Flaminio Costa/ENEL*, afirmando que “considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que

PUIG, “*se nos pone en la comprometida tesitura de vulnerar la Constitución o el Derecho europeo, y el principio de primacía de éste obliga a decantarse por la ampliación de los responsables de las infracciones anticoncurrenciales que hemos descrito*”⁵⁷⁵.

Como conclusión hay que resaltar que, en virtud del principio de legalidad, no todas las acciones que puedan tener incidencia en la competencia son sancionables, sino solo aquellas tipificadas en las normas. Todos somos conocedores de que el Derecho siempre va por detrás de la realidad social y que conductas potencialmente lesivas para los intereses generales no podrán ser sancionadas como tal hasta que el legislador así lo contemple expresamente, cosa que solo ocurre cuando éste es consciente de la importancia de la actuación porque se ha materializado y se ha constatado la gravedad de los efectos; pero en este caso, la imposición viene directamente desde Luxemburgo.

El legislador como conocedor —o no— de la posible vulneración que tal aplicación supone para con el principio de legalidad constitucionalmente garantizado y, en aras de una mayor seguridad jurídica, deberá modificar la Ley y amparar en ella la conducta anteriormente descrita. En este sentido el legislador tiene dos opciones y lo que se propone *de lege ferenda* es o bien incorporar en la normativa básica una teoría general de formas de participación en las infracciones administrativas que permita sancionar no solo al autor sino también a los partícipes de las mismas (cooperadores necesarios, cómplices, facilitadores, inductores, encubridores, etc.), o bien tipificar como infracción administrativa la conducta del facilitador a lo largo del articulado de la LDC. Solo en

la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad”. En el mismo sentido la STJUE De 9 de marzo de 1978, C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, afirmó que “*el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional*”. También la doctrina se ha pronunciado en los mismos extremos. Así, ALONSO GARCÍA, R. (2005: 342); DIEZ-PICAZO, L.M. (1993: 257); COSCULLUELA MONTANER, L. (2022:89-90).; o FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2015:297).

⁵⁷⁵ Vid. REBOLLO PUIG, M. (2018:384). También BAÑO LEÓN puso de relieve la importancia que tiene el principio de primacía de la Unión para la fiscalización de la actuación administrativa de nuestras autoridades de competencia. De este modo, afirmó que “*la prevalencia del derecho europeo hace que el Tribunal Supremo acepte cualquier interpretación de la CNMC que tenga el soporte de la jurisprudencia europea y de la Comisión Europea*”. Vid. BAÑO LEÓN, J.M. (2016). “La evolución del Derecho de la competencia y su erradicación en el Derecho Público”. *RAP*, nº 200, pág. 301. Del mismo modo se declara expresamente en el artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 que es del siguiente tenor: “*cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión*”.

estos casos podrá sancionarse con respeto a la Constitución y a los principios de la potestad sancionadora la conducta del facilitador⁵⁷⁶.

Como ha quedado patente a lo largo del presente trabajo, la actual legislación en materia de defensa de la competencia es muy deficiente en cuanto al régimen sancionador se refiere, no quedando tampoco suplidas esas faltas de previsión por la normativa básica. Esto lleva aparejado una continua vulneración de las garantías propias del derecho sancionador —principio de responsabilidad, principio de culpabilidad y principio de legalidad— pero, en tanto en cuanto las mismas se aplican a personas jurídicas, no parece preocupar en exceso ni al legislador ni a nuestros tribunales que encubren tales quebrantos bajo una supuesta modulación de los referidos principios.

Tampoco hay que olvidar que las interpretaciones de la norma que nuestros tribunales adoptan son una imposición directa desde la UE. Sin embargo, en un Estado de Derecho como el que nos caracteriza, discriminar a las personas jurídicas por el simple hecho de serlo —máxime en sectores como el analizado en el que son los sujetos destinatarios de la norma por antonomasia— y conculcar sus garantías va en contra de la propia configuración teórica del mismo, debiendo el legislador abordar los problemas aquí reflejados a través de una modificación sustancial de la LDC en cuanto al régimen sancionador se refiere.

Por ello, a lo largo del presente trabajo se han puesto de manifiesto modificaciones que pudieran llevarse a cabo legislativamente a fin de garantizar que la aplicación efectiva del derecho de la competencia garantiza los principios del derecho sancionador y que se sintetizarán a continuación en las conclusiones.

⁵⁷⁶ La necesidad de modificar la actual LDC e incorporar en la misma la figura del facilitador del cártel es algo que comparte la doctrina que se ha dedicado a estudiar el papel del facilitador. Vid. REBOLLO PUIG, M. (2018:384); MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2016:406); o GUILLÉN CARAMÉS, J. (2023:319-321).

CONCLUSIONES

PRIMERA. El objeto de la presente tesis doctoral ha sido realizar un análisis crítico de la aplicación que las autoridades de competencia —tanto nacionales como la europea— hacen de la legislación en materia de defensa de la competencia a fin de determinar si el principio de responsabilidad personal propio del derecho administrativo sancionador queda debidamente salvaguardado en los procedimientos de esta naturaleza que se dirigen contra las personas jurídicas y frente a otras figuras íntimamente relacionadas con las mismas.

Para ello hay que partir de las siguientes premisas: en primer lugar, que el derecho de defensa de la competencia vela por el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, sancionando aquellas conductas que pudieran falsearla. En segundo lugar, que las prácticas anticompetitivas se caracterizan por ser actuaciones secretas y difíciles de probar, habiéndose tipificado las mismas como infracciones a través de conceptos jurídicos indeterminados vagos y confusos, por lo que las autoridades de competencia suelen encontrar graves problemas a la hora de detectar y acreditar la realización de estas por los operadores económicos. Y, por último, que los destinatarios de las referidas prohibiciones son, en mayor medida, las empresas, lo que hace necesario apuntar una serie de singularidades respecto de estas.

Lo primero que conviene tener en cuenta es que en el funcionamiento normal del mercado es muy habitual que las empresas —sin perder por ello su personalidad jurídica o su independencia— se agrupen entre ellas formando grupos de sociedades. Este modo de organización permite crear nuevas sociedades filiales, extinguir sociedades ya existentes, o, incluso, transmitir unidades de negocio concretas dentro de las sociedades que forman parte del grupo. Pero además de lo anterior, las sociedades pueden llevar a cabo determinadas modificaciones en su estructura que, por tener incidencia en la personalidad jurídica de las mismas, tiene importantes consecuencias para el ejercicio de la potestad sancionadora por las autoridades de competencia al ser probable que en el momento en el que se fuese a imponer la sanción, la persona jurídica infractora ya no exista —jurídica o económicamente—.

Por ello, las autoridades de competencia —administrativas y judiciales— se han visto obligadas a modular el principio de responsabilidad personal en aras de garantizar el efecto útil de la legislación europea en materia de defensa de la competencia lo que, como

consecuencia de los principios de efectividad, equivalencia y primacía, ha supuesto que estas apliquen la legislación europea en el mismo sentido y del mismo modo, aceptándose, por tanto, una cierta modulación de los principios sancionadores.

Para poder estudiar la graduación que la jurisprudencia del TJUE ha hecho respecto de la aplicación del principio de responsabilidad personal en los procedimientos que en materia de defensa de la competencia se dirigen contra las personas jurídicas, se han examinado cuatro supuestos por ser los que plantean mayores problemas a la hora de delimitar la responsabilidad sancionadora de las mismas, a fin de concluir si dicha modulación respeta, en esencia, el contenido de los referidos principios o sí, por el contrario, podría considerarse que vulnera los mismos.

Nos referimos, en concreto, a (a) la transmisión de la responsabilidad sancionadora entre empresas que forman parte de un mismo grupo empresarial —la responsabilidad de la matriz por los actos de la filial y viceversa—; (b) la responsabilidad de la sociedad que sucede como continuadora económica a la sociedad extinta por haber perdido su personalidad jurídica como consecuencia de modificaciones estructurales; (c) la responsabilidad propia de los representantes legales y directivos de la persona jurídica infractora; (d) y, por último, a la responsabilidad del denominado facilitador de la infracción principal.

SEGUNDA. La posible traslación de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas que forman parte del mismo grupo empresarial es el primer supuesto que nos ha ocupado. En estos casos, la jurisprudencia del TJUE ha avalado la referida traslación siempre y cuando sea posible concluir que las mismas pueden considerarse como una unidad económica.

De este modo, partiendo del concepto autónomo de empresa que se ha venido utilizando en la aplicación de la normativa europea de defensa de la competencia —en virtud del cual se considerará empresa a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico o modo de financiación—, el TJUE ha fijado la doctrina jurisprudencial de la unidad económica conforme a la cual se puede considerar como una empresa a un conjunto de personas jurídicas que, formando parte del mismo grupo, actúen en el mercado de forma conjunta. Para poder apreciar la unidad de acción a la que nos referimos el TJUE incorporó también la doctrina de la influencia dominante. En virtud de esta, en aquellos supuestos en los que una sociedad matriz posea la totalidad

o cuasitotalidad del capital social o de los derechos de voto de una filial —bien directamente o bien a través de sociedades interpuestas— opera la presunción de que la primera dirige el comportamiento de la segunda, la cual no actúa con independencia en el mercado sino siguiendo instrucciones de la matriz.

Una vez delimitada el concepto de empresa conforme a las definiciones anteriores, el procedimiento de imputación que lleva a cabo el TJUE es el siguiente. En primer lugar, traslada tanto la actuación antijurídica como la intencionalidad de la persona jurídica infractora a la empresa en su conjunto, aplicando, en este momento, el principio de responsabilidad personal. Ello, le permite llegar a la conclusión de que la empresa es responsable y culpable de la práctica anticompetitiva. No obstante, como la definición de empresa que se utiliza en materia de defensa de la competencia es en el fondo una ficción jurídica creada para poder perseguir las prácticas anticompetitivas, la empresa no puede ser destinataria de la sanción —por carecer, entre otras cosas, de personalidad jurídica y patrimonio—, por ello, en un segundo momento, el TJUE se ve obligado a imponerle la sanción a una de las sociedades que la integran lo que, en última instancia, permite la traslación de la responsabilidad sancionadora entre sociedades que forman parte de un mismo grupo empresarial.

La fundamentación llevada a cabo por el TJUE entiendo que podría vulnerar tanto los principios de responsabilidad personal como de culpabilidad por no tener en cuenta ni la culpabilidad ni la participación que la sociedad destinataria de la sanción tuvo para con la consumación de la infracción y, además, podría vulnerar el derecho a la presunción de inocencia en tanto en cuanto la presunción de influencia efectiva arriba referenciada, a pesar de haberse configurado como una presunción *iuris tantum*, en la práctica es casi irrefutable.

Por todo lo expuesto se propone fundamentar la responsabilidad de la sociedad matriz respecto de la sociedad filial teniendo en cuenta únicamente la participación que la primera tuvo en el ilícito cometido por la segunda. De este modo es posible diferenciar aquellos supuestos en los que ambas sociedades realizan conjuntamente el hecho antijurídico de aquellos otros en los que la conducta se materializa por la filial, pero siguiendo órdenes o directrices de su sociedad matriz

En primer lugar, cuando tanto la sociedad matriz como la filial realicen conjuntamente el hecho antijurídico, ambas sociedades habrán de responder individualmente de sus propios

actos como autoras de la infracción, debiéndose imponer una sanción para cada una de ellas que se base en su volumen de negocios individualmente considerado.

En segundo lugar, cuando sea la matriz la que dirige el comportamiento de la filial, la argumentación que a nuestro juicio permitiría avalar la responsabilidad de la primera respecto de la actuación de la segunda, sin que existan dudas acerca de la posible vulneración del principio de responsabilidad personal, se fundamenta en la teoría del autor mediato propia del derecho penal. Conforme a ella sería posible declarar autora de la infracción a la sociedad matriz por tener el dominio del hecho y tomar como base para delimitar la cuantía de la sanción su volumen de negocios; todo ello, pudiendo apreciar de modo directo la intencionalidad que la misma tuvo para con la infracción anticompetitiva. Para ello, las autoridades de competencia habrán de demostrar que existe una influencia decisiva de la matriz respecto de la conducta de la filial, pudiéndose valer de la presunción *iuris tantum* de influencia efectiva siempre y cuando, en aras de garantizar el derecho a la presunción de inocencia, se delimite de forma clara cuáles son los elementos fácticos a partir de los que se construye la referida presunción.

Fuera de estos casos, es decir, cuando la filial actúe en el mercado de manera autónoma, habrá de ser ella la única autora y, por ende, responsable de la infracción en materia de competencia, habiéndose de cuantificar la sanción que resulte imponer única y exclusivamente de acuerdo con su volumen de negocios individualmente considerado.

TERCERA. La traslación de la responsabilidad sancionadora entre empresas que forman parte del mismo grupo empresarial entraña la duda acerca de si la misma podría realizarse de manera descendente, es decir, imputarle a la sociedad filial el comportamiento antijurídico de la matriz. El punto de partida deviene de la STJUE de 6 de octubre de 2021, C-882/19, *Sumal*, en virtud de la cual, en un procedimiento civil de responsabilidad por daños, se responsabilizó a la filial del pago de los daños y perjuicios causados por la infracción anticompetitiva cometida por su sociedad matriz.

Para ello, el TJUE se sirvió de la teoría de la unidad económica antes expuesta, considerando que, al formar parte ambas sociedades de la misma empresa —entendida ésta en sentido amplio conforme a la definición que de la misma se hace en materia de defensa de la competencia—, cualquiera de las sociedades podía ser declarada responsable de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la práctica anticompetitiva, máxime teniendo en cuenta que la sociedad filial comercializó los

productos de la matriz. Por ello, y partiendo de que el alcance del concepto autónomo de empresa que se utiliza en materia de defensa de la competencia habrá de ser el mismo estemos ante la aplicación pública o la privada de la norma, se suscitó la duda acerca de si la interpretación llevada a cabo por el TJUE podría trasladarse al procedimiento sancionador y aceptar la responsabilidad de la filial por los actos de la matriz.

