



# Trabajo Fin de Grado

Las sanciones a los directivos por la infracción de las normas de Defensa de la Competencia en España

Autor

JAVIER BERDÚN MARECA

Director

JUAN ARPIO SANTACRUZ

Facultad de Derecho  
2020/2021

# ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....	1
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	1
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	2
<b>II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS DE LA LDC .....</b>	<b>3</b>
1. CUESTIONES PREVIAS .....	3
2. CONSECUENCIAS ADMINISTRATIVAS .....	3
3. CONSECUENCIAS CIVILES .....	5
<b>III. LAS SANCIONES A DIRECTIVOS Y REPRESENTANTES DE PERSONAS JURÍDICAS .....</b>	<b>7</b>
1. PRECEDENTES NORMATIVOS.....	7
2. DERECHO COMPARADO.....	7
3. REGULACIÓN DE LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	8
3.1. Sujetos sancionables.....	8
3.2. Presupuestos de la responsabilidad .....	9
4. CUANTIFICACIÓN .....	10
4.1. Problemática.....	10
4.2. Métodos de cuantificación .....	11
4.3. Práctica de la CNMC.....	12
<b>IV. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES QUE PUEDEN AFECTAR A LA CUANTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN.....</b>	<b>15</b>
1. LA EXISTENCIA DE UNA SOLICITUD DE CLEMENCIA .....	15
1.1. Programa de clemencia: Ámbito y condiciones de aplicación.....	15
1.2. Legitimación para solicitar la clemencia.....	16
1.3. Solicitud de clemencia por la empresa .....	16
1.4. Solicitud de clemencia por el directivo .....	17
1.5. Soluciones .....	19
2. LA EXISTENCIA DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO .....	19
2.1. El programa de cumplimiento: concepto y requisitos .....	19
2.2. Relevancia de la existencia de un programa de cumplimiento en la sanción.	20
2.3. Problemática.....	22

<b>V. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE LAS SANCIONES A LOS DIRECTIVOS.....</b>	<b>22</b>
1. EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i> .....	22
2. LA FUNCIÓN DISUASORIA .....	23
<b>VI. CONCLUSIÓN .....</b>	<b>25</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>27</b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

ANC: Autoridad Nacional de Competencia

CC.AA: Comunidades Autónomas

CE: Constitución Española

CNC: Comisión Nacional de la Competencia

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

DDFF: Derechos Fundamentales

LCS: Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

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.

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

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

TDC: Tribunal de Defensa de la Competencia

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO**

Dentro del ámbito de Defensa de la Competencia, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia regula el régimen sancionador aplicable a las infracciones recogidas en esta misma Ley. Este régimen sancionador es especialmente importante en esta materia, debido a que su objetivo es el de reprimir las conductas infractoras y el de disuadir a los sujetos infractores de cesar en su conducta, y evitar su reincidencia. Esta Ley, regula en el artículo 63 las sanciones aplicables, y las divide en las referidas al sujeto infractor; y las aplicables, si se trata de una persona jurídica, a sus directivos.

El tema a tratar, por tanto, son las sanciones aplicables a los directivos cuando el sujeto infractor es una persona jurídica. Se trata de una sanción de carácter accesorio, por lo que solo se puede imponer si se ha impuesto una sanción a la persona jurídica; y su objetivo es idéntico al del régimen sancionador, reprimir las conductas restrictivas de la Competencia, y disuadir a los directivos de cometer una infracción de la LDC.

### **2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS**

La razón de elección tema radica mayoritariamente en la novedad que supone la aplicación del artículo 63.2 LDC. Esta sanción fue primeramente regulada en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y durante muchos años tuvo escasa relevancia, aplicándose hasta el año 2015 en contadas ocasiones. A partir del año 2015, la CNMC comenzó a imponer estas sanciones con mayor frecuencia, y a raíz de esto, han surgido nuevos retos que todavía están por resolver. El primero de ellos es la ausencia de criterios de cuantificación en la LDC, el artículo 63.2 LDC únicamente establece la posibilidad de imponer una sanción a los directivos, además, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre los criterios, por lo que existe una gran incertidumbre sobre esta sanción; el segundo de ellos es el de establecer una cuantía que permita que la sanción sea lo suficientemente disuasoria.

Se trata, por tanto, de un tema de gran actualidad y de gran interés por el poco desarrollo que ha tenido, tanto legislativamente, por la inaplicación del precepto durante casi toda su vigencia; como jurisprudencialmente, por la poca cantidad de recursos que se han resuelto sobre estas sanciones, debido a las escasas ocasiones en las que la CNMC ha decidido imponerlas.

La segunda razón de elección del tema es la interdisciplinariedad que supone un tema como el tratado, por una parte, Derecho Mercantil al tratar un tema de Defensa de la Competencia, la cual tiene un gran interés al estar a la orden del día en la actualidad; y por otra parte, Derecho Administrativo al tratarse de una sanción con este carácter.

### 3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

El método seguido en el desarrollo del trabajo ha sido el analítico. El análisis lo he realizado a partir de la legislación vigente, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; de las resoluciones dictadas por la CNMC en las que imponen sanciones a los directivos de las empresas involucradas en los cárteles descubiertos; de las sentencias del Tribunal Supremo dictadas para resolver los recursos interpuestos contra las resoluciones de la CNMC; y a partir del Derecho comparado, valorando la regulación de los distintos países, el procedimiento a seguir para imponer la sanción; y las cuantías establecidas.

El trabajo está dividido en cuatro partes, la primera, donde se tratan las diversas consecuencias jurídicas que derivan de la realización de las conductas prohibidas de la LDC; la segunda, donde se tratan las sanciones a los directivos, concretamente los precedentes normativos y la regulación actual, y todo lo que rodea a la cuantificación de las sanciones; en tercer lugar, se tratan las circunstancias especiales que pueden afectar a la cuantificación de la sanción, concretamente la solicitud de clemencia, y el programa de cumplimiento; y por último, las cuestiones problemáticas controvertidas en torno a las sanciones a directivos, tales como el principio de *Non Bis In Idem*, y la disuasión que pretenden generar.

## **II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS DE LA LDC**

### **1. CUESTIONES PREVIAS**

Las consecuencias jurídicas que pueden derivar de la realización de las conductas prohibidas de la LDC son de dos tipos.

Por un lado, pueden tratarse de consecuencias administrativas, que se traducen en multas económicas las cuales pueden imponerse a los sujetos infractores. Además, cuando el sujeto infractor se trata de una persona jurídica, esta multa se puede imponer a sus directivos.

Por otro lado, también existen consecuencias civiles, que existirán en el caso de que la conducta realizada por el sujeto infractor afecte directamente a un particular, lo que puede suponer, entre otros, la nulidad de un contrato, o el derecho al resarcimiento de los daños.

A continuación, voy a desarrollar los dos tipos.

