

ESTUDIOS

La responsabilidad personal de los administradores por prácticas anticompetitivas: un poliedro normativo (1)

Carmen Herrero Suárez

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

En los últimos años se está produciendo, con carácter general —y global— un intento de mejora o refuerzo de los mecanismos con los que cuentan las autoridades de competencia para hacer frente de una manera más eficaz a las infracciones anticompetitivas. En este sentido, se busca especialmente, una mayor efectividad en los instrumentos de sanción y, fundamentalmente de disuasión o prevención de las prácticas restrictivas de la competencia, explorándose distintas vías de exigencia de responsabilidad personal de los directivos, hasta ahora objeto de una mera previsión formal en la mayoría de las jurisdicciones.

Responsabilidad, administradores y representantes legales, multas, inhabilitación.

There has been, lately, a general —and global— attempt to improve or strengthen the mechanisms available to the competition authorities to deal more effectively with anti-competitive offences. In this sense, a greater effectiveness is sought in sanction instruments, exploring different ways of demanding personal responsibility of officers and directors for anticompetitive practices.

Liability, officers and directors, sanctions, disqualification.

«... a todo el que se le haya dado mucho, mucho se demandará de él, y al que mucho le han confiado, más le exigirán»

Lucas 12:48, Parábola del siervo fiel y del siervo infiel.

I. La renovada atención en la responsabilidad personal de los administradores por conductas lesivas de la competencia

Una de las características del Derecho de la competencia es su maleabilidad. Se trata de un sector del ordenamiento jurídico que, al proyectarse sobre una realidad viva y cambiante como es el mercado, ha estado sujeto, ya desde su nacimiento, a significativas oscilaciones en su aplicación, generalmente al ritmo de los embates sufridos por el principio de libre mercado como criterio rector de la organización de la actividad económica. Épocas de confianza en la capacidad autocorrectora del mercado de sus propios fallos e imperfecciones suelen ir acompañadas de una relajación en la aplicación de la normativa sobre libre competencia y, por el contrario, un mayor recelo de las posibilidades de autocuración o saneamiento del mercado demanda una intervención pública —a través de estas normas de vigilancia de la actuación de los operadores económicos— más incisiva.

En estos momentos, puede hablarse en las economías occidentales de una revalorización del Derecho de la competencia y de la apremiante necesidad, expresada por diversas autoridades de competencia, de intensificar su aplicación.

Este cambio de rumbo tiene diversas manifestaciones. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo, en los últimos veinte años se ha potenciado la consolidación de un segundo brazo de *enforcement* del Derecho de la competencia, la conocida como aplicación privada que permite la persecución de las conductas anticompetitivas en los tribunales civiles ya sea mediante la solicitud de medidas cautelares, el ejercicio de acciones de nulidad y, fundamentalmente, de acciones resarcitorias que, a diferencia de la situación estadounidense, en Europa era objeto de un escaso desarrollo (2) .

Aún más reciente es el incremento del rigor en la aplicación pública como respuesta frente al aumento del grado de concentración de los mercados, especialmente de los mercados digitales, con el surgimiento de las grandes plataformas tecnológicas que ha despertado viejos debates y ha desempolvado la importancia del viejo Derecho *antitrust* para combatir o controlar la formación y ejercicio de posiciones de especial poder económico en los mercados (3) .

Pero el cambio de actitud no se plantea únicamente en relación a los grandes principios u objetivos de las normas de competencia, sino que se proyecta también hacia cuestiones más concretas y tangibles relacionadas con las dificultades u obstáculos que puede plantear su aplicación en la práctica. Venimos asistiendo, en los últimos años, a un intento de mejora o refuerzo de los mecanismos con los que cuentan las autoridades de competencia para hacer frente de una manera más eficaz a las infracciones anticompetitivas (4) que se extiende, por ejemplo, a las facultades de instrucción, la implantación progresiva en todas las jurisdicciones de programas de clemencia y, señaladamente, a la revisión de las sanciones. Las críticas relativas a la inoperatividad de las sanciones «clásicas» más usadas por las autoridades de competencia para conseguir la doble finalidad de punición y disuasión, como la imposición de multas pecuniarias a las empresas infractoras de las normas, han propiciado que se busquen otros instrumentos sancionatorios que puedan cumplir estos objetivos y proteger adecuadamente el interés general implícito en el desarrollo no falseado del proceso competitivo (5) . Una de estas vías a explorar es la posible extensión de la responsabilidad por conductas lesivas de la competencia no solo a las empresas, sino también a sus representantes legales y directivos. En esta imputación de responsabilidad a las personas físicas, también vamos a ver reflejado este nuevo vigor del Derecho antitrust, pudiendo observarse una tendencia progresiva hacia el reconocimiento de la responsabilidad personal de los altos directivos por su participación en infracciones competitivas. Se trata esta, además, de una tendencia de carácter global, con manifestaciones no solo en Europa sino también en EE.UU. y que, como tendremos ocasión de examinar con detenimiento, va concretándose tanto en la aprobación de normativa específica al respecto como en la aplicación efectiva —y extensiva— de normativa anterior que tenía un mero reconocimiento nominal o formal, pero ninguna o escasa aplicación en la práctica.

Por lo que a la Unión Europea se refiere, no se prevé ningún mecanismo de sanción personal a los administradores, limitándose la responsabilidad por vulneración de las normas de competencia a las empresas infractoras, que en la práctica totalidad de los casos serán personas jurídicas y dejándose la cuestión de la eventual sanción adicional de sus administradores o directivos a la voluntad de los Estados miembros, que la han reflejado en sus ordenamientos con mayor o menor extensión.

El examen de las distintas soluciones adoptadas pone de manifiesto la ausencia de una línea uniforme en la delimitación de la naturaleza y alcance de la responsabilidad personal de los administradores ante infracciones de las normas de competencia. Esta falta de homogeneidad es, a nuestro juicio, reveladora de la complejidad de esta cuestión, ya que bajo un extendido reconocimiento —al menos formal—, late un intenso debate sobre el propio fundamento de la responsabilidad en el que pueden verse implicados principios básicos o estructurales del ordenamiento jurídico como el principio de culpabilidad, el principio de responsabilidad personal o el principio *non bis in ídem*.

Adicionalmente a la mayor o menor estabilidad de los cimientos en los que basar la imputación de la responsabilidad, el alcance con la que esta se configure también puede, ya de manera más específica, incidir en el objetivo central del Derecho de la competencia de incentivar una lucha concurrencial vigorosa y disuadir la realización de prácticas anticompetitivas. Si bien este es un riesgo implícito en toda ordenación normativa del libre mercado, está especialmente presente en relación con la configuración de la responsabilidad, agudizándose en el caso de prácticas cuyos efectos sobre la competencia son más ambiguos. En este sentido, si la responsabilidad personal de los administradores es muy laxa (o inexistente), ante la ausencia real de un riesgo personal, estos pueden verse incentivados a realizar actos que amenazarían la competitividad general del mercado. Pero, por el contrario, la configuración de un estándar de responsabilidad excesivamente estricto puede conducir a un exceso de cautela de los administradores y a la inhibición en la realización de conductas competitivas agresivas que pueden ser beneficiosas para los consumidores y el mercado, ante el temor a la imposición de sanciones pecuniarias o, incluso, de penas privativas de libertad (6).

Para poder entender los términos de este debate, tomar partido y arbitrar las soluciones interpretativas y *de lege ferenda* más adecuadas es conveniente pararnos a analizar las características que suelen estar presentes en este tipo de infracciones, así como el contexto en el que habitualmente se producen.

Ceñiremos el análisis a la infracciones sustantivas del Derecho de la competencia, es decir, a los casos en los que las sanciones pecuniarias y otros remedios se imponen por vulneración de las normas que prohíben los acuerdos restrictivos de la competencia así como el abuso de una posición de dominio en el mercado, sin perjuicio de que la ley, al menos en el caso español, también reconoce la posibilidad de imposición de sanciones pecuniarias en los casos de infracción de determinadas obligaciones procesales, como la obligación de cooperación con las autoridades de competencia, de notificación de una operación de concentración, o la obligación de cumplimiento de una resolución.

En primer lugar, estas infracciones sustantivas, en atención a los tipos de conductas en las que suelen concretarse, implican a empleados a los que la sociedad ha dado autoridad sustancial, teniendo capacidad en el seno de la organización para la toma de decisiones relevantes de política empresarial. La evidencia empírica pone de manifiesto como en la mayoría de las infracciones están implicados altos cargos de la empresa: altos directivos o *senior managers*.

En segundo lugar, las conductas que desatan la infracción suelen ser beneficiosas para la empresa, en el sentido de que incrementan los beneficios o reducen las pérdidas. A diferencia de lo que ocurre en relación a otras conductas ilícitas, como, por ejemplo, la malversación de fondos, en el área del Derecho *antitrust*, no existe una confluencia natural entre los intereses de las autoridades y los de las empresas. De hecho, la motivación que empuja a los empleados a su realización suele ser la percepción de que se está actuando en interés de la empresa o la necesidad de alcanzar los objetivos o metas fijados para ellos por la compañía (7). En este sentido, se ha señalado como uno de los posibles factores que conducen a los empleados a cometer infracciones del Derecho de la competencia es, precisamente, la presión derivada de objetivos de beneficios excesivamente elevados (8).

