

## INTENCIÓN

# Sanciones personales a directivos por infracciones contra la competencia



POR PEDRO CALLOL - CALLOL, COCA & ASOCIADOS

Actualizado: 17/03/2016 18:07 horas

En una reciente nota de prensa de 15 de febrero de este año, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) daba cuenta de sus principales actuaciones en política de Defensa de la Competencia en el ejercicio 2015, así como de sus prioridades para 2016.

Entre estas últimas se destacaba el impulso a "la imputación personal de los ejecutivos de empresas implicadas en delitos contra la competencia". No es la primera vez en tiempos recientes que la CNMC hace una declaración de intenciones de este tipo. El pasado 22 de abril de 2015, el presidente de la CNMC, José María Martín Quemada, ya apuntó ante la Comisión de Economía y Competitividad del Senado que las sanciones individuales a directivos de empresas eran una herramienta que se pretende potenciar por parte de la CNMC.

El público en general parece está bien informado de las sanciones a

empresas, frecuentemente multimillonarias, por infracción del Derecho de la Competencia. Menos conocido es, sin embargo el régimen sancionador aplicable a directivos de empresas contenido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 63.2 permite la imposición de multas de hasta 60.000 euros a cada uno de los representantes legales o personas que integran los órganos directivos de la Sociedad infractora que hayan participado en la decisión o acuerdo prohibido, siempre que se acredite que el individuo sancionado haya jugado papel clave o que sirva de base para imputarle una responsabilidad personal por la práctica anticompetitiva.

Este régimen sancionador en la Ley 15/2007 ha sido utilizado por la CNMC en contadísimas ocasiones, siendo la más conocida de ellas la sanción impuesta en 2012 a Joan Gaspart, a la sazón Presidente de HUSA hoteles y miembro del Comité Directivo de la CEOE, por realizar unas declaraciones relativas a los precios de los hoteles en España que fueron interpretadas por la CNMC como una incitación o recomendación a los actores del mercado a realizar subidas de precios. Gaspart fue sancionado con 50.000 euros, si bien la sanción acabó siendo revocada por la Audiencia Nacional. Bajo la norma de Derecho de la Competencia preexistente (Ley 16/1989, de 17 de julio) se preveía ya un régimen sancionador de directivos con un máximo de 30.000 euros de multa.

Se produjo algún caso más (aunque siempre contados) de sanciones a directivos bajo el imperio de la ley preexistente en los asuntos Boutiques de Pan Asturias (sanción de 200.000 pesetas); Faconauto (sanción de 100.000 pesetas); Ortononcistas Castilla y León (100.000 pesetas); Lencería Gijón (sendas sanciones de 100.000 y 50.000 pesetas); Asentadores de Pescado (un millón de pesetas); Feriantes de Huesca (dos sanciones a directivos de 1200 euros cada una); Excursiones Puerto Soller (6000 euros).

No deja de sorprender la baja cuantía de las sanciones, así como la escasa utilización por la CNMC de la potestad para sancionar a personas físicas, máxime si se tiene en cuenta que, como instrumento de represión de prácticas anticompetitivas, la sanción a una persona física es una medida más disuasoria. En efecto, la sanción a la sociedad empresarial queda económicamente diluida en el caparazón societario; mientras que con la sanción a directivos, el directivo como persona física queda expuesto en toda su crudeza a un potencialmente gravoso procedimiento administrativo y a sanciones que impactarían en su propio patrimonio personal.

Quizás sea esta última razón (eficacia desde el punto de vista de la represión de prácticas anticompetitivas) la que subyace en el hecho de ser las sanciones personales a directivos muy superiores en algunos países de nuestro entorno: en Alemania, por ejemplo, las sanciones personales pueden llegar hasta el millón de euros en circunstancias de participación en grado de dolo. En Polonia pueden llegar hasta los 500.000 euros. En algunos países se introduce en la sanción un elemento de capacidad económica, como es la renta y el patrimonio del infractor con un máximo de 450.000 euros (Países Bajos), o un porcentaje del volumen de ventas obtenido por la infracción (Bélgica). En Reino Unido, además, se regulan las llamadas *competition disqualification orders* que pueden llegar a suponer la inhabilitación de un individuo como director de la compañía.

Como hemos visto, la CNMC ha realizado en los últimos meses al menos dos declaraciones de intenciones en las que apunta la voluntad de utilizar la

potestad sancionadora contra directivos. Nosotros hemos podido constatar, con carácter genérico, que la CNMC, en efecto, parece haber retomado en tiempos recientes su actividad a la hora de imputar, conjuntamente con las sociedades en las que se integran, a los directivos considerados responsables de las prácticas anticompetitivas investigadas. En lo que se refiere a las declaraciones públicas de la CNMC, es de agradecer el posicionamiento de la CNMC por lo que tiene de claro y expreso. Quizás este posicionamiento expreso sea la antesala de una política de competencia duradera en el tiempo en lo atinente a una cuestión (la de las sanciones a personas físicas) necesariamente sensible, donde es positivo tratar de maximizar la seguridad jurídica y fijar criterios de actuación consistentes.

Llegados a este punto, procede plantearse algunas cuestiones a futuro. Por ejemplo, ¿sería conveniente, o incluso procedente, plantearse una reforma legislativa a fin de regular con claridad la potestad sancionadora de directivos por parte de la CNMC? Una reforma permitiría clarificar los criterios de graduación de sanciones a directivos. Esta reforma iría incluso en la línea de lo apuntado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2015, en la que se hizo añicos la Comunicación de la CNMC sobre cálculo de multas, donde el Tribunal Supremo apuntó la posibilidad de una disposición legal para concretar lo referente al cálculo de sanciones administrativas por vulneración del Derecho de la Competencia.