En este sentido —y más allá del rechazo mostrado a la posibilidad de responsabilizar a una sociedad distinta de la infractora de la práctica anticompetitiva—, si partimos del mandato establecido en el art. 61.2 de la LDC en virtud del cual se exige que el comportamiento de la sociedad que cometió la actuación anticompetitiva esté condicionado por órdenes o directrices de otra, entendemos que no será posible responsabilizar a la filial del comportamiento anticompetitivo llevado a cabo por la matriz en tanto en cuanto, si bien es cierto que la matriz puede dirigir el comportamiento de la filial, parece poco probable —si no imposible— poder afirmar lo contrario, es decir, que la filial pueda dirigir el comportamiento de la matriz en el mercado. Por ello, en ausencia del requisito previsto en el tipo normativo, no parece posible aceptar una traslación de la responsabilidad descendente en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Por todo lo expuesto —a pesar de que el alcance del concepto autónomo de empresa tendrá que ser el mismo en las la aplicación pública o privada de la normativa *antitrust*— parece posible entender que la trasmutación del ámbito civil de responsabilidad descendente por daños al ámbito administrativo sancionador podría ser contraria a los principios de legalidad, culpabilidad y responsabilidad personal. De un lado, porque se estaría responsabilizando objetivamente a una persona jurídica de una actuación que no ha cometido y, de otro, porque faltaría el requisito de la influencia que la sociedad declarada responsable haya podido tener en la conducta de la sociedad infractora previsto en la LDC.

CUARTA. Por lo que respecta a la traslación de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas que se suceden económicamente, la jurisprudencia europea —a fin de evitar que la extinción jurídica o económica de una sociedad lleve aparejada la pérdida para sancionar las conductas anticompetitivas por ella cometidas— ha aceptado la traslación de la responsabilidad sancionadora entre la sociedad sucesora y la sucedida, fundamentando la misma en la doctrina jurisprudencial de la continuidad económica.

Para ello los tribunales parten de la premisa de la sucesión universal mediante la cual la sociedad sucesora adquiere tanto el activo como el pasivo de la sucedida, donde se incluye la sanción. No obstante, la fundamentación que la jurisprudencia hace de la sucesión universal no termina ahí, sino que, además, incorporan como pasivo de la misma la responsabilidad por la comisión de la infracción —una eventual sanción futura—, lo que permite responsabilizar a la sociedad sucesora de las actuaciones anticompetitivas cometidas por la sociedad sucedida al tiempo en el que esta última era propietaria de la unidad de negocio transmitida, y consideramos desacertado. La principal razón es que el balance de una sociedad habrá de reflejar la situación económica real de una empresa en un momento determinado; por ello, si tenemos en cuenta que la eventual responsabilidad por la comisión de una infracción no es algo tangible y no puede cuantificarse económicamente, no podrá ser incorporado al pasivo de una sociedad hasta el momento en el que la expectativa se convierta en una sanción determinada.

De todo lo expuesto parece posible concluir que la responsabilidad de la sociedad sucesora es una responsabilidad objetiva en tanto en cuanto no es posible determinar —más allá de haber sucedido económicamente a la infractora— la relación existente entre la sucesora y el hecho antijurídico, ni tampoco la culpabilidad que la misma tiene para con la infracción cometida, lo que, a nuestro juicio, podría ser contrario al principio de responsabilidad personal. Por ello, siendo plenamente conocedores de la necesidad que existe de proteger el mercado de las prácticas anticompetitivas, se proponen de *lege ferenda* dos soluciones diferenciadas en función del momento en el que la sociedad infractora pierde su personalidad jurídica como consecuencia del cambio o de la modificación sufrida en su estructura — todo ello sin perjuicio de que en el caso en el que la sucesora continúe llevando a cabo prácticas anticompetitivas en el mercado deberá responder personalmente por ellas—.

Así, cuando la pérdida de la personalidad jurídica de la infractora sea posterior a la imposición de la sanción administrativa, nos mostramos conformes con la tesis mantenida por la jurisprudencia actual en virtud de la cual la sucesora habrá de responder del pago de la sanción en tanto en cuanto la misma se integra como una deuda más del pasivo de la sociedad extinguida. De este modo, no se sancionaría como tal a la sucesora —la sanción habrá recaído contra la infractora—, sino que se la responsabilizaría del pago de una deuda de derecho público que la sucedida tenía y que, en el momento del perfeccionamiento de la modificación societaria, no había liquidado.

Por otro lado, cuando la sociedad pierda su personalidad jurídica antes de la incoación de un procedimiento sancionador contra la misma —partiendo de la base de que la terminación del procedimiento sancionador mediante la imposición de sanción es una de las opciones de las que disponen las autoridades de competencia para mantener la competencia efectiva en el mercado, pero no la única—, lo que se podría hacer es tipificar en la LDC un deber de denunciar y colaborar de la sucesora con la autoridad de la competencia.

Para ello, y siendo conocedores de la dificultad que podría tener implementar en la práctica lo que se propone, la sociedad sucesora habría de realizar una auditoría lo suficientemente completa que le permitiera conocer el riesgo de la operación societaria y, en el caso de que como resultado de aquella se pudiera concluir que existen riesgos en la misma porque la sociedad que se pretende adquirir haya podido haber realizado prácticas anticompetitivas en el mercado, debería advertirlo a la autoridad de competencia a fin de que, si lo estima oportuno, incoe un periodo de información reservada antes de la incoación —si así lo estima oportuno— del procedimiento sancionador. De este modo, la sociedad sucesora salvaría su responsabilidad y podría quedar exonerada del pago de la multa conforme a lo establecido en el art. 65 LDC. En el caso contrario, si la sociedad, pese a ser conocedora del riesgo, decidiera no advertir a la autoridad de competencia, la misma podría ser sancionada por quebrantar el deber de denunciar que se propone incluir en la LDC para estos supuestos concretos, respondiendo de este modo por una acción propia, antijurídica y culpable que respetaría los principios de personalidad y culpabilidad propios de la potestad sancionadora.

QUINTA. Respecto de la responsabilidad de los representantes legales y directivos de la sociedad infractora es menester resaltar que, a diferencia de lo que ocurría en los dos supuestos arriba expuestos en los que se producía lo que, a nuestro juicio, es una transmisión de la responsabilidad sancionadora, la responsabilidad de estos se fundamenta en la participación en el hecho constitutivo de infracción. En este contexto surge la duda de cuál es la conducta antijurídica que se imputa a los representantes legales o directivos de la sociedad infractora, siendo poco esclarecedor el art. 63.2 de la LDC, que se limita a declarar la responsabilidad de aquellos que, formando parte de los órganos de administración o dirección de la empresa infractora, hayan intervenido en la conducta antijurídica. Por ello es posible diferenciar dos supuestos diferenciados.

De un lado, la responsabilidad del directivo o representante legal de la sociedad como autor de la infracción con base en el art. 61.1 LDC en virtud del cual, y como consecuencia de haber actuado en su propio nombre, se les atribuye a estos la responsabilidad por la infracción como autores de la misma en lugar de declarar la responsabilidad de la persona jurídica en la que se integran.

De otro, la responsabilidad accesoria de estos sujetos como partícipes de la infracción cometida por la persona jurídica con base en el art. 63.2 de la LDC, lo que plantea, a nuestro juicio, mayores problemas por no quedar claro ni el título de imputación ni la conducta infractora por la que responden los representantes legales o directivos, habiendo declarado la jurisprudencia al respecto que estos podrán ser declarados responsables por el simple hecho de haber votado a favor del acuerdo anticompetitivo o haber llevado a cabo conductas que materializasen la infracción.

Este segundo supuesto podría ser contrario al principio *non bis in idem* ya que al haberse considerado a la persona jurídica como una *fictio iuris* que es incapaz de actuar por sí sola, las conductas que manifiesten la voluntad de la sociedad y hayan sido llevadas a cabo en su nombre por sus representantes legales o directivos se reputarán como propias de la sociedad, por lo que, pretender sancionar a los representantes legales o directivos por los mismos hechos supone sancionar una misma conducta desde una doble perspectiva. No obstante, el TS niega la vulneración del referido principio con base en que las consecuencias jurídicas de la infracción recaen en sujetos pasivos diferentes.

Pero, además de lo anterior, también el principio de proporcionalidad podría entenderse quebrantado a la hora de sancionar a estos sujetos al no existir a lo largo del articulado de la LDC un precepto que contenga circunstancias que permitan graduar la sanción a imponer a los representantes legales o directivos de una sociedad. El único límite se encuentra descrito en el art. 63.2 LDC, que contiene el importe máximo de la multa a imponer a estos sujetos, lo que le deja un amplísimo margen de discrecionalidad a la Administración a la hora de determinar el importe de la sanción, habiéndose suplido esa deficiencia por parte de las autoridades de competencia a través de una cuestionable aplicación analógica del régimen de graduación de las sanciones previsto en el art. 64 de la LDC para las personas jurídicas.

Por todo lo expuesto parece necesario abogar por una reforma de este precepto legal. En este sentido, lo que se propone es, de un lado, delimitar en la propia LDC con claridad la

conducta en virtud de la cual habrán de responder los representantes legales o directivos de la sociedad —lo que, a nuestro juicio, habrá de exigir una participación personal de estos sujetos en la consumación de la infracción principal, diferenciando esta del simple hecho de haber votado a favor del acuerdo anticompetitivo— y, de otro, incluir en la LDC un catálogo de circunstancias —agravantes o atenuantes— aplicables a los representantes legales o directivos de una sociedad en aras de tener unos criterios sólidos que reduzcan la discrecionalidad de la Administración y permitan graduar con claridad la cuantía de la sanción que le correspondería a los mismos por el ilícito cometido. Así, la responsabilidad de los representantes legales o directivos se podría construir de manera autónoma —aunque dependiente— de la responsabilidad de la persona jurídica, exigiéndose para poder sancionar a los primeros un plus en su conducta que permita apreciar que, efectivamente, jugaron un papel fundamental en la consumación de la infracción, respondiendo estos por una conducta propia, típica y culpable, lo que consideramos que podría no ocurrir siempre con la configuración actual de la LDC.

SEXTA. El último de los supuestos examinados hace referencia a la posibilidad de sancionar, junto con el infractor principal, al facilitador de la misma. El facilitador de la infracción es una creación de las autoridades de competencia que ha sido refrendada por los tribunales en virtud de la cual las autoridades de competencia sancionan a aquellas personas jurídicas o físicas que, no habiendo llevado a cabo las conductas descritas en el tipo, se entiende que han realizado acciones tendentes a facilitar la consumación del ilícito anticompetitivo.

Tradicionalmente, mediante la figura del facilitador de la infracción, la jurisprudencia del TJUE ha sancionado a operadores económicos que por no operar en el mercado en el que se ha llevado a cabo la práctica anticompetitiva no pueden ser considerados como autores de la infracción pero han colaborado para que la misma se consume; todo ello a pesar de no advertirse con exactitud el verdadero título de imputación en el que se ampara por no encontrarse tipificada la antijuridicidad de la conducta en el TFUE —ni en la LDC—. No obstante, nuestras autoridades de competencia nacionales han ido un paso más allá, sancionando bajo este dudoso título de imputación, además de a los operadores económicos, a las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de potestades públicas, lleven a cabo actuaciones que pudieran facilitar la comisión —por parte de operadores económicos— de una infracción de las prohibidas por la normativa *antitrust*.

De todo lo expuesto es posible concluir que con la redacción actual de la LDC y el TFUE, la sanción al facilitador de la infracción podría considerarse contraria tanto al principio de responsabilidad personal como al principio de legalidad al sancionar a una persona jurídica distinta del autor sin el suficiente respaldo legal requerido.

De ahí que se abogue —más allá de la inclusión de un régimen general de autoría y participación en la LRJSP que permita subsumir a otras figuras que pudieran aparecer próximamente— por tipificar como infracción la conducta llevada a cabo por terceros ajenos siempre y cuando facilite la consumación de esta última, tal y como ya hacen otras legislaciones europeas. De este modo el legislador tendría la oportunidad de establecer en el precepto las condiciones básicas que habrán de reunir los facilitadores; pudiéndose incluir entre las mismas la necesidad de que se actúe en el mismo mercado o en otro distinto, o la posibilidad de considerar como tal a las Administraciones Públicas cuando actúan en el ejercicio del *ius imperii*.

SÉPTIMA. De todo lo expuesto se puede concluir que para garantizar una competencia efectiva en los mercados los tribunales han avalado criterios que, si bien no puede concluirse con rotundidad que constituyan un quebranto radical de los principios de la potestad sancionadora, sí se puede afirmar que los mismos han sido excesivamente modulados, al punto de resultar difícil reconocerlos como los propios de *ius puniendi* del Estado.

BIBLIOGRAFÍA.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2023). *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración*. Aranzadi.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2023). “La presunción de influencia decisiva y la presunción de inocencia en el Derecho Europeo de la Competencia”, en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2022). “Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo. En particular, la garantía de no autoincriminación de las empresas en competencia” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014). “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”. *Revista de Administración Pública*, nº 195, septiembre-diciembre 2014, págs. 135-167.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2009). “La eficacia y la ejecución de las sanciones de tráfico”. *Revista de Documentación Administrativa*, págs. 121-152.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2007). *El procedimiento administrativo sancionador y los Derechos Fundamentales*. Thomson Civitas.

ALBERTI ROVIRA, E (2003). “La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros (Hacia una lógica constitucional más visible de la atribución de competencias a la Unión)”. *Revista vasca de administración pública*, nº 65/2, págs. 37-72.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2011). “El Tribunal de Justicia hace el ridículo: la responsabilidad de la matriz por infracciones de la filial al 100%”. *Blog Derecho Mercantil España*. Enero 2011.

ALFARO, J y LIÑAN, P. (2012). “Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales”. *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 43, julio-septiembre 2012, págs. 229-250.

ALONSO GARCÍA, R. (2010). *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, Thomson Reuters.

ALONSO GARCÍA, R. (2005). “Constitución Española y Constitución Europea: guion para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 73, págs. 339-364.

ALONSO GARCÍA, R. (1994). *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*. Centro de Estudios Ramón Areces.

ALONSO GARCÍA, R. (1990). “La aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado CEE por órganos administrativos y judiciales españoles”. *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 17, nº2, págs. 437-476.

ALONSO SOTO, R. (2020). “Derecho de la competencia (I)” en Menéndez, A. y Rojo, A. (Dirs), *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I*. 18º edición, Thomson Reuters Civitas.

ALONSO SOTO, R. (2018). “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales”. *El grupo de competencia Gómez Acebo & Pombo*, págs. 18-23.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2017). *La sucesión Universal en las modificaciones estructurales*, Dykinson.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ, M. y HORTALÁ I VALLVÉ, J. (2015). “Sucesión empresarial y responsabilidad por infracciones del Derecho de la Competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CUERDO MIR, M. (Dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en el derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Civitas.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. (2015) “Responsabilidad personal del directivo partícipes en infracciones del derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento”, *Anuario de la competencia*, págs. 161-184.