Finalmente, es importante considerar para poder diseñar un sistema eficaz de las sanciones y remedios frente a estas infracciones, no solo las características de las conductas en sí mismas consideradas, sino el marco societario en el que habitualmente se conciben y ejecutan. Trasladamos aquí la reflexión de PAZ ARES sobre el deber de diligencia y lealtad a la necesidad de

que la responsabilidad de los administradores por ilícitos *antitrust* tenga en cuenta la realidad de la organización societaria a fin de que «el derecho no se interprete o fabrique de espaldas a la realidad organizativa de las grandes empresas, sujetas a un creciente proceso de descentralización y diferenciación funcional (9) ». La complejidad de la organización societaria con diferentes escalones de funciones y, consiguientemente, de control, puede determinar que, en la práctica, los directivos no sean conscientes de la violación de las normas de competencia, a pesar de que sean precisamente sus políticas de beneficios y objetivos las que incentiven a los empleados a cometer estas violaciones (10) .

El descrito constituye, por tanto, uno de los escenarios más probables sobre el que plantear una serie de interrogantes que se proyectan sobre distintas ramas del ordenamiento jurídico. ¿Una efectiva sanción y prevención de conductas anticompetitivas exige extender la responsabilidad más allá de la empresa persona jurídica, a sus administradores y representantes? Y de ser así, y en atención a los distintos intereses que pueden verse afectados por las prácticas anticompetitivas, ¿los mecanismos de imputación de responsabilidad y sanción han de articularse desde la doble perspectiva del Derecho público y privado? Si muchas veces la propia estructuración de la sociedad facilita la realización de las conductas sin el conocimiento de los administradores o directivos, ¿ha de tenerse esta circunstancia en cuenta para determinar qué grado de participación o implicación efectiva en la elaboración o ejecución de la práctica anticompetitiva desencadena la imputación de responsabilidad al administrador? ¿Puede exigirse esta en supuestos de *culpa in vigilando* o responsabilidad por inadecuada supervisión? ¿Qué papel juegan al respecto los denominados programas de cumplimiento normativo o *compliance*?

El objetivo de este trabajo es intentar responder a estos interrogantes. Para ello, partiremos del examen de los distintos planos de responsabilidad que pueden afectar a los administradores recurriendo al análisis y comparación de los instrumentos utilizados en diversos ordenamientos jurídicos. En primer lugar, se expondrán las distintas respuestas de derecho público sancionador, fundamentalmente, la posibilidad de sancionar pecuniariamente a los administradores por las infracciones de competencia de la sociedad. A continuación, se examina el eventual ejercicio de acciones civiles resarcitorias frente a los administradores y representantes legales de la sociedad por los daños derivados de las prácticas anticompetitivas y, en el caso español, la posible aplicación del marco normativo de responsabilidad societaria previsto en los artículos 236 y ss. de la LSC a las infracciones competitivas.

II. Respuestas desde el derecho público sancionador

1. Panorámica: la protección del interés general y la responsabilidad personal de los administradores

Las empresas, como agentes económicos encargados de la producción de bienes y servicios, son las destinatarias de las normas que controlan el crecimiento externo a través de las operaciones de concentración y de las normas que prohíben los acuerdos o ententes colusorias y las conductas abusivas en los casos de posición de dominio en el mercado. Estas normas obedecen a la existencia de un interés general en el mantenimiento de una competencia eficaz en los mercados, es decir, aquella que resultaría naturalmente del mercado, sin restricciones artificiales imputables a las conductas empresariales, en cuanto se presume, en un sistema de economía de libre mercado, la solución más eficiente, tanto desde el punto de vista de la eficiencia asignativa como productiva. Si se infringen esas provisiones se impide ese objetivo, ocasionándose una deficiente asignación de los recursos económicos. De ahí la respuesta de los sectores del ordenamiento jurídico encargados de la tutela de esos intereses generales, que han de intervenir para garantizar la sanción de esas conductas e intentar que no vuelvan a producirse en el futuro. En este sentido, con carácter general, se va a producir la reacción del Derecho público sancionador frente a las empresas por estas prácticas restrictivas, mediante la imposición de multas pecuniarias u otras medidas, como la prohibición de contratar con la Administración, sanción habitual en los casos de prácticas de *bid rigging* o amaño de licitaciones.

La mayoría de las empresas que operan en el mercado son personas jurídicas que precisan de sus órganos, integrados, en último término, por personas físicas, para poder actuar. En este sentido, trasladando al ámbito administrativo sancionador, la teoría general de la personalidad

jurídica y de la imputación orgánica, van a atribuirse directamente a la sociedad-empresa las infracciones cometidas por las personas físicas a través de las que actúa. El reconocimiento de personalidad a entes sin corporeidad (*fictio iuris*) exige que sean otros los que actúen por ellos. Las personas jurídicas actúan mediante órganos —personas físicas— que van a imputar su voluntad a la persona jurídica. Son los brazos y la mente de la persona jurídica, de ahí que las sanciones que sufran las personas jurídicas por las actuaciones realizadas por estos brazos y esta mente sean realmente infracciones realizadas por ella misma. Esto significa que, generalmente, la responsabilidad va a ser directa y exclusiva de la persona jurídica, sin que sea necesario identificar a una concreta persona física ni hacerla responsable, pese a que sea su conducta la que ha llevado a la entidad a la comisión de una infracción (11) .

Pero esta regla de responsabilidad de las personas jurídicas puede no ser suficiente para prevenir daños al interés general, de ahí que legalmente se articulen excepciones, abriéndose la posibilidad al establecimiento de algún género de responsabilidad sancionadora de los administradores. Esto supone que el administrador va a salir de su anonimato *ad extra*, que a la Administración sancionadora sí le interesa quien es el administrador o directivo que ha llevado a cabo una determinada conducta que se va a sumar al juicio de desvalor de la acción, sancionándose separadamente (alternativa o cumulativamente) a las «partes del cuerpo» y a la «persona». Se ha señalado que la aplicación de la responsabilidad exclusiva de las personas jurídicas puede dar lugar a situaciones injustas e inequitativas porque hace recaer mayoritariamente el perjuicio en los accionistas sin afectar a aquellos responsables del día a día de la sociedad (12) . Este argumento permite, a nuestro juicio, justificar el establecimiento de mecanismos de derecho privado, que determinan que, internamente se elimine la ficción y la sociedad pueda dirigirse contra el administrador que, incumpliendo sus deberes de diligencia y lealtad ha causado un daño al patrimonio social. Ahora bien, la injusticia en el desequilibrio entre los patrimonios particulares es insuficiente por sí sola para fundamentar la extensión de responsabilidad administrativa que requiere una posible afectación de los intereses generales. En este sentido, se ha señalado que el problema que puede plantearse es que un sistema centrado exclusivamente en las sanciones a las empresas no sea lo suficientemente disuasorio. Este riesgo es plausible en el marco de las restricciones de competencia, dadas las características anteriormente señaladas, en el que los intereses de las empresas y los administradores pueden estar totalmente alineados en lo que se refiere a la infracción de las normas antitrust, especialmente si el sistema de sanciones a la empresa es poco eficiente o si fallan los mecanismos societarios internos de exigencia de responsabilidad a los administradores (13) . La finalidad, de los distintos mecanismos que permiten atacar directamente a quien actúa por la persona jurídica, sería, por tanto, reforzar el efecto de disuasión (14) . Dirigiendo las sanciones contra los administradores se introduce un peso más en su balanza personal del coste/beneficio de sujetarse a las normas de la competencia en relación a las actividades de su empresa. Se busca así un cambio en los incentivos de quiénes son, en último término, responsables de la toma de decisiones empresariales, para asegurar el cumplimiento de las normas *antitrust* (15) .

Esta posibilidad de responsabilidad personal del administrador no se contempla en el Derecho de la competencia de la UE, que no conoce la figura de la participación de las personas físicas en las infracciones cometidas por las empresas, aunque sí se recoge en diversas legislaciones nacionales, incluida la española. De hecho, la mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros prevén alguna medida de actuación contra el administrador o directivos por conductas restrictivas de la competencia. Si bien es cierto que, tradicionalmente, gran parte de estos instrumentos contaban solo con un reconocimiento formal y no eran usados en la práctica, o lo eran esporádicamente, en la práctica, en los últimos años se observa un incremento del recurso a estas medidas.

El examen de las distintas jurisdicciones revela la existencia de, fundamentalmente, tres tipos de sanciones contra los administradores, orientadas todas ellas, recordemos, no a proteger el interés patrimonial de la empresa, sino intereses generales: pecuniarias, interdictivas del desempeño del cargo y privativas de libertad.

Por lo que a las *penas privativas de libertad* se refiere, se trata de una sanción de naturaleza penal. Las conductas restrictivas de la competencia se configuran como delitos, si bien, generalmente, esta sanción se reserva para las prácticas más graves, como los cárteles o los amaños de ofertas en los casos de contratación pública.

Esta consecuencia se prevé, por ejemplo, en el sistema estadounidense, pionero en la regulación *antitrust* que, ya desde la *Sherman Act* de 1890, imponía sanciones pecuniarias y de prisión a las personas físicas que participaran en un acuerdo restrictivo o en una conducta de monopolización de mercados. Sanciones que se han ido incrementando desde los iniciales 5000 dólares en el caso de las multas y el año en el supuesto de pena privativa de libertad hasta alcanzar los máximos de un millón de dólares y diez años respectivamente (16) . No obstante, y pese a ese temprano reconocimiento, hasta mediados de los noventa, la persecución criminal de los particulares por violaciones del derecho *antitrust* estuvo muy limitada en su alcance, observándose en la última década un aumento significativo de las condenas a penas de prisión a directivos, así como del cumplimiento efectivo de las mismas (17) .