### **2. CONSECUENCIAS ADMINISTRATIVAS**

Las consecuencias administrativas de las infracciones se regulan en el Título V relativo el régimen sancionador. La LDC prevé sanciones económicas a los sujetos infractores, las cuales pueden tener un carácter sancionador o coercitivo.<sup>1</sup>

Las multas de carácter sancionador tienen el objetivo de reprimir las conductas infractoras mediante la imposición de una sanción, a la vez que tratan de disuadir al infractor de continuar realizando la conducta. El artículo 62 habla concretamente sobre las infracciones que dan lugar a las multas sancionadoras, y señala que pueden ser de 3 tipos según su gravedad: leves; graves; o muy graves. La comisión de estas infracciones supone, como señala el artículo 63.1, la imposición de una sanción cuyo límite máximo varía en función de la gravedad de la infracción, así, para las infracciones leves se sancionarán con una multa de hasta el 1% del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora en el

---

<sup>1</sup> Además de las consecuencias económicas, existen otras consecuencias administrativas como puede ser la prohibición de contratar del artículo 71 LCSP.

ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa; las infracciones graves se sancionarán con una multa de hasta el 5%; y las infracciones muy graves, con una multa de hasta el 10%. Las multas coercitivas están reguladas en el artículo 67 LDC y el principal objetivo que tienen es el de instar al sujeto infractor a realizar algo, o a cesar una conducta. La sanción puede ser de hasta un 5 por ciento del volumen de negocios total mundial medio diario durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir de la fecha fijada en el previo requerimiento.

El artículo 61 regula los sujetos que pueden ser considerados infractores a efectos de la LDC esto es, las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la LDC.

Cuando el infractor es una persona jurídica, además, el artículo 63.2 permite sancionar a sus directivos, siempre que hayan intervenido en la conducta, con una multa de hasta 60.000€. El artículo 61 no se refiere por personas físicas a los directivos, sino que se refiere a persona física como sujeto titular de la empresa, siendo esta susceptible de cometer la infracción, y siendo responsable directo de las consecuencias derivadas.

Por tanto, la sanción a los directivos tiene carácter accesorio de la impuesta a la persona jurídica, es decir, supone una condición necesaria para que se pueda imponer esta sanción a los directivos de la sociedad, pero nunca se impondrá como una sanción derivada directamente de la comisión de la infracción. Esta sanción tiene esta naturaleza porque lo que se sanciona es a la persona física, no como infractor, sino por su participación activa en conductas de las que su empresa es considerada responsable.<sup>2</sup>

Las sanciones en materia de competencia las imponen las Autoridades de Competencia, y en España se puede distinguir entre la autoridad estatal, y la autoridad autonómica.

---

<sup>2</sup> GOÑI URRIZA, N., «Sanciones a personas físicas», en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, BENETYTO PÉREZ y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2019, p. 254-255

La Autoridad Estatal de Competencia es la CNMC. Este organismo tiene por objeto, promover y preservar el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los consumidores y de las empresas, y ostenta la potestad sancionadora en materia de Defensa de la Competencia. Entró en funcionamiento el día 7 de octubre de 2013 con la promulgación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La promulgación de la Ley 3/2013, y la consiguiente creación de la CNMC, supuso la desaparición de la antigua Autoridad Nacional de Competencia, la CNC, la cual fue creada a raíz de la promulgación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. A su vez, la creación de la CNC supuso la desaparición del Tribunal de Defensa de la Competencia y del Servicio de Defensa de la Competencia, órganos encargados de la aplicación de las normas de competencia, creados por la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, y mantenidos en la promulgación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

En cuanto a las autoridades autonómicas, la competencia de ejecución de las normas de Defensa de la Competencia de las CC.AA fue reconocida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 de 11 de noviembre que resolvió los recursos de inconstitucionalidad 2009/1989 y 2027/1989 contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Podríamos destacar el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, creado mediante 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 de Aragón.

En este trabajo nos vamos a detener en las actuaciones de la CNMC, ya que es la que instruye y resuelve casos de carácter estatal.

### 3. CONSECUENCIAS CIVILES

Estas consecuencias están recogidas mayoritariamente en el Título VI de la LDC, de la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia. Dentro de este Título, el artículo 71.1 señala que los responsables de los daños y perjuicios, serán los infractores del Derecho de la

Competencia. Esos responsables son los sujetos infractores, pero también pueden ser sujetos pasivos de la reclamación las empresas o personas que controlen la responsable, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas. Es decir, que las personas que controlan la empresa, sólo serán responsables de la actuación de la empresa, cuando han influido con sus actuaciones en el comportamiento económico que se aprecia como infractor.

La responsabilidad que pueda existir por la comisión de las infracciones de la LDC, se despachará a través de una compensación por daños y perjuicios, la cual conlleva el pleno resarcimiento, que consiste en devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la Competencia. El resarcimiento, por tanto, comprende la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses, según señala el artículo 72.2 LDC.

Además de la compensación, la comisión de una de estas infracciones puede acarrear otra consecuencia civil, tal y como señala el 1.2 LDC, la cual es la nulidad del acuerdo, decisión o recomendación que no estén amparados por las exenciones previstas en la LDC.

El artículo 76 de la LDC señala que la carga de la prueba sobre los daños y perjuicios de la infracción, y la cuantificación de esta indemnización corresponde exclusivamente a la parte demandante, salvo que sea prácticamente imposible calcularla. Además, es importante señalar que el apartado 3 de este artículo estipula que en los casos donde se haya acreditado la existencia de un cártel, se presumirá que existen daños y perjuicios, eliminando esa carga a la parte demandante.

El artículo 72.1 LDC señala que la reclamación se hará ante la jurisdicción civil ordinaria, y concretamente ante los juzgados de lo mercantil, tal y como establece la Disposición Adicional Primera de esta misma ley y el artículo 86 ter de la LOPJ.

### **III. LAS SANCIONES A DIRECTIVOS Y REPRESENTANTES DE PERSONAS JURÍDICAS**

#### **1. PRECEDENTES NORMATIVOS**

Así como las sanciones para las personas jurídicas en este ámbito surgen en la Ley 110/1963, en su Capítulo IV, las sanciones a los directivos tienen un recorrido mucho menor.

Este tipo de sanciones se regularon por primera vez en la ya derogada Ley 16/1989 (poner la fecha), en su artículo 10.3, y establecía la sanción máxima de 5.000.000 de pesetas, el equivalente a 30.050,61€ actuales.

La Ley 16/1989 establecía en su artículo 10.3 «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», lo cual suscitó un problema de interpretación, debido a que no quedaba claro si el artículo se refería a todos los representantes en general y por tanto, la sanción podía ser de 5.000.000 de pesetas para el global de representantes, o si se refería a cada uno de los representantes, pudiendo ser mucho mayor esa sanción<sup>3</sup>.

#### **2. DERECHO COMPARADO**

En el ámbito de Defensa de la Competencia, España es uno de los muchos países que tiene previstas las sanciones a los directivos. Existe una gran variedad de países que las han regulado, y que además, lo han hecho añadiendo otro tipo de consecuencias, como las penales, las cuales no están reguladas en España.