AMOEDO-SOUTO, C.A. (2023). “Actividad sancionadora” en VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDEÑA, M.M. (Dir.). *Manual de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.

ARAGÓN REYES, M. (1995). “Libertad de empresa” en *Enciclopedia jurídica Básica*, Civitas.

ARAUJO BOYD, M. (2023). *The notion of undertaking in EU competition law*. University of Glasgow.

ARAUJO BOYD, M. (2013) “Sujetos responsables y procedimiento sancionador” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.). *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*. Civitas.

ARAUJO BOYD, M. (1998). “La intervención concurrente de la Comisión y las autoridades nacionales de competencia en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE. Reflexiones desde la práctica”. *Anuario de competencia*, nº1, págs. 159-176.

ARENAS GARCÍA, R. (2015). “Fusión por absorción y responsabilidad de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida. Comentario a la STJ (Sala Quinta) de 5 de marzo de 2015, As. C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho - Centro Local do Lis (ACT)”. *La Ley Unión Europea*, nº28.

ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. (2016). “Las sanciones a representantes legales y directivos por infracciones de las normas de defensa de la competencia”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 43, págs. 95-100.

ARROYO APARICIO, A. (2005). “La aplicación descentralizada de los arts. 81 y 82 del Tratado CE según el Reglamento CE núm. 1/2003” en FONT GALÁN, J.I. Y PINO ABAD, M. (Coords). *Estudios de derecho de la competencia*, Marcial Pons.

ANTICH SOLER, J. (2017). Tesis doctoral *Compliance program penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Universitat Autònoma de Barcelona.

AYALA MUÑOZ, N., PERAL DÍEZ, C., y GONZÁLEZ TOBARRA, P. (2013). *Manual de derecho administrativo sancionador*, tomo 1, Thomson Reuters, Aranzadi.

BACA ONETO, V.S. (2023). “La extinción y la transmisión de la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas en los casos de disoluciones y liquidación, fusión y escisión de las personas jurídicas” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dir.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*, Thomson Reuters, Civitas.

BACIGALUPO, E. (2010). *Sanciones administrativas (derecho español y comunitario)*. Colex.

BACIGALUPO, S. Y LIZCANO, J. (2013). *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*. Colección estudios, eurosocial.

BACIGALUPO SAGESSE, M. (2023). “La vinculación de la Administración Pública a la Ley y al Derecho” en VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDEÑA, M.M. (Dir.). *Manual de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.

BAENA ZAPATERO, R. (2015). “Derechos Fundamentales, Derecho Administrativo Sancionador e infracciones por objeto” en GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CUERDO MIR, M. (Dir.), *Estudio sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Cívitas.

BAJO FERNÁNDEZ, M. (1998). “Culpabilidad y persona jurídica” en FARALDO CABANA, P. Y VALEIJE ÁLVAREZ, I. (Coords.). *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*.

BAJO FERNÁNDEZ, M. y MENDOZA BUERGO, B. (1983). “Hacia una ley de contravenciones. El modelo portugués”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 36, pág. 567-612.

BANACLOCHE PALAO, J. (1997). “Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal”. *Revista de Derecho Procesal*, págs. 281-320.

BAÑO LEÓN, J.M. y PASCUAL MORCILLO, A. (2020). “Del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas. De la instrucción del procedimiento” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. Y GUTIÉRREZ, A. (Dir.).

Comentario a la ley de Defensa de la Competencia (sexta edición), Thomson Reuters, Civitas.

BAÑO LEÓN, J.M. (2016). “La evolución del Derecho de la competencia y su erradicación en el Derecho Público”. *Revista de Administración Pública*, nº 200, págs. 295-314.

BAÑO LEÓN, J.M. (2011). “La aplicación del derecho «antitrust» a la administración pública” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters, Civitas.

BAÑO LEÓN, J.M. (1988). “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, págs. 155-179.

BAÑO LEÓN, J.M. (1996). *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. McGraw-Hill.

BELLO PAREDES, S. (2011). “Defensa de la competencia y protección de los consumidores: dos ámbitos conexos de la acción administrativa” en DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. y VILLAR ROJAS, F. (Coords). *Derecho administrativo y regulación económica: liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*. La Ley.

BELLO PAREDES, A. (2001). “La reserva de ley en el ámbito sancionador local, ¿estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?”. *Revista de Estudios de la Administración Local*, págs. 281-304.

BENEYTO, J.M. (1999). “El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas”. *Anuario de Competencia*, págs. 205-236.

BIGLINO CAMPOS, B. (2000). “Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/1999, sobre la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº20, mayo-agosto 2000, págs. 303-330.

BOLEA BARDÓN, C. (2003). “La autoría mediata en algunos supuestos de error”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº12, págs. 11-44.

BOLEA BARDÓN, C. (2000). *Autoría mediata en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch.

BORDIÚ GARCÍA-OVIES, M. (2022). “La responsabilidad filial-matriz en la aplicación pública del derecho de la competencia” EN REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Thomson Reuters, Civitas.

BORRELL, J.R., JIMÉNEZ, J.L. y LUNA, Y.E. (2015). “Crímenes y castigos en la lucha contra los cárteles”, *Revista de Economía Industrial*, vol. 398, págs. 129-144.

BOUAZZA ARIÑO, O. (2022). “Sanciones administrativas y garantías del proceso penal en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 72, págs. 529-530.

BROKELMANN, H. (2020). “La sentencia Skanska del TJUE: el concepto de “empresa” en las acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº12, págs. 903-912.

BROKELMANN, H. (2019). “El Tribunal Supremo sienta la jurisprudencia sobre la responsabilidad de directivos por infracciones del Derecho de la competencia”. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº87, págs. 109-124.

BROWN, A. y SCHOMBERG, M. (2013). “Widening the net: the General Court extends the principle of successor liability in EU competition Law”. *European Competition Law Review*, nº 34.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2022). *Manual de derecho mercantil*. Volumen 1 (29ª edición), Tecnos.

BUENO ARMIJO, A. (2022). “carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea”. *Revista de Administración Pública*, nº 218, págs. 171-206.

BUENO ARMIJO, A. (2021). “El principio «non bis in idem» en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español”, en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas.

CABALLERO GEA, J.A. (2007). *Procedimientos contencioso-administrativos*, Dykinson.

CABALLERO SÁNCHEZ, R. (2011). “Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto” en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.). *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión de los sectores regulados*, Iustel.

CANEDO ARRILLAGA, P. (2020). “Poderes públicos y competencia. En busca del efecto útil del Derecho de la competencia”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, nº2, págs. 226-252.

CANEDO ARRILLAGA, P. (2019). “Cómo conseguir la necesaria disuasión ante las infracciones de competencia” en BENEYTO J.M. Y MAILLO, J. (Dir.). *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters, Aranzadi.

CANEDO ARRILLAGA, P. (2015). “Análisis del principio de proporcionalidad como presupuesto para calcular las sanciones en derecho de la competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. y CUERDO MIR, M. (Dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia*. Civitas, Thomson Reuters.

CANO CAMPOS, T. (2018). *Sanciones administrativas*. Francis Lefebvre.

CANO CAMPOS, T. (2016). “El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración”. *Revista de Administración Pública*, nº 201, págs. 25-68.

CANO CAMPOS, T. (2015). “Ejecutividad, ejecución y prescripción de las sanciones en el Derecho de la Competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. y CUERDO MIR, M. (Dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia*, Civitas, Thomson Reuters.

CANO CAMPOS, T. (2009). “La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico”. *Revista de Documentación Administrativa*, nº 284-285, mayo-diciembre 2009, págs. 83-119.

CANO CAMPOS, T. (2001). “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”. *Revista de Administración Pública*, núm. 156, septiembre-diciembre 2001, págs. 191-250.

CANTERLA MUÑOZ, D. (2020). “Novedades en la configuración de la responsabilidad de los directivos por infracciones de competencia. SSTS de 20 de marzo, 9 de abril, (infraestructuras ferroviarias) y las dos de 1 de octubre de 2019 (AIO-FENIN). La responsabilidad del directivo como facilitador (RACCO de 23 de diciembre de 2019), en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.), *Anuario de la competencia 2020*, Civitas, Thomson Reuters.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001). *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*. Comares.

CASADO NAVARRO, A. (2022), “Consecuencias negociables de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de derecho comparado y reciente desarrollos normativos en la Unión Europea”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. °4, nº1, págs. 116-149.

CASES PALLARÉS, LL. (1995). *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Marcial Pons.

CASINO RUBIO, M. (2015). “La potestad sancionadora de la administración y vuelta a la casilla de salida”. *Documentación Administrativa: nueva época*, nº2.

CASTILLO BADAL, R. (2022) “Garantías de protección de los Derechos de las personas jurídicas ante las actuaciones de naturaleza sancionadora” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dir.). *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*. Thomson Reuters, Civitas.

CASTRO-VILLACAÑAS, D. (2016). “La trasposición de la Directiva de Daños de 2014 y la interacción entre la aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia” en CASES, L. (Dir.), *Anuario de la Competencia 2015*, Marcial Pons.

CEDEÑO HERNÁN, M. (2000). “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”. *Cuadernos de Derecho Público*, nº10, págs. 203-214.

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. (2019). “La Administración Pública como infractora de las normas de competencia: ¿aplicación extensiva o racional?”. *Anuario de Competencia*, págs. 73-95.

CHOZAS ALONSO, J.M. (2005). “¿Cuándo se interrumpe la prescripción en el ámbito procesal penal? (un nuevo enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo)”. *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nº 2, págs. 93-122.

CID VILLAGRASA, B. (2017) “Derecho o deber del juez nacional de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 36, págs. 63-111.

CIDONCHA MARTÍN, A. (2021). “La pandemia y la libertad de empresa”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº1 extraordinario, págs. 155-170.

CIDONCHA MARTÍN, A. (2006). *La libertad de empresa*. Civitas.

COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2008). “La tutela judicial de la defensa de la competencia” en PAREJO ALFONSO, L. Y PALOMAR OLMEDA, A (Dir.). *Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*. La Ley.

CONTRERAS DE LA ROSA, I. (2016). “La responsabilidad por daños de la matriz por conductas anticompetitivas de su filial”. *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, nº 19.

CONTRERAS DE LA ROSA, I. (2005). “La descentralización de los órganos de defensa de la competencia” en FONT GALÁN, J.I. Y PINO ABAD, M. (Coords). *Estudios de derecho de la competencia*, Marcial Pons.

COSCULLUELA MONTANER, L. (2022). *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*. Thomson Reuters, Civitas.

COSTAS COMENSAÑA, J. (2013). “Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.). *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*. Civitas.

COSTAS COMENSAÑA, J. Y HORTALÀ I VALLVE, J. (2013) “La tipificación de la actividad de la administración como facilitadora de cárteles”. *Anuario de competencia*, nº1, págs. 13-31.

COSTAS COMENSAÑA, J. (2011). “La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al derecho de defensa de la competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters, Civitas.

COSTAS COMENSAÑA, J. (2009). “Prohibición de acuerdos colusorios” en BELLO MARTÍN CRESPO, M.P. Y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (Dir.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Thomson Aranzadi.

CUERDA RIEZU, A. (2009). “El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pág. 211-252.

CUERDA RIEZU, A. (1992). “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, págs. 491-514.

CURY URZÚA, E. (1988) “La prevención especial como límite de la pena”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, nº 41, págs. 685-702.

DE ÁLVARO MONTERO, A (2008). “El régimen sancionador en la Ley de defensa de la competencia” en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.). *Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*. La Ley.

DE JUAN ASEJO, O. (1984). *La constitución económica española*. Centro de Estudios Constitucionales.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2013). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”. *Revista penal de México*, nº5, septiembre 2013, págs. 9-33.

DE LA VEGA GARCÍA, F. (2022). “sentencia del TJUE (Gran Sala), Asunto C-882/19, «Sumal S.L., contra Mercedes Benz Truck España S.L.» (procedimiento prejudicial), de 6 de octubre de 2021”. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 10, págs. 416-420.

DE PAZ GÚTIEZ, B. (2020). “Los efectos de la sucesión empresarial en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia. Análisis particular de la adquisición de la unidad productiva de Abantia por parte de Dominion” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2020*, Civitas, Thomson Reuters.

DEL ROSAL BLASCO, B. Y LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, P. (2018). “La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia”. *Diario la Ley*, nº 9126.

DEMETRIO CRESPO, E. (2001). “Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata”. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 22, nº 73, págs. 27-44.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. (2008). “Autoría y participación”. *Revista de estudios de la justicia*, nº10, págs. 13-61.

DÍEZ ESTELLA, F. (2022). “En búsqueda de un concepto de “empresa” en el Derecho de la competencia: la STJUE Sumal c. Mercedes Benz”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, pág. 319-347.

DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A. (2020), “De las conductas prohibidas” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. y GUTIÉRREZ, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Sexta edición)*, Civitas, Thomson Reuters.

DÍEZ ESTELLA, F. y PÉREZ FERNÁNDEZ, P. (2013) “Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de Stora a Portielje, pasando por Akzo Nobel y Elf.Alqutaine”. *Anuario de competencia*, nº 1, págs. 321-357.

DÍEZ ESTELLA, F. (2012). “El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales” en *Noticias de la Unión Europea*, nº 330, Wolters Kluwer, págs. 83-94.

DÍEZ-PICAZO, L.M. (1993). “Derecho comunitario y medidas sancionadoras”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Cívitas, págs. 251-274.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L. (2012). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”. *Indret*, págs. 1-32.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2004). “La tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales”. *Revista General de Derecho Administrativo*, nº6, págs. 1-24.

EMBRID IRUJO, J.M. (2008). “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”. *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 68, págs. 84-101.

ESCUDERO PUENTE, A. (2015). “Multas a empresas: imputabilidad de las matrices y determinación del importe de las sanciones” en PORRAS BELARRA, J. (Coord.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters, Aranzadi.

FARALDO CABANA, P. (2020). “La transmisión de las penas en las modificaciones estructurales. Una reflexión sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a los entes colectivos” en de la CUERDA MARTÍN, M. Y GARCÍA DE LA TORRE, F. (Coords), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch.

FARALDO CABANA, P. (2009). “La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 13, págs. 145-163.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2006). “Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la penal de Günther Jakobs”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 59, págs. 111-134.

FERNÁNDEZ BACARIZA, L. (2022). “Actuaciones previas y derecho a una buena administración en el ámbito de la defensa de la competencia” en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A y ZURIMENDI ISLA, A. (Dirs.). *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia*, Thomson Reuters.