En los países europeos, diversos Estados, recogen, con mayor o menor extensión, algún supuesto de responsabilidad penal por conductas de cartelización o por prácticas de manipulación de licitaciones (18) . Pese a este extendido reconocimiento formal, el recurso en la práctica al Derecho penal, incluso en el sistema anglosajón, frente a las conductas restrictivas de la competencia es mucho menos frecuente que en los EE.UU.

En España, las conductas restrictivas de la competencia podrían, en su caso, encontrar cabida en algunos de los tipos delictivos previstos en los artículos 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas); 284 (manipulación de los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia); o 281 (detracción de materias primas y productos de primera necesidad) del CP (19) . Las dificultades de integrar en la práctica las conductas restrictivas en algunos de los tipos señalados determina la, hasta la fecha, ausencia de casos.

Otra posible sanción que puede afectar personalmente a los representantes y directivos de las compañías es la *inhabilitación* para la administración de sociedades. Orientada a la protección del público de sujetos que se han visto implicados en conductas anticompetitivas (20) , esta medida se prevé, por ejemplo, en Reino Unido, donde con arreglo a la Sección 9ª de la *Company Directors Disqualification Act* (CDDA) de 1986, modificada por la *Enterprise Act* de 2002, la CMA (*Competition and Markets Authority*) puede solicitar al juez la inhabilitación de los directivos de la compañía para administrar cualquier empresa constituida en Reino Unido o con vinculación societaria con el Reino Unido por un período de hasta 15 años si se ha producido una infracción del Derecho de la competencia por parte de una sociedad de la que era directivo y se considera que esta persona no es adecuada para desempeñar dicho cargo (*competition disqualification order* o COD). Igualmente se contempla la posibilidad de que la CMA acepte una «propuesta de inhabilitación» por parte del directivo implicado (*competition disqualification undertaking* o CDU) en lugar de continuar o iniciar una solicitud de inhabilitación en los tribunales.

La severidad de esta medida se pone también de manifiesto en las consecuencias del incumplimiento de una orden de inhabilitación, que constituye un delito y puede implicar penas de cárcel de hasta dos años y multas de hasta cinco mil libras esterlinas. Es más, con arreglo a la sección 15.1.a CDDA, cualquier persona que se dedique a administrar una empresa en violación de una orden de inhabilitación será personalmente responsable de las deudas correspondientes de esa empresa.

Los factores que determinan la aplicación de esta sanción se encuentran comprendidos en unas directrices publicadas en 2019 por la CMA que reemplazan y flexibilizan las directrices, hasta ese momento en vigor, publicadas por la antigua *Office of Fair Trading* (OFT) en 2011 (21) . En esta guía, los deberes de los directivos se configuran de forma amplia, muy vinculados a la efectividad de los programas empresariales de cumplimiento normativo, por lo que la posibilidad de solicitar la inhabilitación no se limita a los casos en los que el directivo ha participado directamente en la infracción, sino que comprende también los supuestos en los que este, bien tenía motivos razonables para sospechar de una violación de la ley de competencia y no hizo nada para evitarla; o bien, desconocía pero debería haber sabido que la conducta constituía una infracción.

Al igual que ocurre con el resto de medidas, en relación con la inhabilitación, se ha venido intensificando su uso en los últimos años, para convertirla en un instrumento de disuasión efectivo. Así, si hasta 2018 solo tres directivos habían sido inhabilitados, la CMA ha modificado su

política, buscando la posibilidad de inhabilitación en todos los casos, de tal modo que, a fecha de julio de 2020, al menos veinte directivos habían sido sancionados y diversos casos se encuentran aún pendientes de resolución (22) .

Finalmente, el instrumento más extendido y relevante en la práctica de sanción personal del administrador es la imposición de *multas pecuniarias*. La facultad de imponer sanciones económicas a los sujetos infractores de las conductas anticompetitivas prohibidas es el principal instrumento de disuasión actualmente disponible por la mayor parte de las autoridades nacionales de competencia de la UE. Imputación que puede extenderse no solo al infractor sino también personalmente a las personas físicas que hayan participado en la infracción. En este sentido, en la mayoría de jurisdicciones, incluida la española, se contempla la posibilidad de sancionar económicamente a los directivos y representantes de las empresas por infracciones de las normas de competencia. Pese a que este reconocimiento sea no solo muy extendido sino, además, muy temprano en la mayoría de los casos, el recurso a estas posibilidades sancionatorias por las autoridades de competencia ha sido muy limitado en la práctica, siendo además en las escasas ocasiones en que se ha aplicado objeto de una interpretación restrictiva sobre su alcance subjetivo y objetivo. Como ya ha sido señalado anteriormente, esta tendencia se está revirtiendo en los últimos años, incrementándose tanto las sanciones a directivos como mecanismo de lucha contra las prácticas anticompetitivas, como los factores que desencadenan su imposición.

2. Algunas cuestiones en torno al artículo 63.2 LDC

En España, la responsabilidad personal de los administradores por prácticas restrictivas de la competencia se contempla en el artículo 63.2 LDC que faculta a la CNMC para imponer sanciones de hasta 60.000 euros a los representantes legales de las empresas, o a las personas que integren los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o la conducta prohibida. Se excluye de la sanción a las personas que, habiendo formado parte de los citados órganos, no hubieran asistido a las reuniones en que se hubiera adoptado el acuerdo o decisión, o bien hubiesen votado en contra del mismo.

Esta sanción no constituye una novedad de la ley vigente, porque ya el artículo 10.3 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, preveía, en términos similares, la sanción complementaria a los directivos de las empresas infractoras. Ahora bien, pese a su reconocimiento formal, el TDC hizo un uso muy limitado de este instrumento sancionatorio (23) y, aún menos la CNC, quien recurrió al mismo en una única ocasión (24) . El Tribunal Supremo, en una sentencia de 25 de enero de 2015, animó a la autoridad de competencia a hacer uso de la posibilidad de imponer sanciones a los directivos. La CNMC, aceptó el envite y desde 2015, fecha en la que, su entonces presidente, manifestó expresamente su intención de potenciar la sanción personal a directivos y representantes que hubieran desempeñado un papel importante en la comisión de la infracción, ha impuesto varias sanciones con base en el artículo 63.2 LDC (25) .

La valoración de esta aplicación y su potencial disuasorio son aún difíciles de precisar. Estos seis años de utilización de este recurso han puesto de manifiesto algunas tensiones que siembran dudas sobre la eficacia de la sanción, como la escasa cuantía de las multas, al menos en una etapa inicial, y pese a ello, la anulación o suspensión de las sanciones por la Audiencia Nacional aceptando argumentos de los sancionados del grave perjuicio económico que les supondría su ejecución (26) , así como la existencia de directivos reincidentes. Tampoco han resultado fructíferos los intentos de la CNM de elevar la cuantía máxima de la multa hasta los 400.000 euros, que, aunque sí se preveían en un Anteproyecto de Ley de 2020 (27) , destinado a incorporar la Directiva ECN+, no fueron acogidos en el texto definitivo que recrudece únicamente las sanciones a empresas, pero no a administradores o directivos (28) .

El artículo 63.2 LDC es un precepto de redacción poco afortunada y cuya interpretación no es pacífica y, tal y como reconoce el propio Tribunal Supremo (29) suscita diversas «dudas tanto sobre su ámbito de aplicación, título de imputación y la propia tipicidad de la conducta». 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 imponibles 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 principios del derecho administrativo sancionador, como son los principios de legalidad y proporcionalidad. Al haberse potenciado recientemente su aplicación sí se ha favorecido, que los tribunales vayan teniendo ocasión de pronunciarse sobre los aspectos más controvertidos y de arrojar algo de luz al respecto (30) .

La ubicación del artículo, en el título del régimen sancionador, a continuación de los diferentes tipos de infracciones, así como la redacción del precepto que no circunscribe su ámbito de aplicación a una infracción competitiva concreta, permite deducir que, en principio, la posibilidad de sancionar a administradores y directivos podría actuarse frente a cualquiera de las infracciones recogidas en el artículo 62 LDC (31) . La práctica, no obstante, ha reservado el recurso a esta medida para las prohibiciones del artículo 1 LDC y 101 TFUE, especialmente para los acuerdos colusorios horizontales.

Por lo que al ámbito subjetivo de aplicación se refiere, la ley contempla dos categorías de sujetos: representantes legales y personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en la conducta. El artículo 63.2. LDC no sanciona la intervención en los acuerdos o decisiones anticompetitivas, por importante que sea, de cualquier persona física integrada en la organización de la persona jurídica, sino únicamente de representantes y directivos (32) . La doctrina (33) y la CNMC han venido defendiendo una interpretación amplia de estos conceptos orientada a abarcar, con independencia de etiquetas y categorías jurídicas, y de nombramientos formales o no, realidades análogas. La Audiencia Nacional (34) , en una interpretación confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo (35) ha mantenido una postura intermedia que, si bien defiende una interpretación restrictiva en el caso de los representantes legales, abre la puerta a una mayor flexibilidad en relación con el posible segundo grupo de infractores: «personas que integran los órganos directivos» sobre los que no existe un concepto legal unívoco. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han reconocido que este elemento del tipo infractor tiene un componente fáctico y que, aún en ausencia de una definición legal «se trata de un concepto de concreción razonablemente factible, en virtud de criterios técnicos, lógicos o de experiencia», que englobaría a «aquellos sujetos que puedan tomar decisiones que marquen, condicionen o dirijan la actuación de la empresa», por ejemplo, secretarios, directores financieros o directores de áreas de negocios. La exigencia de la necesaria condición de representante legal o de directivo evita que tengan que responder por su conducta en relación con el acuerdo o decisión anticompetitiva, el personal que ocupe cargos técnicos o administrativos o de menor cualificación de la persona jurídica infractora, restringiéndolo a aquellos sujetos que tienen cierta capacidad de decidir o influir en las decisiones que se adopten, alguien con poderes suficientes de organización y dirección y capaz de actuar con autonomía en el desempeño del cargo.

