

La **RESPONSABILIDAD** de los **ADMINISTRADORES** de **SOCIEDADES de CAPITAL**

COORDINADOR: Guillermo GUERRA MARTÍN

AUTORES

Alberto ALONSO UREBA	Magdalena LLOMPART BENNÀSSAR
Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ	Fernando MARÍN DE LA BÁRCENA
Enrique ARNALDO ALCUBILLA	Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO
Pilar BLANCO-MORALES LIMONES	Raquel MONTANER FERNÁNDEZ
Cristina BUENO MALUENDA	Ana Felicitas MUÑOZ PÉREZ
Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ	Germán ORÓN MORATAL
M.ª Mercedes CASTILLO SOLSONA	Nuria PASTOR MUÑOZ
Antonio CAYÓN GALIARDO	Elena F. PÉREZ CARRILLO
Luis C. FERNÁNDEZ-ESPINAR	Juana PULGAR EZQUERRA
Teodoro FUENTES ARJONA	Jesús QUIJANO GONZÁLEZ
Cristina GARCÍA-HERRERA BLANCO	Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS
Guillermo GUERRA MARTÍN	Antonio RONCERO SÁNCHEZ
Manuel IZQUIERDO CARRASCO	Fernando SACRISTÁN BERGIA
Ismael JIMÉNEZ COMPAIRED	Jesús-María SILVA SÁNCHEZ
José Carlos LAGUNA DE PAZ	



LA LEY
grupo Wolters Kluwer



INSTITUTO DE
DERECHO DEL
MERCADO Y DE LA
COMPETENCIA



Universidad Rey Juan Carlos

CAPÍTULO XX

**LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
COMO SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD
DE LOS ADMINISTRADORES**

José Carlos LAGUNA DE PAZ
Catedrático de Derecho Administrativo (acreditado)
Universidad de Valladolid

SUMARIO:

- I. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES: SU RAZÓN DE SER.
- II. LA NORMATIVA EUROPEA NO CONTEMPLA LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES, PERO SÍ LO HACE LA NORMATIVA ESPAÑOLA.
- III. EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES: ASPECTOS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.

I. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES: SU RAZÓN DE SER

1. Uno de los presupuestos tradicionales del Derecho Penal ha sido la limitación de la responsabilidad a las personas físicas (*societas delinquere non potest*). De ahí que una de las peculiaridades del Derecho Administrativo sancionador sea la admisión de la *responsabilidad de las personas jurídicas* (art. 130.1 LRJPAC). Las infracciones cometidas por las personas físicas a través de las que actúa la empresa se imputan directamente a ésta. Esta solución se explica por diversas razones:

(i) El menor desvalor de acción que entraña la infracción administrativa, así como la menor entidad de la respuesta sancionadora, al menos en su componente de reproche social. Esto permite una cierta «objetivación» del comportamiento, frente al carácter estrictamente personal del ilícito penal. En este sentido, la STC 246/1991, de 19.12 —después de declarar que no se ha suprimido la exigencia de culpabilidad respecto de las personas jurídicas— razona que «este principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas» (FJ 2.º)⁽¹⁾. Como es natural —aunque se impute a la empresa—, la reprochabilidad del comportamiento habrá de referirse a las personas físicas a través de las que actúa la entidad.

(ii) La eficacia en la respuesta sancionadora, ya que en las entidades de organización compleja puede resultar difícil imputar responsabilidades a personas físicas

(1) «Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (...) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma» (STC 246/1991, de 19.12, FJ 2.º). LOZANO CUITANDA, B., «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 10 de diciembre)», *RAP*, núm. 129, pág. 211 y ss.»

concretas⁽²⁾. La voluntad social suele expresarse a través de órganos colegiados, de composición plural, lo que puede complicar la identificación de las personas físicas responsables.

(iii) La mayor garantía patrimonial que, en la mayor parte de los casos, ofrecen las personas jurídicas. Hay que tener en cuenta que las infracciones en materia de defensa de la competencia pueden llevar aparejadas multas de hasta el 10% del volumen total de negocios de la empresa en el ejercicio anterior (art. 23.2 R. 1/2003). A ello hay que añadir el deber de resarcir los daños y perjuicios que se deriven de la infracción (*private enforcement*).