FERNÁNDEZ BACARIZA, L. (2022). “El principio de buena administración en relación con la caducidad de los procedimientos sancionadores en materia de contrabando (al hilo de la sentencia del TS 4117/2021, de 4 de noviembre)”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 219, 2022, págs. 207-236.

FERNÁNDEZ BACARIZA, L. (2022). “La potestad de iniciación de procedimientos sancionadores: las resoluciones de la CNMC por las que se acuerda no iniciar procedimiento sancionador contra Uber/Cabify/Unauto (S/0637/18) y Glovo (S/0026/20)” en CARBONELL PORRAS, E. (Coord.), *Gobiernos Locales y economía colaborativa*, Iustel.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2015) *Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*. Editorial Universitaria Ramón Areces.

FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C. (1994). *Derecho de la competencia, Comunidad Europea y España*, Aranzadi.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022). *Sistema de Derecho Administrativo II*. 6º Edición. Civitas. Thomson Reuters.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1983). “Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en bancos, cajas de ahorro y otras entidades”. *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, págs. 2545-2601.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E. (2006). *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. (1999). “Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia”. *Anuario de la Competencia*, nº1, págs. 121-154.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. (1997). “Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia”. *Anuario de Competencia*, nº 1, págs. 251-239.

FERNÁNDEZ POLANCO, S. (1999). “La nueva regulación del silencio administrativo”, *Revista de Justicia Administrativa*, núm. 5, págs. 27-47.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2014). “La dudosa constitucionalidad del régimen sancionador del dopaje deportivo”. *RVAP*, nº 99-100, págs. 1353-1369.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1993). “El principio de legalidad en materia sancionadora” en *Los Derechos Fundamentales y libertades Públicas (II), volumen I*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2000). “El derecho a la libertad y a la seguridad personal. Su construcción jurisprudencial”. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, págs. 53-98.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2011). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 25, págs. 7-42.

FERRER POGGIO, E. (2013). “Responsabilidad matriz-filial e infracciones del Derecho de la competencia. Análisis de la STJ (sala 1º) de 8 de mayo de 2013, asunto C-508/11 P: EniSpa”. *Noticias de la Unión Europea*.

FONT GALÁN, J.I. y MIRANDA SERRANO, L. Mª. (2005). “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales”, en FONT GALÁN, J.I y PINO ABAD. M.P (Coords). *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons.

FONT GALÁN, J.I. (1986). *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia.

FUENTETAJA PASTOR J.A. (2021). “La potestad sancionadora de la Unión Europea: fundamento y alcance” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas.

FUENTETAJA PASTOR, J.A. (2018). “Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo”. *Documentación administrativa: nueva época*, nº 5, págs. 93-106.

FUENTETAJA PASTOR, J.A. (2012). “Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea” en LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex.

FUERTES LÓPEZ, M. (2007). *Grupos públicos de sociedades*. Marcial Pons.

GALÁN GALÁN, A. (2010). “La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local”. *Revista CEMCI*, págs. 1-27.

GALÁN MUÑOZ, A. (2006). “¿Societas delinquere nec punirepotest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 18, págs. 229-281.

GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2009), “Fundamentos del derecho de la libre competencia” en BELLO MARTÍN CRESPO, M.P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (Dir.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Thomson Aranzadi.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2022). *Curso de Derecho Administrativo II. Civitas*, Thomson Reuters.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1993). “La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho Comunitario. Sentencia *Borelli* de 3 de diciembre de 1992, del Tribunal de Justicia y el artículo 5 CEE”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 78, págs. 317-324.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1991). “La nueva doctrina del TS sobre medidas cautelares; la recepción del principio *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general”. *Revista española de derecho Administrativo*, nº 69, págs. 65-84.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1986). *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Cuadernos civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1982) “La incidencia de la Constitución española sobre la potestad sancionadora de la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 29, págs. 359-368.

GARCÍA LUENGO, J. (2021). “Algunas especialidades de la nulidad de las sanciones” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (Dir.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas.

GARCÍA PÉREZ, O. (2007). “La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº9.

GARRIDO DE PALMA, V. M. (2010). “Transformación” en GARRIDO DE PALMA, V.M, ANSON PEIRONCELY, R. y BANACLOCHE PÉREZ, J. *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch.

GIL GIL, A. (2008). “La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 61, págs. 53-87.

GIMBERNAT ORDEIG, E. (2014). “Autor y cómplice en derecho penal medio siglo después”. *Jueces para la democracia*, nº 81, págs. 56-70.

GIMBERNAT ORDEIG, E. (2013). “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 66, págs. 33-87.

GIMENO FELIU, J.M. (1994). “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”. *Revista de Administración Pública*, nº 135, págs. 149-212.

GOENA VIVES, B. (2022). “Sanción penal y reestructuraciones societarias. ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?”. *Indret, revista para el análisis del Derecho*, págs. 230-264.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2017). *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Thomson Reuters, Aranzadi.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2012). “La culpabilidad de la persona jurídica” en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. Y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson Reuters.

GÓMEZ JARA-DIEZ, C. (2012), “Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo código penal español” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, La Ley.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (1984). “El dominio del hecho en la autoría”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, págs. 103-132.

GÓMEZ PUENTE, M. (2022). “El ordenamiento sancionador aeronáutico: tipicidad indirecta y competencia sancionadora” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (Dir.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters, Civitas.

GÓMEZ TOMILLO, M. (2021). “Bases para la aplicación en el espacio del Derecho Administrativo Sancionador: principio de territorialidad y responsabilidad de las sociedades matrices por los hechos de las filiales” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dir.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas.

GÓMEZ TOMILLO, M. (2018). “La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías”. *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, nº 22.

GÓMEZ TOMILLO, M. (2017). “La culpabilidad de las personas jurídicas por comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento”. *Revista de Administración Pública*, nº 203, págs. 57-88.

GÓMEZ TOMILLO, M. (2016). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derecho administrativo sancionador. Especial consideración de criterios político-legislativos de atribución de responsabilidad”. *DELICTAE, Revista de Estudios Interdisciplinarios sobre o Delito*, Vol. I, págs. 77-153.

GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I. (2013). *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, 3º edición, Thomson Reuters, Aranzadi.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex.

GONZÁLEZ-PANIZO TAMARGO, A. (2013). “Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: consideraciones generales, motivos de impugnación y supuestos de intervención judicial” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.). *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Civitas.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2023). *Derecho administrativo sancionador*. Aranzadi.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F. (2018). “Drones: seguridad pública y régimen sancionador”. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 111, págs. 271-310.
- GONZÁLEZ, H. Y CONTRERAS, M. (2015). “Las sanciones a directivos y representantes legales por infracción de las normas de defensa de la competencia”, en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.). *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo, anuario 2015*, Thomson Reuters, Civitas.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M. (2022). *Las conductas de menor importancia en el derecho de la competencia*, Marcial Pons.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M. (2022). “Las conductas de menor importancia en el derecho antitrust: ¿principio de tipicidad, de oportunidad o de confianza legítima?” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters, Civitas.
- GOÑI URRIZA, N. (2019). “Sanciones a personas físicas” en BENEYTO J.M. y MAILLO, J. (Dirs.). *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters, Aranzadi.
- GORRIZ LÓPEZ, C. (2022). “Responsabilidad de la filial por los ilícitos anticoncurrenciales de la matriz. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021: Asunto C-882/19: Sumal”. *La Ley Unión Europea*, nº 99.
- GRACIA MARTÍN, L. (2020). “Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 55, págs. 12-118.
- GRACIA MARTÍN, L. (2016). “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº18, pág. 1-95.
- GUERRA FERNÁNDEZ, A. y ARECES LÓPEZ, C., (2017). “La potestad sancionadora de la CNMC frente a representantes legales o directivos de las empresas infractoras de la normativa de Defensa de la Competencia” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.),

Problemas Prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario de Derecho de la Competencia 2017, Civitas, Thomson Reuters.

GUERRA, A. y PEINADO, E. (2012). “La responsabilidad de las sociedades matrices por las infracciones de las normas de defensa de la competencia cometidas por sus filiales”. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 31, págs. 63-67.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2023). “La excesiva modulación del principio de legalidad sancionadora en el derecho de la competencia: reflexiones a propósito de la figura de los facilitadores de conductas colusorias” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dir.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2021). “Las sanciones a representantes legales de las empresas y sus directivos por infracciones del Derecho de la Competencia” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dir.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2020). “Responsabilidad sancionadora empresarial en el derecho de la competencia y liquidación concursal” en BEIGA COPO, A.B. (Dir.), *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la ley concursal*, Civitas, Thomson Reuters.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2015) “Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y las autoridades autonómicas en la aplicación del Derecho de la Competencia”. *Estudios de Deusto*, vol. 63, enero-junio, págs. 37-83.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2013). “La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia: en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al Derecho de la Competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Coord.) *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Civitas.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2011). “La impugnación por las autoridades de la competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters, Civitas.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2010). *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*. Thomson Reuters. Aranzadi.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005). *Libre competencia y Estado autonómico*. Marcial Pons.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2003). “El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº5, págs. 233-270.

GUILLÉN CARAMÉS, G. (2002). *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración*, Civitas.

GUTIERREZ, A. (2020), “Abuso de posición dominante” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. y GUTIERREZ, A. (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Sexta edición)*, Civitas, Thomson Reuters.

GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014). “La responsabilidad de la matriz por las infracciones del derecho de la competencia cometidas por sus filiales”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 292, págs. 251-296.

HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A. (2019). “Exhaustividad del RGPD y estándares de protección del principio de legalidad sancionadora”. *Derecho digital e innovación*, núm. 2.

HERNÁNDEZ F. (2009), “Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado” en BELLO MARTÍN CRESPO, M.P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (Dirs.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Thomsons Aranzadi.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (2005). “La reserva de Ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Revista de Administración Pública*, nº 166, CEPC, págs. 169-199.

HERRERO SUÁREZ, C. (2022). “La responsabilidad personal de los administradores por prácticas anticompetitivas: un poliedro normativo”. *Revista del Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 31.

HERRERO SUÁREZ, C. (2021). “Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del derecho de competencia de la matriz. ¿Está en juego el principio de

efectividad del Derecho Europeo?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº13, págs. 364-387.

HIJAS CID, E. (2017). “A la sociedad matriz, lo que es de la matriz y al filial lo que es de la filial”. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 75, págs. 168-173.

HUERGO LORA, A. (2023). “Control judicial de la Administración” en VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDEÑA, M.M. (Dir.). *Manual de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.

HUERGO LORA, A. (2021). “La publicación del nombre de los infractores como sanción administrativa «(name and shame)»”, en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (Dir.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas.

HUERGO LORA, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Iustel.

IGARTUA ARREGUI, F. y LEITE, I. (2020). “Sucesión de empresas en derecho de la competencia. Análisis del supuesto especial de liquidación concursal con motivo de la RCNMC de 1 de octubre de 2019” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2020*, Civitas, Thomson Reuters.

IZQUIERDO ARINES, M. (2013). “El principio de legalidad sancionadora. Excepciones y modulaciones del principio. El caso singular de las relaciones entre los titulares de licencias de auto-taxi y los Ayuntamientos: evolución jurisprudencial; la reciente doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el apartado 7.º del artículo 16.2 b) de la Ley de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid”. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, págs. 291-320.

JIMÉNEZ-LAIGLESIA OÑATE, J. y GONZÁLEZ-CONCHEIRO GONZÁLEZ, A. (2021). “Implicaciones de las sentencias del Tribunal Supremo en los casos “Texpol” y “Alluitz motor” y la posible extensión de la figura del “facilitador” a conductas pasivas”, en RECUERDA GIRELA, M.A., *Anuario de la Competencia 2021*, Civitas, Thomson Reuters.

JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J. y MASÍA, J. (2016). “Artículo 63.2 LDC: Breve aproximación a los límites de la potestad sancionadora de la CNMC frente a las personas físicas” en

RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario de Derecho de la Competencia 2016*, Civitas, Thomson Reuters.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (2020). *Derecho administrativo económico*, Civitas, Thomson Reuters.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (2020). “El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas”. *Revista de Administración Pública*, nº 211, págs. 37-69.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2019). “Ámbito de aplicación del Derecho de la competencia”, *Revista de Administración Pública*, nº 208, págs. 17-49.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017). “Culpabilidad y responsabilidad personal en las sanciones administrativas en materia de defensa de la competencia en el Derecho Europeo y Español”. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, nº18, págs. 159-187.

LASAGABASTER HERRARTE, I. (2002). “La potestad reglamentaria, en especial la local, y la reserva de ley del art. 25 CE en materia sancionadora: (nota a la STC 132/2001, de 8 de junio)”. *Revista Vasca de Administración Pública*, págs. 275-291.

LINDE PANIAGUA, E (2012). “Naturaleza y caracteres de la Unión Europea” en LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGGESE, M. Y FUENTETAJA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2005). “La defensa de la competencia en el estado de las autonomías: el tribunal de Defensa de la Competencia estatal y los tribunales autonómicos” en FONT GALÁN, J.I. Y PINO ABAD, M. (Coords). *Estudios de derecho de la competencia*, Marcial Pons.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1999). “Defensa de la competencia y Comunidades Autónomas. Breve comentario a la STC 208/1999, de 11 de noviembre”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 36, págs. 119-142.

LÓPEZ LÓPEZ, H. (2009). *El principio de culpabilidad en materia de infracciones tributarias*, Aranzadi/Thomson Reuters.

LOZANO CUTANDA, B. (1992). “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)”. *Revista de Administración Pública*, nº 129, págs. 211-240.

LOZANO CUTANDA, B. Y PARADA VAZQUEZ, J.R. (1990), *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons.

LUZÓN CAMPOS, E. (2019). “La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 del Código Penal”. *Diario la Ley*, nº 9377.

MAGIDE HERRERO, M. (2020). “Del esquema institucional para la aplicación de esta Ley. De los órganos competentes para la aplicación de esta Ley” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. y GUTIERREZ, A. (Dir.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (sexta edición)*. Thomson Reuters. Civitas.

MAGIDE HERRERO, M. y VELEZ FRAGA, M. (2015). “Sucesión en la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas: el caso de la reestructuración del sector financiero” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.). *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo, anuario 2015*, Thomson Reuters, Civitas.

MAGIDE HERRERO, M. (2000). “El reparto competencial en materia de defensa de la competencia. Perspectivas abiertas tras la STC 208/1999”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº17, págs. 252-576.

MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2020). “Artículo 4. Conductas exentas por ley” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. y GUTIERREZ, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Sexta edición)*, Civitas, Thomson Reuters.

MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2016). “Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (TFUE Y LDC): ¿es infractor quien facilita la comisión de las conductas prohibidas?”. *Anuario de la Competencia*, págs. 381-413.

MARCOS, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2014). “En contra de derechos humanos corporativos en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la

competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. y CUERDO MIR, M. (Dirs.). *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Civitas, Thomson Reuters.

MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2012). “Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción”. *Revista de Administración Pública*, núm. 188, págs. 337-363.

MARTÍN FERNÁNDEZ, C. (2022). “¿Puede la autoridad de competencia sancionar a la administración por vulnerar la libre competencia actuando como poder público? Una visión comparada de España e Italia” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (Dirs.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas.

MARTÍN FERNÁNDEZ, C. (2018). “El facilitador de infracciones de competencia” en MIRANDA SERRANO, L.M., COSTAS COMENSAÑA, J. (Dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons.

MARTÍN REBOLLO, L. (2020). *Manual de Derecho Administrativo y guía para el estudio de las Leyes Administrativas (5ª edición)*. Thomson Civitas Aranzadi.

MARTÍN REBOLLO, L. (2016). “Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control”. *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pág. 173-192.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1991). “Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas”, *Revista de Administración Pública*, nº 126, págs. 133-187.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. (1988). *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas.

MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELI, J.M. (2010). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra la Hacienda Pública”, *Quincena Fiscal*, núm. 20, págs. 29-39.

MARTÍNEZ LAGE, S. Y BROKELMANN, H. (1996). “Las relaciones entre las autoridades nacionales y las autoridades comunitarias en materia de competencia: el control de las concentraciones”. *Anuario de Competencia*, nº1, págs. 119-138.

MARTÍNEZ LOPEZ, J. (2006). “El reparto competencial en la Unión Europea”. *Documentos de trabajo de la Asociación Universitario de estudios comunitarios*, págs. 1-76.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. (2020), “Sujetos infractores” en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. y GUTIERREZ, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Sexta edición)*, Civitas, Thomson Reuters.

MASSAGUER, J. (2020), “Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. y GUTIERREZ, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia (Sexta edición)*, Civitas, Thomson Reuters.

MAYOR MENÉNDEZ, P. (1995). “Sobre la responsabilidad conjunta de las personas jurídicas y sus administradores en el Derecho administrativo sancionador (especial referencia al mercado de valores)”. *Revista española de derecho administrativo*, nº 87, págs. 343-360.

MESTRE DELGADO, J.F. (1988). “Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 57, págs. 79-88.

MIR PUIG, S. (2004). “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº6, págs. 1-17.

MIR PUIG, S. (1986). “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 39, págs. 49-58.

MOLINA DEL POZO, C.F. (2011). “Aplicación del Derecho comunitario y potestad sancionadora en el contexto de la Unión Europea”. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Nº. 25, págs. 95-124.

MUÑOZ CONDE, F. (2002). “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”. *Revista Penal*, nº9, págs. 59-98.

MUÑOZ CONDE, F. (1989). “La prisión en el Estado social y democrático de derecho: prevención general versus prevención especial: ¿un conflicto insoluble?”. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, págs. 165-172.

MUÑOZ MACHADO, S. (2017). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. BOE.

NAVARRO SUAY, M.C. (2004). “Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 232, págs. 49-63.

NIETO, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador* (5ª edición). Tecnos.

NIETO MARTÍN, A. (1994). “Algunas formas de influencia del derecho comunitario sobre el derecho penal” en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. Págs. 395-408.

OLÁSULO ALONSO, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal internacional*. Tirant lo Blanch.

ORDUÑA PRADA, E. (2001). “Ordenanza municipal y potestad sancionadora: la sorprendente concisión de la STC 132/2001, de 8 de junio”. *Revista de Estudios de la Administración Local*, págs. 363-384;

ORTEGA BERNARDO, J. (2017). “¿Se puede sancionar a la Administración por la ilegalidad de su actuación?” en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (Coords). *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, INAP.

PADRÓS REIG, C. (2013). “La presencia de la Administración Pública en cárteles privados: la regulación administrativo-colusoria”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, págs. 1-26.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. (2015). *Derecho administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*. 22º Edición, OPEN.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. (1995). *Derecho administrativo. Parte general*. Marcial Pons.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. (1972). “El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal”. *Revista de Administración Pública*, nº 67, págs. 41-93.

PAREJO ALFONSO, L. (2008). “El nuevo sistema de defensa de la competencia. Algunas cuestiones generales sobre su fundamento constitucional y su organización específica en una Administración independiente” en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.). *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2003, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, La Ley.

PASCUAL MORCILLO, A. (2015). “El cooperador necesario en las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia” en RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.). *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Cizur Menor, Civitas.

PASCUAL y VICENTE, J. (2001). “Abuso de posición dominante en mercados conexos: doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia”. *Anuario de la Competencia*, nº1, págs. 259-280.

PASTOR MARTINEZ, E. (2021). “The uniform application of Competition Law in the EU: an alternative consideration to the Sumal Case (C-882/19)”. *Training of National Judges in EU Competition Law*, págs 1-6.

PAZ-ARES, C. (1999). “Uniones de empresas y grupos de sociedades”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, págs. 223-252.

PEDRÁZ CALVO, M. (1998). “Los colegios profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia”. *Anuario de la Competencia*, nº1, págs. 137-158.

PELLISÉ, C. (2007) “Las conductas de menor importancia en la ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”. *Anuario de la competencia*, Nº 1, 2007, págs. 71-103.

PÉREZ JORDÁ, I. (2014). “La capacidad infractora de personas físicas y jurídicas en el ordenamiento jurídico tributario (I)”. *Revista de Derecho UNED*, nº15, págs. 411-468.

PETITBÓ JUAN, A. y BERENGUER FUSTER, L. (1998). “La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos”. *Anuario de la Competencia*, nº1, págs. 25-70.

PICÓN ARRANZ, A. (2022). “El nuevo régimen sancionador del dopaje: más sobras que luces”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 59, págs. 235-257.

QUINTANA DAIMIEL, A. (2022). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en LOMA OSORIO, D. Y ULLATE, A. (Coords.), *Manual práctico del delito fiscal*, Thomson Reuters Aranzadi.

QUINTERO OLIVARES, G. (2018). “Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº71, págs. 75-89.

REBOLLO PUIG, M. y CANO CAMPOS, T. (2022). “Reserva de Ley y correlación entre las infracciones y sus sanciones: ¿es constitucional el art. 117.1 de la Ley de Aguas?”. *Revista de Administración Pública*, nº 217, págs. 53-90.

REBOLLO PUIG, M. (2019). “Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial”. *Revista de Administración Pública*, 2010, págs. 139-174.

REBOLLO PUIG, M. (2018). “Tribulaciones sobre los responsables de las infracciones contra la competencia” en MIRANDA SERRANO, L.M., COSTAS COMENSAÑA, J. (Dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons.

REBOLLO PUIG, M. (2016). “Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores”. *Ius et veritas*, 2016, nº53, págs. 220-245.

REBOLLO PUIG, M. (2015). “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables en las infracciones” en REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (Coords). *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel.

REBOLLO PUIG, M. (2014). “Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes”. *Revista Vasca de Administración pública*, nº19, págs. 2527-2546.

REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (2011). *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel.

REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A. (2010). *Derecho Administrativo sancionador*. Lex Nova.

REBOLLO PUIG, M. (2005). “Competencia sobre competencia” en FONT GALÁN, J.I. y PINO ABAD, M. (Coords). *Estudios de derecho de la competencia*, Marcial Pons.

- REBOLLO PUIG, M. (1989). *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. MAP.
- RECODER VALLINA, T. (2008). “Principio de personalidad de las sanciones administrativas: responsabilidad solidaria y subsidiaria. Responsabilidad de las personas jurídicas y de los menores de edad”. *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 19, págs. 133-164.
- ROCA DE AGAPITO, L. (2018). “Novedades acerca del sistema de sanciones penales para las personas jurídicas tras la reforma de 2015. Aproximación a los primeros pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo” en HUERGO LORA, A. (Dir.). *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*, Iustel.
- RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, D. (2021). “Las sanciones y su incidencia en los procesos de fusión y adquisición de empresas” en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. Y CANO CAMPOS, T. (Dir.). *Anuario de derecho administrativo sancionador*. Thomson Reuters. Civitas.
- RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, J.A. (2013). “Algunas reflexiones sobre la información reservada y la asignación de los casos en los expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.). *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*. Thomson Reuters, Civitas.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1969). “El actor mediato en Derecho penal español”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, págs. 461-487.
- ROXIN, C. (2009). “Dirección de la organización como autoría mediata”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, págs. 51-65.
- ROXIN, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Luzón Peña, D.M., Reus S.A.
- RUILOBA ALVARIÑO, J (2015) “el sistema institucional” en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (Coord.) *Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*. Editorial Universitaria Ramón Areces.

RUIZ PERIS, J.I. (2021). “Imputación por pertenencia a una entidad económica, fundada en el concepto funcionalmente unitario de empresa policorporativa de los artículos 101 y 102 TFUE”. *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, nº 29.

RUIZ PERIS, J.I. (2004). *La responsabilidad de la dominante en el derecho de defensa de la competencia*. Tirant lo Blanch.

SAINZ MORENO, F. (1990). “Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso administrativo, acción interdictal y amparo”. *Revista de Administración Pública*, págs. 317-341.

SÁNCHEZ SANTANA, J.A. (2011). “La potestad sancionadora de la Comisión Europea. La presunción de inocencia, el principio «nemo tenetur prodere seipsum» y los derechos de defensa en la jurisprudencia del TJUE”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº. 15, enero – junio 2011, págs. 657-690.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (1998). “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, págs. 319-363.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1983). “Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso”. *Revista de Administración Pública*, págs. 1609-1627.

SARMIENTO, D. (2018): *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons.

SERRANO ZARAGOZA, O. (2020). “Reestructuración empresarial y responsabilidades de los administradores sociales tras la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español”. *Revista la Ley Compliance Penal*, nº3.

SERRANO ZARAGOZA, O. (2016). “Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica”. *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, nº24, págs. 149-165.

SHÜNEMANN, B. (2004). “El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata”. *Derecho Penal y Criminología*, nº 75, págs. 27-42.

SOLDEVILA FRAGOSO, S. (2019). “La crisis del principio de legalidad. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015. Asunto Treuhand, C-194/124” en BENEYTO

J.M. y MAILLO, J. (Dir.). *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters, Aranzadi.

SOLER MARTÍNEZ, J.A. (2016). “Últimas orientaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial”. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 19(1), págs. 457-466.

SORIANO GARCÍA, J.E. (2015). “Régimen sancionador: peculiaridades en el ámbito del Derecho de la Competencia y una reflexión general” en GUILLÉN CARAMÉS, J. y CUERDO MIR, M. (Dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Civitas-Thomson Reuters.

SORIANO GARCÍA, J.E. (2007). *La defensa de la competencia en España*, Iustel.

SORIANO GARCÍA, J.E. (1998). *Derecho público de la competencia*. Marcial Pons.

STUCCHI, P. (2022). *Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, Aranzadi.

SUAY RINCÓN, J. (2001). “Los principios inspiradores del derecho sancionador comunitario”. *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 27, págs. 83-95.

SUAY RINCÓN, J. (1989). *Sanciones administrativas*. Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia.

SUAY RINCÓN, J. (1986). “El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma”. *Revista de Administración Pública*, nº 109, págs. 185-216.

TORNOS MAS, J. (2014). “¿Quién debe ejercer el «ius puniendi» del Estado? *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 161, Cívitas, págs. 11-16.

TORNOS MAS, J. (1999). “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989”. *Anuario de la competencia*, nº1, págs. 97-120.

TORNOS MAS, J. (1995). “Libertad de horarios comerciales y marco constitucional”. *Derecho privado y Constitución*, nº5, págs. 197-216.

TORRES CAZORLA, M.I. (2019). “La intervención de la Comisión europea como “amicus curiae” en procesos judiciales de aplicación del derecho de la competencia en los Estados

miembros de la UE” en OLMEDO PERALTA, E. *Técnicas cooperativas para la aplicación del derecho de la competencia en la Unión Europea y España*, Aranzadi.

VALENZUELA GARCACH, J. (2005). “Relación entre obstaculización de la competencia y el concepto de posición dominante” en FONT GALÁN, J.I. y PINO ABAD, M. (Coords). *Estudios de derecho de la competencia*, Marcial Pons.

VELASCO CABALLERO, F. y DíEZ SASTRE, S. (2004). “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”. *Cuadernos de Derecho Local*, págs. 50-62.

VELASCO NÚÑEZ, E. (2020). *10 años de responsabilidad penal de la persona jurídica. Análisis de su jurisprudencia*. Thomson Reuters Aranzadi.

VICIANO, J. (1995). *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch.

WHELAN, P. (2023). *Parental liability in EU competition law. A legitimacy-focused approach*, Oxford.

ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. (2020). “M&A y compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº2.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2004). “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido”. *Revista de Derecho*, nº 2, págs. 149-186.

Guías jurídicas Wolters Kluwers. *Presunción iuris tantum*.
https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjM0tLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoArj0l2zUAAAA=WKE

ANEXO I. JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTES JURISDICCIONALES ANALIZADOS.