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 sí, al contrario. Cabe sancionar a la empresa, pero no al administrador (36) . Esta opción por la suma —no necesaria— de ambas responsabilidades, sugiere algunas cuestiones:

En primer lugar, el propio fundamento en el que se apoya esta extensión de responsabilidad y la posibilidad de que esta doble sanción por una misma conducta, a la empresa en aplicación de los principios de la representación orgánica y, personalmente, al administrador o directivo que la ha llevado a cabo, pueda vulnerar el principio *non bis in idem*. Pese a su previsión legal y a la admisión sin ambages por los tribunales, así como a la clara finalidad disuasoria que persigue, que es muestra de la búsqueda de un derecho vivo y eficaz, que no se anquile y devenga inútil por el lastre de los formalismos jurídicos, compartimos la reflexión del profesor REBOLLO PUIG, de que persiste, no obstante, cierta incongruencia en su fundamento. Formalmente, se hace responder al administrador por su participación o colaboración culpable en una infracción ajena, la infracción de la persona jurídica. Pero, en realidad, la misma conducta material que determina la participación del administrador es la que origina, por aplicación de la teoría de la representación orgánica, que la sociedad —u otra persona jurídica— incurra en una infracción. El administrador sería a la vez «autor» y «cómplice». La misma conducta determina una autoría y una coautoría o cooperación (37) . Así, aunque la admisibilidad de esta doble responsabilidad no se cuestiona, su conciliación

con la teoría de la imputación orgánica no está exenta de fricciones que generan problemas interpretativos y que explican tanto la disparidad de soluciones en los ordenamientos comparados, por ejemplo, en relación a la admisibilidad o no de que la sociedad reclame del administrador los daños sufridos por el patrimonio social como consecuencia de una conducta lesiva de la competencia, como los malabares, a nuestro juicio, un tanto artificiosos, en ocasiones, a los que se recurre para justificar la inexistencia de lesión del *non bis in idem* que se hace depender del grado de participación o implicación del administrador en la infracción.

En segundo lugar, si la responsabilidad del administrador o directivo no es automática cuando exista una infracción de la persona jurídica, sino potestativa: ¿Qué la desencadena? ¿Qué criterio ha de seguir la autoridad de competencia para decidir si es necesario sancionar o no a los administradores?

El texto se limita a señalar que podrá sancionarse a los administradores y directivos «*que hayan intervenido en la conducta*», pero no se concreta el tipo de intervención requerida. Lo único que se establece para excluir la culpabilidad es que no procederá la sanción en el caso de que el administrador haya votado en contra o no haya participado en la votación en la que se concreta la conducta. Una interpretación literal del texto podría dar lugar a entender entonces que si el administrador ha votado a favor del acuerdo puede considerarse que ha intervenido en la conducta... pero esto no es así en la práctica. Ya el TDC, la CNC y actualmente la CNMC restringen la sanción a aquellos casos en los que la participación del representante o directivo haya sido significativa o relevante. La idea latente detrás de esta cualificación que, insistimos, no aparece prevista en la ley, es poder sortear la prohibición del *non bis in idem*, al disociar de esta forma la actuación de los administradores que da lugar exclusivamente a la imputación de la persona jurídica representada, de aquellas otras que van más allá y configuran una participación directa e individualizada, lo que permitiría la exigencia de una sanción personal al representante (38) .

Pero seguimos, en cualquier caso, en el terreno de los conceptos indeterminados, de difícil justificación en el terreno sancionador, y dada la multitud de actividades en que puede concretarse la competencia de los administradores y la posible concurrencia de obligaciones de gestión con obligaciones de vigilancia o supervisión, sigue siendo necesario determinar qué tipo de conductas van a ser consideradas participaciones relevantes. ¿Encuentran cabida en el concepto de participación en la infracción, conductas como, el voto a favor en los órganos colegiados, o las actuaciones materiales de ejecución o desarrollo de acuerdos, o, incluso, la mera pasividad del administrador, permitiendo que se realicen conductas infractoras por parte de otros directivos o sujetos? Sin clarificarlo del todo, los tribunales van precisando progresivamente el posible ámbito objetivo de imputación. Así, el Tribunal Supremo, refrenda, frente a lo mantenido por la Audiencia Nacional, la interpretación de la CNMC, y defiende que la participación exigible en el artículo 63.2. LDC no se limita a una intervención determinante de la formación de la voluntad en el acuerdo o decisión de carácter anticompetitivo (39) , sino que en este precepto caben también otro tipo de intervenciones de carácter secundario o accesorio (40) .

En relación a los tipos de intervenciones que pueden encontrar cabida en el artículo 63.2 LDC, el Tribunal Supremo hace referencia como modo pasivo de intervención a la asistencia a las reuniones en las que se concluyeron los acuerdos o decisiones infractoras sin oponerse expresamente a ellos, pero no recoge de forma expresa, como sí hacía el Abogado del Estado, la posibilidad de aplicación del artículo a los que, «ocupando posición de garantes del cumplimiento de la normativa de competencia, se abstuvieron de evitar la práctica ilícita». Es esta una cuestión abierta en el centro del debate sobre la trascendencia de la existencia en la empresa de programas de *compliance* o cumplimiento normativo, y la eventual responsabilidad del administrador o directivo por una inadecuada supervisión o vigilancia, así como por la aplicación efectiva de dichos programas (41) .

III. La responsabilidad por daños de administradores y directivos

1. Mecanismos de actuación: ¿aplicación privada de las normas de competencia contra los administradores?

Además de las distintas categorías de responsabilidad de carácter público sancionador a la que se enfrentan los administradores por ilícitos realizados en el ejercicio de sus cargos, la existencia

de daños patrimoniales derivados de tales ilícitos puede activar el sistema de responsabilidad civil resarcitoria. De las conductas anticompetitivas no se derivan solo daños a los intereses generales con la distorsión del proceso competitivo, sino que estas son, a su vez, susceptibles de afectar directa y negativamente los patrimonios de terceros, por ejemplo, de los clientes de los cartelistas que se ven obligados a pagar precios artificialmente elevados por los productos, y también de la propia empresa, que tiene que hacer frente al pago de las sanciones por infracción de las normas. Como cualquier persona, los administradores están sujetos a la obligación de resarcir los daños a terceros que les sean imputables y que, con carácter general, se establece en el artículo 1902 CC. al señalar que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Partiendo de esta regla general, distintos sectores del ordenamiento jurídico han ido arbitrando regímenes específicos de responsabilidad jurídico-privada, circunscritos a determinados escenarios subjetivos y objetivos. A efectos de responsabilidad de los administradores por prácticas anticompetitivas, dos de estos regímenes son susceptibles, en principio, de entrar en juego.

Por una parte, es preciso valorar la eventual aplicación del sistema de compensación de daños causados por prácticas restrictivas de la competencia. En el caso español, este se encuentra previsto en el Título VI de la LDC y es fruto de la transposición en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/104/UE de daños anticompetitivos. En segundo lugar, hay que atender al papel que puede desempeñar el régimen de responsabilidad resarcitoria de administradores y directivos por los daños causados, tanto al patrimonio de la sociedad como al patrimonio de terceros, recogido en las legislaciones societarias.

En EE.UU., con arreglo a las normas *antitrust*, los administradores y directivos pueden ser considerados civilmente responsables de los daños derivados de una conducta anticompetitiva en la que hayan intervenido. De hecho, uno de los rasgos característicos del Derecho *antitrust* estadounidense es el reconocimiento de una pluralidad de sujetos competentes para su aplicación, y el importante papel que en la misma asumen los particulares. En este sentido, junto a la legitimación gubernamental, concretada en un doble brazo, el Ministerio de Justicia (*Department of Justice*) a través de su División *Antitrust*, y la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*): la sección 4 de la *Clayton Act*, reconoce el derecho de cualquier sujeto que se haya visto perjudicado en su propiedad como consecuencia de una práctica anticompetitiva a solicitar el triple de los daños causados y los costes del proceso. Esta norma está redactada en términos muy generales y no establece, en principio, ninguna limitación sobre los sujetos legitimados, tanto activa como pasivamente. Han sido los tribunales los que han ido progresivamente delimitando su extensión y reconociendo, ya tempranamente, que los directivos y administradores pueden ser considerados personalmente responsables en una acción de daños con arreglo a la *Clayton Act* (42). Para ello, el demandante deberá probar que el directivo ha participado —activa o pasivamente—, en una práctica anticompetitiva; que conocía o podría haber conocido de la ilegalidad de la conducta y que, de resultas de esa práctica, ha sufrido un daño en su patrimonio. El ejercicio de acciones privadas, principalmente de naturaleza resarcitoria es muy frecuente en la práctica estadounidense, hasta el punto de que cabe atribuir a la iniciativa privada el grueso de los casos *antitrust* (alrededor del 95%). Si bien estas se dirigen, mayoritariamente, contra las empresas infractoras y no contra los directivos, esto obedece a una cuestión de oportunidad (43) no a la existencia de obstáculo legal alguno para ello.

A diferencia de la solución estadounidense, el Derecho europeo, como hemos señalado anteriormente, se ha mostrado reacio, frente a las prácticas restrictivas, a establecer sanciones de carácter personal y ha circunscrito su ámbito de actuación a las empresas, por lo que, la posibilidad de dirigir acciones de resarcimiento contra los administradores o directivos no fue una cuestión tomada en consideración en todo el proceso de fomento de la aplicación privada de las normas de competencia del Tratado ni, consiguientemente, se contempla en la Directiva 2014/104/UE.