La expectativa de una reforma legal también podría permitir abrir un debate sobre la conveniencia de potenciar o no la sanciones a directivos, para ponerlas en línea con la práctica al uso en otras jurisdicciones cercanas en las que (como se ha visto), el nivel de sanciones pecuniarias puede ser mucho más abultado. Si se considerara positivo para la competencia, una reforma del nivel de la sanción podría acometerse mediante la variación del nivel de sanciones o mediante el establecimiento de un sistema que permita correlacionar la cuantía de las sanciones con la capacidad económica del sancionado (en el sistema actual, por ejemplo, 60.000 euros puede ser mucho para un directivo, pero muy poco para otro, con lo que el nivel de sanción podría atender, para maximizar su eficacia, en las condiciones objetivas y subjetivas del sancionado).

Otro debate que se ya se ha resuelto en otros países es el de la criminalización (en el sentido de tipificación en el Código Penal) de ciertas prácticas, singularmente los cárteles, con relevancia para el Derecho de la Competencia. En España existe un tipo penal (el del artículo 262 del C.P.) que podría ser aplicado en ciertas circunstancias a la realización de prácticas o acuerdos en el marco de licitaciones públicas. Pero este artículo raramente es utilizado y su alcance es limitado.

En Estados Unidos, cuna del moderno Derecho *antitrust*, las penas de cárcel a ejecutivos que han participado en cárteles son frecuentes, habiéndose documentado solamente en el año 2012, por ejemplo, 45 sentencias de cárcel con una media de algo más de dos años de prisión cada una (en Estados Unidos la pena máxima de cárcel por participar en cárteles es de hasta diez años y la multa a individuos de hasta un millón de dólares). Para la mentalidad del sur de Europa no parece demasiado evidente que una infracción del Derecho de la Competencia sea merecedora de penas de privación de libertad. Más bien al contrario, al ciudadano medio puede parecerle ésta una cuestión casi trivial, al lado de otros tipos penales. En Estados Unidos, sin embargo, lo tienen más claro y allí se equipara al cartelista con el ladrón. Como dijo Scott

Hammond, del US Department of Justice, encargado de perseguir criminalmente a miembros de cárteles: *cartels have no legitimate purpose and serve only to rob consumers of the tangible blessings of competition [...] participation in a cartel is viewed as a property crime, akin to burglary or larceny, and it is properly treated accordingly*. Otros países como Reino Unido también traen los cárteles a la órbita del Derecho penal y los condenan con penas de prisión, si bien en Reino Unido la aplicación penal ha sido mucho más escasa.

Las sanciones (especialmente las de Derecho de la Competencia por su gran cuantía), en un Estado democrático y de Derecho como el nuestro, deben estar sujetas a principios de proporcionalidad y predictibilidad. La introducción del Derecho penal o de un mayor nivel sancionador (pecuniario) de las multas a directivos es posible que, en principio, desincentivara la comisión de prácticas anticompetitivas. Al menos alguna literatura económica parece indicarlo así, si bien sería bueno estudiar la cuestión desde un punto de vista empírico aplicado a nuestra realidad social.

Una reforma legal para incrementar la seguridad jurídica en el *quantum* de las multas, en la línea de lo preconizado por nuestro Tribunal Supremo en las resoluciones de 2015 en materia de sanciones sí podría estar aconsejada en todo caso. Ello serviría a los administrados, pero también, y mucho, a la Administración, pues en el momento actual la CNMC se encuentra un tanto desorientada acerca de cómo calcular las sanciones; lo cual, dicho sea de paso, no es de extrañar al haber dejado claro el Alto Tribunal que la Comunicación de Multas de la CNMC no es válida.

Sobre este último punto, el Tribunal Supremo desecha usar el sistema comunitario de Derecho de la Competencia para el cálculo de sanciones: dicho cálculo es competencia nacional, lo cual se fundamenta en la autonomía del Legislador nacional en materia de sanciones por infracción del Derecho de la Competencia. Razonamiento que parece lógico pero que, no lo olvidemos, ha sido recientemente cuestionado en virtud de la formulación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario del Derecho sancionador italiano por infracción de las normas de la competencia. Por coherencia, parece lógico que el Tribunal de Luxemburgo rechace la cuestión y considere que la materia de sanciones pertenece al ámbito de decisión de los Estados miembros. Pero veremos qué sucede.

Si el Tribunal de Luxemburgo contra todo pronóstico considerara que el Derecho nacional debe estar supeditado al Derecho comunitario en materia de sanciones, ello representaría un serio revés a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia y, quizás, sería una invitación a regresar a la antigua Comunicación de Multas de la CNMC.

Responsabilidad pecuniaria de administradores y posible sujeción al Derecho penal son medidas que, conjuntamente con el régimen mercantil de responsabilidad de administradores y (en su caso) las responsabilidades disciplinarias que procedan desde la perspectiva del Derecho laboral, deberían tender a asegurar e incentivar la correcta observancia del Derecho de la Competencia por parte de los directivos de una empresa. Al final, no debe olvidarse, las sociedades son una mera *fictio iuris*; son seres inanimados o instrumentales y los que actúan son siempre personas físicas. De ahí que la sanción a personas físicas constituya desde el punto de vista de la eficacia

disuasoria una pieza potencialmente crucial de la aplicación del Derecho de la Competencia.