I. EUROPEA

1) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 10519/83, de 7 de octubre de 1988, *Salabiaku / Francia*

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de septiembre de 2008, *Grayson y Barnham/Reino Unido*

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de febrero de 2009, *Sergueï Zolotoukhine contra Rusia*

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de septiembre de 2011, *Affaire A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*

2) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, C-26/62, *NV Algemene Transport-en Expeditie Inderneming van Geng & Loos / Nederlandse administratie der belastingen*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, C-6/64, *Faminio Costa / ENEL*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm y otros/Bundeskartellamt*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, C-25/70, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel/Köster*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, C-5/69, *Voelk/Vervaecke*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1972, C-7/72, *Boehringer Mannheim/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1974, C-127/73, *BRT/SABAM*

Sentencia del Tribunal de Justicia, 14 de febrero de 1978, C-27/76, *United Brands/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, C-85/76, *Hoffmann-Laroche/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1979, asuntos acumulados C- 32/78 y C-36/78 a C-82/78, *MBW Belgium SA y otros / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1980, C-253/78, *Procureur de la République/Giry y Guerlain*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 1980, C- 209/78, *Van Landewyck/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1981, asuntos acumulados C- 212/80 a 217/80, *Meridionale Industria Salumi y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, C-100/80 al C-103/80, *SA Musique Diffusion française y otros /Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, asunto C-107/82, *AEG-Telefunken/comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, C-107/82, *AEG-Telefunken/comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1983, C-96/82, *IAZ/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, C-322/81, *Michelin/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1984, C- 63/83, *The Queen/Kirk*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 1984, C-117/83, *Könecke/Balm*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 1985, C-41/83, *Italia/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 1985, C-311/84, *CBEM/CLT y IPB*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1987, C-118/85, *Comisión/Italia*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1987, C-137/85 - *Maizena/BALM*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 1988, C-316/86, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas/Krücken*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1989, C- 246/86, *Belasco y otros/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, C-68/88, *Comisión/Grecia*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de febrero de 1990, C-279/87, *Tipp-Ex/Comisión*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990, C- 106/98, *Marleasing/Comercial Internacional de Alimentación*

Sentencia del Tribunal De Justicia, de 13 de noviembre de 1990, C-331/88, *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, C-234/89, *Stergios Delimits/Henninger Bräu AG*

Sentencia del Tribunal De Justicia,de 23 de abril de 1991, C-41/90, *Höfner y Elser/Macrotron*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, C-62/86, *AKZO/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 1992, C-240/90, *Alemania/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1993, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre/AGF y Cancava*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 y C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1995, C-216/94, *Comisión/Bélgica*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, C-333/94 P, *Tetra Pak/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1997, C-343/95, *Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, asunto C- 49/92, *Comisión /Anic Partecipazioni*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, C-115/97, *Brentjens'*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2000, C-395/96 y C-396/97, *Compagnie maritime belge transports SA y otros / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre del 2000, C-180/98, *Pavlov y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, C-286/98, *Stora Kopparbergs Bergslags AB / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre del 2000, C-279/98, *Cascades/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, C-248/98, *KNP BT/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2000, C-297/98, *SCA Holding/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, C-309/99, *Wouters y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de enero de 2002, C-162/00, *Pokrzepowicz-Meyer*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, C-176/99, *Arbed SA / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de enero de 2004, C-2/01 y 3/01, *BAI y Comisión/Bayer*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados 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, *Aalborg Portland y otros/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2005, C-53/03, *Syfait*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, *Dansk Rørindustri/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 2006, C-551/03, *General Motors*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2006, asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, *Bélgica/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006, C-317/05, *G. Pohl-Boskamp*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, C-238/05, *ASNEF-EQUIFAX*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de febrero de 2007, C-3/06, *Groupe Danone/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, *ETI y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2008, C-209/07, *Beef Industry Development y Barry Brothers*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2008, C-334/07, *Comisión/Freistaat Sachsen*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, C- 8/08, *T-Mobile Netherlands y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, C-322/07, C-327/07 y C-338/07, *Papierfabrik August Koehler y otros/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2009, C-97/08, *Akzo Novel NV y otros / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, *Erste Group Bank y otros/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de diciembre de 2009, C-89/08, *Comisión/Irlanda y otras*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2009, asunto C-197/09, *M/Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos (EMA)*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2010, asunto C-407/08, *Knauf Gips/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, C-280/08, *Deutsche Telekom/Comisión,*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, asunto C-90/09, *General Química, S.A y otras / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2011, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de marzo de 2011, C-352/09, *ThyssenKrupp Nirosta/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 2011, C-521/09, *Elf Alquitaine SA /Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank,*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 2012, C-628/10 y C-14/11, *Alliance One International INC y otros/ Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de diciembre de 2012, C-226/11, *Expedia*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2013, C-286/11, *Comisión / Tomkins plc*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2013, C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2013, C-508/11, *Eni SpA/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2013, C-511/11 P, *Versalis/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2013, C-681/11, *Schenker & Co. y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 2013, C- 50/12, *Kendrion NV /Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2013, C-448/11, *SNIA SPA/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2014, C- 231-11 a 233-11, *Comisión /Siemens AG y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2014, C-247/11 P y C-253/11P, *Areva/ Alstom SA y otras*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2014, C-295/12, *Telefónica y Telefónica de España/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de septiembre de 2014, C-408/12, *YKK y otros/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, C-434/13, *Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 2015, asuntos acumulados C-93/13 y C-123/13, *Comisión y otro / Versali SPA y otro*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, C-286/13, *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015, C-293/13 P y C-294/13, *Fesh del Monte Produce Inc / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2015, C-597/13, *Total SA / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, C-303/13, *Comisión/Andersen*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14, *AC-treuhand AG / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2016, C-155/14, *Evonik Degussa y AlzChem/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, C- 609/13, *Duravit AG y otros /Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, C-619/13, *Mamoli Robinetteria/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, C-637/13, *Laufen Austria/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2017, asunto C-516/15P, *Akzo Nobel NV y otros / comisión y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2017, C-469/15, *FSL y otros/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, C-177/16, *Biedrība "Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība" Konkurences padome*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 2018, C-524/15, *Menci*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2019, C- 724/17, *Vantaan kaupunki / Skanska Industrial Solutions Oy y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de abril de 2019, C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2019, C-39/18, *Comisión/Icap y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2020, C- 462/19, *Anesco E.A. y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 2021, asunto C-595/18, *The Goldman Sach Group Inc. / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 2021, C-142/20, *Analisi G. Caracciolo*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021, C-882/19, *Sumal*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2021, C-948/19, *Manpower Lit*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2021, C-428/20, *Skarb Państwa (Couverture de l'assurance automobile)*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo y DAF Trucks*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2022, C-164/21, *BALTIJAS STARPTAUTISKĀ AKADĒMIJA*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 2022, C-385/21, *Zenith Media Communications*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2023, C-815/21, *Amazon.com y otros/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2023, C-211/22, *Super Bock Bebidas*

3) Conclusiones de los Abogados Generales

Conclusiones del del Abogado General Sr. Van Gerven, de 11 de octubre de 1990, C-234/89, *Stergios Delimits/Henninger Bräu AG*

Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo, de 18 de mayo de 2000, C-286/98, *Stora Kopparbergs Bergslags AB*

Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 11 de febrero de 2003, C-204/00, *Aalborg Portland A/S/Comisión*

Conclusiones del Abogado General Sr. F.G. Jacobs, de 22 de mayo de 2003, asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-305/01, *AOK Bundesverband y otros / Ichthyol-Gesellschaft Cordes y otros*

Conclusiones del Abogado General Sra. Juliane Kokott, de 3 de julio de 2007, C-280/06, *ETI y otros*

Conclusiones del Abogado General Sra. Juliane Kokott, de 19 de febrero de 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands y otros*

Conclusiones del Abogado General S^a. Juliane Kokott, de 23 de abril de 2009, C-97/08, *Akzo Novel NV y otros/Comisión*

Conclusiones del Abogado General S^a.Juliane Kokott, de 12 de enero de 2012, C-628/10 y C-14/11, *Alliance One International Inc*

Conclusiones del Abogado General S^a.Juliane Kokott, de 11 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-193/13 y C-194/13, *Fresh Del Monte Produce , Inc. y otros/Comisión*

Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl de 21 de mayo de 2015, C-194/14, *Ac Treuhand AG/Comisión*

Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl de 6 de febrero de 2019, C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros*

Conclusiones del Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella, de 15 de abril de 2021, C-882/19, *Sumal S.L. /Mercedes Benz Trucks España S.L*

Conclusiones del del Abogado General Sr Athanasios Rantos , 28 de octubre de 2021, C-267/20, *Volvo/DAF Trucks*

4) Jurisprudencia del Tribunal General de la UE

Sentencia del Tribunal General, de 6 de octubre de 2005, asuntos acumulados T-22/02 y T-23/02, *Sumitomo Chemical/Comisión*

Sentencia del Tribunal General, de 27 de octubre de 2010, T-24/05, *Alliance One International INC, Standard Commercial Tobacco Co INC, Trans-Continental Leaf Tobacco Corp Ltd / Comisión*

Sentencia del Tribunal General, de 17 de mayo de 2011, T-299/08, *Elf Aquitaine/Comisión*

Sentencia del Tribunal General, de 16 de junio de 2011, T-240/07, *Heineken Nederland y Heineken/Comisión*

Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, T-185/06, *L'Air liquide/Comisión*

Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, T-196/06 *Edison/Comisión*

Sentencia del Tribunal General, de 12 de julio de 2011, T- 132/07, *Fuji Electric Co. / Comisión*

Sentencia del Tribunal General, de 13 de julio de 2011, asuntos acumulados T-141/07, T-142/07, T-145/07 y T-146/07, *General Technic-Otis y otros/Comisión*

Sentencia del Tribunal General, de 14 de julio de 2011, T-190/06, *Total SA, Elf alquitane SA /comisión*

Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2011, T-234/07, *Koninklijke Grolsch NV/Comisión*

Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012, T-361/06, *Ballast Nedam/Comisión*

Sentencia del Tribunal General de 27 de marzo de 2014, asuntos acumulados T-56/09 y T-73/09, *Saint-Gobain Glass France y otros/Comisión*

Sentencia del Tribunal General, de 15 de julio de 2015, T-462/12, *Pilkington Group/Comisión*

Sentencia del Tribunal General, de 2 de junio de 2016, T-426/10, *Moreda-Riviere Trefilerías y otros/Comisión*

Sentencia del Tribunal General, de 12 de diciembre de 2018, T-677/14, *Biogaran/Comisión*

5) Resoluciones del Tribunal de Primera Instancia de la UE

Sentencia Tribunal de Primera Instancia, de 17 de diciembre de 1991, T-6/89, *Enichem Anic/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de marzo de 1992, T-11/89, *Shefl International Chemical Company Ltd/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 22 de marzo del 2000, T-125/97, *Coca-Cola/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 26 de octubre de 2000, T- 41/96, *Bayer AG/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 7 de marzo de 2002, T-95/99, *Satellimages TV5/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de septiembre de 2005, T-325/01, *BaimlerChrysler AG / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 27 de septiembre de 2006, T-44/02, *Dresdner Bank/Comisión*

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 26 de abril de 2007, asuntos acumulados T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, *Bolloré SA y otros / Comisión*

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de julio de 2008, T-99/04, *AC-Treuhand/Comisión*

Sentencia Tribunal de Primera Instancia, de 30 de septiembre de 2009, T-161/05, *Hoechst/Comisión*

II. NACIONAL

1) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981, de 30 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1981, de 7 de mayo

Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de Julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1982, de 4 de mayo

Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 17 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1882, de 30 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto

Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional de 89/1983 de 2 noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1984, de 20 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1984, de 23 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1984, de 6 de junio

Auto del Tribunal Constitucional 369/1984, de 20 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1984 de 27 junio

Auto del Tribunal Constitucional 471/1984, de 24 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1985, de 10 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 65/1986, de 22 de mayo

Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1986, de 29 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987, de 5 de mayo

Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1987, de 15 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 133/1987, de 21 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1988, de 21 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1988, de 4 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1988, de 18 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1988, de 22 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 239/1988, de 14 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1988 de 21 diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 154/1990, de 15 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 157/1990, de 18 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991, de 16 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1993, de 18 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1993, de 28 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 225/1993, de 8 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1994, de 17 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1994, de 25 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 146/1994, de 12 de mayo

Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1994, de 10 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 270/1994, de 17 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional de 103/1995, de 3 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1996, de 23 de mayo

Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1996, de 9 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1996, de 16 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1997, de 13 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1997, de 27 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 151/1997, de 29 de septiembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1997, de 2 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 183/1997, de 28 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 30 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1998, de 22 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 68/1998, de 30 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1998, de 30 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, de 2 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1998, de 11 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999, de 22 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1999, de 22 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 142/1999, de 22 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 209/1999, de 29 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2000, de 14 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 126/2000, de 16 de mayo

Sentencia del Tribunal Constitucional 276/2000, de 16 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2001, de 7 de mayo

Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2002, de 11 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2002, de 8 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 113/2002, de 9 de mayo

Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 129/2003, de 30 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 131/2003, de 30 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2003, de 15 de septiembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2004, de 23 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2004, de 26 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2005, de 1 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2005, de 6 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 252/2005, de 11 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 297/2005, de 21 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 334/2005, de 20 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2006, de 13 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2006, de 27 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 283/2006, de 9 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2007, de 23 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 219/2007, de 8 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 260/2007, de 20 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2008, de 14 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 162/2008, de 15 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2009, de 16 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2010, de 19 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2010, de 7 de octubre

Auto del Tribunal Constitucional 237/2012, de 11 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2014, de 6 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2018, de 5 de marzo

2) **Jurisprudencia del Tribunal Supremo**

Sentencia del Tribunal Supremo 2688/1980, de 29 de septiembre

Sentencia del Tribunal Supremo 2128/1980, de 10 de noviembre

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1987

Sentencia del Tribunal Supremo 314/1988, de 23 de enero

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1988

Sentencia del Tribunal Supremo 3055/1988, de 12 de mayo (rec. núm. 388/1994)

Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 1988

Sentencia del Tribunal Supremo 7705/1988, de 3 de noviembre

Sentencia del Tribunal Supremo 219/1988, de 22 de noviembre

Sentencia del Tribunal Supremo 8805/1988, de 14 de diciembre

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1989

Sentencia del Tribunal Supremo 3019/1989, de 16 de mayo

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989

Sentencia del Tribunal Supremo 15554/1990, de 1 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo 1401/1990, de 16 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1990

Sentencia del Tribunal Supremo 15002/1991, de 1 de marzo

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1991

Sentencia del Tribunal Supremo 20876/1992, de 20 de mayo (rec. núm. 35/1991)

Sentencia del Tribunal Supremo 11034/1992, de 5 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo 20982/1992, de 5 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1992

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1993

Sentencia del Tribunal Supremo 2560/1994 de 18 de abril

Sentencia del Tribunal Supremo 618/1995, de 8 de febrero (rec. núm. 3183/1993)

Sentencia del Tribunal Supremo 4917/1996, de 20 de septiembre (rec. núm. 3606/1991)

Sentencia del Tribunal Supremo 2158/1997, de 22 de marzo (rec. núm. 12432/1991)

Sentencia del Tribunal Supremo 314/1998, de 23 de enero (rec. núm. 5397/1992)

Sentencia del Tribunal Supremo 372/1998, de 26 de enero (rec. núm. 1394/1994)

Sentencia del Tribunal Supremo 1266/1998, de 25 de febrero (rec. núm. 2393/1992)

Sentencia del Tribunal Supremo 2541/1998, de 22 de abril (rec. núm. 403/1994)

Sentencia del Tribunal Supremo 3055/1998, de 12 de mayo (rec. núm. 388/1994)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 6642/1998, de 11 de noviembre (rec. núm. 517/1998)

Sentencia del Tribunal Supremo 6667/1998, de 12 de noviembre (rec. núm. 7135/1992)