En principio, la configuración del alcance de la legitimación pasiva, siempre que se respeten los principios de eficacia y proporcionalidad, se deja a la regulación de los Estados que podrán dotarle de una mayor o menor amplitud. En España, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la aplicación pública con el artículo 63.2, no hay previsiones específicas en la LDC sobre la responsabilidad civil de los administradores.

El Título VI de la LDC regula las acciones resarcitorias de los daños derivados de una infracción de los artículos 1 y 2 LDC, o sus homólogos europeos, 101 y 102 TFUE. Si bien de una lectura conjunta de los artículos que integran este título, puede deducirse que el legislador está pensando solo en las empresas infractoras, como posibles legitimados pasivos frente a acciones de daños (44) (y de hecho, así ha sido exclusivamente en la práctica judicial), creemos que pese a no reconocerse de manera explícita, formalmente sí encontraría cabida en la ley la posibilidad de dirigirse contra los administradores para indemnizar el daño causado como consecuencia de su intervención o participación en una práctica competitiva.

El derecho del perjudicado a recibir una indemnización se vincula a la existencia de una infracción. La compensación es consiguientemente, un derivado de la infracción. Como hemos visto en los apartados anteriores, nuestro ordenamiento regula expresamente la posibilidad de que representantes legales y directivos infrinjan personalmente las normas de competencia. Si existe tal infracción, ineludiblemente se deriva la necesidad de asumir por parte del infractor todas las consecuencias de esta, incluido el deber de resarcir los daños y perjuicios que haya podido producir a terceros (45) .

Cuestión distinta es la dificultad en la práctica para el ejercicio de esta acción contra los directivos. En este sentido, parecen más plausibles las acciones de seguimiento, derivadas o *follow-on*, en las que la acción es interpuesta después de que una autoridad de la competencia haya constatado una infracción (46) , que las acciones independientes o *stand-alone*, en las que no existe un pronunciamiento administrativo previo. En este último caso, a la dificultad inherente a toda acción de daños por ilícitos *antitrust* de acreditación del daño y el nexo causal, habría que sumar la dificultad de la prueba de la existencia de una efectiva participación del administrador en la infracción, cuestión nada sencilla, como hemos visto, dada la ausencia de criterios claros de delimitación de los factores causantes del surgimiento de responsabilidad.

2. La responsabilidad de los administradores por infracciones de la competencia en la legislación societaria

La legislación societaria española contempla un régimen específico de responsabilidad jurídico-privada de los administradores de las sociedades mercantiles por los daños que estos causen, en el ejercicio de sus funciones y con vulneración de sus deberes fiduciarios, a la propia sociedad, a los socios o a terceros acreedores (artículos 326 a 241bis LSC), distinguiéndose dos tipos de acciones de responsabilidad: individual y social, en función de la titularidad de los patrimonios dañados por la acción de los administradores.

La acción social es un instrumento jurídico que permite a la sociedad, internamente, compensar los daños patrimoniales que haya podido causarle la conducta de sus administradores en infracción culposa de los deberes inherentes a su cargo. Por su parte, la acción individual de responsabilidad supone la concreción en el ámbito societario de la regla general del artículo 1902 CC, que permite a los socios o a terceros dirigirse contra los administradores para que estos respondan de los daños directos que hayan podido causar, en el ejercicio de sus funciones, en sus patrimonios.

¿Cabría ejercitar estas acciones contra los administradores para reclamarles los daños patrimoniales causados como consecuencia de su implicación en una práctica anticompetitiva? La infracción de las normas de competencia no deja de suponer un incumplimiento del deber de diligencia que cabe exigir a todo administrador y de su obligación de comportarse como un ordenado empresario (47) , por lo que, en principio, tanto la acción individual como la social son teóricamente posibles. Ahora bien, estos mecanismos resarcitorios no cumplen la misma función, al centrarse en perspectivas diversas de los daños que pueden derivarse de una infracción de la competencia.

En este sentido, por lo que se refiere a la acción social de responsabilidad, esta operaría en los casos en los que la infracción de la competencia ha sido detectada y se ha impuesto por ello una sanción a la sociedad. Su objetivo sería la recuperación de la sanción pagada y la compensación de otros daños que hubieran podido derivarse de esta: costes del proceso, daños reputacionales, indemnizaciones a terceros de los daños derivados de la práctica, etc. Funcionaría, en este caso, como una acción de repetición. La acción, en puridad, no pretende reparar el daño derivado de la

práctica anticompetitiva en el patrimonio de la sociedad ya que, generalmente, los efectos de estas conductas son positivos para la sociedad y se traducen en un incremento de los beneficios o una disminución de las pérdidas, sino el daño derivado de la sanción de la práctica. Se configura como un mecanismo interno de corrección de los posibles excesos o abusos que pueden derivarse de la teoría de la imputación orgánica.

La acción individual, por el contrario, se dirige a compensar los daños sufridos por los socios o terceros, clientes o competidores de la empresa sancionada, como consecuencia de la realización de una práctica anticompetitiva en la que estaba implicado el administrador (48) . En este sentido, la acción individual no presenta grandes especialidades en relación con la acción general de responsabilidad civil extracontractual del 1902 CC; simplemente, ciñe esta al marco societario. Dos serían las notas que caracterizan a esta acción —y justifican su mención específica en la legislación societaria—: el carácter directo del daño causado al socio o al tercero y, en segundo lugar, que el daño sea imputable a la actuación del administrador como tal. Estos requisitos no están exentos de dificultades en su concreción en el ámbito de los ilícitos de competencia. En principio, lo que habría que acreditar es que el administrador o directivo, operando en el ejercicio del cargo, ha realizado una conducta antijurídica, constitutiva de una infracción de la competencia, que ha ocasionado un daño en el patrimonio de un socio o de un tercero, por ejemplo, un cliente o un competidor de la sociedad.

A nuestro juicio el problema que se plantea es el mismo al que aludíamos al analizar la responsabilidad administrativa. La exigencia de responsabilidad personal al administrador por conductas realizadas en el ejercicio de su cargo se topa con la teoría de la imputación orgánica, que determina que esas conductas habrán de considerarse de la sociedad. Es necesario, de nuevo, identificar las circunstancias que permiten que el daño causado se impute no solo a la sociedad, sino también al administrador personalmente. Circunstancias que excepcionan la regla general y que, consiguientemente, han de preverse legalmente (49) . El administrador no es responsable solo por que su conducta haya motivado una infracción de la normativa de defensa de la competencia, es necesario, además, como hemos visto, acreditar su participación cualificada y culposa en la misma. La entidad y gravedad de la conducta realizada por el administrador es la que justificaría la responsabilidad individual. Al tratarse de una responsabilidad orgánica, sí sería de aplicación la inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad en los casos de actos contrarios a la ley, prevista en el artículo 236.1 LSC.

Por lo que al segundo requisito se refiere, el carácter directo de los daños, en el marco de la competencia, es necesario recordar que los efectos económicos perjudiciales de estas conductas se producen hacia el mercado, alterando el desarrollo del proceso competitivo y la estructura de los mercados. La afectación de este interés general también se proyecta y descompone en la posible lesión de los intereses patrimoniales de terceros que mantienen algún tipo de relación con la sociedad infractora, ya sea contractual, como los clientes o consumidores, que pueden verse obligados a pagar un sobreprecio en el caso de conductas colusorias o abusos explotativos, o ya se trate de una relación concurrencial. Los competidores pueden sufrir una pérdida de beneficios como consecuencia de conductas de carácter excluyente, como los precios predatorios o las prácticas de boicot (50) .

Si bien, pese a las dificultades que puede plantear su ejercicio en la práctica, el reconocimiento del derecho de terceros de dirigirse contra los administradores por los daños que su conducta haya podido causarles, no plantea dudas, más problemática aparece la admisibilidad del derecho de repetición de la sociedad contra los administradores de los daños derivados de la sanción por una infracción de la competencia, mediante el ejercicio de una acción social de responsabilidad.

Un examen de los ordenamientos de nuestro entorno pone de manifiesto la inexistencia de una postura uniforme, con posturas encontradas tanto sobre el alcance de esta acción como de su propio reconocimiento.

Así, Reino Unido rechazó expresamente la posibilidad de que la sociedad accionase contra los administradores para recuperar la sanción pagada con arreglo al principio *ex turpi causa non oritur actio* en *Safeway Stores Ltd. V. Twigger* (51) . La cadena de supermercados Safeway, sancionada por la OFT por participar en un cártel con 10.7 millones de libras, demandó a once de sus

directivos y empleados para recuperar dicha cantidad, alegando que ellos habían sido los responsables de la participación de la empresa en el cártel. En apelación, el tribunal desestimó estas pretensiones apoyándose en una interpretación muy amplia del principio general que impide que un sujeto obtenga en los tribunales compensación por las pérdidas que ha sufrido como consecuencia de sus propios actos ilegales o inmorales. Centrándose en la preservación del efecto disuasorio de las sanciones que, de acuerdo con el tribunal, podría verse lesionado si se le permitiera a la empresa recuperarlas de los administradores, se mantiene una visión de la imputación orgánica, en el marco del Derecho de la competencia, que rechaza cualquier posibilidad de exigencia de responsabilidad *ad intra* del administrador por la sociedad.

Alemania también se ha mostrado bastante reacia al reconocimiento de esta acción. Las demandas contra directivos para recuperar sanciones por infracción de las normas de competencia han resultado, hasta el momento, infructuosas. Distintos argumentos han sido utilizados por los tribunales para justificar este rechazo: la responsabilidad personal exclusiva de la empresa por las prácticas llevadas a cabo por sus representantes legales; el riesgo de afectación del efecto disuasorio de las sanciones si estas pudieran ser repercutidas o argumentos de congruencia legal vinculados a la existencia de dos tipos de sanciones diversas, corporativas y sanciones impuestas a personas físicas (52) .

Por el contrario, en Holanda, los tribunales sí han reconocido expresamente la responsabilidad personal de un directivo por la multa impuesta por la Comisión Europea a su empresa (inmersa en un procedimiento concursal) por participar en un acuerdo de fijación de precios y reparto de volúmenes de ventas de camarones del Mar del Norte en la UE (53) . El Tribunal consideró que el directivo incumplió sus deberes fiduciarios y desempeñó un papel, continuo, directo y personal en la conducta anticompetitiva.

En EE.UU., con arreglo a la normativa societaria, los administradores y directivos que estuvieran al tanto de las violaciones de la ley o que no hicieran esfuerzos genuinos de supervisión de los riesgos materiales y el cumplimiento de las leyes y regulaciones aplicables pueden ser considerados responsables, frente a la sociedad, de las pérdidas causadas por actos ilegales (*derivative action*). Si bien las empresas rara vez demandan a los directivos para recuperar pérdidas resultantes de supuestas violaciones antimonopolio, sí es más frecuente que estas acciones sean interpuestas, en nombre de la empresa y para reintegrar el patrimonio social, por los inversores accionistas (54) .

En España, la posibilidad de derivar responsabilidad en el administrador por las sanciones derivadas de la infracción del Derecho de competencia, aunque no se ha materializado en ningún pronunciamiento específico, sí ha sido reconocida en abstracto por los tribunales (55) . Además, la acción de responsabilidad ha sido utilizada con éxito por la sociedad para repetir contra los administradores los daños derivados de la imposición de sanciones de otra naturaleza, pero con las que puede existir una entidad de razón, como las multas por incumplimiento de las normas fiscales (56) .

IV. Conclusiones

Actualmente, dos tendencias, en el ámbito societario y en el marco de Derecho de la competencia convergen en la materia objeto de análisis y van a traducirse en una mayor exigencia de responsabilidad personal a los administradores, tanto penal como administrativa y civil, por los ilícitos competitivos.

Por una parte, en la última década se ha incrementado el protagonismo del Derecho de defensa de la competencia, renovándose la importancia de su papel ordenador de los mercados y tomándose mayor conciencia sobre la gravedad de los daños a los intereses generales que pueden derivarse de las conductas anticompetitivas. Este cambio de orientación se acompaña de la búsqueda de una mayor efectividad en los instrumentos de sanción y, fundamentalmente de disuasión o prevención de las prácticas restrictivas de la competencia, explorándose distintas vías de exigencia de responsabilidad personal de los directivos, hasta ahora objeto de una mera previsión formal en la mayoría de las jurisdicciones.

Por otra parte, en el marco societario, especialmente en el caso de las grandes empresas con

descentralización de funciones, se observa una inclinación a configurar de manera amplia los deberes fiduciarios de los administradores, haciéndose hincapié en el especial deber de control y cuidado que les compete para evitar la realización de conductas ilícitas dentro de la empresa y en la importancia, no solo de la previsión formal de programas de cumplimiento normativo, sino de su efectivo seguimiento y control en su aplicación.

El problema fundamental que presenta, a día de hoy, esta exigencia de responsabilidad a los administradores y directivos es, a nuestro juicio, su delimitación. La seguridad jurídica exige pronunciamientos claros de autoridades administrativas y tribunales que determinen, con la mayor precisión posible, las conductas de los administradores, en el marco de las infracciones de competencia, que rebasarían los límites de la responsabilidad orgánica y darían lugar a la imputación de responsabilidad personal.

Bibliografía

- — ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María (2015): «Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del Derecho de la Competencia: incentivo añadido al cumplimiento», *Anuario de Competencia, ICO*, pp. 161 y ss.
- • ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, Tomás (2016): «Las sanciones a representantes legales y directivos por infracciones de las normas de defensa de la competencia», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm.43, pp. 95 y ss.
- • DE LA VEGA GARCÍA, Fernando (2019): «Daños a la competencia y responsabilidad de administradores de sociedades de capital tras la incorporación de la Directiva de daños», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Belén/COHEN BENCHETRIT, Amanda: *Derecho de Sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, pp. 1067 y ss.
- • DIEZ ESTELLA, Fernando (2016): «Sanciones a los directivos por ilícitos antitrust: ¿entre la criminalización y la clemencia, pasando por la responsabilidad mercantil», publicado el 6 de octubre de 2016 en <https://derechoycompetencia.blogspot.com>
- • GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María/ ORTIZ DE URBINA, Íñigo (2017): «Conductas restrictivas de la competencia y derecho penal», en ROBLES MARTÍN-LABORDA (coord.): *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Comares, Granada, pp. 79 y ss.
- • LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2020): «El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, 211, pp. 37 y ss.
- • LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2011): «La infracción de las normas de competencia como supuesto de responsabilidad de los administradores», en GUERRA MARTÍN (coord.): *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, pp. 785 y ss.
- • LAGUNA DE PAZ, José Carlos (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*, vol.18, núm.1, pp. 170 y ss.
- • MANNING, Joseph R. (1965): «The Antitrust Laws and the Corporate Executive's Civil Damage Liability», *Vanderbilt Law Review*, núm.18, pp. 1938 y ss.
- • MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio (2008): «Sanciones: comentario al artículo 63 LDC», en FOLGUERA/MASSAGUER/SALAS/GUTIÉRREZ (dirs.): *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, pp. 1348 y ss.
- • MORFEY, Anna/CONALL, Patton (2011): «Safeway Stores Ltd. V. Twigger: The Buck Stops Here», *Competition Law Journal*, vol.10, issue 1, pp. 57 y ss.
- • ORBACH, Barack (2020): «D&O Liability for antitrust violations», *Santa Clara Law Review*, vol. 59, n. 3, pp. 527 y ss.
- • PAZ ARES, Cándido (2003), «La responsabilidad de los administradores como instrumento de

gobierno corporativo», en *InDret*, Working Paper n.º 162, Barcelona

- • QUIJANO, Jesús (1985), *La responsabilidad civil de los administradores en la Sociedad Anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, Universidad de Valladolid
- • QUIJANO, Jesús (2016), «Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración (arts. 236.1 y 2 LSC)», en AA. VV., *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, II, pp. 591 y ss.
- • REBOLLO PUIG, Manuel (2016): «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y sus administradores», *Revista de Derecho*, vol. 17, pp. 24 y ss.
- • ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio (2017): «Sanciones y remedios contra las restricciones de la competencia y principio de efectividad», en ROBLES MARTÍN-LABORDA (coord.): *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Comares, Granada, pp. 1 y ss.
- • WALKER, Gregory (1987): «The Personal Liability of Corporate Officers in Private Actions Under the Sherman Act: Murphy Tugboat in Distress», *Fordham Law Review*, vol. 55, 6, pp. 909 y ss.
- • WHELAN, Peter (2021): «The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law», en MACCULLOCH/RODGER/WHELAN (eds.): *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*, Oxford University Press, pp. 1 y ss.
- • WILS, Wouter P.J. (2013), «Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement», vol.1, n.1, *Journal of Antitrust Enforcement*, pp. 52-81.

(1) Este trabajo está destinado al Libro en homenaje al Prof. Jesús Quijano.

[Ver Texto](#)

(2) La aprobación y transposición de la Directiva de Daños (Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, *relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea*) en los Estados miembros y el incremento en la sanción de determinados cárteles por parte de la Comisión Europea, de extensión global y gran trascendencia económica, ha conducido a una proliferación de las acciones de daños, especialmente de seguimiento o *follow-on*.

[Ver Texto](#)

(3) La preocupación por el grado de competencia de los mercados digitales ha cristalizado en la apertura de procedimientos antitrust contra las grandes empresas del sector, así como en la publicación de una serie de medidas normativas de control de la conducta de los operadores en estos mercados. *Vid.... in extenso*, HERRERO SUÁREZ, Carmen (2018): «La economía de los grandes datos o Big Data desde el Derecho de la Competencia: ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?», *RCD*, núm.23, jul-dic, pp. 1-18.

[Ver Texto](#)

(4) A esta finalidad responde la 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*, conocida como Directiva ECN+.

[Ver Texto](#)

(5) Insiste en la ineficacia del sistema de sanciones por infracciones del Derecho de la competencia europeo y de su política de aplicación, así como de la necesidad de una revisión en profundidad de estos, ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio (2017): «Sanciones y remedios contra las restricciones de la competencia y principio de efectividad», en ROBLES MARTÍN-LABORDA (coord.): *La lucha contra las restricciones de la*

Ver Texto

- (6) Vid.... WALKER, Gregory (1987): «The Personal Liability of Corporate Officers in Private Actions Under the Sherman Act: Murphy Tugboat in Distress», *Fordham Law Review*, vol. 55, 6, pp. 912 y ss.

Ver Texto

- (7) Vid.... ORBACH, Barack (2020): «D&O Liability for antitrust violations», *cit.*, p. 533.

Ver Texto

- (8) Vid.... WILS, Wouter P.J. (2013), «Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement», vol.1, n.1, *Journal of Antitrust Enforcement*, pp. 52-81; LAGUNA DE PAZ, José Carlos (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*, vol.18, núm.1, pp. 170 y ss.