No obstante, las diferencias entre ambas ramas del ordenamiento jurídico parecen atenuarse en la actualidad. El Derecho Penal ha dado entrada al reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas respecto de determinados delitos, lo que ha exigido superar las dificultades que tradicionalmente se habían puesto a la admisibilidad de capacidad de acción y culpabilidad de los entes morales⁽³⁾. Al mismo tiempo, en sede administrativa, se pone de manifiesto que la regla de la responsabilidad de las personas jurídicas puede no ser suficiente para prevenir daños al interés general, por lo que puede ser también necesaria la sanción a los administradores.

2. Las personas morales actúan siempre a través de personas físicas, que imputan su actuación a la entidad. Corresponde a la empresa la puesta en marcha de los mecanismos que aseguren que los administradores sirven a los fines societarios. En su condición de responsable, la empresa debe evitar la comisión de las infracciones por parte de sus directivos, lo que justifica la imposición de sanciones administrativas directamente a la entidad (*culpa in eligendo* o *in vigilando*).

Sin embargo, la experiencia también demuestra que los *mecanismos societarios pueden ser insuficientes para prevenir la comisión de la infracción*. Las conductas anticompetitivas pueden deberse a la actuación de sus administradores, cuyos objetivos personales no siempre se alinean con lo que conviene a su entidad⁽⁴⁾. En ocasiones, hasta cierto punto, puede resultarles indiferente la eventual sanción a la

⁽²⁾ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, 2.ª edic., Iustel, Madrid, 2009, pág. 402.

⁽³⁾ Desde la reforma del Código Penal de 2003, la persona jurídica responde directa y solidariamente de las multas penales impuestas a los administradores.

⁽⁴⁾ «... there may be a difference between the goals of the organization as a whole and those of its individual officers. Competition within a company might have the effect of encouraging managers to take risks that are disproportionate to the potential rewards where those risks are not borne directly by the manager: if an unlawful informal agreement between managers works well, the revenue flow to that manager's division may be greatly improved; if the agreement is discovered the punishment will be spread across the company as a whole. There have been occasions where individual officers have demonstrated a blatant disregard for the strictures of com-

empresa. Hay que tener en cuenta que las infracciones a las normas de defensa de la competencia, con frecuencia, no son fáciles de detectar y probar. Los beneficios que los administradores pueden obtener en el corto plazo con determinados comportamientos —normalmente, a través de incentivos salariales por resultados— pueden superar el riesgo de que, meses o años después, la empresa pudiera tratar de exigirles cualquier tipo de responsabilidad. De ahí que la protección del interés general pueda exigir también la imposición de una sanción a los directivos que hayan promovido la comisión de una infracción administrativa. Lo que está en juego no es sólo el interés patrimonial de la empresa, sino la protección del proceso concurrencial en el mercado, que es el objeto que protegen las normas de defensa de la competencia⁽⁵⁾.

II. LA NORMATIVA EUROPEA NO CONTEMPLA LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES, PERO SÍ LO HACE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

3. La *normativa europea* sólo contempla sanciones administrativas a las personas o empresas que infringen la normativa en materia de defensa de la competencia, pero *no a los administradores* de las sociedades⁽⁶⁾:

(i) En materia de prácticas restrictivas y de abuso de posición dominante, solo se prevé la sanción a la persona o empresa infractora (art. 23 R. 1/2003).

(ii) Idéntica es la respuesta en materia de concentraciones empresariales [art. 14 Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas].

(iii) Las ayudas son medidas que se imputan a los poderes públicos, pero que pueden ser otorgadas a través de una sociedad mercantil, pública o privada (entidad colaboradora), lo que podría hacer surgir la responsabilidad de los administradores. Sin embargo —en el caso de ayudas ilegales—, la normativa europea solo contempla el deber de recuperarlas (art. 14.1 R. 659/1999), pero no sanción alguna.

No es fácil saber la razón de la limitación de la responsabilidad a las personas jurídicas. Sin embargo, no puede excluirse que, en alguna medida, haya jugado también la conveniencia de evitar el riesgo de que —en las tradiciones jurídicas

petition law». FURSE, M., *Competition Law of the EC and UK*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2004, pág. 103.

⁽⁵⁾ LAGUNA DE PAZ, J. C., *Servicios de Interés Económico General*, Civitas (Thomson-Reuters), Madrid, 2009, pág. 79 y ss. y *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, 3.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010.

⁽⁶⁾ KERSE, C. S., KHAN, N., *EC antitrust procedure*, 5th Edition, Thomson, 2005, pág. 362; ORTIZ BLANCO, L. (dir.), *EC Competition Procedure*, 2nd edition, Oxford, 2006, págs. 437-438, marginal 11.11.

menos familiarizadas con las sanciones administrativas— la multa a los directivos pudiera ser considerada una medida de naturaleza penal, lo que pondría en cuestión la competencia de la UE. De hecho, el art. 23.5 R. 1/2003 tiene que declarar que las medidas adoptadas «no tendrán carácter penal».

4. En cambio, el *Derecho español* contempla en primer término la responsabilidad de la empresa, pero —de manera complementaria— prevé también la de sus administradores. Esta solución se encuentra ya en el art. 10.3 de la Ley 16/1989, de 17.7, de Defensa de la Competencia (LDComp 1989), que —en los mismos términos que la legislación vigente— permitía sancionar a los representantes legales y directivos de la empresa infractora⁽⁷⁾.

En la actualidad, el art. 63.2, párrafo 1.º, LDComp —además de prever la imposición de sanciones a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones que infrinjan lo dispuesto en la Ley—, permite imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de los representantes legales o a las personas que integren los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión⁽⁸⁾. No obstante, no podrá sancionarse a las personas que —formando parte de los órganos colegiados de administración— no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto (art. 63.2, párrafo 2.º, LDComp).

5. El ordenamiento jurídico español ofrece escasos mecanismos de defensa de la competencia frente a las *ayudas*. El art. 69.2 de la Ley 38/2003, de 17.11, General de Subvenciones [LGSubv] —en relación con las sanciones pecuniarias— sólo contempla la responsabilidad subsidiaria de los representantes legales y administradores de las sociedades mercantiles, siempre que «no realicen los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones infringidas, adopten acuerdos que hagan posibles los incumplimientos o consientan el de quienes de ellos dependan».

⁽⁷⁾ «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 excluidas 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».

⁽⁸⁾ No se trata de un caso único en nuestras leyes administrativas. La exigencia de responsabilidad a la persona jurídica y a los administradores se encuentra también en: el art. 12 de la Ley 26/1988, de 29.12, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; los arts. 42.1, 43.1 y 181 de la Ley 58/2003, de 17.12, General Tributaria.

III. EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES: ASPECTOS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

6. La imposición de una sanción a los directivos que contribuyen a la comisión de la infracción requiere aclarar una serie de cuestiones:

(i) La multa que puede imponerse a los administradores *no es una alternativa a la sanción a la propia empresa*, sino que —en su caso— debe *acumularse* a ésta. Así resulta inequívocamente de la dicción literal del art. 62.1, párrafo 1.º, LDComp, que prescribe que —«además de la sanción» impuesta a la entidad— se podrá imponer una multa a los administradores⁽⁹⁾. Se trata, por tanto, de una responsabilidad conjunta, de empresa y administradores⁽¹⁰⁾.

De esta forma, la sanción a los administradores se liga a la de la propia empresa: sólo en el caso de que la entidad sea multada por una conducta anticompetitiva podrá exigirse también responsabilidad a sus administradores.

(ii) La sanción a la empresa, en sí misma, aspira a cumplir la función de prevención general y especial propia de toda sanción administrativa. Como hemos visto, el Derecho Europeo limita la respuesta sancionadora a la empresa infractora. Es, pues, preciso encontrar un *fundamento* que justifique la imposición de una multa adicional a los administradores. De hecho, el art. 62.1, párrafo 1.º, LDComp contempla esta posibilidad en términos potestativos («se podrá imponer»). A este respecto, pueden apuntarse dos consideraciones:

– En primer lugar, como hemos avanzado, los mecanismos societarios para la exigencia de responsabilidad a los administradores —especialmente, en las grandes corporaciones— pueden no ser suficientes para evitar la comisión de la infracción. De ahí que la sanción a los administradores puede potenciar el efecto de prevención general propio de la sanción.

– En segundo lugar, la sanción a los administradores puede cumplir una función estrictamente retributiva. Se trata de reaccionar frente a aquellos administradores que no hayan sido meros ejecutores de la voluntad social, sino que hayan tenido un papel relevante en la comisión de la infracción⁽¹¹⁾. No es justo olvidarse de los dirigentes, «pues antes que paguen los desconocidos e ignorantes accionistas es me-

⁽⁹⁾ MASSAGER, J.; SALA ARQUER, J. M.; FOLGUERA, J., y GUTIÉRREZ, A. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 685.

⁽¹⁰⁾ MAYOR MENÉNDEZ, P., «Sobre la responsabilidad conjunta de las personas jurídicas y sus administradores en el Derecho Administrativo Sancionador (especial referencia al Mercado de Valores)», *REDA*, núm. 87, 1995, pág. 355 y ss.

⁽¹¹⁾ MASSAGER, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA, J., GUTIÉRREZ, A. (dirs.), *Comentario...*, cit., págs. 685-686.

nester que la represión administrativa se centre en los “personalmente” responsables, es decir, en los directivos que no salven su responsabilidad»⁽¹²⁾.

En esta línea, el TDC ha sancionado a los administradores que han tenido una «activa e intencionada participación en los hechos»⁽¹³⁾, una «destacada participación en el acuerdo»⁽¹⁴⁾ o «un papel relevante en el caso»⁽¹⁵⁾. En cambio, la sanción se descarta cuando los administradores no hayan tenido un especial protagonismo en la comisión de la infracción⁽¹⁶⁾.

(iii) La sanción a los administradores presupone su *culpabilidad*. No estamos ante un régimen de responsabilidad objetiva, por lo que es preciso que éstos hayan cometido la infracción por culpa o negligencia, sin que medie ninguna causa de exoneración de responsabilidad. De hecho, se libera de responsabilidad a los administradores que no acudieron a la reunión o que salvaron su voto (art. 63.2, párrafo 2.º, LDComp)

(iv) Se ha dicho que la sanción a la empresa y a los administradores, por los mismos hechos, infringe el principio *non bis in idem*⁽¹⁷⁾. Sin embargo, este problema se diluye si se acepta que la sanción a los administradores sólo se justifica cuando hayan tenido un papel relevante en la comisión de la infracción. En este caso, no estamos ya ante un supuesto de *bis in idem*, ya que se da una identidad de hechos —y, posiblemente, también de fundamento—, pero no de personas (art. 133 LRJPAC), cada una de las cuales aporta lo suyo a la comisión de la infracción.

(v) En lo posible, el principio de economía procesal obliga a imponer ambas sanciones en el mismo *procedimiento administrativo*, en su caso, previa acumulación (art. 73 LRJPAC). La apertura de un específico trámite sancionador para los administradores sólo parece exigible en el caso de que éste resultase imprescindible para acreditar su culpabilidad o el pleno ejercicio de sus derechos de defensa.

⁽¹²⁾ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, I, 17.ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 474.

⁽¹³⁾ RTDC de 25.5.1993, expdte. 322/1992, *Faconauto*, FJ 2.º.

⁽¹⁴⁾ RTDC de 13.9.1993, expdte. 320/1992, *Boutiques del Pan de Asturias*: se impone una multa al secretario de la asociación, por su actuación destacada en la gestación del acuerdo de fijación de precios (FJ 3.º); RTDC de 12-12-1996, expdte. 364/1995, *Ortodoncistas de Castilla y León*, FJ 4.º; RTDC de 21.11.1996, expdte. 378/1996, *Asentadores de Pescado*: se exonera de responsabilidad a los miembros de la asociación que carecían de voz y voto, al tiempo que se impone una multa mayor a su presidente, al que se presupone «una mayor actividad en la adopción y puesta en práctica del acuerdo» (FJ 8.º).

⁽¹⁵⁾ RTDC de 8.1.1996, expdte. 359/1995, *Lencería Gijón*, FJ 8.º.

⁽¹⁶⁾ RTDC de 12.4.2005, expdte. 503/2000, *Feriantes de Huesca*, FJ 8.º; RTDC de 29.3.2000, expdte. 452/1999, *Taxis de Barcelona*, FJ 9.º.

⁽¹⁷⁾ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.ª edic., Tecnos, Madrid, 2005, págs. 452-453.

(vi) Con carácter general, la normativa europea desplaza la aplicación de la normativa española de defensa de la competencia. Se plantea, pues, la cuestión de si una conducta que ya ha sido sancionada por la Comisión Europea puede ser complementada con una multa impuesta por las autoridades españolas a los administradores de la empresa. A este respecto, hay que tener en cuenta que, en algunos casos, se admite la aplicación conjunta de las normas europeas y nacionales de defensa de la competencia («doble barrera»). No obstante, en principio, hay que presumir que la sanción europea a la empresa comprende todo el desvalor de acción, por lo que —salvo excepción— las autoridades españolas no podrían imponer una multa adicional a los administradores.

(vii) Finalmente, se plantea la cuestión de si la sanción a los administradores comporta también para ellos el deber de *resarcir los daños y perjuicios que resulten de la infracción*. Esta consecuencia parece ineludible, ya que la indemnización es un derivado de la infracción. En estos casos, en principio, debe imponerse la responsabilidad solidaria, por ser la solución que ampara en mayor medida a los perjudicados.