Sentencia del Tribunal Supremo 695/1999, de 5 de febrero (rec. núm. 3091/1991)

Sentencia del Tribunal Supremo 2602/1999, de 19 de abril (rec. núm. 408500/1982)

Sentencia del Tribunal Supremo 3687/1999, de 26 de mayo (rec. núm. 5231/1993)

Sentencia del Tribunal Supremo 7270/1999, de 17 de noviembre (rec. núm. 4884/1992)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala quinta) 3876/2000, de 11 de mayo (rec. núm. 97/1999)

Sentencia del Tribunal Supremo 4431/2000, de 31 de mayo (rec. núm. 559/1993)

Sentencia del Tribunal Supremo 6186/2000, de 21 de julio (rec. núm. 2782/1994)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 6440/2001, de 20 de julio (rec. núm. 52/2000)

Sentencia del Tribunal Supremo 6095/2001, de 12 de julio (rec. núm. 428/1996)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala quinta) 7800/2001, de 11 de octubre (rec. núm. 18/2001)

Sentencia del Tribunal Supremo 1519/2003, de 6 de marzo (rec. núm. 9710/1997)

Sentencia del Tribunal Supremo 1828/2003, de 17 de marzo (rec. núm. 10329/1997)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 2539/2003, de 10 de abril (rec. núm. 921/2001)

Sentencia del Tribunal Supremo 3133/2003, de 8 de mayo (rec. núm. 4495/1998)

Sentencia del Tribunal Supremo 3549/2003, de 26 de mayo (rec. núm. 7726/1999)

Sentencia del Tribunal Supremo 3779/2003, de 2 de junio (rec. núm. 3729/1999)

Sentencia del Tribunal Supremo 3904/2003, de 6 de junio (rec. núm. 11406/1998)

Sentencia del Tribunal Supremo 3950/2003, de 9 de junio (rec. núm. 11399/1998)

Sentencia del Tribunal Supremo 4380/2003, de 23 de junio (rec. núm. 2829/2001)

Sentencia del Tribunal Supremo 5794/2003, de 29 de septiembre (rec. núm. 5167/1998)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala quinta) 1855/2004, de 17 de marzo (rec. núm. 33/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo 1938/2004, de 22 de marzo (rec. núm. 11477/1998)

Sentencia del Tribunal Supremo 2200/2004, de 31 de marzo (rec. núm. 129/2000)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 6939/2004, de 28 de octubre (rec. núm. 156/2004)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 7338/2004, de 12 de noviembre (rec. núm. 2254/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo 7767/2004, de 30 de noviembre (rec. núm. 6573/2001)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 7937/2004, de 9 de diciembre (rec. núm. 2284/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo 8055/2004, de 13 de diciembre (rec. núm. 915/2002)

Sentencia del Tribunal Supremo 1907/2005, de 30 de marzo (rec. núm. 2607/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 3343/2005, de 24 de mayo de 2005 (rec. núm. 2043/2002)

Sentencia del Tribunal Supremo 814/2006, de 14 de febrero (rec. núm. 4628/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala quinta) 1900/2006, de 21 de marzo (rec. núm. 54/2005)

Sentencia del Tribunal Supremo 3240/2006, de 30 de mayo (rec. núm. 7151/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo 3887/2006, de 20 de junio (rec. núm. 9174/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo 4144/2006, de 20 de junio (rec. núm. 9688/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo 7931/2006, de 20 de diciembre (rec. núm. 3658/2004)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 471/2007, de 26 de enero (rec. núm. 1064/2006)

Sentencia del Tribunal Supremo 1022/2007, de 14 de febrero (rec. núm. 17/2005)

Sentencia del Tribunal Supremo 4763/2007, de 19 de junio (rec. núm. 9449/2004)

Sentencia del Tribunal Supremo 7499/2007, de 7 de noviembre (rec. núm. 9852/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo 345/2008, de 29 de enero 2008 (rec. núm. 150/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo 3035/2008, de 30 de mayo (rec. núm. 8213/2002)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 4587/2008, de 17 de julio (rec. núm. 10012/2008)

Sentencia del Tribunal Supremo 6610/2008 de 4 de noviembre (rec. núm. 5837/2005)

Sentencia del Tribunal Supremo 8071/2009, de 11 de noviembre (rec. núm. 1246/2006)

Sentencia del Tribunal Supremo 8455/2009, de 30 de diciembre (rec. núm. 969/2009)

Sentencia del Tribunal Supremo 1839/2010, de 20 de abril (rec. núm. 3337/2007)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 2132/2010, de 5 de mayo (rec. núm. 10727/2009)

Sentencia del Tribunal Supremo 2591/2010, de 5 de mayo (rec. núm. 357/2005)

Sentencia del Tribunal Supremo 3873/2010, de 25 de junio (rec. núm. 519/2009)

Sentencia del Tribunal Supremo 4042/2010, de 6 de julio (rec. núm. 446/2008)

Sentencia del Tribunal Supremo de 370/2011, de 1 de febrero (rec. núm. 2688/2008)

Sentencia del Tribunal Supremo 628/2011, de 23 de febrero (rec. núm. 562/2008)

Sentencia del Tribunal Supremo 4819/2011, de 14 de julio (rec. núm. 503/2008)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 4199/2012, de 28 de mayo (rec. núm. 1573/2011)

Sentencia del Tribunal Supremo 6617/2012, de 12 de julio (rec. núm. 1988/2009)

Sentencia del Tribunal Supremo 5113/2012, de 18 de julio (rec. núm. 123/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala quinta) 8420/2012, de 11 de diciembre (rec. núm. 62/2012)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 8839/2012, de 19 de diciembre (rec. núm. 10615/2012)

Sentencia del Tribunal Supremo 2660/2013, de 29 de mayo (rec. núm. 1312/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo 3139/2013, de 14 de junio (rec. núm. 3282/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo 1132/2014, de 27 de marzo (rec. núm. 1567/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 4829/2014, de 21 de octubre (rec. núm. 227/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo 5193/2014, de 20 de noviembre (rec. núm. 3850/2012)

Sentencia del Tribunal Supremo 112/2015, de 29 de enero (rec. núm. 2872/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 1099/2015, de 16 de marzo (rec. núm. 1589/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo 2194/2015, de 22 de mayo (rec. núm. 95/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo 2937/2015, de 17 de junio (rec. núm. 2072/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 3177/2015, de 30 de junio (rec. núm. 10829/2014).

Sentencia del Tribunal Supremo 3813/2015, 2 de septiembre (rec. núm. 111/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) 4429/2015, de 13 de octubre (rec. núm. 10164/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo 4654/2015, de 27 de octubre (rec. núm. 1044/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo 4603/2015, de 2 de noviembre (rec. núm. 1523/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo 5313/2015, de 7 de diciembre (rec. núm. 586/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo 5531/2015, de 16 de diciembre (rec. núm. 1973/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo 749/2016, de 22 de febrero (rec. núm. 1419/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) 613/2016, de 29 de febrero (rec. núm. 10011/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo 936/2016, de 4 de marzo (rec. núm. 1114/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) 966/2016, de 16 de marzo (rec. núm. 1535/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo 1846/2016, de 25 de abril (rec. núm. 191/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 2216/2016, de 17 de mayo (rec. núm. 1302/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 2616/2016, de 13 de junio (rec. núm. 1867/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo 3525/2016, de 18 de julio (rec. núm. 2946/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo 4681/2016, de 25 de octubre (rec. núm. 198/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo 5129/2016, de 23 de noviembre (rec. núm. 1003/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo 5192/2016, de 28 de noviembre (rec. núm. 1003/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo 349/2017, de 3 de febrero (rec. núm. 779/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 753/2017, de 2 de marzo (rec. núm. 10508/2016).

Sentencia del Tribunal Supremo 1184/2017, de 15 de marzo (rec. núm. 4213/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 1282/2017, de 23 de marzo (rec. núm. 10269/2016).

Sentencia del Tribunal Supremo 2483/2017, de 26 de junio (rec. núm. 2468/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 583/2017, de 19 de julio (rec. núm. 1813/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo 3131/2017, de 27 de julio (rec. núm. 956/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo 3458/2017, de 28 de septiembre (rec. núm. 426/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 3544/2017, de 11 de octubre (rec. núm. 1625/2016),

Sentencia del Tribunal Supremo 4194/2017, de 22 de noviembre (rec. núm. 2121/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo 671/2018, de 1 de marzo (rec. núm. 563/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo 1252/2018, de 23 de marzo (rec. núm. 1580/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo 1171/2018, de 23 de marzo (rec. núm. 1409/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo 1405/2018, de 23 de abril (rec. núm. 608/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo 2224/2018, de 7 de junio (rec. núm. 681/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo 2404/2018, de 8 de junio (rec. núm. 1506/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo 2519/2018, de 19 de junio (rec. núm. 3055/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo 2235/2018, de 19 de junio (rec. núm. 1480/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo 2995/2018 de 17 de julio (rec. núm. 2878/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo 2819/2018, de 19 de julio (rec. núm. 2773/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo 3011/2018, de 25 de julio (rec. núm. 2917/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo 3334/2018, de 1 de octubre (rec. núm. 2924/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo 3622/2018, de 19 de octubre (rec. núm. 4389/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo 4316/2018, de 19 de diciembre (rec. núm. 3006/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo 4393/2018, de 20 de diciembre (rec. núm. 6552/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo 4566/2018, de 21 de diciembre (rec. núm. 5720/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo 253/2019, de 8 de enero (rec. núm. 5618/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo 259/2019, de 21 de enero (rec. núm. 4323/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo 819/2019, de 18 de febrero (rec. núm. 5624/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo 814/2019, de 13 de marzo (rec. núm. 635/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo 815/2019, de 13 de marzo (rec. núm. 631/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo 952/2019, de 28 de marzo (rec. núm. 6360/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo 1178/2019, de 9 de abril (rec. núm. 4118/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) 1470/2019, de 8 de mayo (rec. núm. 407/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo 1688/2019, de 23 de mayo de 2019 (rec. núm. 2117/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo 1708/2019, de 27 de mayo (rec. núm. 5326/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo 3146/2019, de 25 de septiembre (rec. núm. 85/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo 3043/2019, de 1 de octubre (rec. núm. 5280/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 3044/2019, de 1 de octubre (rec. núm. 5244/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 3391/2019, de 25 de octubre (rec. núm. 1473/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 3515/2019, de 31 de octubre (rec. núm. 1945/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 619/2020, de 16 de enero (rec. núm. 10231/2019)

Sentencia del Tribunal Supremo 132/2020, de 28 de enero (rec. núm. 7458/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 1934/2020, de 11 de marzo (rec. núm. 2381/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo 1087/2020, de 21 de mayo (rec. núm. 7880/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 2095/2020, de 28 de mayo (rec. núm. 3262/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 1905/2020, de 17 de junio (rec. núm. 3877/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo 3312/2020, de 7 de octubre (rec. núm. 5429/2019)

Sentencia del Tribunal Supremo 3505/2020, de 22 de octubre (rec. núm. 4535/2019)

Sentencia del Tribunal Supremo 3889/2020, de 12 de noviembre (rec. núm. 5247/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo 1011/2021, de 15 de marzo (rec. núm. 3405/2020)

Sentencia del Tribunal Supremo 1418/2021, de 15 de abril (rec. núm. 1382/2020)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 1402/2021, de 22 de abril (rec. núm. 10339/2020)

Sentencia del Tribunal Supremo 2020/2021, de 13 de mayo (rec. núm. 3907/2020)

Sentencia del Tribunal Supremo 2286/2021, de 31 de mayo (rec. núm. 2181/2020)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 2187/2021, de 31 de mayo (rec. núm. 2639/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo 2439/2021, de 7 de junio (rec. núm. 5428/2020)

Sentencia del Tribunal Supremo 3183/2021, de 21 de julio (rec. núm. 6452/2019)

Sentencia del Tribunal Supremo 3476/2021, de 17 de septiembre (rec. núm. 5409/2020)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 1/2022, de 12 de enero (rec. núm. 1257/2020)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 397/2022, de 10 de febrero (rec. núm. 10441/2021).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 3658/2022, de 6 de octubre (rec. núm. 10077/2022)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 3658/2022, de 06 de octubre (rec. núm. 10077/2022)

Sentencia del Tribunal Supremo 4555/2022, de 9 de diciembre (rec. núm. 4278/2021)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda) 4811/2022, de 21 de diciembre (rec. núm. 586/2021).

Sentencia del Tribunal Supremo 4838/2022, de 21 de diciembre (rec. núm. 7662/2021)

Sentencia del Tribunal Supremo 4846/2022, de 23 de diciembre (rec. núm. 8404/2021)

Sentencia del Tribunal Supremo 4946/2022, de 23 de diciembre (rec. núm. 7583/2021)

Sentencia del Tribunal Supremo 119/2023, de 16 de enero (rec. núm. 8681/2021)

Sentencia del Tribunal Supremo 298/2023, de 6 de febrero (rec. núm. 6056/2020)

Sentencia del Tribunal Supremo 1033/2023, de 6 de marzo (rec. núm. 6378/2023)

Sentencia del Tribunal Supremo 1624/2023, de 30 de marzo (rec. núm. 6491/2021)

Sentencia del Tribunal Supremo 1884/2023, de 25 de abril (rec. núm. 1297/2022).