Ver Texto

- (9) Vid.... PAZ ARES, Cándido (2003), «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», en *InDret*, Working Paper n.º 162, Barcelona, p. 34.

Ver Texto

- (10) Vid.... ORBACH, Barack (2020): «D&O Liability for antitrust violations», *cit.*, p. 535.

Ver Texto

- (11) Vid.... REBOLLO PUIG, Manuel (2016): «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y sus administradores», *Revista de Derecho*, vol. 17, pp. 34 y ss.

Ver Texto

- (12) Vid.... REBOLLO PUIG, Manuel (2016): «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y sus administradores», *cit.* p. 5; WHELAN, Peter (2021): «The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law», en MACCULLOCH/RODGER/WHELAN (eds.): *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*, Oxford University Press, pp. 3 y ss. Otros autores aluden a otras posibles consecuencias negativas de un sistema de sanción centrado exclusivamente en la empresa persona jurídica: riesgo de que la empresa se vea abocada a abandonar el mercado. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María/ ORTIZ DE URBINA, Íñigo (2017): «Conductas restrictivas de la competencia y derecho penal», en ROBLES MARTÍN-LABORDA (coord.): *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Comares, Granada, p. 85.

Ver Texto

- (13) Como señala LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2011): «La infracción de las normas de competencia como supuesto de responsabilidad de los administradores», en GUERRA MARTÍN (coord.): *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, pp. 788-789, puede ser difícil detectar y probar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia y los administradores normalmente sopesarán los beneficios que pueden obtener en el corto plazo con determinados comportamientos con el riesgo de que, meses o años después, la empresa pudiera tratar de exigirles cualquier tipo de responsabilidad.

Ver Texto

- (14) Vid.... ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María (2015): «Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del Derecho de la Competencia: incentivo añadido al cumplimiento», *Anuario de Competencia*, ICO, pp. 161 y ss.

Ver Texto

- (15) Esta extensión de responsabilidad no es exclusiva del Derecho de la competencia. Recogen otros supuestos de reconocimiento de responsabilidad administrativa de administradores y representantes legales previstos en nuestro ordenamiento jurídico, LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2011): «La infracción de las normas de competencia como supuesto de responsabilidad de los administradores», *cit.*, p. 790; REBOLLO PUIG, Manuel (2016): «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y sus administradores», *cit.* p. 37.

Ver Texto

(16) La Sección 1 de la *Sherman Act* establece que: «(...) Toda persona que hiciera algún contrato o participare en una combinación o conspiración declarada ilegal por la presente ley será considerada culpable de un delito, y convicta del mismo, será castigada con una multa que no exceda de 100.000.000\$ si se tratara de una sociedad, o si se tratara de cualquier otra persona, de 1.000.000\$, o con prisión de hasta 19 años, o con ambas penas, a discreción del tribunal». Idénticas penas se establecen en la Sección 2 de la *Sherman Act* frente a las conductas de monopolización o intento de monopolización de los mercados.

Ver Texto

(17) Así, ORBACH, Barack (2020): «D&O Liability for antitrust violations», *cit.*, p. 545, recoge como, hasta mediados de los noventa, la *ratio* de corporaciones acusadas de violaciones de la normativa antitrust era mucho mayor que la de personas físicas, situación que se ha invertido, y desde esa fecha, cada año, el número de individuos acusados ha sido mucho mayor que el de empresas. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María/ ORTIZ DE URBINA, Íñigo (2017): «Conductas restrictivas de la competencia y derecho penal», *cit.*, p. 83, señalan como, entre 1999 y 2009, los tribunales federales de EE.UU. condenaron a pena privativa de libertad a 236 personas y hoy en día son usuales las penas de prisión de cumplimiento efectivo de varios años de duración.

Ver Texto

(18) Contemplan sanciones penales a personas físicas infractoras de las normas de competencia, con mayor o menor extensión: Austria, Alemania, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Grecia, Irlanda, Reino Unido o Noruega.

Ver Texto

(19) *Vid.... in extenso*, el análisis de estos preceptos y las dificultades que plantea englobar en los tipos concretos las conductas empresariales en las que suelen concretarse las infracciones de la competencia, en: GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María/ ORTIZ DE URBINA, Íñigo (2017): «Conductas restrictivas de la competencia y derecho penal», *cit.*, pp. 87 y ss.

Ver Texto

(20) WHELAN, Peter (2021): «The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law», en MACCULLOCH/RODGER/WHELAN (eds.): *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*, Oxford University Press, p.14, recoge las significativas declaraciones de Grenfell, Director Ejecutivo de la CMA, sobre el fundamento de la sanción de inhabilitación y su anclaje en una política pública efectiva de sanción y disuasión de conductas restrictivas de la competencia. La idea que late detrás de la inhabilitación es que «esta protege al público frente a sujetos que, en sus actividades empresariales, están involucrados en prácticas anticompetitivas—, y manda un mensaje contundente y claro sobre la responsabilidad personal exigible a los directivos a fin de asegurar el cumplimiento efectivo de las normas de defensa de la competencia».

Ver Texto

(21) *Guidance on Competition disqualification orders, 2019*, disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A-.pdf

Ver Texto

(22) *Vid....* WHELAN, Peter (2021): «The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law», *cit.*, pp. 18 y ss.

Ver Texto

(23) DIEZ ESTELLA, F.: «Sanciones a los directivos por ilícitos antitrust: ¿entre la criminalización y la clemencia, pasando por la responsabilidad mercantil», publicado el 6 de octubre de 2016 en <https://derechoycompetencia.blogspot.com>, recoge los escasos casos en los que el TDC recurrió a la posibilidad de imponer sanciones personales, mediante multas pecuniarias de escasa cuantía, a los directivos de las empresas expedientadas por infracciones del Derecho de la competencia.

Ver Texto

(24) En una Resolución de 26 de septiembre de 2012 (S/0335/11, *CEOE*), la CNC sancionó con 50000 euros, casi la cuantía máxima prevista en la ley, a un directivo de la CEOE, acusado de intervenir directamente en una recomendación colectiva de subida de precios. Resolución que fue posteriormente anulada por la Audiencia Nacional.

(25) *Vid....*: Resolución CNMC de 26 de mayo de 2016, Exp. S/DC/054/14, *AIO*; Resolución CNMC de 30 de junio de 2016, Exp. S/DC/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*; Resolución CNMC de 10 de noviembre de 2016, Exp. S/DC/0555/15; *Prosegur-Loomis*; Resolución de la CNMC de 23 de febrero de 2017, Exp. S/DC/05145/15, *Hormigones de Asturias*; Resolución de la CNMC de 3 de mayo de 2018, Exp. S/DC/0584/16, *Agencias de Medios*; Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021, Exp. S/DC/0627/18, *Consultoras*; Resolución de la CNMC de 29 de septiembre de 2021, Exp. S/DC/0614/17, *Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias*.

Ver Texto

(26) *Vid....* VÉLEZ, ANTONIO: «Directivos sancionados por falsear la competencia intentan frenar las multas de la CNMC en los tribunales», disponible en https://www.eldiario.es/economia/directivos-sancionados-falsear-competencia-frenar-multas-cnmc-tribunales_1_9061598.html.

Ver Texto

(27) Disponible en: https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_Pol_AP_20200731_MAIN_APL_ECN.pdf

Ver Texto

(28) Real Decreto-Ley 7/2021, de 28 de abril de 2021, por el que se transpone la 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, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-6872>

Ver Texto

(29) Sentencia del TS de 12 de noviembre de 2020 (5247/2018).

Ver Texto

(30) En este apartado no se realiza un análisis exhaustivo del artículo 63.2 LDC, que excedería del propósito del presente trabajo. Sí se incide sobre alguno de los aspectos más problemáticos que presenta la concreción del tipo, fundamentalmente su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, sin entrar a valorar otras cuestiones de interés, como el efecto disuasorio de estas sanciones. Esto implicaría examinar, entre otros factores, su relación con los programas de clemencia y el riesgo de transferibilidad de la sanción, bien mediante la cobertura aseguradora de las sanciones de los directivos o de otras formas de compensación por parte de las empresas.

Ver Texto

(31) *Vid....* ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, Tomás (2016): «Las sanciones a representantes legales y directivos por infracciones de las normas de defensa de la competencia», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm.43, p. 97.

Ver Texto

(32) La condición de representante o directivo constituye el primer elemento del tipo, sin cuya concurrencia se descarta la aplicación de la sanción con independencia de la gravedad e intensidad de la participación de la persona física en la infracción. Así, por ejemplo, en el caso *AIO* (pañales para adultos), tanto la AN como el TS, consideran que aunque la «directora técnica» de la asociación de empresas concernida en la práctica participó en las reuniones en las que se adoptaron acuerdos contrarios a la competencia, asumiendo además las tareas de convocatoria, organización de las reuniones, asesoramiento de los fabricantes en el cártel y verificación del cumplimiento de los acuerdos, no puede ser sancionada por no encajar su cargo, pese a su denominación, en ninguna de las dos categorías previstas en la ley que delimitan el sujeto activo de la infracción. Sentencia de la AN de 25 de mayo de 2018 (8/2016); Sentencia del TS de 1 de octubre de 2019 (5280/2018).

Ver Texto

(33) *Vid....* el minucioso análisis de ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María (2015): «Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del Derecho de la Competencia:...», *cit.* pp. 167 y ss.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio (2008): «Sanciones: comentario al artículo 63 LDC», en FOLGUERA/MASSAGUER/SALAS/GUTIÉRREZ (dirs.): *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas,, p. 1364.

- (34)** Sentencias de la AN de 20 de abril de 2017 (9/2016), y de 25 de mayo de 2018 (8/2016). *Vid....* al respecto, SOPEÑA BLANCO, Vera: «Multas a los directivos por infracciones de competencia de la sociedad», en: <https://almacenederecho.org/multas-los-directivos-infracciones-competencia-la-sociedad>.
- Ver Texto
- (35)** Sentencia del TS de 1 de octubre de 2019 (5280/2018).
- Ver Texto
- (36)** Esta solución no es uniforme en todas las jurisdicciones. Así, por ejemplo, en EE.UU., bajo la *Sherman Act* cabe la posibilidad de sancionar a los directivos con multas o penas privativas de libertad sin que sea sancionada a su vez la compañía a la que pertenecen.
- Ver Texto
- (37)** *Vid....* REBOLLO PUIG, Manuel (2016): «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y sus administradores», *cit.* pp. 10 y 11.
- Ver Texto
- (38)** Así, LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2011): «La infracción de las normas de competencia como supuesto de responsabilidad de los administradores», *cit.*, p. 792, rechaza la posibilidad de infracción del principio *non bis in idem*, «siempre que se exija para sancionar a los administradores que hayan tenido un papel relevante en la infracción, porque si bien el supuesto de hecho y el fundamento probablemente serían los mismos, no así las personas cada una de las cuales aporta lo suyo a la infracción».
- Ver Texto
- (39)** La AN utilizará los términos copartícipe y cómplice en la infracción para explicar esta doble exigencia de responsabilidad, al representado y al representante directamente. Con arreglo a su interpretación, el tipo del artículo 63.2 LDC sanciona solo supuestos de coautoría, intervenciones trascendentes y determinantes o coadyuvantes de la conducta prohibida, sin las cuales esta no se hubiera podido realizar. Sentencia AN de 29 de mayo de 2018.
- Ver Texto
- (40)** STS 1288/2019, de 1 de octubre; STS 1287/2019 de 1 de octubre; STS 95/2020, de 28 de enero; STS 1518/2020 de 12 de noviembre. Apoyo en la jurisprudencia europea (STJUE de 22 de octubre de 2015, Asunto C-194/14, *AC- Treunhand AG*), considera que la mayor o menor implicación o participación de una empresa en una conducta no condiciona la responsabilidad de la infracción. Serán corresponsables tanto las empresas coautoras como las empresas cómplices o que hayan desempeñado un papel pasivo o menor, sin perjuicio de que el grado de intervención sí pueda ser tenido en cuenta para determinar la gravedad y alcance de la sanción.
- Ver Texto
- (41)** En EE.UU., se ha producido una evolución en las últimas décadas, que progresivamente va a ir vinculando la responsabilidad de los administradores con la aplicación efectiva de los programas de *compliance*. En este sentido, no solo va a reconocerse la existencia de un deber de control o vigilancia de los administradores y directivos, sino que además se va a considerar que la mera previsión formal de programas de cumplimiento normativo dentro de la empresa, no es suficiente para eximir de responsabilidad a los titulares de ese deber por los ilícitos resultante de su infracción. *Vid.... in extenso*, ORBACH, Barack (2020): «D&O Liability for antitrust violations», *cit.*, pp. 537 y ss.
- Ver Texto
- (42)** *Am.Soc. of Mech.Engineers, Inc.v. Hydrolevel Corp.*, 456 U.S. 556 (1982); *Higbie v. Kopy-Kat Inc.*, 391 F.Supp. 808, 810 (E.D.Pa. 1975); *Cott Beverage Corp. v. Canada Dry Ginger Ale, Inc.* 146 F.Supp. 300 (S.D.NY. 1956); *Kentucky-Tennessee Light & Power Co. v. Nashville Coal Co.*, 37 F.Supp. 728 (W.D.KY. 1941).
- Ver Texto
- (43)** En principio, puede resultar más interesante para la víctima de una práctica anticompetitiva buscar el resarcimiento de la empresa infractora, ya que, de ordinario, esta contará con mayores recursos y capacidad financiera para hacer frente a estas indemnizaciones triplicadas. No obstante, no cabe descartar situaciones en las que puede ser conveniente demandar, directa (o cumulativamente) al

directivo, como, por ejemplo, si la empresa se halla inmersa en un procedimiento concursal o en los supuestos de disolución de la sociedad en los que esta exigencia de responsabilidad personal del administrador o directivo se presenta como la única posibilidad de obtener el resarcimiento del daño.

Ver Texto

- (44) El artículo 73 LDC, dedicado a regular la forma de responsabilidad en el supuesto de que existan varios infractores de las normas de competencia, contempla únicamente el escenario en el que los infractores son empresas o asociaciones de empresas, sin prever la posibilidad de que el infractor pueda ser un administrador o directivo.

Ver Texto

- (45) *Vid....* LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2011): «La infracción de las normas de competencia como supuesto de responsabilidad de los administradores», *cit.* p. 793.

Ver Texto

- (46) El artículo 75 LDC facilita la prueba de la infracción en estos casos al reconocer que los tribunales civiles que aplican el Derecho de la competencia están vinculados por las resoluciones de las autoridades de competencia a los efectos de entender probada la infracción cuando se ejerce una acción civil para obtener una indemnización por los daños derivados de esa infracción.

Ver Texto

- (47) *Vid....* QUIJANO, Jesús (2016), «Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración (arts. 236.1 y 2 LSC)», en AA. VV., *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, II, pp. 591 y ss.

Ver Texto

- (48) *Vid....* DE LA VEGA GARCÍA, Fernando (2019): «Daños a la competencia y responsabilidad de administradores de sociedades de capital tras la incorporación de la Directiva de daños», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Belén/COHEN BENCHETRIT, Amanda: *Derecho de Sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, p. 1070, quien distingue entre «daños patrimoniales» y posibles «daños concurrenciales» en función de quién active el mecanismo resarcitorio.

Ver Texto

- (49) El magistrado Jacinto PÉREZ recuerda que «el administrador no es fiador de la sociedad, garante de las deudas sociales más que en los casos legalmente establecidos». PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto (2016): «El resurgimiento de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales», disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-resurgimiento-de-la-accion-individual-de-responsabilidad-de-los-administradores-sociales/>

Ver Texto

- (50) No compartimos el criterio de DE LA VEGA GARCÍA, Fernando (2019): «Daños a la competencia (...)», *cit.* que defiende cumplido este requisito «cuando el daño derive de una conducta que tienda a dañar antes el interés privado de un concreto competidor que el interés del mercado. Solo responderán los administradores cuando la competencia quede o pueda quedar alterada por la lesión del interés de uno o varios concurrentes concretos, pero no cuando el daño concurrente derive de la alteración de la competencia». La exigencia de responsabilidad civil, tanto a la sociedad como al administrador, va a requerir siempre identificar los patrimonios que han sufrido la lesión o daño. Lesiones comprendidas dentro de ese daño o lesión al interés general más vago (lesión de la competencia) y que, además, pueden afectar no solo a los competidores sino a los clientes o consumidores. Si la participación en la infracción del administrador viene a configurarse como una suerte de coautoría o complicidad, la conducta que genera responsabilidad, tanto de la empresa como del administrador, es sustancialmente la misma, por lo que los efectos de esta en el mercado o en los patrimonios individuales también lo serán.

Ver Texto

- (51) (2010) EWCA Civ 1472, 2010 All ER (D) 245 (Dec). *Vid....* un comentario de esta sentencia en MORFEY, Anna/CONALL, Patton (2011): «Safeway Stores Ltd. V. Twigger: The Buck Stops Here», *Competition Law Journal*, vol.10, issue 1, pp. 57 y ss

Ver Texto

- (52) *Vid....* Sentencia de 27 de noviembre de 2015 de la Sala de lo Social de la Audiencia Provincial de Düsseldorf; Sentencia de 5 de septiembre de 2020 del Tribunal Regional de Saarbrücken.

- (53)** Court of the Northern Netherlands, Sentencia de 23 de septiembre de 2020 — C / 18/192613 / HA ZA 19-118.

Ver Texto

- (54)** *Vid.... ad.ex.*, las demandas interpuestas en 2016 por diversos accionistas contra los miembros del Consejo de Administración de Alphabet Inc., sociedad matriz del grupo Google, por los daños derivados a la compañía por un supuesto abuso de la posición dominante de la empresa en el mercado. Los demandantes, como consecuencia de los procesos entablados en Europa contra la empresa por la Comisión Europea, acusan a los directivos de incumplir sus deberes fiduciarios, por no haber propiciado un comportamiento responsable de Google en materia de Defensa de la Competencia (*Jessup v. Page, et al. v. Page et al*, Superior Court of California, County of San Mateo, Case No. CIV538782). A estas demandas iniciales cabe sumar otras acciones derivativas contra altos directivos de Alphabet, interpuestas por accionistas de la compañía (Bucks County Employment System y Police and Retirement System of the City of Detroit) por los daños causados a la misma como consecuencias de las prácticas antitrust investigadas en EE.UU. *Vid....* un acceso directo a las demandas en <https://www.dandodiary.com/2021/12/articles/shareholders-derivative-litigation/alphabets-board-hit-with-antitrust-enforcement-follow-on-do-lawsuits/>.

Ver Texto

- (55)** Sentencia de la AP de Madrid de 6 de junio de 2018, 216/2018.

Ver Texto

- (56)** *Vid...., ad ex.*, la Sentencia de la AP de Madrid 23 de abril de 2021, recurrida ante el TS, en la que se condena a tres exdirectivos de la empresa ONO a abonar a la compañía por cuotas defraudadas del IVA.

Ver Texto