1.- En Brasil, la multa máxima que se puede imponer a los directivos, varía entre el 10% y el 15% de la multa impuesta a la empresa a la que pertenece.<sup>4</sup>

2.- En Alemania se sigue un sistema similar al español, en tanto la cuantía de la sanción no depende de la sanción impuesta a la empresa, sino que tiene una

---

<sup>3</sup> GOÑI URRIZA, N., «Sanciones a personas físicas», *cit.*, p.264

<sup>4</sup> International Competition Network, «Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions», en *Report to the 7th ICN Annual Conference*, Kyoto, 2008, p.34

cuantía independiente. En este caso, la cuantía máxima de sanción es de 1 millón de euros.<sup>5</sup>

3.- En México está regulado de una manera similar, pero con unos límites diferentes. Similar en tanto establece una cuantía máxima que no depende de la multa impuesta a la sociedad, pero su límite es de 30.000 veces el Salario Mínimo Interprofesional. Esto implica que el límite máximo de la sanción puede variar según ese SMI aumente o disminuya.<sup>6</sup>

4.- Por otro lado, Francia regula estas sanciones de una manera especial, ya que establece una sanción máxima de 75.000€ solo cuando esta multa tenga una naturaleza penal. Este mismo sistema es seguido por Japón, estableciendo una sanción máxima de 5 millones de yenes.<sup>7</sup>

5.- En Reino Unido, los directivos pueden ser condenados al pago de una multa, pero tiene que ser tras un procedimiento penal, y en este caso no existe un límite máximo de la sanción en la ley.<sup>8</sup>

6.- En Estados Unidos, desde 2004 se aumentaron las multas tras un procedimiento penal, hasta 1 millón de dólares.<sup>9</sup>

### 3. REGULACIÓN DE LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

#### 3.1. Sujetos sancionables

La LDC señala en su artículo 63.2, que podrán ser sancionadas las personas que integran los órganos directivos y sus representantes legales. Este precepto necesitó aclaración en cuanto a sus términos.

---

<sup>5</sup> International Competition Network, «Setting of fines...», *cit.*, p.34

<sup>6</sup> International Competition Network, «Setting of fines...», *cit.*, p.34

<sup>7</sup> International Competition Network, «Setting of fines...», *cit.*, p.34

<sup>8</sup> GOÑI URRIZA, N., «Sanciones a personas físicas», *cit.*, p.262

<sup>9</sup> GOÑI URRIZA, N., «Sanciones a personas físicas», *cit.*, p.263

Por un lado, en cuanto al órgano directivo, la Sentencia del Tribunal Supremo 430/2019 de 28 de marzo, señala expresamente en su Fundamento Jurídico Primero «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». Esto se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo 3043/2019, de 1 de octubre.

Por otro lado la sentencia 430/2019 recalca lo dicho en el Fundamento Jurídico Cuarto de la recurrida Sentencia de la Audiencia Nacional 3656/2017 de 14 de septiembre, y dice expresamente sobre los representantes, «La representación de otro no tiene porqué ser legal, incluye también la voluntaria (porque el precepto se refiere a los órganos de dirección" separadamente de los "representantes legales") a que se refieren los artículos 1709 , 1710 y 1727 del Código Civil», es decir, que además de ser un directivo, también cabe, como señala el artículo 63.2 LDC, la sanción para el representante legal, e incluso el representante voluntario, siempre que cualquiera de estos haya intervenido en la conducta que se sanciona.

En definitiva, la jurisprudencia señala que para poder imponer esta sanción, el integrante del órgano de dirección ha de tener capacidad o estar en situación de poder influir en las decisiones.

### 3.2. Presupuestos de la responsabilidad

Una vez vista la jurisprudencia que aclara a quien se refiere exactamente ese artículo 63.2, hay que tener en cuenta que ser un directivo o representante, es un presupuesto necesario pero no suficiente para poder ser sancionado por las autoridades de competencia. El artículo 63.2 señala que para que sean susceptibles de ser sancionados, estos directivos o representantes han de haber intervenido en la conducta y han de tener un papel activo y esencial en la infracción cometida por sus representadas<sup>10</sup>, y este mismo artículo *in fine*, señala «Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o

---

<sup>10</sup> Resolución de la CNMC, Sala de Competencia, Expediente S/DC/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, de 30 de junio de 2016, p.87

hubieran votado en contra o salvado su voto». De esta manera queda patente que el directivo o representante de la persona jurídica, tiene que haber intervenido directamente en la conducta. Si ha votado en contra; no ha acudido a la reunión; o ha salvado el voto, este no podrá ser sancionado.

Hay que tener en consideración lo que se entiende por intervenir en la conducta. Queda claro que acudir a la reunión votando a favor, es una forma de participar en la conducta, pero existen otros supuestos que pueden ser susceptibles de entenderse de la misma forma, tal es el caso de aquel directivo que no acude a la junta con conocimiento del tema que se va a tratar. Este caso no ha sido resuelto por la jurisprudencia, pero existen pronunciamientos del Tribunal Supremo, como su Sentencia 3043/2019, de 1 de octubre de 2019 donde expresan que «No se excluye otros tipos de intervención de menor entidad, como los modos pasivos de participación, o la asistencia a reuniones donde se concluyeron acuerdos o decisiones infractores sin oponerse expresamente a ellos»<sup>11</sup>, por lo que se puede pensar que esta actuación podría ser calificable como intervención.

## 4. CUANTIFICACIÓN

### 4.1. Problemática

A diferencia de la sanción que se le impone al infractor, la cuantificación de la sanción que se impone a los directivos, se trata de una cuestión problemática. El artículo 63.1 detalla los criterios a seguir para la cuantificación de la sanción, sin embargo, el artículo 63.2 no detalla ningún criterio, únicamente contempla la posibilidad de imponer una sanción a los directivos, de hasta 60.000€. Para solucionar esto, la CNMC ha establecido unos criterios que está utilizando actualmente para el cálculo de estas sanciones, y esto también ha suscitado problemas.

Pilar Canedo, consejera de la CNMC, planteó este problema en un voto particular<sup>12</sup> donde señalaba que la aplicación de los criterios de la Comisión

---

<sup>11</sup>GUTIERREZ, A; SALA ARQUER, J.M; FOLGUERA CRESPO, J; MASSAGUER FUENTES, J. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas, Navarra 2020. p.1468.

<sup>12</sup>Resolución de la CNMC, Consejo, Sala de Competencia, Expediente S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, de 14 de marzo de 2019, p.351

suponía la no individualización de la conducta de cada directivo, porque la sanción se calcula a partir del tipo infractor impuesto a la sociedad, y el problema existe porque «Lo que (...) impone el principio de responsabilidad por el hecho propio es un modelo flexible de relación entre el sujeto responsable y el hecho, de modo que el hecho debe ser atribuible –en cuanto conducta antijurídica y culpable– al responsable del mismo»<sup>13</sup>.

#### 4.2. Métodos de cuantificación

La forma de cálculo de estas sanciones se puede a través de diferentes métodos. Se pueden calcular a través de una serie de criterios objetivos; de criterios subjetivos; o se puede realizar a través de una forma de cálculo mixta, utilizando estos dos tipos de criterios.

**1.- Criterios Objetivos:** Estos criterios tienen en cuenta a la hora de calcular la sanción, circunstancias como pueden ser la gravedad de la infracción; o el tipo sancionador efectivamente impuesto a la persona jurídica, pero sin observar la implicación del directivo en la comisión de la infracción. Para poder utilizar como criterio objetivo el tipo sancionador aplicado a la persona jurídica, es necesario conocer qué criterios utiliza la CNMC para moderarlo.

La CNMC detalló en el año 2018 la importancia de cada uno de los criterios utilizados para calcular las sanciones a los sujetos infractores<sup>14</sup>, puede resumirse de la siguiente manera:

A) Se parte de la base de que el 10% de volumen de negocios establecido para la infracción más grave, se divide en 2 partes, la primera, llamada *tipo sancionador general*, se refiere a las características propias de la infracción, y supone un 60% del total de la sanción; y la segunda, llamada *tipo sancionador individual*, se refiere a la conducta individual de cada empresa implicada, y supone un 40% del total de la sanción.

---

<sup>13</sup> CUERDA RIEZU, A., «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LXII, 2009, p. 212.

<sup>14</sup> Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, «Indicaciones Provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de los artículo 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de junio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», Noviembre, 2018.

**B)** Se calcula, mediante los criterios establecidos para cada tipo, el porcentaje a aplicar en cada uno, y posteriormente, se agrega para conseguir la cifra final.

**C)** Se estudia la proporcionalidad de la sanción en cuanto a los beneficios ilícitos obtenidos, y al volumen de negocios del que se partía para calcular la sanción.

**2.- Criterios Subjetivos:** Estos criterios, por otro lado, tienen en cuenta la condición del directivo y su actuación personal en la conducta realizada, como puede ser la duración de su participación en la conducta; o la influencia que ha tenido en las decisiones de la persona jurídica que han dado lugar a la comisión de la infracción.

**3.- Criterios Mixtos:** A través de esta alternativa, el cálculo de las sanciones se realiza a través del uso de los criterios tanto objetivos, como subjetivos, probablemente imponiendo una sanción más adecuada a la responsabilidad real del directivo, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes que han dado lugar a la comisión de la infracción.

#### 4.3. Práctica de la CNMC

Ante la falta de criterios establecidos legalmente, y tras la Sentencia del Tribunal Supremo 2872/2013 de 29 de enero de 2015, la Comisión optó por utilizar los criterios mixtos, utilizando por tanto, tanto los criterios objetivos, como los subjetivos.

Por un lado, en los criterios objetivos se tiene en cuenta la gravedad de la infracción, y la CNMC lo resume de manera sintética en comparar el tipo sancionador impuesto a la empresa, con el tipo sancionador máximo posible según el artículo 63 LDC (10%).

Por otro lado, en los criterios subjetivos hay que tener en cuenta la duración de la participación en la conducta infractora de cada directivo; y por otro lado, el nivel jerárquico de cada directivo, y esto lo resuelve la CNMC estableciendo 2 niveles, el nivel 1, para aquellos directivos con mayor capacidad de decisión (Presidente y Vicepresidente), y el nivel 2, para aquellos que no tienen tanta

capacidad de decisión, y que están subordinados de alguna manera a los directivos de nivel 1 (Director General, Director Técnico, Director Gerente).<sup>15</sup>

La posibilidad de imponer esta sanción lleva vigente desde la Ley 16/1989, pero hasta la Sentencia 2872/2013 de 29 de enero de 2015, no se empezaron a imponer de manera asidua, como se puede observar por el pobre desarrollo que ha tenido el precepto. El Tribunal de Defensa de la Competencia impuso el 13 de septiembre del año 1993 una sanción de 200.000 pesetas al Secretario de Unión de Boutiques de Pan del Principado de Asturias<sup>16</sup>. Por otro lado, la Comisión Nacional de Competencia impuso, por ejemplo, el 26 de septiembre de 2012 una multa de 50.000€ a Juan Gaspart Solves<sup>17</sup>. El Tribunal de Defensa de la Competencia no establece en la resolución citada los criterios utilizados para la cuantificación de la sanción, no obstante, la CNC si que justificó la cuantía de la sanción al directivo aunque sin ser unos criterios tan exhaustivos como los actuales de la CNMC. Así, la CNC justifica la sanción atendiendo a la condición de directivo del Sr. Gaspart al momento de realizar la recomendación que dio lugar a la sanción a la persona jurídica.<sup>18</sup>

Estos son sólo unos ejemplos de los pocos casos en los que se impusieron estas sanciones, aunque a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo 2872/2013, de 29 de enero de 2015, la CNMC ha comenzado a imponerlas, siendo la primera el 26 de mayo de 2016, la cual fue confirmada por el TS en la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo 3043/2019, de 1 de octubre de 2019. Desde ese momento, se han impuesto sanciones a directivos en 6 ocasiones distintas, englobando a decenas de directivos.

Desde el año 2015, las resoluciones hasta ahora recurridas a la Audiencia Nacional<sup>19</sup>, han llegado al Tribunal Supremo<sup>20</sup> y este se ha pronunciado, pero

---

<sup>15</sup> Resolución de la CNMC, Sala de Competencia, Expediente S/DC/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, de 30 de junio de 2016, p.98

<sup>16</sup> Resolución del TDC, Pleno, Expediente 320/92, Boutiques Pan Asturias, de 13 de septiembre de 1993, p.6

<sup>17</sup> Resolución de la CNC, Consejo, Expediente S/0335/11, CEOE, de 26 de septiembre de 2012, p.12

<sup>18</sup> Resolución de la CNC, Consejo, Expediente S/0335/11, CEOE, de 26 de septiembre de 2012, p.12

<sup>19</sup> SAN 3656/2017 de 14 de septiembre de 2017; SAN 2168/2018 de 29 de mayo de 2018; SAN 4841/2015 de 17 de diciembre de 2015.

únicamente sobre dos cuestiones, la primera, de manera reiterada, sobre la vulneración del artículo 18 CE y 25 CE; y la segunda, sobre la condición de directivo o representante por parte del recurrente. Por tanto, hasta el momento no ha existido ningún pronunciamiento sobre la procedibilidad de estos criterios a falta de 3 resoluciones todavía no recurridas, o sobre las que no se ha resuelto el recurso interpuesto.

Frente a esto, Pilar Canedo, en el voto particular antes citado, señalaba «El principio de responsabilidad personal por el hecho propio implica que nos encontramos ante “una relación excluyente, en el sentido de que no se puede afirmar que un hecho es propio de una persona, cuando también puede serlo de otra u otras”».<sup>21</sup>

La consejera entiende que cuando el legislador establece en dos párrafos distintos, sanciones a la persona jurídica, y a la persona física, se está exigiendo que los hechos por los que se imputa a la persona física, tienen que ser atribuibles a título personal y no por relación con la gravedad de la conducta cometida por la empresa. Los criterios de modulación de la sanción «deben basarse exclusivamente en las acciones personales acreditadas en el expediente a las personas físicas sancionadas». Estos criterios, por tanto, deben ser 3: la capacidad autónoma de decisión de cada una de las personas físicas partícipes en las decisiones o acuerdos; el papel que juegan en la conducta (como instigadores por ejemplo de la ocultación de las prácticas de reparto); o la duración de su participación en las reuniones.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> STS 430/2019 de 28 de marzo de 2019; STS 3043/2019 de 1 de octubre de 2019; STS 1103/2017 de 21 de marzo de 2017

<sup>21</sup> Resolución de la CNMC, Consejo, Sala de Competencia, Expediente S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, de 14 de marzo de 2019, p.365

<sup>22</sup> Resolución de la CNMC, Consejo, Sala de Competencia, Expediente S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, de 14 de marzo de 2019, p.366

## **IV. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES QUE PUEDEN AFECTAR A LA CUANTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN**

### **1. LA EXISTENCIA DE UNA SOLICITUD DE CLEMENCIA**

#### **1.1. Programa de clemencia: Ámbito y condiciones de aplicación**

Hasta que se modificó la disposición adicional cuarta de la LDC en el año 2017, la CNMC definía el programa de clemencia como aquel que tiene por objeto facilitar la detección de carteles o avanzar en la investigación de aquéllos ya detectados, apoyando la actividad investigadora de la CNMC y su capacidad para acreditar, de acuerdo con el nivel de prueba requerido legalmente, los hechos y conductas investigados<sup>23</sup>. No obstante, en la actualidad la LDC, en esta disposición adicional cuarta, define programa de clemencia como «Todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante en un cártel secreto...».

El programa de clemencia consta de exención y reducción, las cuales tienen diferentes condiciones para su aplicación.

En primer lugar, la exención está regulada en el artículo 65 de la LDC, y para que se pueda aplicar, se tienen que aportar elementos de prueba suficientes que, a juicio de la CNMC, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección; o comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando la CNMC no posea elementos de prueba suficientes para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención por el primer motivo. Esto es, se exige que el cártel no se haya descubierto.

En segundo lugar, la reducción está regulada en el artículo 66 LDC, y para que sea aplicable, se exige que se aporten elementos de prueba que aporten un valor añadido a la investigación de la CNMC. Por tanto, la reducción no exige que el cártel sea secreto.

---

<sup>23</sup> Resolución de la CNC, Consejo, Expediente S/0380/11 ,Coches de Alquiler, de 30 de julio de 2013, p.2

Esta diferenciación genera un problema. Como he señalado antes, la definición de programa de clemencia de la disposición adicional cuarta de la LDC, se refiere a cárteles secretos, por lo que cabría la posibilidad de plantearse si el programa de clemencia incluye únicamente el artículo 65, y excluye el artículo 66 por dar a entender que en ese caso no existe un cartel secreto.

### 1.2. Legitimación para solicitar la clemencia

El programa de clemencia permite que los beneficiarios sean los sujetos infractores que colaboren activamente y aporten elementos de prueba suficientes para la investigación por la empresa, o incluso uno solo de los directivos que formen parte de una de las empresas involucradas, aunque esta práctica no sea muy habitual.<sup>24</sup>

### 1.3. Solicitud de clemencia por la empresa

La solicitud de clemencia por parte de la empresa ha de realizarse en el seno de la conducta infractora del artículo 1 de la LDC para que se pueda aplicar la exención de la multa.

En cuanto a la exención, si la empresa acude al programa de clemencia, el artículo 65.3 LDC señala que «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 la Competencia», por lo que si la empresa acude al programa de clemencia, y los directivos de esta colaboran activamente con la CNMC, la exención de la multa que se les pudiera imponer en virtud del artículo 63.2 LDC alcanzará también a estos, esto mismo sucede con la reducción del artículo 66 LDC. En la actualidad, la gran mayoría de solicitudes de clemencia las realizan las empresas involucradas en las conductas infractoras. No obstante, se podría debatir si existen incentivos suficientes para que una empresa, una vez realizada la conducta, acuda al programa de clemencia.

---

<sup>24</sup> BENEYTO, J.M. y MAÍLLO J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la competencia*, 2<sup>a</sup> ed., t. II, Bosch, Barcelona 2017. p.298

Pilar Canedo en su voto particular<sup>25</sup>, señaló que las sanciones que se pueden imponer a estas empresas en virtud del artículo 63.1, son claramente insuficientes, tanto por el tipo máximo sancionador del 10%, como por el tipo que se termina aplicando finalmente.

Por ejemplo, en la misma resolución del voto particular de la consejera, la empresa CYMI participa en un cártel de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional desde mayo de 2002, hasta mayo de 2014, y el volumen de negocios afectado durante ese tiempo, es de 87.019.471€. Mientras tanto, el valor de referencia para imponer la sanción es de 59.377.376€, es decir, el volumen total de negocios del año 2018, y el tipo sancionador que le corresponde, es de un 6,6% teniendo en cuenta que participa durante 12 años y que la afectación de su conducta implica el 23,5% del total del cártel. La sanción final por la actuación en este cártel es de 1.425.057€, por una actuación de 12 años y por la que se ha afectado a 87 millones de euros.<sup>26</sup>

Este programa no genera el incentivo necesario para generar la disuasión que pretende, ya que la sanción que se puede llegar a imponer es insuficiente, y ello provoca que la empresa pueda optar por continuar realizando la conducta infractora, priorizando esta por encima del programa de clemencia.

#### 1.4. Solicitud de clemencia por el directivo

Cuando es la empresa la que acude al programa de clemencia, ya hemos visto que los directivos pueden beneficiarse de la exención o reducción aplicada a estas, sin embargo, cuando el directivo acude al programa de clemencia, el resultado es distinto. En este caso, si este acude en nombre propio, la exención de la multa únicamente le alcanzará a él, por lo que el resto de directivos que presenten elementos de prueba suficientes, e incluso la empresa, solo podrán beneficiarse de la reducción prevista en el artículo 66 de la LDC<sup>27</sup>, esto mismo también es aplicable a la reducción.

---

<sup>25</sup> Resolución de la CNMC, Consejo, Sala de Competencia, Expediente S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, de 14 de marzo de 2019, p.351

<sup>26</sup> Resolución de la CNMC, Consejo, Sala de Competencia, Expediente S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, de 14 de marzo de 2019, p. 302-305

<sup>27</sup> BENEYTO, J.M. y MAÍLLO J. (dirs.), *Tratado... cit.*, p.299

No obstante, hay que estudiar cual es la motivación que puede tener el directivo para acudir al programa de clemencia en nombre propio, porque las ventajas que otorga el programa de clemencia al ser la sociedad la que acude hacen difícil entender que sea uno de los directivos quien acuda en nombre propio. A pesar de esto, y si bien es cierto que se trata de una actuación residual, esta solicitud ocurre de vez en cuando. Por ejemplo, en el año 2017, en Alemania, se presentaron 37 solicitudes de clemencia ante el Bundeskartellamt, autoridad nacional de la competencia en Alemania, y 4 de ellas las realizó un directivo.<sup>28</sup> Los motivos para ello van desde una mala relación dentro del órgano de administración de la empresa<sup>29</sup>, que dé lugar a que un directivo acuda a este programa a título personal, seguramente con expectativas de abandonar la compañía; hasta la posibilidad de acudir con el objetivo de presionar a la sociedad para que acuda al programa, pasando por motivos como la venganza o el despecho por la cesación de su cargo<sup>30</sup>, o el de tratar de evitar la sanción personal tras la desvinculación con la empresa infractora.

Otra cuestión interesante a tratar es la protección al directivo de las represalias de la empresa. Las consecuencias más importantes a las que está expuesto son las laborales, como puede ser su despido si se trata de una relación laboral o la cesación del cargo en el órgano de administración.

Para proteger al directivo de estas situaciones, se aprobó la Directiva de 23 de octubre de 2019 sobre protección a personas informantes, siendo aplicable a los directivos según el artículo 4.1 c). Esta Directiva tiene el objetivo de proteger, entre otros, a los directivos, para evitar las represalias a las que pueden estar expuestos.

Hasta el momento, no existe ningún mecanismo para proteger concretamente a los directivos, por lo que habrá que esperar a la completa trasposición de la Directiva a la legislación española.

---

<sup>28</sup> GOÑI URRIZA, N., «Sanciones a personas físicas», *cit.*, p.269

<sup>29</sup> JAN BLOCKX e IVAN PICO, «New Belgian Leniency Guidelines Open Door to Individual Applicants», *Kluwer Competition Law Blog*, junio 2016.

<sup>30</sup> BENEYTO, J.M. y MAÍLLO J. (dirs.), *Tratado...* *cit.*, p.299

## 1.5. Soluciones

En la actualidad, un directivo tiene escasos incentivos para acudir al programa de clemencia en su nombre. Estos incentivos son, tanto la exención de la multa que se les podría imponer; como la publicidad que se realizaría sobre la exención en la resolución.

Frente a esto, existen ciertas actuaciones que podrían ayudar a incentivar al directivo a acudir en nombre propio al programa de clemencia:

**1.- Publicidad:** Puede ser interesante potenciar la publicidad de esta exención para mantener intacta la reputación del directivo.

**2.- Recompensas económicas:** Actualmente, en Reino Unido, una persona que informe sobre la existencia de un cártel, obtiene como recompensa 100.000 libras. Además, en ciertos casos excepcionales, una persona que informe sobre un cártel en el cual esté implicado a título particular, puede, además de obtener esa recompensa, beneficiarse de la exención de responsabilidad derivada.<sup>31</sup>

## 2. LA EXISTENCIA DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

### 2.1. El programa de cumplimiento: concepto y requisitos

El programa de cumplimiento ha nacido originalmente para evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Del artículo 31 bis del Código Penal se puede extraer el concepto de programa de cumplimiento, modelos de organización y gestión que se implantan en las empresas con el objetivo de controlar que no se está cometiendo un delito, ya que de esta manera, estas empresas quedan exentas de responsabilidad.

La CNMC ha publicado una guía donde se especifica la relevancia que puede tener la implantación de este programa en las sanciones que se puedan imponer por infracciones de la LDC, y también se concretan los criterios adecuados para que un programa de cumplimiento sea eficaz. En primer lugar, la implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa, ya

---

<sup>31</sup> Rewards For Information About Cartels, [www.gov.uk/government/publications/cartels-informant-rewards-policy](http://www.gov.uk/government/publications/cartels-informant-rewards-policy)

que son el reflejo fiel de las políticas de las empresas; en segundo lugar, una formación eficaz a los trabajadores, adaptada a su puesto de trabajo, para que el programa pueda funcionar correctamente; en tercer lugar, la existencia de un canal de denuncias para que los trabajadores puedan comunicar posibles infracciones; en cuarto lugar, la independencia y autonomía del responsable de diseño y control de las políticas de cumplimiento, de esta manera, se asegura la imparcialidad del responsable sobre las actuaciones de la empresa; en quinto lugar, la identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control; en sexto lugar, el diseño del procedimiento interno para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones; y en último lugar, el diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz para aumentar la eficacia del programa.

## 2.2. Relevancia de la existencia de un programa de cumplimiento en la sanción.

A pesar de que el programa de cumplimiento está claramente orientado a la responsabilidad penal, la guía publicada por la CNMC, además de señalar los criterios para que sea eficaz, también señala que la existencia de un programa de cumplimiento puede actuar como moderador de las sanciones impuestas. En esta guía, la CNMC señala «Que la mera implantación de un programa de cumplimiento, ya sea ex ante o ex post a la detección de la infracción, no justifica per se una atenuación de la responsabilidad de la empresa que deba ser considerada a los efectos de la determinación de la sanción. No obstante, la CNMC podría valorar, caso por caso, si la preexistencia de un programa de cumplimiento, su mejora o su implantación posterior, tras el inicio de la investigación por la autoridad de competencia, puede ser considerado un elemento moderador de la sanción como atenuante de su responsabilidad».<sup>32</sup>

La CNMC divide la implantación del programa de cumplimiento en dos momentos temporales, ex ante, y ex post.

**1.- Ex ante:** en este caso, se diferencian dos grandes situaciones, cuando la conducta muy grave sea constitutiva de cártel; y cuando no lo sea. En el primer supuesto, tanto cuando la empresa se acoja al programa de clemencia, como

---

<sup>32</sup> GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA p.13

cuento no lo haga, la colaboración activa con la CNMC desde que comienza la investigación, «Constituye evidencia del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia»<sup>33</sup>, por lo que esta colaboración puede ser considerada a efectos de atenuar la responsabilidad de la empresa implicada.

El segundo supuesto es muy similar, porque la puesta en conocimiento de estos hechos, junto con la colaboración activa y eficaz con la CNMC, constituye la evidencia de compromiso con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, y puede ser considerado a efectos de atenuar la responsabilidad de la empresa involucrada, e incluso puede llegar a ser exonerado del pago de la multa.<sup>34</sup>

**2.- Ex post:** La implantación ex post supone el cumplimiento de unas exigencias distintas a las anteriores, ya que en este caso lo que se pide es un proyecto de implantación de programa de cumplimiento, o su mejora, que tendrá que ser presentado antes de la propuesta de resolución, y será valorado por la CNMC a efectos de modular la sanción que se le pudiera imponer a la empresa. Además, se requiere que después de los primeros 6 meses desde la adopción de la resolución, se remita a la CNMC una certificación de la efectiva implantación o mejora del programa.

Las consecuencias derivadas de la implantación de un programa de cumplimiento son 2, comunes a los dos momentos temporales. La primera consecuencia es la posible atenuación de responsabilidad, o incluso la exención del pago de la multa; y la segunda supone evitar que se imponga la prohibición de contratar de la LCSP, lo cual puede funcionar como otro incentivo para la implantación de este programa. Además, la CNMC valora de manera más positiva la existencia ex ante de un programa eficaz, que la promesa o la implantación de un programa ex post.

---

<sup>33</sup> GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA p.14

<sup>34</sup> GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA p.14

### 2.3. Problemática

El problema que surge en torno al programa de cumplimiento se refiere a la moderación de la sanción. La CNMC no concreta si la moderación de la sanción afecta únicamente a la empresa, o también a los directivos susceptibles de ser sancionados. Tampoco especifica si la moderación de la sanción se realiza sobre el tipo sancionador aplicable, o por el contrario, se realiza sobre la cuantía final.

Si la moderación se realiza sobre el tipo sancionador aplicable, esta afectará a los directivos ya que su sanción se calcula a partir del tipo sancionador aplicado a la empresa a la que pertenece. Por el contrario, si la moderación se realiza sobre la cuantía final, la solución no es tan clara. El artículo 66.4 de la LDC señala «La reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia», no obstante, este precepto no va dirigido expresamente a este supuesto, por lo que cabría pensar que no es aplicable. La CNMC no se ha pronunciado al respecto, por lo que se desconoce la solución hasta el momento.

## V. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE LAS SANCIONES A LOS DIRECTIVOS

### 1. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

El principio *non bis in idem*, consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento. En la resolución de 14 de marzo de 2019 de Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias, una de las consejeras señaló en un voto particular que la sanción a los directivos por infracciones de la empresa podría resultar problemática si se hacía con criterios objetivos, ya que se estaba sancionando al directivo a partir de la actuación imputable a la empresa, y por tanto se podría incurrir en una infracción del principio *non bis in idem*. En dicha resolución, la CNMC expuso que «El artículo 63.2 de la LDC no exige una especial participación de las personas físicas en las conductas infractoras, toda

vez que nos encontramos ante una sanción económica vinculada a la que corresponde a las empresas a las que representan y sobre las que ya se ha determinado previamente el grado de responsabilidad en las conductas infractoras».<sup>35</sup>

Pensamos sin embargo, que las mencionadas objeciones son soslayables, en relación al procedimiento administrativo común, podemos encontrar referencias al *non bis in idem* en la jurisprudencia, como la Sentencia del Tribunal Supremo 10397/1998 de 7 de julio de 2003 en la que el Tribunal señaló que al ser los sujetos son distintos, cada uno se hace acreedor a la sanción por su propia actuación<sup>36</sup>. Aquí el Alto Tribunal indica que la sanción tiene que hacer referencia a la actuación concreta de un sujeto. Para que no haya vulneración del principio de *non bis in idem*, es necesario que la pena impuesta a la persona física y la sanción irrogada a la persona jurídica expresen un reproche distinto, una antijuridicidad y una culpabilidad no coincidentes.<sup>37</sup>

## 2. LA FUNCIÓN DISUASORIA

Las sanciones a los directivos tienen una función de disuadirlos para no involucrarse en las conductas infractoras de la empresa. El régimen de la LDC presenta algunas deficiencias en este sentido, principalmente porque el límite máximo de la sanción es demasiado bajo. A modo de ejemplo, el Director General de la sociedad LABORATORIOS INDAS S.A.U., fue sancionado por una cuantía de 4.000€. El volumen de negocios de esta sociedad en el año 2015 fue de 186.665.448€. Un directivo de una sociedad de este tamaño tiene una retribución acorde a sus responsabilidades, y con ese nivel de facturación, es previsible que la retribución del directivo sea elevada, y por tanto que la sanción no haya tenido un incidencia relevante en su patrimonio, por lo que podría no haber cumplido su función. Podría aumentar la disuasión mediante la imposición

---

<sup>35</sup> Resolución de la CNMC, Sala de Competencia, Expediente S/DC/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, de 30 de junio de 2016, p.86

<sup>36</sup> ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA. *La garantía Non Bis In Idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel Publicaciones, Madrid 2008. p.42

<sup>37</sup> REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M., «El régimen de infracciones y sanciones» en *Comentarios la Ley General de Subvenciones*, FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord.), Civitas, Madrid, 2005, p. 626

de esta sanción a casos más leves, donde el nivel retributivo es menor, y la cuantía impuesta tendría una incidencia relevante en su patrimonio.

Con independencia del nivel retributivo del directivo, existen prácticas que pueden restar el efecto disuasorio a la sanción. La sanción impuesta a un directivo puede ser compensada por la empresa, a través de una retribución extraordinaria utilizando los beneficios obtenidos a través de la conducta infractora. Si bien es cierto que esto se podría realizar, en Alemania, por ejemplo, el artículo 93 de la Stock Corporation Act señala que esta compensación podría dar lugar a una vulneración de las obligaciones de la sociedad.<sup>38</sup> En España esto no está previsto, y aunque lo estuviese, sería difícil probar la ilicitud de esta compensación. Otra práctica interesante sobre la compensación es si un seguro podría cubrir la sanción impuesta al directivo.<sup>39</sup> El artículo 10 in fine de la Ley de Contrato de Seguro establece que «Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación». Esto implica que para que el seguro tenga que pagar la prestación, tiene que existir una negligencia no grave. En el caso de un cártel, no se puede considerar negligencia no grave la realización de una conducta infractora grave sin conocer de su existencia, por lo que no sería posible que un seguro pudiese cubrir esta sanción.

La sanción actual, por estos motivos, no parece cumplir el objetivo de disuasión que se propone, y para ello existen diversas posibles soluciones:

**1.- Aumento de la sanción:** Existe una tendencia favorable a pensar que las sanciones económicas a directivos pueden contribuir a un refuerzo de las conductas anti-cartel, por lo tanto, aumentar la cuantía de la sanción puede suponer un efecto disuasorio en la comisión de las infracciones, como puso de manifiesto en algunas ocasiones la OCDE.<sup>40</sup> Antes de la última reforma de la

---

<sup>38</sup> GOÑI URRIZA, N., «Sanciones a personas físicas», *cit.*, p.267

<sup>39</sup> GOÑI URRIZA, N., «Sanciones a personas físicas», *cit.*, p.267

<sup>40</sup> «Ultimately, countries that use, or decide to introduce, sanctions against individuals in cartel cases do so because they accept as self evident that corporate sanctions alone cannot ensure adequate deterrence, and that individual sanctions, including imprisonment, can be useful instruments in the fight against cartels. Among OECD members, there is a trend toward accepting that sanctions against individuals can contribute to more effective anti-cartel enforcement».

LDC, el anteproyecto de modificación de la LDC<sup>41</sup> proponía un aumento de la sanción a directivos, de 60.000€ a 400.000€. En la actualidad, la probabilidad de detección de un cártel está entre un 25% y un 30% aproximadamente, y cabe la posibilidad de que el aumento de esta sanción suponga un incremento en los casos de detección de cárteles.<sup>42</sup>

**2.- Inhabilitación:** Parece especialmente adecuado posibilitar que las autoridades españolas de competencia estén facultadas para adoptar medidas de inhabilitación para los casos más graves o solicitar al juez que las adopte como en el caso del Reino Unido. La facultad de prohibir la intervención en la gestión empresarial ya ha sido aplicada en el Reino Unido y su incorporación está siendo valorada en otros países europeos y no europeos.<sup>43</sup>

## VI. CONCLUSIÓN

Las disposiciones nacionales de competencia, reconocen la facultad a las autoridades de competencia, de imponer sanciones a directivos y representantes legales desde 1989. Sin embargo, solo recientemente la autoridad de competencia se ha planteado hacer un uso sistemático de esta posibilidad. Hasta el año 2015, la sanción se impuso en escasas ocasiones, destacando la resolución del Consejo de la CNC, Expediente S/0335/11, CEOE, de 26 de septiembre de 2012, y la Resolución del Pleno del TDC, Expediente 320/92, Boutiques Pan Asturias, de 13 de septiembre de 1993. Y desde el año 2015, se ha impuesto con más asiduidad, hasta en 6 ocasiones.

La Ley no señala unos criterios a seguir para el cálculo de la sanción a los directivos, como sí lo hace para el cálculo de la sanción a los sujetos infractores. De ahí que la CNMC, haya tenido que establecer unos criterios para el cálculo de la sanción, optando por un método mixto, donde se utilizan tanto criterios de tipo objetivo, como subjetivo.

---

OECD Competition Committee, «Cartel Sanctions against Individuals», 2003 (<http://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>) p. 7-8

<sup>41</sup>[https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion\\_publica/audiencia/ficheros/ECO\\_Pol\\_AP\\_20200731\\_APL\\_ECN.pdf](https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_Pol_AP_20200731_APL_ECN.pdf) p.20

<sup>42</sup> CONNOR, J. M, y LANDE, R. «Cartels as rational business strategy: Crime pays». en *Cardozo Law Review* N° 34, 2012, p.39

<sup>43</sup> GOÑI URRIZA, N., «Sanciones a personas físicas», cit., p.271

Hasta el momento, el Tribunal Supremo, sólo ha pronunciado sobre estas sanciones una vez, en la Sentencia del Tribunal Supremo 430/2019 de 28 de marzo de 2019, anulando la sanción a la recurrente por no cumplir las condiciones necesarias para ser considerada directivo de la empresa, pero no se ha pronunciado hasta el momento sobre la procedibilidad de los criterios establecidos por la CNMC.

Además, las sanciones a directivos, cuyo objetivo es disuadir de la realización de las conductas infractoras de la LDC, presentan el problema de que no cumplen adecuadamente su función. Esto se debe en gran medida a la escasa cuantía de la sanción, 60.000€, porque normalmente este límite no va a tener un impacto suficiente en el patrimonio del directivo sancionado. El anteproyecto de modificación de LDC aprobado en julio de 2020, preveía un aumento en el límite máximo de la sanción de 60.000€ a 400.000€, pero finalmente, la reforma de la LDC realizada a través del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, y otras materias, no incluyó este incremento.

En definitiva, la situación actual de las sanciones a los directivos, se sitúa en un escenario en el que no parece que de no desarrollarse legislativamente, habrá que estar a la actuación de la CNMC, y las sentencias que en su caso interpreten los criterios utilizados por esta.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA. *La garantía Non Bis In Idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2008.
- ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., “Los directivos como beneficiarios del programa de clemencia: retos y oportunidades” *Anuario de la Competencia 2018*, CASES L. (dir.) Fundación ICO, Barcelona, 2018, p. 254-271
- BENEYTO PÉREZ, J.M<sup>a</sup>, y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la competencia*, 2<sup>a</sup> ed., t. II, Bosch, Barcelona, 2017.
- CONNOR, J. M, y LANDE, R. «Cartels as rational business strategy: Crime pays», en *Cardozo Law Review* Nº 34, 2012.
- CUERDA RIEZU, A., «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXII, 2009, p. 212.
- GOÑI URRIZA, N., “Sanciones a personas físicas”, en BENEYTO PÉREZ y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2019, p. 251-273
- GUTIERREZ, A; SALA ARQUER, J.M; FOLGUERA CRESPO, J; MASSAGUER FUENTES, J. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 6<sup>a</sup> ed., Civitas, Navarra, 2020.
- International Competition Network «Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions», en *Report to the 7th ICN Annual Conference*, Kyoto, 2008.
- JAN BLOCKX e IVAN PICO, ENTRE COMILLAS «New Belgian Leniency Guidelines Open Door to Individual Applicants», *Kluwer Competition Law Blog*, junio, 2016.
- OECD Competition Committee, «Cartel Sanctions against Individuals», 2003. (<http://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>)

-REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M., «El régimen de infracciones y sanciones» en *Comentarios la Ley General de Subvenciones*, FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord.), Civitas, Madrid, 2005, p. 597-702

## **LEGLISACIÓN**

-Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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

-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.

-Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

- Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia

-Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior..

-Borrador de anteproyecto de ley de 31 de julio de 2020 de modificación de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

-Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

## **Recursos de Internet**

-Rewards For Information About Cartels in the UK. Visitado día 2 de abril de 2021.

[www.gov.uk/government/publications/cartels-informant-rewards-policy](http://www.gov.uk/government/publications/cartels-informant-rewards-policy)

- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, «Indicaciones Provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de los artículo 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de junio, de Defensa

de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», Noviembre, 2018.

[https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Competencia/Normativas\\_guias/Indicaciones%20provisionales%20de%20multas%20de%20competencia%20-%20CNMC.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/Indicaciones%20provisionales%20de%20multas%20de%20competencia%20-%20CNMC.pdf)

-Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia.  
[https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Competencia/Normativas\\_guias/202006\\_Guia\\_Compliance\\_FINAL.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL.pdf)

Visitado día 5 de abril de 2021

## **Resoluciones**

-Resolución de la CNMC, Sala de Competencia, Expediente S/DC/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, de 30 de junio de 2016.  
[https://www.cnmc.es/sites/default/files/958189\\_34.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/958189_34.pdf)

-Resolución de la CNMC, Consejo, Sala de Competencia, Expediente S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, de 14 de marzo de 2019. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/2374994\\_7.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2374994_7.pdf)

-Resolución del TDC, Pleno, Expediente 320/92, Boutiques Pan Asturias, de 13 de septiembre de 1993. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/72587\\_7.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/72587_7.pdf)

-Resolución de la CNC, Consejo, Expediente S/0335/11, CEOE, de 26 de septiembre de 2012. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/219403\\_7.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/219403_7.pdf)

-Resolución de la CNC, Consejo, Expediente S/0380/11 ,Coches de Alquiler, de 30 de julio de 2013. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/353544\\_12.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/353544_12.pdf)

## **Jurisprudencia**

-Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6, 3656/2017 de 14 de septiembre de 2017.  
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/d6c3141dd81d8758ca0de91045f51a758c3369b0fac1fef3>

-Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6, 2168/2018 de 29 de mayo de 2018.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/d6c3141dd81d8758706a6aba80cff43bea06391ca0819b6d>

-Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6, 4841/2015 de 17 de diciembre de 2015.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/d6c3141dd81d8758ac9e0b01a300839a7ef90ae5dcc71aec>

-Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo 430/2019 de 28 de marzo de 2019. <https://vlex.es/vid/774819561>

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo 3043/2019 de 1 de octubre de 2019.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a19630bf29a864dc487718d644b661bd2912>

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo 1103/2017 de 21 de marzo de 2017.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a1967d573ebd499ff74c24eaf5e863ee34b3>

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo 2872/2013 de 29 de enero de 2015. <https://vlex.es/vid/555729714>

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo 10397/1998 de 7 de julio de 2003.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/2fd525e632824fb4/20030808>

-Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3950>