Sentencia del Tribunal Supremo 2641/2023, de 13 de junio (rec. núm. 358/2022)

3) Pronunciamientos judiciales de la Audiencia Nacional

Sentencia de la Audiencia Nacional 2896/1999, de 6 de mayo (rec. núm. 234/1997)

Sentencia de la Audiencia Nacional 3415/2002, de 3 de junio (rec. núm. 399/1997)

Sentencia de la Audiencia Nacional 7379/2003, de 9 de abril (rec. núm. 214/2000)

Sentencia de la Audiencia Nacional 9242/2003 de 22 de septiembre (rec. núm. 726/2000)

Sentencia de la Audiencia Nacional 8670/2004, de 14 de enero (rec. núm. 892/2000)

Sentencia de la Audiencia Nacional 7887/2005, de 11 de mayo (rec. núm. 831/2001)

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 4398/2007, de 31 de octubre (rec. núm. 5/2005)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1033/2008, de 4 de febrero (rec. núm. 439/2006)

Sentencia de la Audiencia Nacional 4403/2012, de 25 de octubre (rec. núm. 698/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 71/2013, de 21 de enero (rec. núm. 603/2010)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1052/2013, de 26 de febrero (rec. núm. 299/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1053/2013, de 26 de febrero (rec. núm. 309/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1949/2013, de 3 de mayo (rec. núm. 559/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1487/2013, de 10 de abril (rec. núm. 652/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 3472/2013, de 16 de julio (rec. núm. 626/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2718/2013, de 19 de junio (rec. núm. 301/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 4187/2013, de 1 de octubre (rec. núm. 688/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 4209/2013, de 1 de octubre (rec. núm. 371/2012)

Sentencia de la Audiencia Nacional 4437/2013, de 22 de octubre (rec. núm. 396/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 4567/2013, de 31 de octubre (rec. núm. 1/2013)

Sentencia de la Audiencia Nacional 5342/2013, de 9 de diciembre (rec. núm. 719/2012)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1798/2014, de 15 de abril (rec. núm. 572/2010)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1878/2014, de 15 de abril (rec. núm. 398/2009)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2078/2014, de 30 de abril (rec. núm. 560/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 3415/2014, de 10 de julio (rec. núm. 293/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2250/2015, de 1 de junio (rec. núm. 297/2011)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1039/2016, de 30 de marzo (rec. núm. 492/2013)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2630/2016, de 27 de junio (rec. núm. 522/2013)

Sentencia de la Audiencia Nacional 418/2017, de 6 de febrero (rec. núm. 51/2013)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1573/2017, de 20 de abril (rec. núm. 9/2016)

Sentencia de la Audiencia Nacional 3336/2017, de 28 de julio (rec. núm. 7/2015)

Sentencia de la Audiencia Nacional 3564/2017, de 1 de septiembre (rec. núm. 36/2013)

Sentencia de la Audiencia Nacional 3556/2017, de 4 de septiembre (rec. núm. 41/2013)

Sentencia de la Audiencia Nacional 3656/2017, de 14 de septiembre (rec. núm. 10/2016)

Sentencia de la Audiencia Nacional 5520/2017, de 22 de diciembre (rec. núm. 3/2015)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1108/2018, de 14 de marzo (rec. núm. 352/2016)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2167/2018, de 25 de mayo (rec. núm. 8/2016)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2168/2018, de 29 de mayo (rec. núm. 6/2016)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2169/2018, de 29 de mayo (rec. núm. 369/2016)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2563/2018, de 13 de junio (rec. núm. 358/2016)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2570/2018, de 13 de junio (rec. núm. 357/2016)

Sentencia de la Audiencia Nacional 3239/2018, de 25 de julio (rec. núm. 65/2015)

Sentencia de la Audiencia Nacional 3324/2018, de 26 de julio (rec. núm. 62/2015)

Sentencia de la Audiencia Nacional 3441/2018, de 10 de septiembre (rec. núm. 64/2015)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1325/2019, de 26 de marzo (rec. núm. 442/2015)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1390/2019, de 26 de marzo (rec. núm. 552/2015)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1318/2019, de 26 de marzo (rec. núm. 447/2015)

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 3420/2019, de 30 de abril (rec. núm. 230/2019)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2532/2019, de 10 de junio (rec. núm. 217/2015)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2359/2019, de 10 de junio (rec. núm. 193/2015)

Sentencia de la Audiencia Nacional 3166/2021, de 20 de julio (rec. núm. 548/2017)

Sentencia de la Audiencia Nacional 5643/2021, de 23 de diciembre (rec. núm. 703/2015)

Sentencia de la Audiencia Nacional 5660/2021, de 27 de diciembre (rec. núm. 711/2015)

Sentencia de la Audiencia Nacional 6196/2022, de 7 de diciembre (rec. núm. 232/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 4359/2022, de 26 de septiembre (rec. núm. 323/2016)

Sentencia de la Audiencia Nacional 6074/2022, de 5 de diciembre (rec. núm. 236/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 6239/2022, de 5 de diciembre (rec. núm. 248/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 6196/2022, de 7 de diciembre (rec. núm. 232/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1220/2023, de 28 de febrero (rec. num. 744/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1299/2023, de 3 de marzo (rec. núm. 716/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1240/2023, de 3 de marzo (rec. núm. 736/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1194/2023, de 3 de marzo (rec. núm. 757/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1756/2023, de 24 de marzo (rec. núm. 607/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1685/2023, de 30 de marzo de (rec. núm. 707/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2092/2023, de 19 de abril (rec. núm. 243/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 1979/2023, de 13 de abril (rec. núm. 1/2021)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2600/2023, de 19 de mayo (rec. núm. 24/2018)

Sentencia de la Audiencia Nacional 2605/2023, de 19 de mayo (rec. núm. 33/2018)

4) Pronunciamientos judiciales de la Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 13912/2008, de 23 de octubre

5) Pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Asturias) 61/1998, de 20 de enero (rec. núm. 1235/1995)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Murcia) 1091/2022, de 31 de mayo (rec. núm. 97/2020)

ANEXO II. RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

I. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Resolución de 3 de febrero de 1992, expte. A 16/91, *Tecnotrón*

Resolución de 8 de julio de 1992, expte. 294/91, *Aceites*

Resolución de 10 de junio de 1993, expte. 319/92, *Fútbol por TV.*

Resolución de 13 de septiembre de 1993, expte. 320/92, *Boutiques Pan Asturias*

Resolución de 27 de julio de 1995, expte. 124/95, *Enseñanzas Aeronáuticas*

Resolución de 12 de diciembre de 1996, expte. 364/95, *Ortopédicos Castilla-León.*

Resolución de 12 de diciembre de 1996, expte. 376/96, *Cárteles Sidra*

Resolución de 14 de octubre de 1997, expte. 380/96, *Perfumería;*

Resolución de 23 de junio de 1998, expte. 278/97, *Microordenadores*

Resolución de 29 de julio 1998, expte. 411/97, *Disa/Cepsa*

Resolución de 23 de noviembre de 1998, expte. 314/98, *Intertrace/Telefónica.*

Resolución de 11 de diciembre de 1998, expte. 409/07, *Alimentos Infantiles*

Resolución de 18 de diciembre de 1998, expte. 421/97, *Autoescuelas Collado-Villalba*

Resolución de 21 de enero de 1999, expte. 412/97, *BT/Telefónica*

Resolución de 14 de abril de 1999, expte. 426/98, *Azúcar*

Resolución de 8 de julio 1999, expte. 441/98, *Electra Avellana*

Resolución de 29 de julio de 1999, expte. 438/98, *Interflora*

Resolución de 30 de septiembre de 1999, Expte. 362/99, *Bacardí*

Resolución de 29 de marzo de 2000, expte. 452/99, *Taxis Barcelona*

Resolución, de 7 de abril de 2000, expte. 472/99, *Colegio de Farmacéuticos de Valencia.*

Resolución de 28 de julio de 2000, Expte. 465/99, *Propiedad Intelectual Audiovisual*

Resolución de 1 de septiembre de 2000, expte. 470/99, *COFAS*

Resolución de 25 de octubre de 2000, expte. 476/99, *Agencias de Viaje*

Resolución de 5 de enero de 2001, expte. 482/00, *Gas Natural Castilla y León*

Resolución de 4 de junio de 2001, expte. 492/00, *Hormigón Gerona*

Resolución de 20 de junio de 2001, expte. 495/00, *Velatorios Madrid*

Resolución de 9 de octubre de 2001, expte. 502/00, *Funerarias Madrid 3*

Resolución 11 de octubre de 2001, expte. 452/00, *Atención Primaria Mallorca*

Resolución de 24 de octubre de 2001, expte. 503/00, *Feriantes Huesca.*

Resolución de 29 de octubre de 2001, expte. R 456/00, *Muebles Vanguardia*

Resolución de 5 de marzo de 2002, expte. 306/01, *Comercialización Aceite;*

Resolución de 1 de abril de 2002, expte. 514/01, *IBERIA*

Resolución de 24 de abril de 2002, expte. 486/00, *McLane/Tabacalera*

Resolución de 25 de julio de 2002, expte. 522/01, *Mundial de fútbol 98;*

Resolución de 16 de septiembre de 2003, expte. 550/02, *Tanatorios Huesca.*

Resolución de 26 de mayo de 2003, expte. 539/02, *Cofarca*

Resolución de 14 de noviembre de 2003, expte. 540/02, *Gas Natural*

Resolución de 13 de febrero de 2004, expte. 556/03, *Empresas Cárnicas*

Resolución de 23 de noviembre de 2004, expte. 569/03, *Semillas de Remolacha*

Resolución 22 de diciembre de 2004, expte. 571/03, *Uni2/Telefónica Móviles*

Resolución de 19 de mayo de 2005, expte. R 644/05, *Estaciones de Servicio*

Resolución de 16 de junio de 2005, expte. 580/04, *Gas Natural*

Resolución de 12 de marzo de 2007, expte. 614/06, *Cervezas de Canarias 2*

Resolución de 3 de abril de 2007, expte. 611/06, *Excursiones Puerto de Sóller*

Resolución de 19 de abril de 2007, expte. R 657/05, *Productos Lácteos*

II. RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA

Resolución de 27 de noviembre de 2007, expte. R 691, *DISA*

Resolución de 12 de febrero de 2008, expte. 626/07, *Canarias de Explosivos*

Resolución, de 29 de febrero de 2008, expte. 647/08, *Distribuciones Damm*

Resolución de 11 de marzo de 2008, expte. S/0041/08, *TuBillete*.

Resolución de 9 de junio de 2008, expte. 633/07, *Creuers De Sóller*

Resolución de 19 de julio de 2008, expte. SAMUR/05/2017, *Colegio de Abogados de Lorca*

Resolución de 9 de febrero de 2009, expte. 637/08, *Peritos/Arquitectos de la Comunidad Valenciana;*

Resolución de 25 de marzo de 2009, expte. 649/08, *Productos Farmacéuticos Genéricos.*

Resolución de 14 de abril de 2009, expte. 639/08, *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*

Resolución, de 27 de mayo de 2009, expte. S/0064/08, *Veterinarios Especialistas Équidos*

Resolución de 10 de junio de 2009, expte. 2741/06, *Signus ecovalor.*

Resolución de 30 de julio de 2009, expte. 652/07, *Repsol/Cepsa/BP*

Resolución de 14 de septiembre de 2009, expte. S/0017/07, *EAEPC vs. Laboratorios Farmacéuticos*

Resolución de 17 de mayo de 2010, expte. 106/08, *Almacenes Hierro*

Resolución de 31 de julio de 2010, expte. S/0120/08: *TRANSITARIOS*

Resolución de 17 de diciembre de 2010, expte. S/0257/10, *Natura Bisse Internacional*

Resolución de 20 de enero de 2011, expte. S/0196/09, *Colegio Notarial de Asturias*

Resolución de 7 de febrero de 2011, expte. S/0155/09, *STAMPA*

Resolución de 26 de abril de 2011, expte. S/0107/08, *Plataforma del mejillón*

Resolución de 6 de octubre de 2011, expte/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*

Resolución de 26 de octubre de 2011, expte. S/0192/09, *Asfaltos*

Resolución de 29 de noviembre de 2011, expte. S/002/07, *Consejo Superior de Arquitectos de España*

Resolución de 2 de diciembre de 2011, expte. S/251/10, *Envases Hortofrutícolas*

Resolución de 29 de diciembre de 2011, expte. S/0290/10, *Asociaciones de Ganaderos*

Resolución de 16 de julio de 2012, expte. *SAMAD 01/2011 COAM-Viviendas Públicas de Municipios de Madrid*

Resolución de 26 de septiembre de 2012, expte. S/0335/11, *CEOE*

Resolución de 19 de diciembre de 2012, expte. S/0248/10, *mensajes cortos*

Resolución de 10 de enero de 2013, expte. S/0293/10, *Transcont*

Resolución de 30 de julio de 2013, expte. S/0380/11, *coches de alquiler*

Resolución de 26 de septiembre de 2013, expte. S/314/10, *Puerto de Valencia*

III. RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Resolución de 2 de enero de 2014, expte. S/0404/12, *Servicios Comerciales AENA*

Resolución de 21 de enero de 2014, expte. S/0373/11, *CORREOS 2*

Resolución de 13 de febrero de 2014, expte. S/0478/13, *MSC*

Resolución de 22 de septiembre de 2014, expte. S/428/12, *Palés*

Resolución de 6 de noviembre de 2014, expte. S/430/12, *Recogida de papel*

Resolución de 28 de mayo de 2015, expte. S/0471/13, *CONCESIONARIOS
AUDI/SEAT/VW,*

Resolución de 23 de julio de 2015, expte. S/0482/13, *Fabricantes de automóviles*

Resolución de 26 de mayo de 2016, expte. S/DC/0504/10, *AIO*

Resolución de 30 de junio de 2016, expte. S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*

Resolución de 6 de septiembre de 2016, expte. S/DC/0544/14, *Mudanzas Internacionales*

Resolución de 23 de febrero de 2017, expte. S/0545/15, *Hormigones Asturias;*

Resolución de 28 de febrero de 2017, expte. S/DC/0511/14, *RENFE OPERADORA*

Resolución de 7 de junio de 2017, expte. S/DC/0557/15, *NOKIA*

Resolución de 8 de marzo de 2018, expte. S/DC/0578/16, *Mensajería y Paquetería
Empresarial*

Resolución de 26 de julio de 2018, expte. *SAMAD/04/2016 ICAM Colegiación*

Resolución de 27 de septiembre de 2018, expte. S/0415/12, *ABH-ISMA*

Resolución de 7 de febrero de 2019, expte. S/DC/0577/16, *Volkswagen.*

Resolución de 20 de junio de 2019, expte. S/DC/0552/15, *AGIC.*

Resolución de 20 de junio de 2019, expte. *SAMUR/02/18, Transporte escolar Murcia*

Resolución de 11 de julio de 2019, expte. S/0425/12, *Industrias lácteas 2*

Resolución de 30 de julio de 2019, expte. *SAMAD/09/18*.

Resolución de 1 de octubre de 2019, expte. S/DC/0612/17, *montaje y mantenimiento industrial*.

Resolución de 30 de enero de 2020, expte. S/DC/0046/19, *FACUA- BIMBO*

Resolución de 17 de agosto de 2021, expte. S/0013/19, *Conservación Carreteras*

Resolución de 14 de septiembre de 2021, expte. S/0025/19, *Gestión de archivos*

Resolución de 29 de septiembre de 2021, expte. S/DC/0614/17, *Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias*

Resolución de 7 de marzo de 2022, expte. 513/01, *TUBOGAS/REPSOL*

IV. RESOLUCIONES DE OTRAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE COMPETENCIA

RACCO de 23 de diciembre de 2019, expte. 94/2018, *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña*