



Universidad de Oviedo

Programa de Doctorado en Derecho

POTESTAD SANCIONADORA Y GRUPOS DE EMPRESAS

Tesis doctoral presentada por:
D. DIEGO RODRÍGUEZ CEMPELLÍN

Dirigida por:
PROF. DR. D. ALEJANDRO HUERGO LORA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

Oviedo, 2023



RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

1.- Título de la Tesis	
Español/Otro Idioma: Potestad sancionadora y grupos de empresas	Inglés: Sanctioning power and corporate groups

2.- Autor	
Nombre: Diego Rodríguez Cembellín	
Programa de Doctorado: Derecho	
Órgano responsable: Comisión Académica del Programa de Doctorado en Derecho	

RESUMEN (en español)

La presencia de los grupos de empresas en nuestra economía obliga a replantearse algunas de las reglas y principios sobre los que se ha asentado el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Si bien es cierto que encontramos respuestas parciales en la legislación sectorial, el ordenamiento jurídico sancionador no ha prestado especial atención a esta cuestión. Se ha construido una teoría sobre las sanciones a las empresas mercantiles tratándolas como si fuesen, todas ellas, «sociedades isla», prescindiendo de la realidad económica subyacente. Para avanzar hacia una respuesta más adecuada ante este fenómeno, es necesario, en primer lugar, hacer hincapié en la diferente intensidad con la que aplican determinados principios (especialmente, el de la responsabilidad personal) en las sanciones a las personas físicas y jurídicas. Este tiene que ser el pilar y punto de partida sobre el que se asiente cualquier construcción dogmática sobre la responsabilidad sancionadora de los grupos de empresas (Capítulo 1).

En lo que respecta a la autoría de las infracciones administrativas, muchas de las conductas contrarias al ordenamiento jurídico que comete una sociedad filial vienen impuestas desde los órganos de dirección de su sociedad matriz o dominante. De esta forma, la respuesta sancionadora no puede concentrarse exclusivamente en las filiales, y se proponen fórmulas alternativas que legitimen un castigo a las matrices. Se trata, simplemente, de readaptar algunas figuras ya conocidas en nuestro ordenamiento sancionador, como puede ser la autoría mediata, la posición de garante o la responsabilidad por el pago de una multa administrativa (Capítulo 2). No obstante, en el Derecho sancionador de la competencia, caracterizado por su antiformalismo, se ha desarrollado el concepto de «empresa», que permite sancionar directamente a las matrices por las conductas de sus filiales sin necesidad de acreditar su involucración en esa conducta infractora, siempre y cuando ambas formen una «unidad económica». Este es, hasta el momento, el enfoque probablemente más realista pero también más arriesgado de la responsabilidad de los grupos de empresas, porque implica, prácticamente, una responsabilidad objetiva de la sociedad matriz (Capítulo 3).

Por otro lado, la acuciante necesidad de que las sanciones a estos entes sean verdaderamente disuasorias obliga a introducir, definitivamente, la utilización del criterio de la capacidad económica como parámetro para la determinación de las multas. Desde el Derecho de la Unión se ha impulsado la utilización de magnitudes contables como el volumen de negocios para el cálculo de la multa. La idea es, en principio, correcta, pero esconde un problema cuya solución es más que conveniente: el cálculo de las multas a partir de un porcentaje del volumen de negocios entrega un margen de apreciación a la Administración que es incompatible con el principio de predeterminación legal de las sanciones; margen de apreciación que es mayor cuanto mayor es el tamaño de la empresa. Por ello, las leyes o, en su defecto, los reglamentos de desarrollo deben acotar dicho margen, lo que además impulsa también esa pretendida capacidad disuasoria de las sanciones, impidiendo que la Administración se muestre dubitativa a la hora de establecer multas altas (capítulo 4). Finalmente, para completar este sistema de sanciones a los grupos de empresas, se debe regular con carácter general las consecuencias



de la desaparición de la sociedad infractora. A diferencia de la muerte de la persona física, la extinción de una persona jurídica o, incluso, el cese material de su actividad no debe provocar el archivo del procedimiento administrativo sancionador o su falta de incoación. Es necesario, por razones de prevención general, que esa sanción ya impuesta o que se pueda imponer se «traspase» a otro sujeto, preferiblemente a aquel que continúe con la actividad económica de la empresa extinta (Capítulo 5).

RESUMEN (en Inglés)

The presence of corporate groups in our economy makes it necessary to rethink some of the rules and principles on which the exercise of administrative sanctioning powers has been based. While it is true that we find partial responses in sectoral legislation, the legal system of sanctions has not paid special attention to this issue. A theory has been constructed on sanctions against commercial companies, treating them as if they were all "island companies", disregarding the underlying economic reality. In order to move towards a more adequate response to this phenomenon, it is necessary, first of all, to emphasise the different intensity with which certain principles (especially that of personal liability) are applied in sanctions against natural and legal persons. This has to be the pillar and starting point on which any dogmatic construction on the sanctioning liability of corporate groups is based (Chapter 1).

As far as the authorship of administrative offences is concerned, many of the conducts contrary to the legal system committed by a subsidiary company are imposed by the management bodies of its parent or controlling company. Thus, the sanctioning response cannot concentrate exclusively on the subsidiaries, and alternative formulas are proposed to legitimise punishment of the parent companies. It is simply a matter of readapting certain figures already known in our sanctioning system, such as perpetration-by-means, the position of guarantor or liability for the payment of an administrative fine (Chapter 2). However, in competition sanctioning law, characterised by its anti-formalism, the concept of "undertaking" has been developed, which allows parent companies to be directly sanctioned for the conduct of their subsidiaries without the need to prove their involvement in the infringing conduct, if both form an "economic unit". This is, so far, probably the most realistic but also the riskiest approach to group liability, because it implies, practically speaking, a strict liability of the parent company (Chapter 3).

On the other hand, the pressing need for sanctions against these entities to be truly dissuasive makes it necessary to introduce, once and for all, the use of the criterion of economic capacity as a parameter for determining fines. EU law has promoted the use of accounting figures such as turnover to calculate the fine. The idea is, in principle, correct, but it hides a problem whose solution is more than convenient: the calculation of fines based on a percentage of turnover gives the administration a margin of appreciation that is incompatible with the principle of legal predetermination of penalties; a margin of appreciation that is greater the larger the size of the company. For this reason, the laws or, failing that, the implementing regulations should limit this margin, which also promotes the intended dissuasive capacity of sanctions, preventing the administration from being hesitant in setting high fines (chapter 4). Finally, to complete this system of sanctions for groups of companies, the consequences of the disappearance of the offending company should be regulated in general. Unlike the death of the natural person, the extinction of a legal person, or even the material cessation of its activity, should not lead to the administrative penalty proceedings being closed or not being initiated. It is necessary, for reasons of general prevention, that the sanction already imposed, or which may be imposed is "transferred" to another subject, preferably to the one who continues the economic activity of the extinct company (Chapter 5).

RESUMEN (en alemán)

Das Vorhandensein von Unternehmensgruppen in unserer Wirtschaft macht es notwendig, einige der Regeln und Grundsätze zu überdenken, auf denen die Ausübung der verwaltungsrechtlichen Sanktionsgewalt beruht. Zwar finden sich in der sektorspezifischen Gesetzgebung teilweise Antworten, doch hat das Sanktionssystem dieser Angelegenheit keine



besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Es wurde eine Theorie über Sanktionen gegen Handelsunternehmen aufgestellt, die diese so behandelt, als wären sie alle „Inselunternehmen“, wobei die zugrunde liegende wirtschaftliche Realität außer Acht gelassen wurde. Um eine angemessenere Antwort auf diese Eigenartigkeit zu finden, muss zunächst die unterschiedliche Intensität betont werden, mit der bestimmte Grundsätze (insbesondere der Grundsatz der persönlichen Haftung) bei Sanktionen gegen natürliche und juristische Personen angewandt werden. Dies muss der Pfeiler und Ausgangspunkt sein, auf dem jede dogmatische Konstruktion über die Verantwortlichkeit von Unternehmensgruppen beruht (Kapitel 1).

Was die Urheberchaft von Ordnungswidrigkeiten anbelangt, so werden viele der von einer Tochtergesellschaft begangenen rechtswidrigen Handlungen von den Leitungsorganen der Mutter- oder Obergesellschaft verhängt. Daher kann sich die Reaktion auf die Sanktionen nicht ausschließlich auf die Tochtergesellschaften konzentrieren, und es werden alternative Formeln vorgeschlagen, um die Sanktion der Muttergesellschaften zu legitimieren. Es geht lediglich darum, bestimmte, in unserem Sanktionssystem bereits bekannte Begriffe wie mittelbare Täterschaft, Garantenstellung oder Bußgeldhaftung umzudeuten (Kapitel 2). Im Wettbewerbsrecht, das sich durch seinen Anti-Formalismus auszeichnet, wurde jedoch der Begriff des „Unternehmens“ entwickelt, der es ermöglicht, Muttergesellschaften für das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften direkt zu sanktionieren, ohne dass deren Beteiligung an dem ordnungswidrigen Verhalten nachgewiesen werden muss, sofern beide eine „wirtschaftliche Einheit“ bilden. Dies ist bisher wahrscheinlich der realistischste, aber auch der riskanteste Ansatz für die Konzernhaftung, da er praktisch eine Haftung ohne Verschulden impliziert (Kapitel 3).

Andererseits macht es die dringende Notwendigkeit, dass die Sanktionen gegen diese Körperschaften wirklich abschreckend sind, erforderlich, ein für alle Mal das Kriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als Parameter für die Festlegung von Geldbußen einzuführen. Das EU-Recht hat die Verwendung von Buchhaltungszahlen wie dem Umsatz zur Berechnung der Geldbuße gefördert. Der Idee ist grundsätzlich richtig, bringt aber ein Problem, dessen Lösung mehr als zweckmäßig ist: Die Berechnung der Geldbußen auf der Grundlage eines Prozentsatzes des Umsatzes verschafft der Verwaltung einen Ermessensspielraum, der mit dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit von Sanktionen nicht vereinbar ist; ein Ermessensspielraum, der umso größer ist, je größer das Unternehmen ist. Aus diesem Grund sollte dieser Spielraum in den Gesetzen oder andernfalls in den Durchführungsverordnungen beschränkt werden, was auch die beabsichtigte abschreckende Wirkung der Sanktionen fördert und die Verwaltung daran hindert, bei der Festsetzung hoher Geldbußen zu zögern (Kapitel 4). Zur Vervollständigung dieses Sanktionssystems für Unternehmensgruppen sollten schließlich die Folgen des Verschwindens des zuwiderhandelnde Unternehmens allgemein geregelt werden. Anders als der Tod einer natürlichen Person sollte das Erlöschen einer juristischen Person oder sogar die materielle Einstellung ihrer Tätigkeit nicht dazu führen, dass das Verwaltungssanktionsverfahren eingestellt oder nicht eingeleitet wird. Aus Gründen der Generalprävention ist es erforderlich, dass die bereits verhängte oder noch zu verhängende Sanktion auf ein anderes Subjekt „übertragen“ wird, vorzugsweise auf denjenigen, der die wirtschaftliche Tätigkeit des erloschenen Unternehmens fortführt (Kapitel 5).

**SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ACADÉMICA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO
EN _____**

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO I

La responsabilidad de la persona jurídica en el Derecho administrativo sancionador

1. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA DE LA PERSONA JURÍDICA	31
2. LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA POR LA CONDUCTA DE SUS EMPLEADOS... 37	
2.1. La aplicación de la teoría del órgano a las infracciones cometidas por trabajadores 37	
2.2. La culpa in vigilando como pretexto para sancionar.....	43
3. TEORÍA DEL ÓRGANO Y RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	46
3.1. Consideraciones preliminares	46
3.2. Responsabilidad sancionadora de la persona jurídica y sus representantes por los mismos hechos	48
3.3. La acción de regreso de la persona jurídica contra su representante.....	57
3.4. Derecho penal y teoría del órgano.....	61
4. LA LÍCITA CONVIVENCIA DE DOS MODELOS DE SANCIONES A PERSONAS JURÍDICAS	65
4.1. La difícil traslación del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas al Derecho administrativo sancionador	65
4.2. El caso particular de las sanciones a los grupos de empresas.	71
a) Las diferencias entre las sanciones y las penas a las personas jurídicas con especial referencia a las sanciones a empresas.....	72
b) El principio (y no regla) de responsabilidad personal y su relación con las empresas.. ..	77
c) Las peculiaridades de las sanciones pecuniarias	84
d) La pervivencia del resto de las garantías.....	85

CAPÍTULO II

La determinación del sujeto responsable de las infracciones y el grupo de empresas

1. DERECHO PENAL Y AUTORÍA EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS	88
--	----

1.1.	La matriz como administrador de hecho de la sociedad filial	89
1.2.	La matriz como autora mediata de los delitos cometidos por la filial	91
1.3.	La responsabilidad de la matriz por los delitos de los trabajadores de la filial	93
1.4.	La imposición de penas a la matriz y a la filial	94
2.	TRASLACIÓN DE LAS SOLUCIONES DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	97
2.1.	Autoría mediata y Derecho administrativo sancionador	98
a)	Algunas manifestaciones legislativas sobre la autoría mediata en el Derecho administrativo sancionador	98
b)	El principio de legalidad y la sanción al autor mediato.....	99
c)	El problema de las infracciones especiales y la autoría mediata.....	102
d)	Los límites de la responsabilidad de la matriz en las infracciones de omisión	106
2.2.	La responsabilidad sancionadora de la matriz por infracciones cometidas por trabajadores de la filial	109
2.3.	Un ejemplo de responsabilidad de la matriz a partir del artículo 130 de la Ley OWiG alemana	111
3.	FIGURAS PROPIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	114
3.1.	La responsabilidad de los entes sin personalidad.....	114
3.2.	El deber de evitar la infracción de otro (artículo 28.4 de la LRJSP).....	116
a)	Las nuevas tendencias sobre diligencia debida empresarial en materia de protección de los Derechos humanos y el medioambiente.....	119
b)	Las leyes extraterritoriales de lucha contra la corrupción	130
3.3.	La responsabilidad del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a las personas dependientes o vinculadas (artículo 28.4 de la LRJS).....	133
3.4.	La regulación del grupo como sujeto destinatario de la norma	140
a)	La supervisión a los grupos de entidades de crédito, aseguradoras y reaseguradoras y de empresas de servicios de inversión.....	140
b)	El grupo de entidades en la Ley del IVA y el grupo de consolidación fiscal en la LIS	147
4.	LOS RIESGOS DE LA EXTENSIÓN GENERALIZADA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD MATRIZ.....	149

CAPÍTULO III

La empresa como sujeto infractor en el Derecho de la competencia

1.	ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL CONCEPTO DE EMPRESA	153
2.	LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJ: DEL AUTOR MEDIATO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA MATRIZ.....	156
2.1.	Los primeros pronunciamientos de los años 70	158
2.2.	La presunción de responsabilidad y la Sentencia «Akzo Nobel».....	159
2.3.	Últimas tendencias: mayores facilidades para la Comisión Europea	165

3.	CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE LA EMPRESA	167
3.1.	Las debilidades teóricas del concepto de «empresa»	169
3.2.	El problema de la presunción de influencia decisiva y la responsabilidad objetiva de la sociedad matriz.....	172
	a) Presunción de inocencia, personalidad de las sanciones y responsabilidad de la matriz	172
	b) Posible justificación de la responsabilidad de la matriz.....	176
	c) La aplicación de la doctrina de los estándares probatorios a la responsabilidad de las sociedades matrices.....	182
3.3.	La responsabilidad de la matriz en los supuestos en los que no opera la presunción de ejercicio de una influencia decisiva	189
	a) Socio mayoritario en situaciones de capital atomizado.....	190
	b) El caso particular de las joint ventures.....	191
3.4.	La discrecionalidad de la Comisión Europea a la hora de sancionar a las sociedades que integran la «empresa».....	195
	a) Manifestación de la discrecionalidad de la Comisión Europea en los procedimientos sancionadores de competencia	196
	b) Rechazo a la discrecionalidad de la Comisión Europea para seleccionar los sujetos que forman parte de la «empresa»	198
	c) Admisión de algunas excepciones.....	202
3.5.	La responsabilidad de las matrices que no son sociedades mercantiles	204
	a) Personas físicas	205
	b) Personas jurídicas no societarias	206
	c) Administraciones públicas que ejercen una influencia decisiva sobre la «empresa»....	207
	d) Grupos de sociedades públicos. El caso particular de la SEPI.....	211
4.	OTRAS APLICACIONES DEL CONCEPTO DE EMPRESA EN EL ÁMBITO SANCIONADOR	218
4.1.	La responsabilidad de la sociedad filial por la conducta de la sociedad matriz	219
	a) Admisión teórica de esta responsabilidad: Skanska y Sumal.....	219
	b) Utilidad práctica de la responsabilidad de las sociedades filiales por la infracción de competencia de su sociedad matriz	222
	c) Un ejemplo de sanción a la filial: el asunto Biogarán.....	223
4.2.	La responsabilidad de las sociedades «hermanas».....	225
5.	LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA POR PARTE DE LA CNMC.....	229
5.1.	La aplicación conjunta del Derecho comunitario y español de la competencia	230
5.2.	La obligación de aplicar el concepto de empresa por parte de la CNM.....	234
	a) ¿Están obligados los EM a garantizar la aplicabilidad de cualquier extensión del concepto de empresa?	234
	b) La aplicación del concepto de empresa y su posible colisión con los derechos fundamentales de los Estados miembros.....	237

c)	La cuestión en el Derecho alemán.....	245
5.3.	Algunas diferencias en la aplicación del concepto de empresa por parte de la CNMC respecto de la Comisión Europea	246
a)	La matriz como «aseguradora» del pago de la multa impuesta a la filial.....	246
b)	La discrecionalidad de la CNMC a la hora de determinar los sujetos responsables de la infracción.....	251
c)	La responsabilidad de la Administración pública matriz	258
6.	POSIBLE EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA MÁS ALLÁ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	262
6.1.	Incorporación a la LRJSP.....	262
6.2.	Extensión a otras leyes sectoriales	263

CAPÍTULO IV

Las sanciones administrativas y el grupo de empresas

1.	ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD CONJUNTA DE LA MATRIZ Y LA FILIAL.....	267
2.	EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA CUANTÍA DE LAS MULTAS	272
2.1.	Principio de igualdad y capacidad económica del infractor	273
2.2.	Principio de proporcionalidad: su relación con la determinación y graduación de las multas	275
a)	Principio de proporcionalidad y la determinación legal de las multas	276
b)	Principio de proporcionalidad e individualización de la multa	278
c)	Principio de proporcionalidad y reducción de la cuantía de la multa.....	280
2.3.	¿Existe un límite a la cuantía de las multas?	284
2.4.	La doctrina constitucional sobre la predeterminación legal de las sanciones administrativas	287
3.	PROBLEMAS Y DIFICULTADES EN EL CÁLCULO DE LAS MULTAS A LAS EMPRESAS.....	291
3.1.	Los límites de las multas a partir de cantidades fijas	292
3.2.	El empleo del volumen de negocios.....	295
a)	Breve aclaración sobre el concepto de volumen de negocios	296
b)	El elevado margen de apreciación de la Administración	297
3.3.	Alternativas al volumen de negocios	304
3.4.	Sistemas diferenciados y/o progresivos para el cálculo de la multa.....	308
4.	LA RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE LA SOCIEDAD FILIAL Y EL CÁLCULO DE LA MULTA .	312
4.1.	La capacidad económica y la sociedad filial	313
4.2.	La utilización del volumen de negocios consolidado para calcular la multa a una sociedad filial	316
4.3.	La reincidencia por infracciones de otras sociedades del grupo	321
5.	PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARALELOS Y NON BIS IN IDEM	325
5.1.	El carácter nacional del non bis in idem.....	328

5.2.	La excepción de las sanciones administrativas impuestas en aplicación de una norma de Derecho de la UE	330
5.3.	Nuevos escenarios a partir de las Sentencias «Menci», «Nordzucker» y «Bpost»	335
5.4.	El principio de proporcionalidad como vía para reconocer las sanciones extranjeras ..	339
6.	EJECUCIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS A SOCIEDADES DOMICILIADAS EN EL EXTRANJERO.....	342

CAPÍTULO V

Sucesión de empresas y ejercicio de la potestad sancionadora

1.	ESCENARIOS POSIBLES	349
2.	EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD PENAL	351
3.	LA DOCTRINA EUROPEA DE LA CONTINUIDAD ECONÓMICA Y EL TRASLADO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.....	354
3.1.	La jurisprudencia del TJ sobre la continuidad económica	354
3.2.	La recepción en España de la doctrina del TJ	357
3.3.	Transmisión de sanciones y liquidaciones concursales.....	358
4.	LA REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN DE LA EMPRESA INFRACTORA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ESPAÑOL	359
4.1.	Su regulación en distintas leyes sectoriales.....	359
a)	Leyes que responsabilizan a la empresa sucesora	359
b)	La absorción como criterio de graduación de la multa.....	363
c)	Leyes que responsabilizan a una persona física que comete o participa en la infracción	364
4.2.	Las soluciones de la jurisprudencia española ante la falta de regulación.....	366
4.3.	Propuesta de regulación y su compatibilidad con los principios sancionadores	371
5.	TRANSMISIÓN DE SANCIONES NO PECUNIARIAS	375
	CONCLUSIONES	379
	SCHLUSSFOLGERUNGEN	387
	BIBLIOGRAFÍA	395

ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AG	Abogado General del Tribunal de Justicia
AGE	Administración General del Estado
AN	Audiencia Nacional
ANC	Autoridades Nacionales de Competencia
Apdo.	Apartado
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BCE	Banco Central Europeo
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CAG	Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia
CAAS	Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985
CCAA	Comunidades Autónomas
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMV	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones

Dir.	Director
Dirs.	Directores
Ed.	Editor
Eds.	Editores
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento jurídico
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgegeben
IS	Impuesto sobre sociedades
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LGS	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LkSG	Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten
LMV	Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión
LOPDGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

LOSC	Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
LOSSEAR	Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras
LOSSEC	Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
RDL	Real Decreto Ley
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LPBC	Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo
LRSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
MUS	Mecanismo Único de Supervisión y Solvencia
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
pp.	Por páginas
RAAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RAP	Revista de Administración Pública
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución

RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
REALA	Revista de la Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
REPEPOS	Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora
RGDA	Revista General de Derecho Administrativo
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STGE	Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEAR	Tribunal Económico-Administrativo Regional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGE	Tribunal General de la Unión Europea
TJ	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TPI	Tribunal de Primera Instancia
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
<i>Vid.</i>	Véase
Vol.	Volumen
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZvglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

I

El crecimiento y la complejidad del Derecho administrativo sancionador parece no tener fin. El conjunto de sectores en los que las Administraciones sancionan es cada vez más extenso y abarca desde las conductas llamadas tradicionalmente de *bagatela* en campos clásicos de la intervención administrativa como el tráfico o la seguridad ciudadana, hasta infracciones castigadas con multas muy elevadas como las del Derecho de la competencia. El margen del legislador es muy amplio; a lo sumo, este vendría obligado a conferir una protección especial o reforzada, y, por tanto, por medio del Derecho penal, a bienes jurídicos tan importantes como la vida, la integridad física, la libertad o la integridad sexual¹. En principio, el asesinato nunca podría ser una infracción administrativa, pero fuera de estos supuestos casi extravagantes, el legislador podría confiar al Derecho administrativo sancionador la represión de prácticamente cualquier conducta. Además, y a diferencia del Derecho penal, el legislador autonómico también puede tipificar infracciones y sanciones administrativas, siempre que estén vinculadas a una materia en la que tenga competencia², por lo que la pretendida sistematización del ordenamiento jurídico sancionador aún se torna más compleja. El resultado es que las sanciones se han convertido en una técnica indispensable para la gestión y defensa de los intereses públicos. Como afirma Alejandro HUERGO LORA, en España se «administra sancionando»³ y privar a las Administraciones públicas de este instrumento parece casi una utopía, pese a que el ideal del Estado de Derecho aspira a que la imposición de cualquier castigo quede reservada única y exclusivamente a los jueces.

¹ Es lo que se conoce como el derecho fundamental a la protección penal, conectado con las obligaciones positivas del legislador en relación con los derechos fundamentales. En España, se ha querido ver esta doctrina en la (primera) sentencia del TC sobre el aborto (STC 53/1985, de 11 de abril), doctrina que también está presente en el ámbito del TEDH, donde la STEDH 26 de marzo de 1985, X. e Y c. Países Bajos constituye el *leading case* de la materia. Al respecto, *vid.* HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 143-153 y de forma más detallada, DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección penal», *REDC*, n.º 78, 2006, pp. 333-372.

² *Vid.* ALEGRE ÁVILA, J.M., «Potestad sancionadora y comunidades autónomas», *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008, pp. 221-232, pp. 221-225.

³ HUERGO LORA, A., «Diferenciación de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas», en HUERGO LORA, A., (dir.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 15-59, pp. 25-30.

También es importante apuntar los cambios sobre la percepción que tiene la sociedad de las sanciones administrativas. De una cierta tolerancia al incumplimiento por parte de las Administraciones públicas, unido a un rechazo generalizado a las sanciones administrativas (porque al final, tarde o temprano, todos terminamos bajo la lupa de la Administración), se ha pasado a un mayor reclamo y dureza a la hora de imponer los correspondientes castigos. Esto anima al Legislador y a las Administraciones a ejercer de forma más entusiasta sus competencias en la materia⁴, porque además probablemente resulte electoralmente rentable. Todo lo hasta ahora descrito lleva, como dice Tomás CANO CAMPOS, «a una expansión total; cada vez más sectores de intervención administrativa respaldados por la amenaza de una sanción, cada vez más sujetos con potestad para sancionar, cada vez más sujetos responsables, cada vez más sanciones graves y severas»⁵. Sobre el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora frente a un nuevo «sujeto»—el grupo de empresas— es sobre lo que precisamente versa este trabajo.

II

El término «empresa policorporativa» o «multisocietaria» acuñado en la doctrina mercantil⁶ expresa a la perfección la complejidad de la figura del grupo de empresas. Desde la perspectiva económica, el grupo de empresas es una única empresa organizada de una determinada manera. Este enfoque económico prescinde de la personalidad jurídica propia de cada uno de los sujetos que forman parte de ese grupo y lo estudia como un todo en su conjunto. Para llegar a este punto, el elemento que nos permite hablar de una sola realidad económica, de una misma empresa, es la comunidad de intereses que existe entre las diferentes sociedades que forman el grupo. Es decir, entre sociedades que

⁴ Lo señala LOZANO CUTANDA, B., «Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo de un *ius puniendi* alternativo», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 102, 2018, pp. 17-41, p. 30-31 y HUERGO LORA, A., «Las sanciones administrativas en el marco del *Law enforcement*», en ZEGARRA VALDIVIA, D. (coord.), *La proyección del Derecho administrativo peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Palestra, Lima, 2019, pp. 515-539, pp. 522.

⁵ CANO CAMPOS, T., *Sanciones Administrativas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 13. Contribuyó a este fenómeno la proliferación de la figura de las autoridades administrativas independientes, vinculadas a operaciones de liberalización económica, a las que se les dota con potestades sancionadoras, tal y como afirma MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público genera. Tomo XII: los actos administrativos y las sanciones administrativas*, Editorial BOE, Madrid, 2017, p. 274. También, REBOLLO PUIG, M., «Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: conciliación y conflicto», en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.), *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 19-71, p. 31.

⁶ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J., (dirs.), *Lecciones de derecho mercantil: Volumen 1*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2020, pp. 691-710, p. 700.

jurídicamente son independientes existe un interés colectivo, común o de grupo hacia el cual se orienta su actividad⁷. Las sociedades que se integran en un grupo de empresas no pierden su personalidad jurídica, pero ceden parte de su autonomía funcional a otra sociedad (llamada «matriz» o «dominante») que ostenta el control sobre ellas. Cuando esta sociedad ejerce este control, es decir, cuando imparte directrices e instrucciones a lo largo del grupo, lo que se conoce como «dirección unitaria», estaremos ante un grupo de empresas o de sociedades⁸.

La Ley de Sociedades Anónimas alemana (Aktiengesetz) recoge a la perfección esta idea en su artículo 18: «se forma un grupo cuando una sociedad dominante y una o varias sociedades dependientes se agrupan bajo la dirección unitaria de la sociedad dominante»⁹. Sin embargo, nuestra Ley de Sociedades de Capital carece de un concepto similar, y remite directamente a la definición de grupo de empresas que contiene el artículo 42 del Código de Comercio¹⁰. En este caso, el grupo ya no se define, como en Alemania, a partir de la dirección unitaria, sino que se anuda su existencia al

⁷ Este interés de grupo es reconocido por la propia jurisprudencia del TS mediante lo que se conoce como la doctrina de las «ventajas compensatorias». Así, el TS legitima o admite el daño que en un supuesto concreto el administrador de una sociedad filial pueda causar a la sociedad que administra (por seguir las instrucciones de la matriz) si con ello se beneficia al grupo en su conjunto (interés de grupo) y posteriormente se compensa a esa sociedad filial por el sacrificio patrimonial realizado (STS de 11 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5151). Al respecto, *vid.* IRÁCULIS ARREGUI, N., «Estudio del concepto de interés del grupo: el interés del grupo no se identifica con el interés de la sociedad dominante», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B. y COHEN BENCHETRIT, A., (dirs.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 403-425.

⁸ En la doctrina mercantilista hay abundantes referencias al concepto de grupo de empresas, a sus características y a su diferente tipología. En este sentido, me he servido de los siguientes trabajos para exponer unas nociones generales sobre el concepto de grupo de empresas: DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.^a L., *Derecho de grupos de sociedades*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 80-222, EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003, pp. 1-137, GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Editorial Comares, Granada, 2001, *in totum*, FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2001, pp. 149-309, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 646-661, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», *cit.*, pp. 691-710. Por otro lado, en cuanto al término «grupo de empresas» o «grupo de sociedades», en el ámbito mercantil generalmente se prefiere el segundo ya que la idea que subyace es que todas las sociedades que forman un grupo constituyen una sola «empresa» y de ahí que, para evitar confusiones, se prescindiera del término «grupo de empresas», que es más frecuente en el Derecho del Trabajo. No obstante, la propia doctrina mercantil señala también las imprecisiones del término «grupo de sociedades» porque no necesariamente todos los miembros del grupo son sociedades mercantiles. De hecho, se dan casos en los que la matriz es una fundación, o, incluso, una persona física. En este trabajo se ha optado, finalmente, por el término grupo de empresas, para salvar las limitaciones que se acaban de señalar. *Vid.* al respecto, FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Ibid.*, pp. 160-163. Sobre la tipología de entes que pueden integrar un grupo de empresas, *vid.* Embid Irujo, J.M., *Ibid.*, pp. 101-105.

⁹ § 18.1 „Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern“.

¹⁰ No solo lo hace la LSC. Muchas leyes remiten al artículo 42 del Código de Comercio a la hora de definir el concepto de grupo de empresas, de ahí que a veces se hable de este artículo como «concepto guía», *Vid.* GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, *cit.*, p. 105.

cumplimiento de ciertas circunstancias que determinan cuándo una sociedad tiene control sobre otras (pero no si lo ejerce). Así, el citado artículo dispone que existirá un grupo de empresas siempre y cuando «una sociedad ostente o pueda ostentar directa o indirectamente, el control de otras u otras», control que se presume *iuris et de iure* si la matriz: a) posee la mayoría de los derechos de voto, b) tiene la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, c) puede disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto y d) ha designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores, lo que se presume cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta.

Esta definición de grupo de empresas que recoge el artículo 42 del Código de Comercio no pretende sustituir el concepto doctrinal del grupo de empresas. Su función es simplemente facilitar la aplicación de una norma contable a un grupo de empresas. En el caso concreto, determinar en qué situaciones tiene que presentar una sociedad matriz las cuentas anuales consolidadas¹¹. Para ello, es más sencillo fijar unos criterios cuantificables (porcentaje de derechos de voto, número de administradores, etc.) que probar la existencia de una dirección unitaria. Lo mismo sucede, dentro del Derecho administrativo, en la LCSP, que hasta en dos ocasiones remite al artículo 42 del Código de Comercio¹². Por lo tanto, no se altera el concepto de grupo de empresas, sino que

¹¹ Que el grupo de empresas se determine a partir de unas circunstancias que son fáciles de apreciar facilita, por ceñirnos al ámbito de la contabilidad que es el del artículo 42 del Código de comercio, el trabajo del auditor a la hora de identificar qué sociedades tienen que integrarse en la consolidación contable, lo que sería más difícil si el criterio fuese la unidad de dirección. Lo señala, KOPPENSTEINER, H.G., «18 S Konzern und Konzerunternehmen», in ZÖLLNER, W. und NOACK, U., (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Carl Heymanns Verlag KG, München, 2004, pp 171-194, p. 191.

¹² Me refiero al artículo 70 de la LCSP sobre condiciones especiales de compatibilidad y al artículo 149.3 de la LCSP relativo a las ofertas anormalmente bajas. Empezando por este último supuesto, la LCSP obliga al órgano de contratación, en los casos de ofertas presentadas por empresas pertenecientes al mismo grupo de empresas, a considerar aquella que fuera más baja de entre las presentadas por las empresas vinculadas a los efectos de determinar el régimen de identificación de las ofertas anormalmente bajas. En cuanto a las condiciones especiales de contratación, el artículo 70 de la LCSP permite excluir de la licitación a las empresas pertenecientes al mismo grupo que aquella que asesoró al órgano de contratación en la preparación del contrato. Para facilitar aún más la labor del órgano de contratación, algunos pliegos de cláusulas administrativas particulares obligan a las empresas a presentar una declaración de responsable sobre su pertenencia o no a un grupo de empresas. Esto resulta particularmente importante si tenemos en cuenta que según una jurisprudencia del TJ (STJ de 17 de mayo de 2018, Specializuoatas transportas, C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324, que recoge MIÑO LÓPEZ, A., *La defensa de la competencia en la*

simplemente se presume su existencia, a los efectos de aplicar alguna norma, cuando concurren tales circunstancias. Pero si el grupo de empresas se definiese a partir de la idea de control, las sociedades que lo integran no se diferenciarían en nada respecto de las sociedades «isla». Es esa dirección unitaria la que las priva o les resta autonomía en su actuación y lo que provoca que todas ellas formen una única empresa «policorporativa».

La intensidad con la que se ejerce la dirección unitaria no es siempre la misma. Por eso se suele diferenciar entre grupos «concentrados» y «desconcentrados» en función de la mayor o menor autonomía de la que dispongan las sociedades filiales respecto de sus matrices. Por otra parte, en cuanto al origen del control, lo normal es que este se produzca en base a una participación mayoritaria, que en los grupos concentrados suele ser plena, en el capital social de las sociedades del grupo, es lo que se conoce como grupo de base real, por estar basado el control en la propiedad. Sin embargo, también existen los grupos «personales»; aquí el control se origina no ya por la acumulación de acciones en un solo sujeto sino por las relaciones personales que existen entre los accionistas o socios. A este tipo de estructuras se les otorga el calificativo de grupo porque, aunque no existe una sociedad de cabecera que imparta instrucciones a las filiales, los vínculos que existen entre los dueños de las sociedades permiten la persecución de un fin colectivo, lo que además se facilita por el hecho de que con frecuencia las sociedades vinculadas comparten administradores.

III

Más allá del concepto y tipos de grupos de empresas es importante resaltar su principal ventaja, su razón de ser: la posibilidad de diversificar los riesgos entre sociedades que son jurídicamente independientes¹³. Siempre que una rama del Derecho se aproxima a la regulación de los grupos de sociedades debe tener presente la falta de personalidad jurídica del grupo. Son las sociedades que lo forman quienes tienen personalidad jurídica y, por tanto, un patrimonio separado que les dota de la capacidad

contratación del sector público, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 84), las empresas no están obligadas a comunicar por su propia iniciativa los vínculos existentes entre ellas, salvo que los pliegos de cláusulas administrativas particulares lo impongan, lo que es perfectamente posible en virtud de la discrecionalidad con la que cuenta el órgano de contratación al configurarlos. Sobre esta discrecionalidad y sobre algunos de sus límites, *vid.* GARCÍA LUENGO, J., *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, Iustel, Madrid, 2022, pp. 144-146.

¹³ Vid. GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 27-28.

suficiente para ser centro de imputación de derechos y obligaciones¹⁴. A su vez, la figura de la persona jurídica nos lleva hasta la separación de patrimonios: las obligaciones de la persona jurídica son de esta y no de sus socios (la matriz o matrices indirectas), que además no responderán de las deudas de la sociedad, ni siquiera subsidiariamente, por tratarse de sociedades mercantiles.

Si traducimos estos principios al ámbito del Derecho administrativo sancionador el resultado es el siguiente: solo la persona jurídica que ha cometido la infracción puede ser responsable de la sanción correspondiente. Aunque la sociedad forme parte de un grupo de empresas, y aunque este se encuentre profundamente jerarquizado, solo ella es, en principio, autora de esa infracción y, por tanto, responsable de la sanción o sanciones administrativas correspondientes. Precisamente el modelo de responsabilidad de la persona jurídica se apoya en la máxima atribuida al jurista alemán Franz VON LISZT «si la persona jurídica puede contratar, también lo puede hacer falsamente»¹⁵. Llevado al campo de los grupos de empresas, como cada sociedad tiene sus propios representantes, es a ella a quien se le imputan sus actuaciones y no al resto de sociedades del grupo. En resumidas cuentas, cada sociedad del grupo responde de su propia conducta, canalizada a través de sus propios representantes o figuras afines. Esto solo supone afirmar la responsabilidad personal e individual de cada persona jurídica, que en el ámbito del Derecho administrativo sancionador adquiere una importancia capital. Que cada uno responda de sus propias infracciones y no de las de otro es una exigencia constitucional¹⁶. No cabe, *a priori*, la responsabilidad objetiva porque en el ámbito del Derecho administrativo sancionador (y por descontado en el del Derecho penal) rige el principio de responsabilidad personal.

Sin embargo, la estructura aquí descrita no siempre se adapta bien a la realidad de los grupos de empresas. La infracción se puede «manifestar» en el ámbito de la sociedad filial, pero es posible que sea la sociedad matriz la que ordene la comisión de la infracción. También es posible que la sociedad matriz conozca y desee esa infracción y no impida que la misma se produzca o no imponga su cese. En cualquiera de los dos escenarios, la

¹⁴ Sobre la persona jurídica como patrimonio separado de imputación de derechos y obligaciones, *vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 268-273.

¹⁵ VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, ed. Eberhard Schmidt, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1932, p. 156 (nota al pie n.º 4).

¹⁶ *Vid.* REBOLLO PUIG, M., «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M., y CARBONELL PORRAS, E., (coords.), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 843-864, pp. 845-848.

falta de responsabilidad de la sociedad matriz no está justificada. Tempranamente en el Derecho civil se trató de dar respuesta a cuestiones similares mediante la conocida técnica del levantamiento de velo. Por su parte, en el Derecho del Trabajo se ha desarrollado una rica jurisprudencia en torno al concepto de grupo «patológico» para permitir la reclamación de las deudas de los trabajadores ante otras sociedades del mismo grupo¹⁷. Por el momento, en el Derecho administrativo sancionador no contamos con una teoría que se aproxime a los grupos de empresas, a excepción de lo que sucede en el Derecho administrativo sancionador de la competencia.

IV

En origen, fue la jurisprudencia del TJ, sin una base normativa clara y mediante la rebaja de algunas de las garantías básicas del ejercicio de la potestad sancionadora, la que por primera vez intentó dar una respuesta a los retos que planteaba este tipo de organización empresarial. En concreto, en lo que se refiere a la responsabilidad por infracciones de la normativa de competencia, el TJ ha elaborado una doctrina por la que se permite sancionar a la sociedad matriz por las infracciones de su sociedad filial, sin necesidad de acreditar que la primera participe en la conducta de la segunda. Para el TJ, cuando una matriz y una filial forman parte de la misma «unidad económica», esto es, de la misma «empresa», ambas son responsables de las sanciones derivadas de una

¹⁷ La regla general ante la presencia de un grupo de empresas en el Derecho del Trabajo es la incomunicabilidad de las responsabilidades. Solo se admite esa responsabilidad en los casos de grupos de empresas «patológicos». La sala de lo social del Tribunal Supremo descarta dicha extensión de responsabilidad porque, en resumidas cuentas, considera al grupo de empresas como una estructura perfectamente válida y ajustada a Derecho, y porque los integrantes de este «tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son. Para que se produzca tal derivación de responsabilidades tienen que darse una serie de «elementos adicionales» que convierten al grupo en «patológico», que pongan al grupo, en términos de la STS de 20 de noviembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5215, «en el terreno de la ocultación o el fraude». Estos elementos adicionales también han sido perfilados por la jurisprudencia a lo largo de los años, que ha configurado una lista de motivos o causas que harían que las sociedades integrantes del grupo perdiesen su «inmunidad» frente a las actuaciones de sus compañeras. Estos elementos adicionales son: 1) la prestación indistinta de trabajo, simultánea o sucesivamente, en favor de varias empresas del grupo, 2) la confusión patrimonial, 3) la unidad de caja, 4) la utilización fraudulenta de la persona jurídica, mediante la creación de empresas «aparentes» y 5) el uso abusivo –anormal– de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores. La bibliografía sobre el concepto de grupo a efectos laborales es muy amplia. Para este trabajo me he servido de los siguientes trabajos: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Grupo de empresas y Derecho del Trabajo: el abandono del criterio de la dirección unitaria como elemento adicional determinante de la responsabilidad solidaria», *Actualidad laboral*, n.º 7, 2014, pp. 1-14, MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G., *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 355-370, BAZ RODRÍGUEZ, J., «La revisión de la construcción jurisprudencial sobre la «empresa de grupo» como unidad de empresa laboral», *Trabajo y Derecho*, n.º 5, 2017, pp. 1-15.

infracción de competencia. A su vez, esta doctrina ha sido empleada por el TJ para dar respuesta a otro fenómeno muy conectado con los grupos de empresas como es el de la transmisión de sanciones administrativas cuando se extingue la sociedad infractora. Bajo determinadas condiciones, el TJ permite hacer responsable de la infracción a la sociedad que adquiere a la sociedad infractora, independientemente de si ha participado o no en dicha infracción.

El grupo de empresas también puede condicionar la forma en la que se determina y cuantifica una sanción administrativa. Por ejemplo, en lo que se refiere a la reincidencia (¿se debería tener en cuenta las infracciones que ha cometido otra sociedad del mismo grupo a los efectos de la imposición de una nueva sanción?) o del *non bis in idem* (¿es compatible la imposición de varias sanciones administrativas por infracciones que cometen sociedades del mismo grupo?). En cuanto al importe de las multas, el TJ, de nuevo en el ámbito del Derecho de la competencia, ha permitido que la multa impuesta a una o varias sociedades se calcule a partir del volumen de negocios de todo el grupo de empresas y no del propio e individual de cada una de las sociedades infractoras. De esta forma, el importe final de la multa se incrementa notablemente, pero a base de utilizar datos contables procedentes de sociedades que no han participado en la infracción.

Más allá de su indudable relevancia, el enfoque de este trabajo no se reduce exclusivamente al Derecho sancionador de la competencia europeo. No es este, desde luego, el único sector en el que los grupos de empresas tienen trascendencia a efectos sancionadores. Los grupos de empresas pueden estar presentes en cualquier sector de actividad que regule una determinada ley. Es por ello por lo que se pretende realizar un estudio más amplio sobre la «potestad administrativa sancionadora y los grupos de empresas», que aspire a dar respuesta a cada uno de los interrogantes que se irán exponiendo a lo largo de este trabajo, algunos ya brevemente anunciados.

En este sentido, el Derecho sancionador de la competencia podrá ser, a lo sumo, y tomando la clásica expresión de SCHMIDT-ASSMAN, el «ámbito de referencia» para el Derecho administrativo sancionador de los grupos de empresas¹⁸. De hecho, este enfoque

¹⁸ Recordemos brevemente la utilidad de esta construcción a los fines de este trabajo. Según Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, la parte general del Derecho administrativo se construye a partir del estudio de los sectores o áreas de la parte especial. Es un proceso que va de lo concreto a lo abstracto y, por tanto, será fundamental elegir qué sectores se utilizan como «referencia» en la construcción de la parte general del Derecho administrativo. Ya en su *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee*, publicada en 1998 (para este trabajo me he servido de su versión traducida, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2001), advertía de la necesidad de estudiar otros «ámbitos de referencia» más allá de los tradicionales sobre los que se había construido el Derecho administrativo alemán

se contrasta perfectamente con la realidad. Algunas de las soluciones que ha elaborado el TJ ya se recogen en Reglamentos o en Directivas europeas y, por lo tanto, en el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros. Sin ir más lejos, el concepto de «empresa» se ha trasladado al RGPD, y la LMV o la LPBC, por imposición de la normativa comunitaria, utilizan el volumen de negocios consolidado para el cálculo de las sanciones, incluso cuando el autor de la infracción es la sociedad filial.

V

Como se puede apreciar, la influencia del Derecho de la Unión Europea en este proceso de creación de un Derecho sancionador de grupos es evidente. En el ámbito del Derecho sancionador de la competencia, la llamada «aplicación conjunta» ha servido para que la CNMC también esté vinculada por la jurisprudencia del TJ a la hora de imponer sanciones por vulneración de la normativa de competencia comunitaria. En otros casos, son las Administraciones públicas de los Estados miembros las que tienen que aplicar directamente la normativa comunitaria (sin que la Comisión Europea tenga, como en materia de competencia, algún tipo de competencia sancionadora), que es lo que ocurre con la protección de datos. Y, finalmente, la transposición de Directivas europeas ha obligado a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico disposiciones directamente relacionadas con el objeto de este trabajo, como la ya citada del volumen de negocios consolidado.

La penetración del Derecho europeo, y, sobre todo, del Derecho sancionador europeo de la competencia está propiciando enfoques renovados en el Derecho administrativo sancionador; el Derecho de la competencia constituye, como ha apuntado José María BAÑO LEÓN «un sector de referencia para el progreso dogmático del derecho

(el régimen local, policía administrativa, función pública o urbanismo) para impulsar la pretendida renovación del Derecho administrativo. Este enfoque es muy útil para este trabajo. El Derecho sancionador de la competencia sería el sector de referencia por excelencia en el empleo de nuevas técnicas sancionadoras, sobre todo en lo que se refiere a las empresas de gran tamaño, y su estudio puede servir para abstraer una serie de soluciones que configuren una parte general del Derecho sancionador de los grupos de empresas. Además, si seguimos los criterios que maneja SCHMIDT-ASSMANN sobre la selección de los sectores de referencia pronto nos daremos cuenta del encaje del Derecho de la competencia. Así SCHMIDT-ASSMANN se refiere a la «capacidad de innovación», el «peso de ese sector» o también la frecuencia con el que ese sector opera, condiciones que creo que se cumplen sobradamente en el Derecho sancionador de la competencia. Sobre los criterios de selección de los sectores de referencia me remito también a su segunda obra, continuadora de la primera, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, publicada en 2013 y para la que de nuevo he manejado la versión española, *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021 (sobre este tema, pp. 30-40).

sancionador»¹⁹. Mientras que en España tradicionalmente nos hemos centrado en las garantías del sujeto infractor, en acotar los límites de la actuación de la Administración, el Derecho europeo se centra en buscar sistemas eficaces y disuasorios para la imposición de las sanciones. Por ello (aunque no se diga) se sacrifican en determinadas ocasiones principios que no se consideran tan importantes como el de la personalidad de las sanciones o el derecho a no declararse culpable. Por no hablar de la multitud de técnicas existentes para la terminación temprana de los procedimientos, la discrecionalidad en el ejercicio de las potestades sancionadoras o el fomento de los sistemas de clemencia. En el Derecho europeo de la competencia, los principios de eficacia y la consecución de multas disuasorias priman sobre las garantías de las empresas infractoras, y ello hace que lo que en nuestro ordenamiento interno se considere *a priori* irrenunciable, para el TJ no sea tan importante²⁰.

¹⁹ BAÑO LEÓN, J. M.^a, «La evolución del Derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho público», *RAP*, n.º 200, 2016, pp. 295-314, p. 308. Con carácter más genérico, ya aludía en 2004 Luis ARROYO JIMÉNEZ al Derecho comunitario como «factor de transformación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros». *Vid.* ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004, p. 221. En el mismo sentido, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., y CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., «La europeización del Derecho administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, M.^a J., DOMÉNECH PASCUAL, G., ARROYO JIMÉNEZ, L., (coords.), *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 743-775, pp. 743-744.

²⁰ Ha apuntado esta diferencia de principios, LOZANO CUTANDA, B., «Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo de un *ius puniendi* alternativo», *cit.*, p. 32. Por otro lado, en España el Derecho administrativo sancionador se ha ido construyendo por referencia al Derecho penal, mediante una jurisprudencia bastante consolidada del Tribunal Constitucional que afirma que Derecho administrativo sancionador y Derecho penal forman parte de un *ius puniendi* único del Estado y, por tanto, tienen que estar sometidos a los mismos principios, que básicamente son los del Derecho penal «con matices» (que no siempre quedan claros). El recurso que el TC hizo ya en sus primeras sentencias al Derecho penal era un camino muy lógico, porque de lo que se trataba por aquel entonces era de dotar de un régimen jurídico constitucionalmente aceptable a un sistema de sanciones administrativas al que GARCÍA DE ENTERRÍA calificó por aquel entonces, no sin razón, de «pre-beccariano, primario y arcaico» y porque además la dogmática penal ya había desarrollado una teoría del delito muy consolidada. El TC no hizo más que seguir una incipiente línea jurisprudencial que se había iniciado al comienzo de los años 70 en el TS y que mostraba su preocupación por la facilidad con la que el legislador podía sortear las garantías del Derecho penal mediante la calificación de una conducta como mera infracción administrativa. A su vez, el Derecho administrativo sancionador era visto como «una de las imperfecciones más graves de nuestro ordenamiento jurídico» (GARCÍA DE ENTERRÍA) porque, en principio, en un Estado de Derecho el castigo debería reservarse en exclusiva a los jueces. Tan solo eran razones de índole práctica (no sobrecargar los juzgados con infracciones de menor gravedad) las que posibilitaban la existencia de poderes sancionadores en las Administraciones; si estos existían, debían acomodarse a los principios del Derecho penal. Este enfoque estaba plenamente justificado ya que por aquel entonces la doctrina administrativista prestaba escasa atención a las sanciones administrativas, de ahí que las referencias que nos encontramos en esa época sean escasas, destacando la obra de MONTORO PUERTO, M. *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanciones*, Nauta, Barcelona, 1965. Sin embargo, en un momento como en el actual en el que el Derecho administrativo sancionador ya ha alcanzado suficiente grado de madurez (recuérdese además que países que tradicionalmente han rechazado la imposición de sanciones administrativas han terminado por «claudicar» y han incorporado esta técnica en su Derecho. Un ejemplo es el Reino Unido. *Vid.* BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Derecho administrativo sancionador en el sistema jurídico británico: regulatory enforcement and sanctions act 2008», *RGDA*, n.º 19, 2009, pp. 1-21), el cambio de enfoque

Esta reconsideración de los principios de la potestad sancionadora administrativa es muy importante en nuestro contexto. Piénsese que la validez de las soluciones a los problemas que plantea el grupo de empresas dependerá de su adecuación con tales principios. En concreto, en este caso cobra una especial relevancia el principio de personalidad de las sanciones, muy vinculado con el de culpabilidad. Este principio supone valorar al sujeto infractor exclusivamente por su propia conducta y en atención a sus propias circunstancias. Desde esta perspectiva, serían absolutamente incompatibles con dicho principio, por ejemplo, la responsabilidad de la matriz por las conductas de su filial en el ámbito del Derecho sancionador de la competencia. Si, como hemos dicho, son los representantes de la sociedad los que mediante su conducta originan la responsabilidad de una sociedad, el principio de responsabilidad personal obligaría a que esta, y no su matriz, respondiera de la infracción. Y también a que la sanción que se impusiese se determinase a partir de las circunstancias que exclusivamente corresponden a la sociedad infractora. La responsabilidad de la persona jurídica es perfectamente válida en el Derecho administrativo sancionador, pero se refiere a la responsabilidad de la persona jurídica en sentido estricto, no del grupo.

Sin embargo, en este trabajo se planteará la posibilidad de limitar el alcance del principio de personalidad en la responsabilidad de las personas jurídicas para, de una forma u otra, abrir la puerta a la responsabilidad del grupo. Para ello es necesario analizar los fundamentos que han llevado al ordenamiento jurídico a reconocer la responsabilidad de las personas jurídicas y estudiar la importancia de este principio en relación con estos entes. Como trataré de demostrar, el principio de personalidad no será un límite infranqueable a la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas porque la admisión de esta responsabilidad ya supone una matización a aquel principio. En consecuencia, su importancia es menor, lo que parece razonable en tanto que su origen está muy vinculado con el respeto de la dignidad de la persona física a la hora de ejercer el *ius puniendi*.

parece necesario. Una opinión similar maneja HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, cit., pp. 19-29. Sobre el origen de la doctrina del *ius puniendi* y la situación de nuestro Derecho administrativo sancionador en la víspera de la entrada en vigor la Constitución son de obligada consulta los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *REDA*, n.º 10, 1976, pp. 399-430, PARADA VÁZQUEZ, R., «El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal», *RAP*, n.º 67, 1972, pp. 41-90 y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Multas administrativas», *RAP*, n.º 79, 1976, pp. 9-65.

VI

No se puede dejar de mencionar que la actividad de los grupos de empresas traspasa las fronteras de cualquier país. Por ello se está avanzando, sin una reflexión suficiente, en la aplicación extraterritorial de normas sancionadoras administrativas y penales. En el plano internacional, cada vez son más las leyes que imponen a las empresas multinacionales obligaciones de diligencia debida respecto de sus actividades en terceros países, incluso cuando estas sean canalizadas a través de las filiales del grupo. Se pretende así evitar la impunidad con la que actúan estas compañías en jurisdicciones que son más tolerantes con determinadas conductas o que no cuentan con los mecanismos o recursos adecuados para perseguirlas.

La norma pionera fue la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) estadounidense, aprobada en el año 1977 y que ha servido de modelo para otros países que han aprobado leyes similares, en concreto Reino Unido (*UK Bribery Act of 2010*) y Francia (*Loi n.º 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, también conocida como *Loi Sapin II*). Son leyes pensadas para luchar contra la corrupción internacional y evitar pagos y sobornos a empleados públicos de terceros países. Estas permiten a las autoridades correspondientes la imposición de multas contra las empresas matrices domiciliadas en sus territorios cuando sus empleados, representantes o agentes, incluidos los de sus sociedades filiales, cometen las conductas descritas en territorio de otros Estados. Por el contrario, en nuestro país el artículo 23.4n) de la LOPJ otorga la competencia a la jurisdicción penal española para el conocimiento de los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales, pero solo cuando el delito lo cometa una persona jurídica con domicilio social en España. Es decir, al contrario que los ejemplos que se acaban de citar, la LOPJ no permite la persecución en España de los delitos que hubieran podido cometer las filiales de las empresas españolas en el extranjero, cuestión que, por el tipo de conducta que se trata, priva de eficacia a la norma, como se ha encargado de señalar la doctrina²¹.

²¹ FARALDO CABANA, P., «¿Se adecúa el Derecho penal español al Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales? Avance de resultados de la evaluación en fase 3'», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2148, 2012, pp. 1-20, pp. 12-13, SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Doce tesis sobre el delito de corrupción de funcionarios extranjeros», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 643-655, p. 645. Ya advertía tempranamente de la necesidad de responsabilizar a la matriz por las conductas de la filial en el extranjero, NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la

En ocasiones, las autoridades de los otros Estados también deciden iniciar sus propias investigaciones y procedimientos, sin que las sanciones previamente impuestas por otros países lo impidan, lo que plantea un importante conflicto con el principio de *non bis in idem* y también con el de proporcionalidad. En consecuencia, se produce una apertura en cascada de investigaciones contra muchas de las sociedades del grupo, lo que se favorece además cuando las autoridades de los países involucrados colaboran o, cuando las resoluciones por las que se impone estas sanciones son públicas.

Más allá de la lucha contra la corrupción internacional, en el ámbito de la protección de los derechos humanos y del medioambiente se han producido algunos avances legislativos para castigar de alguna forma las violaciones de derechos humanos o los daños al medioambiente de las empresas en terceros países. Conscientes de que resulta muy complicado, por motivos de sobra conocidos, la persecución de estos comportamientos en los países donde operan estas multinacionales, se busca una fórmula de aplicación extraterritorial de determinados estándares y prácticas comerciales respetuosas con el medioambiente y los derechos de los trabajadores. En este sentido, actualmente se está tramitando en el seno de la UE una Directiva sobre diligencia debida para las grandes empresas, que se suma a otras iniciativas como la *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* alemana (Ley sobre la cadena de suministro) o la *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* francesa.

La propuesta de Directiva europea obligaría a las empresas multinacionales que operen en Europa (y no solo a las domiciliadas en algún Estado miembro) a implementar a lo largo del grupo una serie de controles respecto de sus propias actividades y de las de sus filiales para evitar que con su conducta se produzcan tales daños al medioambiente o a los trabajadores. En este caso, se coloca a las sociedades matrices en una posición de garante que justificaría la imposición de sanciones, ahora sí, administrativas, y la exigencia de responsabilidades civiles. La figura de la posición de garante es un tanto polémica en el Derecho administrativo sancionador, porque en la práctica ha terminado derivando en una responsabilidad prácticamente objetiva²². Sin embargo, de la propuesta europea se desprende que las autoridades nacionales tienen que justificar la imposición de una sanción sobre la base de un incumplimiento de la matriz en sus propios programas

americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal*, n.º 12, 2003, pp-3-26, p. 25.

²² Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 393.

de prevención y detención de aquellas actividades que puedan generar un impacto adverso. Además, se contempla la posibilidad de que la sociedad no sea sancionada si cumple con las órdenes que le transmita la autoridad correspondiente para rectificar, corregir o implementar una conducta.

Este modelo de sanciones a multinacionales se aproxima al actual sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde los programas de *compliance* juegan un papel decisivo para una posible absolución de la empresa. Esto puede ser el comienzo de un cambio en el Derecho administrativo sancionador. Aquí los programas de *compliance* tienen un protagonismo muy reducido, pese a que las sanciones superan muchas veces las cuantías de las del Derecho penal. Tanto el TC como el TEDH desde su famosa Sentencia Engel y Otros c. Holanda, de 8 de junio de 1976, han tratado de evitar que la tipificación de una conducta como infracción administrativa sirva para sortear las garantías del Derecho penal²³. Con los grupos de empresas se corre el riesgo de volver a la casilla de salida porque el recurso al Derecho administrativo sancionador está sirviendo para imponer sanciones más altas y de forma más sencilla de lo que permite el Derecho penal. Es necesario o bien encontrar una justificación lo suficientemente convincente para la pervivencia de ambos modelos o bien avanzar hacia su equivalencia. Se vuelven a reabrir los clásicos debates sobre los límites y diferencias entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, que, como ya advertía Eberhard SCHMIDT, parecen no tener fin²⁴.

²³ Sobre esta jurisprudencia del TEDH, se puede consultar el trabajo de BOUZZA ARIÑO, O., «El concepto autónomo de sanción en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 309-333.

²⁴ Eberhard SCHMIDT consideraba que «nunca habrá un acuerdo entre los juristas» sobre las diferencias entre el Derecho sancionador y el Derecho penal (*über die es unter Juristen wohl niemals eine Einigung geben wird*). Recoge esta frase WALDHOFF, C., «Vollstreckung und Sanktionen», in VOBKUHLE, A., EIFERT, M., MÖLLERS, C., *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, pp. 1413-1553, p. 1508). Esto relata a la perfección la discusión que por aquel entonces existía en Alemania. Tras la publicación de la obra de James GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, en 1902 (en un momento en el que la Administración no tenía potestades sancionadoras y tan solo colaboraba en la persecución de las llamadas *Übertretungen* –contravenciones–, que eran castigadas por un juez penal) se inició un acalorado debate sobre la naturaleza del Derecho administrativo sancionador. GOLDSCHMIDT y posteriormente Erik WOLF y más adelante Eberhard SCHMIDT, defendieron diferencias ontológicas entre delitos e infracciones administrativas, las cuales eran «éticamente incoloras», carecían de *sozialethisches Unwerturteil* porque su única función era la de castigar el incumplimiento de meras normas administrativas. Por el contrario, el Derecho penal se encargaría de la protección de bienes jurídicos «preconcebidos» (la libertad, la integridad física, la propiedad, la vida...). Este planteamiento fue rápidamente contestado por un sector de la doctrina, donde, por su importancia, destaca la obra de Heinz MATTES, defensor de la llamada *Einheitstheorie*, que es muy similar a la doctrina del *ius puniendi* único. Sin embargo, es la primera postura la que inspira la Ley OWiG de 1952, posteriormente reformada en 1968, y la que acepta el BVerfG ya que de seguir la teoría del *ius puniendi* único no serían admisibles las sanciones administrativas. En Alemania, la interpretación que

VII

La cuantía de las multas a la que se acaba de aludir guarda una estrecha relación con los grupos de empresas. La utilización de magnitudes contables para el cálculo de las sanciones ha provocado la proliferación de sanciones muy elevadas. Por poner algún ejemplo entre los múltiples que existen, en el ámbito del Derecho de la competencia, solo entre los años 2017 a 2019, Google y, de forma solidaria, su matriz Alphabet, fueron sancionadas hasta en tres ocasiones por la Comisión Europea, por importes de 1.490, 2.424 y 4.342 millones de euros²⁵. Esta última cifra representa, por el momento, la multa administrativa más alta en la historia de la Unión Europea y además ha sido recientemente confirmada por una sentencia del TGE²⁶. En este *ranking* acompañan a Google empresas también muy importantes como Qualcomm, compañía líder en la producción de chips y semiconductores, a la que la Comisión Europea le impuso una multa de 997 millones de euros²⁷, Daimler (empresa matriz del grupo Mercedes-Benz) en el conocido «cártel de

se ha dado a la reserva de jurisdicción recogida en el artículo 92 GG impide a la Administración la imposición de penas por la comisión de delitos. Por lo tanto, si penas y sanciones administrativas fuesen lo mismo, estas últimas serían inconstitucionales por lo que la única alternativa posible es que sean algo diferente. Estas diferencias llevan a imponer límites al Legislador, que no podrá elegir libremente lo que se castiga como delito y lo que se castiga como infracción administrativa, las cuales deben reservarse para el incumplimiento de normas «técnicas», para conductas que generen un peligro abstracto o para conductas menos graves. Para una exposición completa de la evolución en Alemania de esta cuestión, *vid.* MITSCH, W., «Einleitung», in MITSCH, W. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar. Ordnungswidrigkeitengesetz*, C.H. Beck, München, 2018, pp. 1-55, pp. 16-28. También MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo*, trad. J. M. ^a Rodríguez Devesa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979, pp. 177-238, HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, cit., pp. 54-88, JAKOBS, G., *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 63-69 y TORIO LÓPEZ, A., «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, vol. 3*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2529-2546, pp. 2534-2542.

²⁵ Se trata de la Decisión de la CE de 20 de marzo de 2019, AT.40411-Google Search (AdSense), de la Decisión de la CE de 27 de junio de 2017, AT.39740-Google Search (Shopping) y de la Decisión de la CE de 18 de julio de 2018, AT. 40099-Google Android. En todos estos casos Google fue sancionada por conductas constitutivas de abuso de posición de dominio prohibidas por el artículo 102 del TFUE. A este elenco de casos podría sumársele, en un futuro, otra posible sanción por favorecer sus propios servicios de tecnología de publicidad en línea en detrimento de otros proveedores competidores mediante la restricción al acceso de determinados datos de los usuarios. Por el momento, la Comisión Europea tan solo ha anunciado el inicio del procedimiento de investigación: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143

²⁶ STGE, de 14 de septiembre de 2022, Google y Alphabet/Comisión (Google Android), T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541. En esta sentencia el TGE confirmó la sanción de la CE contra Google, aunque rebajó la multa hasta los 4.125.000.000 euros, lo que no impide que siga siendo la más alta de la historia de la UE. Por otro lado, el recurso de Google frente a la multa de 2.424 millones (AT.39740-Google Search) también fue desestimado por el TGE en la Sentencia de 10 de noviembre de 2021, Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping), T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763.

²⁷ Decisión de la CE de 24 de enero de 2018, AT. 40220-Qualcomm (Exclusivity payments).

los camiones», cuya sanción ascendió a 1.008 millones de euros²⁸, o Volkswagen, por acordar con una serie de fabricantes de coches retrasar la implementación y el desarrollo de determinada tecnología para la reducción de emisiones, lo que le supuso una multa de más de 500 millones de euros²⁹.

En este sentido, lejos de reducirse, cada vez son más las normas que permiten la imposición de sanciones tan elevadas. La entrada en vigor del RGPD conllevó un incremento sustancial de la cuantía de las sanciones, tal y como refleja algunos casos muy recientes³⁰. Por su parte, entre septiembre y octubre de 2022 se aprobaron los Reglamentos de Mercados Digitales³¹ y de Servicios Digitales³² y aún está pendiente de aprobación el tan esperado Reglamento sobre la Inteligencia Artificial. Todos ellos contemplan la utilización del volumen de negocios a la hora de calcular el importe de las multas conscientes de que en estos sectores operan grupos de empresas de gran tamaño y que, por tanto, es necesario que se introduzcan sistemas de cálculo de multas que permitan alcanzar dichas cuantías, si de verdad se pretende que las sanciones puedan ser disuasorias.

No obstante, el mero hecho de que la sanción sea elevada no provoca automáticamente este efecto disuasorio. Para una empresa multinacional una multa de millones de euros puede ser insignificante mientras que para una empresa más pequeña una sanción de pocos miles de euros puede avocarla al cierre definitivo. En este sentido, no hay que perder de vista que el concepto grupo de empresas no equivale a grupo de grandes empresas. Cualquier empresa, independientemente de su tamaño, puede organizarse como un grupo. La figura del grupo de empresas hace referencia a una forma de organización de la actividad empresarial, no a la dimensión o internacionalización de la empresa. «No se trata de una cuestión de tamaño sino de organización»³³. Por ello se

²⁸ Decisión de la CE de 19 de julio de 2016, AT. 39824.Trucks.

²⁹ Decisión de la CE de 8 de julio de 2021, AT. 40178-Car Emissions.

³⁰ Estoy pensando en el procedimiento sancionador de la Comisión Nacional para la Protección de Datos de Luxemburgo (*Commission Nationale pour la Protection des Données*) contra Amazon que terminó con la imposición de una multa de 746 millones de euros; la más alta hasta de la historia en esta materia en el ámbito de la UE, o también el de la Comisión de Protección de Datos de Irlanda (Data Protection Commission), por el que se sancionó a Whatsapp con 225 millones de euros (Decision of the Data Protection Commission of Ireland of 20th day of August 2021. Disponible aquí: https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2022-03/Full_decision_WhatsApp_Ireland-August_2021.pdf).

³¹ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828.

³² Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

³³ *Vid.* PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», cit., p. 700.

emplea precisamente el término «empresa policorporativa» o «multisocietaria»³⁴ para identificar a un conjunto formado por sociedades agrupadas bajo la dirección común de una sociedad dominante o matriz. Este fenómeno puede estar presente tanto en una multinacional como en grupos más modestos por lo que cuestiones de política legislativa aconsejan tener presente este factor.

Experiencias recientes han puesto de manifiesto cómo la generalización de cualquier solución pensada para un sector concreto del Derecho sancionador puede ser contraproducente. Lo que es útil para el Derecho sancionador de la competencia no tiene por qué serlo para el resto³⁵, y, al revés, lo que es ser útil en abstracto no hay que trasladarlo siempre a regímenes sancionadores tan particulares, al menos sin aplicar el filtro necesario³⁶. De hecho, uno de los argumentos más poderosos para poner en cuestión

³⁴ Vid. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., *Ibid.*, p. 700.

³⁵ Un ejemplo muy claro ha sido la generalización de los sistemas de clemencia con la entrada en vigor de la LPAC (artículo 62.4). El sistema de clemencia, esto es, la exclusión de la imposición de una sanción en los casos en los que el infractor aporte elementos de prueba que permitan a la Administración iniciar un procedimiento contra los otros infractores, era una institución vinculada al Derecho sancionador de la competencia, tal y como recoge el artículo 65 de la LDC. En estos casos, la herramienta es muy útil porque las infracciones, sobre todo los cárteles, son muy difíciles de detectar y las sanciones y las reclamaciones de daños pueden ser muy elevadas, por lo que las empresas se encuentran en el clásico «dilema del prisionero» de la teoría de juegos. Sin embargo, estas circunstancias no tienen por qué reproducirse siempre y habrá sectores de la actividad sancionadora donde no sea necesario ofrecer este descuento o exclusión de la sanción (Esto también lo apreció el Consejo de Estado en su dictamen 275/2015, tal y como recoge NAVAJAS REBOLLAR, M., «El estatuto jurídico de la denuncia administrativa», en HUERGO LORA, A. (dir.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 179-206, pp. 198-199). Es cierto, tal y como advierte Tomás CANO CAMPOS, que el artículo 62.4 de la LPAC hace referencia a infracciones que causen un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas (por la remisión que hace al artículo 62.3), y, por supuesto y como es lógico, en la que participen varios infractores. Independientemente de cómo se interprete la extensión del concepto de afectar al patrimonio de las Administraciones públicas, es indudable que su introducción ha sido apresurada y debería reconsiderarse. Sobre esta cuestión, vid. CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la Administración», *RAP*, n.º 201, 2016, pp. 25-68, pp. 56-59, también crítico se muestra HUERGO LORA, A., «Las sanciones administrativas en el marco del *law enforcement*», cit., pp. 531-532, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación», *Documentación Administrativa*, n.º 2, 2015, pp. 1-15, pp. 10-11 y BAÑO LEÓN, J. M.ª, «Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.), *Los retos del Estado y de la Administración en el Siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 423-446, pp. 432-433, que precisamente señala los riesgos de construir un régimen general para el Derecho administrativo sancionador a partir de técnicas eminentemente sectoriales.

³⁶ Un ejemplo de esto lo constituye la regulación genérica que hace el artículo 85 de la LPAC sobre la rebaja de la multa por reconocimiento de responsabilidad o por «pronto pago». Como señala Javier GARCÍA LUENGO, esta institución puede ser interesante para infracciones sencillas donde las multas no son muy elevadas, pero carece de sentido cuando se trata de multas millonarias impuestas, por ejemplo, en materia medioambiental a una gran multinacional perdonándole millones de euros. Vid. GARCÍA LUENGO, J., «La reducción de las sanciones administrativas por reconocimiento de la responsabilidad o pago voluntario», *RGDA*, n.º 61, 2022, pp. 1-40, p. 22. También vincula esta institución a sanciones menores, SANZ RUBIALES, I., «La reducción de sanciones pecuniarias por pago adelantado y por reconocimiento de la responsabilidad», *RAAP*, n.º 58, 2022, pp. 13-57, p. 17 y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», *Documentación Administrativa*, n.º 284-285, 2009, pp. 153-180, p. 159.

la necesidad de una ley general sobre la potestad administrativa sancionadora es la disparidad de regímenes sancionadores existentes en nuestro ordenamiento jurídico³⁷.

Sin necesidad de decantarse por una solución u otra, hay que señalar que el objeto de este trabajo no se ciñe exclusivamente a los grandes grupos de empresas. De esta forma, a la hora de configurar una teoría sobre el Derecho administrativo sancionador de los grupos de empresas, se tratará de señalar qué elementos podrían trasladarse a una hipotética futura Ley o añadirse a la actual regulación básica del Derecho administrativo sancionadora y, por lo tanto, ser de aplicación para todos los grupos. Hay que tener presente que la jurisprudencia del TJ, la alta cuantía de las multas o la imposición de obligaciones sobre las empresas matrices se produce en un contexto muy determinado que no es fácilmente extrapolable a todas las empresas. En España, el 99,8% de las empresas son pymes, de las cuales la inmensa mayoría son micro o pequeñas empresas³⁸. Extender el régimen sancionador de la competencia y sectores afines puede situar a estas empresas en dificultades económicas o impedir su crecimiento³⁹.

³⁷ Lo han puesto de relieve HUERGO LORA, A., «La europeización del derecho administrativo sancionador», en ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P., (coord.), *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: Estudios sobre la Unión Europea*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2019, pp. 485-506, p. 489 y NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 569-570.

³⁸ Obtengo estos datos del informe «Cifras Pyme 2023» elaborado por el ministerio de Industria, Comercio y Turismo y disponible aquí: <https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/paginas/estadisticas-y-publicaciones-sobre-pyme.aspx>

³⁹ Ya en su día apuntaba Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO que «a una gran sociedad mercantil puede no afectarle en nada una multa no muy cuantiosa, mientras que una sanción mucho más pequeña puede ser mortal de necesidad para un pequeño comerciante o industrial», *vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Multas administrativas», cit. p. 25. Esto hay que tenerlo muy presente porque la imposición de sanciones demasiado elevadas puede provocar el cierre de una empresa llevando al desempleo a otras personas y generando incertidumbre en otros terceros afectados como pudiera ser los acreedores de esa empresa. En España, uno de los factores que en teoría limitan el crecimiento de las pymes es la hipertrofia legislativa a la que se ven sometidas, lo que a veces se cataloga como la llamada «maldición del empleado 50». A la hora de diseñar políticas sancionadoras es importante tener esto presente.

I

LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA DE LA PERSONA JURÍDICA

El estudio de la potestad sancionadora y su incidencia en los grupos de empresas no puede hacerse sin una primera aproximación a la responsabilidad de los entes que los conforman. El objetivo no es otro que poner de manifiesto las limitaciones del principio de personalidad de las sanciones cuando se trata de sancionar a las sociedades mercantiles o, de forma más genérica, a las personas jurídicas. Este primer punto es fundamental para el desarrollo posterior del trabajo, porque muchas de las soluciones que se proponen para un ejercicio más eficaz de la potestad sancionadora ante los grupos de empresas pueden poner en entredicho el citado principio.

La persona jurídica siempre ha sido una figura controvertida para el *ius puniendi*. En el ámbito del Derecho penal, el principio *societas delinquere non potest* fue definitivamente enterrado tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, donde se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por el contrario, el Derecho administrativo sancionador ha previsto desde siempre sanciones también para estos entes. La entrada en vigor de la Constitución y la jurisprudencia sobre el *ius puniendi* único que obligaba a trasladar principios del Derecho penal tales como los de culpabilidad, del que se deriva el de personalidad de las sanciones (STC 51/2021, de 15 de marzo. FJ 5, entre otras), generó alguna duda sobre la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas⁴⁰. Sin embargo, quedaron zanjadas tras la STC

⁴⁰ Estas dudas eran razonables porque en aquel momento la responsabilidad penal tan solo se contemplaba para las personas físicas. De esta forma, la responsabilidad de la persona jurídica podía ser vista como un vestigio del pasado, como una reminiscencia de épocas en las que el Derecho administrativo sancionador operaba sin límites y principios claros, alejado de los postulados del Derecho penal. Ya en la obra de MONTORO PUERTO, M. (de 1965), *La infracción administrativa. Características, manifestaciones*

246/1991, de 19 de diciembre en la que el TC reconoció por primera vez la constitucionalidad de las sanciones administrativas a las personas jurídicas. Frente a las sospechas sobre la incompatibilidad del principio de culpabilidad con las sanciones a las personas jurídicas, ya que inevitablemente estas actúan por medio de un tercero, el TC afirmaba que dicho principio «ha de aplicarse de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas», sin que ello suponga admitir una responsabilidad objetiva o sin culpa. Afirmaciones que ha repetido en otras sentencias (STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 4º).

Pese a la jurisprudencia del TC, los debates en torno a la capacidad de culpa de las personas jurídicas siguen presentes en la doctrina administrativista⁴¹. No obstante, cada vez son más aisladas las posturas que rechazan la posibilidad de sancionar a estos entes⁴².

y sanciones, cit., pp. 143-154 se pone de manifiesto la normalidad con la que se imponían sanciones administrativas a las personas jurídicas, por lo que la entrada en vigor de la Constitución y con ella, la tesis del *ius puniendi* único, obligaba a replantearse la responsabilidad de estos entes. Menciona también estas primeras dudas tras la entrada en vigor de la CE, CUETO PÉREZ, M., «Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad», *Documentación administrativa*, n.º 280-281, 2008, pp. 95-117, pp. 113-115.

⁴¹ La mayor parte de la doctrina administrativa admite la posibilidad de sancionar a la persona jurídica sin que esto suponga una vulneración de los principios de personalidad de las sanciones y, por tanto y de forma indirecta, del principio de culpabilidad. Independientemente del modo o forma de atribución de esa responsabilidad, todos coinciden en que es perfectamente lícito y constitucional sancionar a las personas jurídicas por las infracciones que hayan cometido sus representantes o trabajadores. En la siguiente nota al pie se podrá ver una enumeración de las obras que han tratado esta cuestión, por lo que, para no ser reiterativo, me remito a esa cita. No obstante, también hay autores que califican la responsabilidad de la persona jurídica como «objetiva». En este sentido, es clásica la exposición de Alejandro NIETO. El principio de *societas delinquere non potest* llevaba a los penalistas a descartar que se pudieran imponer penas a las personas jurídicas, porque la capacidad de acción y de culpa son atributos predicables única y exclusivamente a las personas físicas. Para Alejandro NIETO, dicho principio no suponía un obstáculo para la imposición de sanciones administrativas a las personas jurídicas porque en el Derecho administrativo sancionador no se aplicaría (realmente) el principio de culpabilidad. El Derecho administrativo sancionador busca responsables y no autores, dice, recalando además que el principio de culpabilidad no se encuentra recogido en la Constitución y que el caso de las personas jurídicas ha sido su «prueba de fuego», la cual no ha conseguido superar. Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 391-414. Por su parte, PARADA VÁZQUEZ ha afirmado que la responsabilidad de la persona jurídica supone «una quiebra de la exigencia de la culpabilidad» (vid. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 421). En la doctrina tributaria, en su día algún autor también consideró este tipo de responsabilidad como objetiva en su vertiente de responsabilidad por hecho ajeno. En este sentido, vid. ZORNOZA PÉREZ, J.J., *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 181-184. Sin embargo, en este caso, el autor rechaza la responsabilidad de estos entes.

⁴² En este caso, es obligada la mención a la figura del profesor Luis GRACIA MARTÍN, que se ha ocupado de esta cuestión desde el punto de vista del Derecho penal tanto en los orígenes del debate en España (vid. «La cuestión de responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D.M. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 35-74) como en tiempos más recientes («La doctrina de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura», *Revista de derecho Penal y Criminología*, N.º 9, 2014, pp. 135-180). Reproduciendo argumentos que ya se encuentran en estos trabajos, el profesor GRACIA MARTÍN ha extendido su crítica a

La cuestión ha recobrado interés tras la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la abundante bibliografía al respecto⁴³. No obstante, aquí el debate

la responsabilidad, en este caso administrativa sancionadora, de las personas jurídicas en «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en derecho administrativo sancionador», *RAAP*, N.º 55, 2020, pp. 12-118. GRACIA MARTÍN critica la deformación del concepto de culpabilidad que produce la teoría del órgano como elemento para defender la pervivencia del principio de personalidad en las sanciones a personas jurídicas (pp. 71-74). En esto también coincide GRACIA MARTÍN sustancialmente con Alejandro NIETO. Sin embargo, GRACIA niega que las consecuencias jurídicas que se imponen a las personas jurídicas por la comisión de infracciones (o delitos) puedan ser sanciones administrativas (o penas). A lo sumo, a las personas jurídicas se les podrá imponer «medidas de policía» (pp. 77-78) pero nunca sanciones, apoyando su teoría en el Derecho alemán de contravenciones. En este sentido, GRACIA MARTÍN entiende que pese a que en la Ley de contravenciones alemana (*OWiG*) se contemple la sanción a personas jurídicas (art. 30), esta sanción no es tal, no es una multa sancionadora en sentido estricto sino una figura que se aproxima al comiso. Los argumentos que emplea son fundamentalmente tres: (i) la ubicación sistemática de la multa a personas jurídicas (entre el comiso y la confiscación), (ii) el hecho de que el artículo 30.5 excluya la posibilidad de aplicar el comiso de las ganancias cuando se imponga una *Bußgeld* (sanción de multa) a la persona jurídica, lo que evidenciaría su carácter restaurativo y no sancionador y (iii) la posibilidad de ejercer una acción de regreso para trasladar el importe de la multa al administrador. Esta última cuestión, como más adelante señalaré, ya ha sido rechazada por la jurisprudencia alemana, por lo que me centraré en los dos primeros argumentos. En mi opinión, aunque comparto sus reflexiones sobre la falta de responsabilidad personal en las sanciones a las personas jurídicas, me parece que el modelo alemán ya admite y acepta sin mayores problemas la imposición de verdaderas sanciones administrativas, al igual que nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto que hasta el año 1986 en el artículo 30 de la *OWiG* se hablaba de «consecuencias accesorias al delito o a la contravención». Sin embargo, en ese año se aprueba la *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, entre otras cosas para aclarar que lo que se regulaba en el artículo 30 era una auténtica sanción, por eso suprime el término de «consecuencia accesoria», lo que hizo que la doctrina considerase que la *Verbandgeldbuße* (multa de asociación) sea una «sanción propia o independiente», una «consecuencia principal» que, como cualquier multa, «sirve para el castigo de conductas criminales o contravencionales con las que se vincula, y que no es una mera responsabilidad patrimonial del empresario». (ACHENBACH, H., «Sanktionen gegen Unternehmen», in ACHENBACH, H., RANSIEKM. A., und RÖNNAU, T. (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, München, 2019, pp. 6-27, pp. 7-8). Además, el hecho de que el artículo 30.5 de la *OWiG* excluya la posibilidad de decomisar los beneficios o ganancias derivadas de la infracción no significa que la *Verbandgeldbuße* sea una institución similar al comiso. El artículo 30.5 de la *OWiG* excluye el comiso porque el artículo 30.3 remite al artículo 17.4, que permite imponer una multa superior a la inicialmente prevista en los casos en los que la multa no supere las ganancias obtenidas por la infracción. Por eso, tal y como indica la doctrina alemana, la multa puede tener dos partes: la «parte punitiva» o «parte sancionadora» (*Ahndungsanteil*) y la «parte de gravamen o exacción» (*Abschöpfungsanteil*), que es la que única que exclusivamente sustituye al comiso y que solo entra en valor cuando la *Ahndungsanteil* no sea suficiente para privar a la persona jurídica de sus ganancias. Es más, en la propia resolución sancionadora, la Administración tiene que indicar qué parte de la multa corresponde a la sanción y qué parte al comiso. Al respecto, *vid.* ROGALL, K., «Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen», in MITSCH, W. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar. Ordnungswidrigkeitengesetz*, cit., pp. 525-572, SCHMITT-LEONARDY, C., «Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen», in GASSNER, K., und SEITH, S. (Hrsg.), *Ordnungswidrigkeitengesetz. Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 261-293, pp. 280-285. Por último, no comparto la visión que tiene GRACIA MARTÍN sobre la dogmática jurídica. Para el autor, la legitimidad material de los actos del poder legislativo se dará «solo en la medida en que cada uno de ellos sea conforme a Derecho», es decir, de la «Ciencia jurídica», que «por el contrario es portadora de la legitimidad material ya en sí misma, por el solo hecho de que es actividad creadora del Derecho mediante la Razón...». En mi opinión, en un Estado de Derecho la legitimidad de las leyes no reside en la ciencia jurídica, sino en la Constitución. Es el criterio de validez el que legitima nuestras normas, pero el de la validez con el ordenamiento jurídico y no con la «Ciencia jurídica». Por ello creo que si la Constitución, y, en concreto, la interpretación que de la misma hace el TC, admite la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, esta responsabilidad es válida porque es conforme con nuestro ordenamiento jurídico.

⁴³ En las notas al pie del presente Capítulo se citan los principales trabajos sobre este tema, por lo que me remito a ellas para evitar reiteraciones.

se centra en el modo de hacer responsables a estos entes, asumiendo ya su capacidad de ser sujetos penalmente responsables. En mi opinión, creo que es innecesario volver sobre ello. Como he dicho, el TC ya ha admitido la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas y las sanciones a estos entes son una constante en el día a día de muchas Administraciones. Me parece más interesante, y en ello me detendré, analizar el papel y la importancia (relativa) que tiene el principio de responsabilidad personal en el sistema de sanciones a las personas jurídicas.

La doctrina administrativista ha configurado un sistema de atribución de la responsabilidad que prácticamente reúne el consenso de la mayoría de los especialistas en Derecho administrativo sancionador. Se suele hablar de la existencia de dos «fuentes» de atribución de la responsabilidad a la persona jurídica, en función de quién cometa la conducta infractora. Si el hecho infractor lo provocan los representantes, administradores o, de forma más amplia, cualquier persona titular de un órgano directivo con competencias para actuar por cuenta de la persona jurídica, esta responderá como si se tratase de su propia infracción. Es una responsabilidad directa que se justifica en el hecho de que son ellos quienes expresan su propia voluntad (teoría del órgano). Es decir, al igual que en el Derecho civil o en el mercantil, la conducta de los representantes es la propia conducta de la persona jurídica y, por tanto, las infracciones que cometen los representantes son las infracciones que comete la persona jurídica. Aquí reside el principio de personalidad. Si, por el contrario, es un empleado o dependiente quien comete esa infracción, la persona jurídica no responde por la conducta de estos (no son sus representantes) sino que lo hace por su propia *culpa in vigilando* sobre sus trabajadores, o, en términos más precisos, por no adoptar las medidas necesarias para evitar tal infracción, poniendo de relieve un «defecto de organización»⁴⁴.

⁴⁴ Un estudio sobre este sistema de atribución de responsabilidad en REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAP, Madrid, 1988, 765-779 y más recientemente en «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.), *Los retos del Estado y de la Administración en el Siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, cit., pp. 1041-1078, pp. 1042-1054. Comparten esta postura, LAGUNA DE PAZ, J.C., «El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas», *RAP*, n.º 211, 2020, pp. 37-69, pp. 47-50 y de forma más detallada, «La responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 155-183, pp. 155-160, CANO CAMPOS, T., *Sanciones Administrativas*, cit., pp. 107-110, LOZANO CUTANDA, B., «Persona jurídica, sujeto activo y responsable de las infracciones administrativas», en LOZANO CUTANDA, B., (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 601-616, pp. 611-613 y DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 188-212.

Personalmente, no me termina de convencer esta forma de explicar la responsabilidad sancionadora de la persona jurídica. En el ámbito penal se han escrito numerosas contribuciones sobre la culpa propia y diferenciada de estos entes, a las que el Derecho administrativo se mantiene, con matices, impermeable. Por eso, algún autor como GÓMEZ TOMILLO, aboga por extender, con sus debidas adaptaciones, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas al Derecho administrativo sancionador, posición que no comparto, pero en la que me detendré⁴⁵. Lo que se pretende en el Derecho penal es, en definitiva, evitar que cualquier acción de un representante o de un trabajador derive automáticamente en la imposición de una sanción a la persona jurídica. Esto es lo que actualmente sucede en el Derecho administrativo sancionador. En el caso de las sanciones derivadas de las conductas de los representantes, por la aplicación de la teoría del órgano, es lógico que así sea. En el supuesto de los trabajadores, ha sido la jurisprudencia la que ha provocado tal situación, mediante la extensión a estos casos de la teoría del órgano o utilizando como mero subterfugio la *culpa in vigilando*, imponiendo una diligencia tan elevada que resulta imposible de cumplir⁴⁶. Sin embargo, en el Derecho penal, la construcción de la culpabilidad a través del *defecto de organización*, apoyada por la introducción de los programas de *compliance* como instrumento que permiten atenuar e, incluso, exonera de responsabilidad a las personas jurídicas ha propiciado la existencia de un buen número de sentencias de la jurisdicción penal que absolvían a las personas jurídicas, precisamente por su falta de culpabilidad⁴⁷.

⁴⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., «La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento», *RAP*, n.º 203, 2017, pp. 58-88.

⁴⁶ Ya advertía NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit. p. 393, que las teorías de la *culpa in vigilando* eran «juegos formales realizados por juristas habilidosos».

⁴⁷ Al importe número de sentencias absolutorias acude José Luis GONZÁLEZ CUSSAC para argumentar que existe una auténtica culpa propia de la persona jurídica cuya inexistencia da lugar a la exoneración de esta, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 64-67. Se pueden destacar las primeras sentencias del TS en las que se advertía que tenía que ser la acusación quien debía probar la falta o la insuficiencia de las medidas de vigilancia y control, criterio que facilitó y facilita la absolución de la persona jurídica (STS de 29 de febrero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:613 o STS de 16 de marzo de 2016: ECLI:ES:TS:2016:966). Sobre las causas de absolución de la persona jurídica y su tratamiento jurisprudencial, *vid.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Análisis de la aplicación jurisprudencial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 52, 2018, pp. 207-232. Sin embargo, en el ámbito tributario los programas de *compliance* están muy extendidos en la práctica, entre otras cosas, por la posibilidad de enfrentarse a sanciones administrativas elevadas e, incluso, penales (con los riesgos reputacionales que ello conlleva en una materia tan sensible como esta). Pero al contrario que en el Derecho penal, el Derecho sancionador tributario no los tiene en cuenta a los efectos de una posible exoneración de la sanción, tal y como pone de manifiesto SESMA SÁNCHEZ, B., «La potestad sancionadora tributaria: matices y singularidades», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, cit., pp. 438-466. p. 444.

La situación es la siguiente: en el Derecho administrativo sancionador, el principio de responsabilidad personal tiene un alcance menor que en el Derecho penal⁴⁸. Tanto en uno como en otro se admite que se cumple dicho principio, pero el Derecho penal parece más respetuoso con él, al buscar una culpa propia de la persona jurídica, diferenciada de la de las personas físicas. El delito de la persona física solo es imputable a la persona jurídica cuando se pruebe que esta incurre en un «defecto de organización». En el Derecho administrativo sancionador, cualquier infracción que se produzca en el ámbito de la persona jurídica se atribuye directamente a ella.

Esta relajación del principio de responsabilidad personal no es caprichosa, sino que atiende a unos intereses bastante claros de la Administración que sanciona. De esta forma, la Administración puede imponer una sanción sin identificar al auténtico responsable de la infracción y sin la necesidad de valorar si la persona jurídica estaba correctamente organizada como para evitar dicha infracción. Todo ello facilita y aligera el procedimiento sancionador⁴⁹. Para evitar posibles reproches de inconstitucionalidad relacionados con la responsabilidad objetiva o por hecho de un tercero, se afirma que el principio de responsabilidad personal no se vulnera al imponer una sanción administrativa a una persona jurídica. Pero ante esta tesis, me parece que solo caben dos opciones, o admitir la importancia reducida o menor del principio de personalidad de las sanciones en las personas jurídicas o aproximarse al Derecho penal. Si se mantiene la primera opción, es conveniente profundizar en las razones que legitiman esa relajación del principio –y que justifican las diferencias entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador–, más que insistir en su pervivencia. Para ello resulta indispensable detenerse en las dos formas de atribución de responsabilidad administrativa sancionadora a las personas jurídicas: por conductas de sus empleados y por conductas de sus representantes.

⁴⁸ Esto no significa que cualquier procedimiento sancionador termine en una sanción, o que se desestime cualquier recurso contra el acto sancionador. Pero las causas de la exoneración serán otras (falta de prueba, ausencia de antijuridicidad de la conducta, o, por supuesto, vicios en el procedimiento). Tampoco significa que se excluya por completo el principio de culpabilidad. Si el trabajador o representante realiza de forma culposa una conducta ilícita, la persona jurídica responderá de tal conducta.

⁴⁹ Ya señalaba Miguel BAJO FERNÁNDEZ, que la responsabilidad de las personas jurídicas «discurre en sentido contrario al principio del levantamiento de velo que trata de desvelar qué persona física se encuentra detrás de la actividad social, con el fin de hacerla responsable sin que la persona jurídica le sirva de escudo». *Vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo sancionador español», en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D.M. (coords.) *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, cit., pp. 18-32, p. 32.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA POR LA CONDUCTA DE SUS EMPLEADOS

En teoría, el origen de la responsabilidad de la persona jurídica por la conducta de sus trabajadores está en la posición de garante en la que la coloca el ordenamiento jurídico. Esta condición no solo se pregona de estos entes, sino que existen ejemplos donde una persona física por su condición de titular de una licencia o por ejercer una determinada actividad económica también puede resultar responsable de las infracciones del personal a su cargo⁵⁰. Es decir, a diferencia de la responsabilidad por las actuaciones de sus representantes, este tipo de responsabilidad no es «específica» de las personas jurídicas⁵¹, sino que puede estar presente en otro tipo de estructuras vinculadas, como digo, al ejercicio de una actividad económica (por ejemplo, un restaurante donde el titular es una persona física). Sin embargo, me parece oportuno explicar este tipo de responsabilidad y sus defectos dentro de la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas porque, en definitiva, es una vía más para sancionarlas.

2.1. La aplicación de la teoría del órgano a las infracciones cometidas por trabajadores

Ya se ha apuntado que la responsabilidad de la persona jurídica por las conductas de sus trabajadores no siempre se mueve en la jurisprudencia, especialmente en la del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, por los criterios de la *culpa in vigilando*. Todo lo contrario, los tribunales entienden que, si el empleado cometió una infracción en el ejercicio de sus funciones dentro de la persona jurídica, esta resulta responsable. De esta forma, la responsabilidad a causa del empleado y del representante se aproximan mucho.

El origen de esta postura radica en los primeros debates jurisprudenciales sobre la posibilidad de declarar a una persona jurídica culpable de una infracción, debate que llegó hasta el TC. Así, en la importante STC 246/1991, de 19 de diciembre se termina afirmando la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas. El TC corregía la

⁵⁰ Vid. al respecto, REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», *RVAP*, n.º 99-100, 2014, pp. 2527-2546, p. 2534. También otro ejemplo lo constituye la responsabilidad de los padres respecto de la conducta de sus hijos, donde es de obligada consulta, ya que advierte de los riesgos de la objetivación, el trabajo de ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., «Los menores de edad en el Derecho administrativo sancionador», en HUERGO LORA, A., (dir.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 257-306, pp. 284-285.

⁵¹ Lo afirma REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», cit., p. 1049.

postura inicial que mantenía el TS, que, tras varias sentencias contradictorias, había entendido que el principio de personalidad de las sanciones impedía sancionar a estos entes (Sentencia de la Sala Especial de Revisión del TS de 17 de octubre de 1989)⁵². Los hechos que originaron el recurso de amparo fueron los siguientes: un empleado de una sucursal bancaria no accionó en mitad de un atraco la alarma ni ningún otro sistema de seguridad, conducta por la cual se sancionó a la entidad bancaria, que en su recurso alega una infracción del principio de culpabilidad en su vertiente de personalidad de las sanciones. El TC desestima el recurso, pero no acude a la teoría de la *culpa in vigilando*, o del defecto de organización o cualquier expresión que haga referencia a la culpa propia y diferenciada de la persona jurídica con respecto a la de sus empleados. El TC, además de otros argumentos que de momento no son importantes, entiende que la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en la «traslación de la responsabilidad a la entidad bancaria», es decir, lo que la doctrina ha empleado para justificar la responsabilidad de la persona jurídica por actos de sus representantes⁵³.

⁵² Para un análisis detallado de los prolegómenos de la STC 246/1991 y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión, *vid.* LOZANO CUTANDA, B., «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)», *RAP*, n.º 129, 1992, pp. 211-239, pp. 215-219 y también DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 206-212.

⁵³ Esta confusión la aprecia LOZANO CUTANDA, B., *Ibid.*, p. 226 y en términos muy expresivos señala: «si el Banco (sus órganos rectores) había instalado todas las medidas de seguridad exigidas, si había dado los órdenes e instrucciones pertinentes, ¿dónde está “su culpa” en la falta de funcionamiento de la alarma y del cajero de apertura retardada durante el atraco?». Comparte estas conclusiones REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», cit., p. 1049. También me parece acertada la reflexión que hace BAJO FERNÁNDEZ, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo sancionador español», cit., pp. 26-28, para el cual «la STC que estamos comentando en absoluto da luz para saber cómo ha de entenderse la culpabilidad cuando se refiere a las personas jurídicas». Sin embargo, para Adán NIETO MARTÍN, la STC 246/1991 reconoce el modelo de culpa de las personas jurídicas basado en el defecto de organización. En este sentido, *vid.* NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 205-210. Lo hace basándose en uno de los párrafos de la sentencia «lo que la Sentencia impugnada lleva a cabo es una traslación de la responsabilidad a la entidad bancaria en cuestión razonando su juicio de reprochabilidad en la necesidad de **estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad**». Es decir, como la entidad bancaria no ha estimulado lo suficiente a sus empleados para accionar las medidas de seguridad (defecto de organización), ella misma resulta responsable. No obstante, coincido con la postura de REBOLLO PUIG y LOZANO CUTANDA. En mi opinión, el TC habla de «traslación» de responsabilidad y no de una culpa propia de la persona jurídica. Una cosa es el fin que persiga esa sanción y otra es el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica. Es cierto que el TC no fue todo lo claro que debería en una cuestión capital y que la sentencia abre paso a varias interpretaciones. Sin embargo, una lectura de conjunto creo que termina por inclinar la balanza hacia el «sector administrativista». En el propio FJ 2, el TC indica: «Falta en ella (en la persona jurídica) el elemento volitivo en sentido estricto, pero no **la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos**. Capacidad de infracción y, por ende, **reprochabilidad directa** que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe». Por lo tanto, si son los trabajadores de la entidad bancaria (como era el caso) los que infringen la norma, y esa infracción «se reprocha directamente» a la persona jurídica, parece claro que el TC está acudiendo a la teoría del

Posteriormente, la mayoría de las sentencias del TS entienden la responsabilidad de la persona jurídica como una mera traslación de la conducta de sus trabajadores. Lo hacían las primeras sentencias en las que se aplicó la doctrina de la STC 246/1991, lo que parecía comprensible porque las infracciones eran análogas (incumplimiento de los empleados de las oficinas bancarias de las medidas de seguridad)⁵⁴. Sin embargo, sentencias recientes confirman que el TS todavía se mantiene en esta línea.

En este sentido, destaca especialmente la STS de 15 de febrero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:705 relacionada con una infracción grave en materia de protección de datos impuesta al Ayuntamiento de San Sebastián por la filtración por parte de un concejal al Diario Vasco de un expediente sancionador que contenía datos personales. La cuestión que presentaba interés casacional era la siguiente: «precisar la responsabilidad de una Administración pública, en el presente caso, un Ayuntamiento, en relación con las infracciones de la Ley de Protección de Datos que pudieran cometer los cargos y empleados públicos de la misma, y si tal responsabilidad puede o no ser atribuida a la Administración, con independencia de la identificación del cargo o empleado que materialmente haya cometido la infracción». En primera instancia, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo estimó la demanda del Ayuntamiento y anuló la sanción de la Agencia Vasca de Protección de Datos. Sin embargo, el TSJ del País Vasco revocó la sentencia de instancia con unos argumentos que el propio TS hace suyos. Así, para el Alto Tribunal **«la Administración no puede excusarse en su actuación diligente, separadamente de la actuación de sus empleados o cargos, sino que es la actuación culpable de estos [...] la que fundamenta la responsabilidad de la primera en el ámbito sancionador de cuya aplicación se trata; por actos “propios” de sus empleados o cargos, no de terceros»**⁵⁵. Lo que viene a decir esta sentencia es que la «conducta diligente» de

órgano. Cuestión distinta es que el TC no excluya que puedan fundamentarse otros sistemas de responsabilidad de la persona jurídica.

⁵⁴ Un ejemplo lo constituye la STS de 20 de mayo de 1992, ECLI:ES:TS:1992:4021, que entendía que «la no utilización de las medidas de seguridad obligatorias **es directamente imputable a las entidades bancarias y crediticias [...] la responsabilidad de las mismas nace de modo directo por la actuación negligente de sus empleados**, como lógico corolario del deber que pesa sobre ellas de instalarlas y garantizar su funcionamiento» para posteriormente completar su fundamentación con la STC 246/1991. También es ilustrativa la STS de 7 de marzo de 1996, ECLI:ES:TS:1996:1436, donde se establece que la única forma de que la entidad bancaria «salve su responsabilidad» sería cuando la infracción de las medidas de seguridad «no obedece a una desatención, sino a circunstancias o situaciones de riesgo personal grave para los propios empleados o terceras personas». Es decir, cuando esté ausente la culpa de la propia persona física.

⁵⁵ Estos argumentos ya fueron empleados por el Tribunal Supremo en otro caso muy similar. Me refiero a la STS de 2 de junio de 2010, ECLI:ES:TS:2010:3006. En este caso se trataba de una sanción de la AEPD a una empresa debido a que un empleado depositó en un contenedor el historial clínico de un paciente. El

la persona jurídica, es decir, lo que en principio debería excluir su responsabilidad, no es suficiente, es más, es irrelevante. Acto seguido, el TS aclara que no estamos ante una responsabilidad por hecho ajeno, pero si la conducta diligente del ayuntamiento no impide que sea sancionado, entonces de qué sirve o qué papel juega el principio de culpabilidad⁵⁶.

Esta atribución directa de la responsabilidad por conductas de los empleados se recoge también en leyes que regulan el ejercicio de una determinada actividad económica. Sin ir más lejos, el artículo 138.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres establece claramente que la responsabilidad administrativa se exigirá a las personas físicas o jurídicas titulares de la licencia, «independientemente de que las acciones u omisiones de las que dicha responsabilidad derive hayan sido materialmente realizadas por ellas o por el personal de su empresa, sin perjuicio de que puedan deducir las acciones que a su juicio resulten procedentes contra las personas a las que sean materialmente imputables las infracciones». También destaca la normativa sobre el turismo, donde la mayoría de las leyes autonómicas (recordemos que la «promoción y ordenación del turismo» es una competencia de las CCAA, según dispone el artículo 148.1. 18º de la CE) recogen la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas titulares de la actividad turística por «las infracciones cometidas por el personal a su servicio»⁵⁷ o por el «cualquier persona dependiente de ellos»⁵⁸ o, en definitiva «por su personal

Tribunal Supremo fundamenta la responsabilidad de la empresa en que la infracción había sido cometida por un trabajador y no por un tercero ajeno a la misma lo que «comporta la atribución de responsabilidad para la actora». Se pueden encontrar más ejemplos en IZQUIERDO CARRASCO, M., «La culpabilidad y los sujetos responsables», en REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid. 2010, pp. 249-357, pp. 278-281. El citado autor también se muestran críticos con esta confusión entre responsabilidad por conductas de los representantes y por la de los trabajadores.

⁵⁶ Podría defenderse un alcance más limitado de esta sentencia en atención a las particularidades que tienen las sanciones a las Administraciones públicas. En un ámbito no muy lejano, como es el de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la responsabilidad se produce independientemente de que el hecho dañoso lo provoque un funcionario o una «autoridad» que actúe como representante de esa Administración. De hecho, esto es lo que ha llevado a Diego VERA JURADO a entender que en el ámbito de las Administraciones públicas no sería necesario diferenciar entre los autores de la conducta a los efectos de imputar la conducta infractora a la Administración. *Vid.* VERA JURADO, D., «Las sanciones entre Administraciones públicas», *Justicia administrativa: Revista de Derecho administrativo*, n.º Extra 1, 2001, pp. 53-74, pp. 71-72. Sin embargo, son varias las sentencias en las que sin admitirlo de forma tan explícita se imputa la conducta del trabajador directamente a la persona jurídica, en este caso ya de naturaleza privada, tal y como se ha indicado en la nota anterior. Independientemente de esto, me parece que la sentencia pone de manifiesto la objetivización de la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, reflexión que no queda reducida o limitada para las personas jurídico-públicas.

⁵⁷ Artículo 88 de la Ley 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana, Ley 7/2011, de 27 de octubre, del Turismo de Galicia, artículo 42 a) de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de la Rioja, artículo 96.1 b) de la Ley del País Vasco de 13/2016, de 28 de julio, de Turismo y el artículo 73.2 de la Ley 7/2001, de 22 de Turismo de Asturias.

⁵⁸ Artículo 55 a) de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid.

empleado o por terceras personas que, sin unirles un vínculo laboral, realicen prestaciones a las personas usuarias de servicios turísticos comprendidos en los servicios contratados con aquellos»⁵⁹. Hay algún caso, como sucede en la Ley 14/2010 de 9 de diciembre de Turismo de Castilla y León, donde se limita esta posibilidad de sancionar al titular de la actividad turística cuando la Administración no pueda imputar directamente al personal al servicio del titular de la actividad turística la responsabilidad por la infracción cometida⁶⁰.

Se podría discutir si la Administración debe probar una culpa propia del sujeto sancionado a pesar de que las leyes contemplan la responsabilidad directa del titular de la licencia. Examinado las resoluciones del Tribunal Constitucional, este aspecto no queda claro. Precisamente frente al artículo 138.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, antes citado, se planteó por un juzgado de lo contencioso-administrativo de Madrid una cuestión de inconstitucionalidad a raíz de una sanción al titular de una licencia de un taxi por las infracciones cometidas por un conductor contratado por este. El juzgado de lo contencioso-administrativo entendía que la atribución directa de responsabilidad podría vulnerar el principio de culpabilidad. Sin embargo, el TC, en uso de la facultad que le concede el artículo 37.1 de la LOCT, inadmitió mediante auto la cuestión por considerarla «manifiestamente infundada» y avaló este sistema de responsabilidad directa. El TC consideró que no se estaba ante un supuesto de responsabilidad objetiva o por hecho de otro, sino que la constitucionalidad del precepto se basaba en la «culpa *in eligendo* o *in vigilando* de los titulares de la licencia de explotación de una actividad, culpa construida sobre la posición del titular de la licencia como garante del cumplimiento de las condiciones administrativas y que justificar que se exija a este el deber de prevenir que la persona dependiente, que es el conductor, realice determinadas acciones».

Pese a las manifestaciones anteriores, si se desciende al terreno de lo fáctico se comprobará en seguida como el recurso a la culpa *in eligendo* o *in vigilando* muchas veces es un mero argumento vacío de contenido para disfrazar una imputación directa a la persona jurídica. En el caso que llegó hasta el TC, las infracciones consistieron en la

⁵⁹ Artículo 73.2 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, artículo 54.1 de la Ley 5/1999, de 24 de marzo, de Ordenación del Turismo de Cantabria, artículo 117.2 de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears.

⁶⁰ Todos estos ejemplos han servido para que algún autor hablase de «objetivización» de la responsabilidad sancionadora en el turismo. *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 154-155.

ocultación de la tarjeta identificativa, cargar pasajeros fuera de la zona habilitada en el aeropuerto y prestar parte del servicio sin conectar el taxímetro. Sin embargo, no se puede apreciar si el titular de la licencia daba órdenes de actuar así, si toleraba esta actuación o si la desconocía. Aunque todo parecía factible, el TC señaló que la *culpa in vigilando* descansaba en el incumplimiento del deber del titular de la licencia de «procurar en todo momento que el empleado contratado para el transporte de viajeros conozca las condiciones en que debe desarrollarse dicha actividad conforme a la normativa legal y reglamentaria».

Si cualquier infracción determina o sirve de prueba para acreditar que se ha producido una falta de diligencia por no haber procurado ese conocimiento de la normativa, la responsabilidad termina siendo directa y por hechos de un tercero. Además, esto se confirma por el hecho de que muchas leyes que reconocen la responsabilidad directa del titular de la licencia luego recogen una acción de repetición contra el autor material de la infracción, tal y como sucedía con el artículo 138.2 de la Ley de ordenación de los transportes terrestres. Pero si la sanción verdaderamente se originase por una culpa propia del titular de la licencia, la acción de repetición (que está pensada para supuestos de responsabilidad por una conducta ajena) carecería de sentido. Pese a ello, el TC no apreció reparo alguno en esta cuestión⁶¹. En definitiva, y como a continuación se detallará

⁶¹ Así, en el FJ 4º del ATC 237/2012, de 11 de diciembre el TC señala que «la norma administrativa sancionadora impone al titular de la licencia de auto-taxi la responsabilidad por las infracciones cometidas con ocasión de la realización de transportes o actividades sujetos a concesión o autorización administrativa, responsabilidad que se exige a las personas físicas o jurídicas, titulares de dicha autorización, independientemente de que las acciones u omisiones de las que dicha responsabilidad derive hayan sido materialmente realizadas por ellas o por el personal de su empresa, **sin perjuicio de que puedan deducir las acciones que, a su juicio, resulten procedentes contra las personas a las que sean materialmente imputables las infracciones**, tipificando así de una manera autónoma una conducta cuyo presupuesto fáctico puede haber sido cometido por un tercero». También algunas de las leyes en materia de turismo citadas contemplan la posibilidad de ejercer esa acción de repetición. Sin embargo, la utilidad de esta técnica legislativa es cuestionable. Se ha advertido de las dificultades materiales para el ejercicio de la acción de repetición (en este sentido, *vid.* SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., «La inspección turística y el régimen sancionador en materia de turismo», en FERNÁNDEZ RAMOS, S., PÉREZ MONGUIÓ, J.M., y PRADOS PRADOS, S. (coords.), *Estudios sobre derecho andaluz del turismo*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Junta de Andalucía, Sevilla, 2008, pp. 515-571, p. 557.). Además, con carácter general, empresas y administraciones públicas rehúyen de ejercer este tipo de acciones. Lo puso en evidencia para el caso de la acción de repetición contra empleados públicos por los daños causados en ejercicio de su cargo, DOMÉNECH PASCUAL, G., «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de su cargo?», *RAP*, n.º 180, pp. 103-159, pp. 112-121, y para el caso de empresas privadas con respecto de los daños provocados por sus trabajadores (para los cuales el artículo 1904 Código Civil reconoce este tipo de acción), SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Respondet Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *Indret*, n.º 3, 2002, pp. 1-22, p. 18.

en profundidad, la *culpa in vigilando* es un mero pretexto o excusa para imponer una sanción por la conducta de un tercero.

2.2. La *culpa in vigilando* como pretexto para sancionar

No todas las sentencias trasladan la teoría del órgano a la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas (o de titulares de licencia, de una determinada actividad, etc.) por las conductas de sus empleados. También se encuentran ejemplos en los que se alude al concepto de *culpa in vigilando*, lo que en principio parece más adecuado a la vista de que el origen de la responsabilidad estaría en no haber adoptado las medidas necesarias para evitar la infracción de un tercero. Sin embargo, no se encuentran sentencias en las que se exonere de responsabilidad a la persona jurídica, por lo que todo parece indicar que tampoco el concepto de *culpa in vigilando* aporte mucho⁶².

Es justo apuntar que a esta situación contribuye la propia configuración del Derecho administrativo sancionador, sobre todo en sectores donde la actividad de las empresas está sometida a fuertes deberes de diligencia y donde se castigan conductas que solo generan un «peligro abstracto»⁶³. En estas condiciones, la persona jurídica tendrá muy difícil probar que no existe tal defecto de organización, porque la mera constatación de la infracción ya es un indicativo claro.

Sin embargo, puede haber situaciones en las que la empresa sea completamente ajena a la conducta de su trabajador, haya hecho todo lo posible para evitar tal infracción

⁶² Soy consciente de que esta afirmación está condicionada por el hecho de que los actos administrativos sancionadores, salvo alguna excepción sectorial (en Derecho de la competencia, en materia de protección de datos o las sanciones muy graves en materia de consumo) no se publican, sino que se notifican. También el hecho de que existan instrumentos como la rebaja por pronto pago de la sanción (que en puridad no impide un posterior recurso contencioso-administrativo, pero sí limita su efectividad, tal y como ha estudiado con profundidad GARCÍA LUENGO, J., «La reducción de las sanciones administrativas por reconocimiento de la responsabilidad o pago voluntario», cit., pp. 27-38) impiden que el asunto llegue al contencioso y se pueda conocer el fondo de la resolución administrativa. Sin embargo, es lógico pensar que la Administración estará tentada en la mayoría de las situaciones a sancionar a las empresas. Las multas son un recurso económico más e, incluso, su importe muchas veces va destinado a políticas que en principio benefician a la Administración (como sucede en algunas normas urbanísticas en las que se especifica que la cantidad recaudada deberá ir destinada a actuaciones de conservación o reparación urbanística o paisajística. Algunos ejemplos son el artículo 234 de la Ley 9/2001 del Suelo, de la Comunidad de Madrid, el artículo 402 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias o el artículo 218.3 de Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo). En este contexto es lógico pensar que la Administración no se detenga a valorar si existió un «defecto de organización», sino que verá en la empresa o en el empresario un patrimonio sobre el que imponer una sanción que además será más sencilla de ejecutar. En este contexto deberíamos encontrar más sentencias que exoneren al sancionado por una incorrecta valoración de la Administración de la conducta de la empresa y sin embargo no es así.

⁶³ PEMÁN GAVÍN, J.M., *Derecho sancionador bancario. El régimen sancionador de las entidades supervisadas por el Banco de España*, Iustel, Madrid, 2022, p. 85. Por otro lado, VERA JURADO, D., «Las sanciones entre Administraciones públicas», cit., pp. 68-70, destaca la automaticidad con la que opera la *culpa in vigilando* para las sanciones a las Administraciones públicas.

o sea materialmente imposible impedirlo. En estas situaciones, donde la sanción a la persona jurídica parece más cuestionable, la *culpa in vigilando* ha sido utilizada como una excusa para sancionar, como un mero formalismo. Un ejemplo se puede encontrar en el ámbito de las sanciones en la lucha contra la violencia, el racismo y la xenofobia en el deporte. Tal y como detalla Eduardo GAMERO CASADO, muchos clubs acaban sancionados por conductas de sus aficionados, tales como la exhibición de banderas con determinada simbología o por el lanzamiento de objetos al campo, conductas prácticamente imposibles de prevenir y en donde resulta muy complicado identificar a todos los autores materiales⁶⁴.

También se encuentran casos en la jurisprudencia que ponen de manifiesto hasta dónde llega la responsabilidad del sujeto garante. En este sentido, cabe mencionar la Sentencia del TSJ de Andalucía de 14 de mayo de 2020, ECLI:ES:TSJAND:2020:11585. El caso resuelto versaba sobre una sanción impuesta a una entidad mercantil propietaria de varias clínicas de oftalmología. En una consulta, un determinado empleado (perfectamente identificado) dispensa a una paciente un medicamento sin que la clínica estuviera autorizada para ello, lo que constituye una infracción grave según el artículo 101.2 b) Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. El acceso a ese medicamento en ningún caso fue facilitado por la clínica, sino que el propio empleado tenía dosis en su maletín particular fruto de unos estudios clínicos que realizaba en un hospital universitario. Pese a todo, el TSJA entiende que no se produce ninguna vulneración del principio de culpabilidad. Lo justifica por el hecho de que la conducta se lleva a cabo en las instalaciones de la empresa y dentro del horario de apertura para posteriormente añadir que «en ocasiones se debe responder por actos realizados por terceros, art. 1903 del Código Civil. La asunción de este riesgo es

⁶⁴ Vid. GAMERO CASADO, E., «Las sanciones en la lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el Deporte», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, cit., pp. 657-690, pp. 679-684. Este tema ha vuelto a estar, desafortunadamente, de actualidad a raíz de los insultos racistas proferidos por un grupo de aficionados del Valencia al jugador del Real Madrid, Vinícius Júnior, en un partido de la primera división de fútbol española. En el caso en concreto, sí fue posible identificar a las dos personas que cometieron dichas acciones. Aun así, el Comité de Competición de la RFEF sancionó al Valencia con la clausura parcial del estadio durante cinco partidos y le impuso una multa de 45.000 euros. No obstante, la identificación depende de los sistemas de grabación de imágenes de los que disponga cada club, que deberán enfocar continuamente a todas las gradas. Esta tecnología puede ser sencilla de conseguir y de implantar en equipos de la máxima división del fútbol profesional, pero en otras categorías o en otros deportes puede ser mucho más costoso. Además, piénsese de nuevo en el caso Vinícius en el que hubo un momento en el que un sector importante del estadio de Mestalla gritaba «tonto» o «mono» (no estaba claro). En esta situación, la conducta ya no se reduce a una o dos personas aisladas, y se extiende a muchas zonas del estadio, por lo que la identificación resulta más complicada.

trasladable a las personas jurídicas, como sucedió en el caso enjuiciado al denotar los hechos imputados un déficit de vigilancia empresarial en la actuación de su dependiente o en la inadecuada elección laboral del mismo por el que ha de responder la sociedad apelante». La cita que hace la sentencia al artículo 1903 del Código Civil, que regula la responsabilidad del empresario por los daños de sus trabajadores, calificada por la doctrina civilista como responsabilidad «objetiva»⁶⁵, es bastante expresiva y, en el fondo, termina dando la razón a Alejandro NIETO cuando afirma que «la culpabilidad –en cuanto imputación personal de los hechos– no ha desempeñado nunca papel alguno en la impunidad de las personas jurídicas»⁶⁶.

Otro caso lo encontramos en la jurisprudencia constitucional. Ya se había señalado la ambigüedad de la STC 246/1991 sobre la responsabilidad de la persona jurídica. Algo similar ha ocurrido en relación con sentencias posteriores del TC respecto a la responsabilidad sancionadora por la conducta de terceros. En un auto de inadmisión de un recurso de amparo, el TC acoge el concepto de la *culpa in vigilando* (ATC 193/2007). Se trataba de la responsabilidad solidaria del titular de la licencia de ocio nocturno (en este caso una empresa) por las infracciones cometidas por la empresa que explotaba dicho local. La sanción derivaba del incumplimiento de los horarios de cierre del establecimiento, que en aquel momento era explotado por otra empresa, a la que también se sanciona. En esta situación, entender que el titular de la licencia ha incumplido sus deberes a mí me parece excesivo. Piénsese, por ejemplo, lo que sucedería si en dicho local nocturno una persona menor de edad consume alcohol por negligencia de los porteros que le han permitido el acceso. La titular de la licencia terminaría también siendo responsable de la infracción, y todo ello justificado en una culpa (por llamarlo de alguna forma) *in vigilando*.

⁶⁵ Es cierto que en el propio artículo 1903 del Código Civil excluye la responsabilidad del empresario cuando «prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», lo que lo acercaría a la responsabilidad por *defecto de organización* o por culpa *in vigilando* o *in diligendo* que mencionamos para el Derecho administrativo sancionador. Sin embargo, los tribunales han terminado por convertir la responsabilidad del artículo 1903 del Código Civil en una responsabilidad vicaria u objetiva. La doctrina civilista experta en la materia es unánime al respecto. Baste con citar las palabras de YZQUIERDO TOLSADA: «Pero todo acaba siendo una trampa. El sistema de Código Civil, aparentemente presuntivo, ha terminado actuando como el propio de la responsabilidad vicaria, pues difícilmente se encuentra una sentencia civil que permita al empresario probar su diligencia». La prueba de ello es precisamente que el Código Civil le otorga una acción de repetición al empresario respecto del trabajador, por lo que ya está admitiendo la culpa de este último. Vid. IZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Delimitación y especies, elementos, efectos o consecuencias*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 312. En términos similares, GÁZQUEZ SERRANO, L., *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*, Editorial Reus, Madrid, 2012, pp. 18-19.

⁶⁶ Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit. p. 402.

3. TEORÍA DEL ÓRGANO Y RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

3.1. Consideraciones preliminares

La auténtica responsabilidad de las personas jurídicas, o, mejor dicho, aquella que es exclusiva de ella, es la que se origina por las conductas de sus representantes. La teoría del órgano determina que las acciones de los representantes se imputan a la persona jurídica y esta puede ser sancionada por ellas. Esto bastaría para dar por cumplido el principio de personalidad de las sanciones⁶⁷. Por otro lado, no es necesario que una Ley declare expresamente las infracciones por las cuales puede ser sancionada, sino que con carácter general es responsable de cualquier conducta ilícita⁶⁸. Además, la doctrina defiende, a diferencia de lo que sucede en el Derecho penal, que no es necesario que los representantes actúen en provecho de la persona jurídica⁶⁹. Es decir, incluso cuando la propia persona jurídica es «víctima» de la actuación de su administrador, que la utiliza para su beneficio propio, responderá. No obstante, la STS de 17 de julio de 2018, ECLI:TS:2018:2995, ha considerado que en estos casos no existe un dolo propio de la persona jurídica: como la infracción no la beneficia, es evidente que ella no puede «querer» esa infracción⁷⁰. Esta jurisprudencia del TS ya ha sido empleada por algún TSJ

⁶⁷ Lo expone el propio REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», cit., p. 1050 de la siguiente manera «no es que las personas jurídicas sufran sanciones por las infracciones cometidas por quienes las administran, dirigen o representan, sino por infracciones cometidas por ellas mismas».

⁶⁸ De hecho, se encuentran casos en los que se anulan sanciones por no haber dirigido el procedimiento sancionador contra la persona jurídica. Cuestión distinta es que la infracción vaya específicamente dirigida a una persona física, por ejemplo, a los miembros del órgano de representación, y la Administración sancione a la persona jurídica. En estos casos lo procedente es anular la sanción, porque la norma no va dirigida a la persona jurídica sino específicamente a una persona física. Es el caso de la SAN de 10 de julio de 2019, ECLI:ES:AN:2019:2323.

⁶⁹ REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», cit., p. 1053. Es importante resaltar que el Código Penal exige que el representante actúe «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica, interpretándose el concepto de beneficio de una forma amplia (beneficio real, futuro o hipotético y compatible con el de lucro personal del representante). *Vid.* al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Los requisitos del art. 31. Bis 1.», en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 76-88, pp. 81-84.

⁷⁰ Los hechos del caso eran los siguientes: el administrador único y director general de una sociedad emite una serie de facturas ficticias a nombre de la propia sociedad por la contratación de unos servicios que nunca se llegaron a prestar, con el único fin de desviar fondos de la sociedad a su patrimonio personal; facturas que posteriormente emplea para deducir los correspondientes gastos en la declaración del IS y del IVA y que dieron lugar a la imposición de las sanciones correspondientes. Tanto el TEAR como el TSJ de Madrid rechazaron los recursos de la mercantil contra la sanción. El argumento del TSJ era sencillo y es conveniente reproducirlo: «la sociedad, al poner a D. Arsenio como director general y administrador único le daba poder absoluto para actuar en nombre y por cuenta de la misma sociedad. Si actuó mal y en contra de los intereses de la empresa a la que representaba, todas las acciones, contratos y consecuencias de su

para anular, por este mismo motivo, sanciones a la persona jurídica⁷¹. Por lo tanto, al igual que en el Derecho penal, para poder imponer una sanción administrativa a una persona jurídica la infracción tiene que cometerse en su propio beneficio.

Pese a su buena acogida en el Derecho administrativo sancionador, la mayoría de la doctrina penalista ha rechazado la teoría del órgano e, incluso, algunos han apuntado su inconstitucionalidad, lo que me parece excesivo. Los argumentos son de sobra conocidos; se califica a la teoría del órgano como «responsabilidad vicaria» (por sus vínculos con el Derecho civil) y, en definitiva, como responsabilidad objetiva, por el hecho de imputar la conducta de una persona (física) a otra persona (jurídica)⁷². Estas críticas están en el origen de la reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica operada por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, que avanzó hacia el modelo del *defecto de organización* y los programas de *compliance*. Como se ha señalado, este modelo es más garantista para la persona jurídica, por lo que me parece importante buscar una justificación razonable que permita mantener esta doble vía de responsabilidad de las personas jurídicas.

Muy relacionado con esta cuestión está el tema de la responsabilidad propia de los administradores de la persona jurídica. Si la responsabilidad personal de la persona jurídica es supuestamente personal, entonces ¿cómo es posible que las leyes admitan sin

intervención son responsabilidad de la sociedad». Sin embargo, el TS, de forma correcta en mi opinión, casa la sentencia por la falta de dolo propio de la persona jurídica. Lo único que se le puede reprochar al TS en esta sentencia es algún comentario, a mi modo de ver excesivo, respecto de la responsabilidad de la persona jurídica. En este sentido, el TS afirma que la responsabilidad de la persona jurídica podría haberse fundamentado, en su caso, en su conducta negligente si se hubiera probado una «culpa in vigilando de la sociedad, partiendo del deber- ampliamente analizado por la doctrina y la jurisprudencia civiles- que pesa sobre la empresa de velar por el comportamiento de sus dependientes, apoderados o empleados para evitar que actuaciones culposas o dolosas de estos puedan causar daños a terceros que han confiado en la compañía en cuyo nombre o por cuya cuenta actúan». Sin embargo, en este caso no se debería hablar de *culpa in vigilando* porque la infracción la comete el administrador único de la sociedad y no un empleado de esta.

⁷¹ STSJ de Madrid, de 26 de enero de 2022, ECLI:ES:TSJM:2022:734, en un caso idéntico: administrador actúa en su propio beneficio presentando facturas falsas e intentando desviar fondos a su patrimonio. No hay que equiparar perjuicio a los supuestos en los que la sanción supere las ganancias derivadas de la infracción (de hecho, en atención a lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJSP debería ser siempre así). Hablamos de casos en los que la infracción se cometa en beneficio exclusivo de la persona física.

⁷² Vid. al respecto FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 57-60, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español», en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 26-54, pp. 28-30, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 264, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 25, 2011, pp. 7-42, pp. 22-26, BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 176-178 y GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 101-102.

mayores dificultades también la responsabilidad de los administradores por los hechos que originan la responsabilidad de la persona jurídica?

En resumidas cuentas, existen algunas cuestiones que nos hacen pensar que, en definitiva, la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas no sea tan personal. O, sí se prefiere, que el alcance del principio de responsabilidad personal es mucho más limitado para las personas jurídicas.

3.2. Responsabilidad sancionadora de la persona jurídica y sus representantes por los mismos hechos

Probablemente el punto más débil de la teoría del órgano esté en la posibilidad de sancionar también a los representantes de la persona jurídica en su condición de autores materiales de la infracción. Hay veces que en vez de contemplar una sanción conjunta (persona jurídica y representante), las leyes sectoriales regulan una responsabilidad subsidiaria o solidaria en caso de impago de la sanción por parte de la persona jurídica o en caso de disolución de esta incluso cuando aún no se ha iniciado el procedimiento administrativo sancionador. Sobre esta posibilidad se volverá más adelante. Lo que ahora mismo interesa son los supuestos en los que se hace responsable a la persona jurídica y también al representante de esta⁷³.

Algunos de estos ejemplos se encuentran en sectores con amplia presencia de grupos de empresas. El artículo 63.2 de la LDC establece que «además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en la conducta»⁷⁴. La Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas (en adelante, «Ley de Auditoría de Cuentas»)⁷⁵, la

⁷³ A estas opciones de hacer responsable a un administrador REBOLLO PUIG añade una tercera, que son los supuestos en los que la propia norma hace responsable al administrador en vez de a la persona jurídica, aunque cometa la infracción en el desempeño de su cargo. No es lo común en el ámbito del Derecho administrativo sancionador donde la que responde es la persona jurídica y, en algunos casos, también el administrador. Sobre estas tres formas de responsabilidad y sobre las leyes que en el ordenamiento jurídico español las recogen, me remito a su trabajo «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», cit., pp. 1066-1078.

⁷⁴ Para un estudio completo sobre la responsabilidad de los representantes en las infracciones del Derecho de la competencia, *vid.* GUILLÉN CARAMÉS, J., «Las sanciones a representantes legales de las empresas y sus directivos por infracciones del Derecho de la competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, cit., pp. 745-788.

⁷⁵ El artículo 76 de la Ley de Auditoría de Cuentas contempla la posibilidad de imponer una sanción conjunta a la sociedad auditora y al auditor firmante del informe de auditoría que origina la infracción. Como es lógico, tanto las sanciones a imponer como la cuantía de la multa (que solo se contempla para las infracciones muy graves y graves) variarán en función de la gravedad de la infracción.

LMV⁷⁶, la LOSSEC⁷⁷, la LOSSEAR⁷⁸ o la Ley 11/2022, de 28 de junio General de Telecomunicaciones (en adelante, «Ley General de Telecomunicaciones») recogen previsiones similares⁷⁹.

Esta responsabilidad conjunta de la persona jurídica con sus representantes ha sido un foco de conflictos y discusiones a nivel jurisprudencial y doctrinal. Ha habido casos en los que los tribunales han anulado sanciones porque el autor material de la infracción no tenía tal capacidad de decisión⁸⁰. Otras cuestiones controvertidas son el tipo de participación que debe tener el representante en la infracción⁸¹ y el grado de accesoriedad

⁷⁶ El artículo 327 de la LMV regula las «sanciones complementarias» por infracciones muy graves y graves a «quienes ejerzan cargos de administración o dirección».

⁷⁷ La responsabilidad de los representantes se regula en tres artículos diferentes de la LOSSEC (artículo 100, artículo 101 y artículo 102). En estos se recoge la posibilidad de imponer sanciones «a los que ejerzan cargos de administración o de dirección» por la comisión de infracciones muy graves, graves y extendiéndolo en este caso también a las leves. Estos artículos ya dejan claro que la sanción se impone «con independencia de la sanción que, en su caso, corresponda imponer a la entidad de crédito».

⁷⁸ La LOSSEAR sigue la estructura de su homóloga del sector bancario, pero precisa la definición de representante, lo que parece más adecuado si se quiere evitar reproches de tipicidad. Así, los artículos 202, 203 y 204 llevan por título «sanciones por infracciones (muy graves, graves o leves) por partícipes, liquidadores, por quienes, bajo cualquier título, ejerzan la dirección efectiva y por quienes desempeñen las funciones que integran el sistema de gobierno. Resulta curioso en este caso la aparente discrecionalidad que se le otorga a la Administración a la hora de incoar el procedimiento contra la persona jurídica, ya que el artículo 191 establece que cuando sean estos «los responsables de las infracciones cometidas por las entidades **podrán ser los únicos sancionados**». Es una previsión que, sin ser idéntica, se aproxima a la facultad que le otorga el artículo 31. Ter 1. del Código Penal al juez para modular la pena en los casos en los que se imponga pena de multa a la persona física y a la jurídica. En este supuesto, la Administración tendrá que justificar la no incoación del procedimiento contra la persona jurídica y los argumentos deberían estar relacionados con la proporcionalidad de la multa. No obstante, parece mejor la opción del Código Penal porque la LOSSEAR lo único que permite es o no incoar el procedimiento o incoarlo, pero no una tercera vía que pasaría por la modulación de la multa.

⁷⁹ La Ley General de Telecomunicaciones sigue el modelo de la LDC y en su artículo 109.5 establece que «Además de la sanción que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 5.000 euros en el caso de las infracciones leves, hasta 30.000 euros en el caso de las infracciones graves y hasta 60.000 euros en el caso de las infracciones muy graves a sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos o los órganos colegiados de administración que hayan intervenido en el acuerdo o decisión».

⁸⁰ En la STS de 10 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:3044, se anula la sentencia contra una persona que ocupaba el cargo de «secretaría técnica» de una Federación ya que, aunque había tenido una participación importante en la conducta de cártel (organizaba las reuniones, asesoraba a las empresas en la implantación de los acuerdos colusorios...) no era una representante legal o un órgano directivo. El TS recuerda su jurisprudencia sobre esta cuestión y enfatiza en que «es esta condición de representante legal o directivo la que marca el corte hacia debajo en la exigencia de responsabilidad a las personas físicas integradas en la organización de las personas jurídicas infractoras, evitando así que tengan que responder por su conducta en relación con el acuerdo o decisión anticompetitivo el personal que ocupe cargos técnicos, administrativos o de menor cualificación de la persona jurídica infractora». En el caso en concreto, los estatutos de la federación ponían de manifiesto el carácter no directivo del cargo de secretario técnico y el propio Tribunal Supremo alude al término «técnico» como indicio de la falta de desempeño de funciones de dirección.

⁸¹ También en este aspecto es importante la jurisprudencia acaecida a partir de las sanciones de competencia. Tal y como explica GUILLÉN CARAMÉS, con cita de esta jurisprudencia, no es necesaria que la participación del directivo sea activa, por lo que también cabe la responsabilidad por una conducta omisiva. Además, su participación no necesariamente tiene que ser decisiva, no cabe una exclusión de responsabilidad basada en una regla *de minimis*. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J., «Las sanciones a

respecto de la sanción a la sociedad. Sobre este último aspecto, no está claro si lo que se exige es una accesoriadad máxima, esto es, que la persona física solo puede ser sancionado si también lo es la persona jurídica o, por el contrario, si la mera conducta típica es suficiente para imponer una sanción al representante o directivo, aunque la persona jurídica finalmente no resulte sancionada. Algunas leyes tratan de resolver este último aspecto apostando por la accesoriadad limitada. Por ejemplo, el artículo 89 de la LOSSEC dispone que «la falta de incoación de expediente sancionador o el archivo o sobreseimiento del incoado contra una entidad de crédito no afectará necesariamente a la responsabilidad en que pueden incurrir los cargos de administración o dirección de la misma, y viceversa». Sin embargo, otras leyes no lo aclaran y es aquí donde surgen dudas⁸².

Más allá de estos aspectos, que evidencian la complejidad de las sanciones a directivos, lo que en este punto verdaderamente interesa es la supuesta vulneración del principio *non bis in idem* por la concurrencia de ambas sanciones. Si el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica descansa en las acciones de los representantes, la

representantes legales de las empresas y sus directivos por infracciones del derecho de la competencia», cit., pp. 771-774. Otro aspecto complejo es la responsabilidad de los administradores por el sentido de su voto. Alguna ley contempla la exclusión de responsabilidad cuando este vote en contra del acuerdo o no asista a la reunión. La doctrina parece acoger con los brazos abiertos esta solución (en este sentido, *vid.* REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», cit., p. 1075, GUILLÉN CARAMÉS, J., *Ibid.*, pp. 766-767). Sin embargo, en el Derecho penal se ha planteado una hipotética responsabilidad del administrador incluso en los casos en los que haya votado en contra. Reproduzco aquí, por su claridad, las reflexiones de LASCURAÍN SÁNCHEZ sobre la «responsabilidad penal por omisión de los consejeros que no se adhieren al acuerdo pero nada hacen para evitarlo»: «Constituye esta una nueva cuestión abierta, un nuevo reto del Derecho penal de empresa a la teoría del delito, para cuya respuesta podría aventurarse la siguiente hipótesis: el consejero responde como autor omisivo doloso si toleró conscientemente el delito de su compañero; el consejero no responde si no impidió tal delito porque no vigiló a su colega y no se percató del mismo». *Vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa», en DE LA MATA BARRANCO, N. J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 87-128, p. 113.

⁸² Defiende la accesoriadad limitada, salvo que una ley recoja expresamente lo contrario, REBOLLO PUIG, M., *Ibid.*, p. 1074, apoyándose además en lo que prevé el Código Penal para el supuesto contrario, esto es, la posibilidad de penar a la persona jurídica aun cuando la persona física no resulte sancionada ya sea por la imposibilidad de individualizarla o de dirigir el procedimiento contra ella (artículo 31 ter.1 del CP). Se oponen a esta interpretación, defendiendo una accesoriadad máxima, GUILLÉN CARAMÉS, J., *Ibid.*, p. 789-790 e IZQUIERDO CARRASCO, M., «La incidencia del régimen sobre protección de consumidores en la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital», en GUERRA MARTÍN, G. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 775-784, pp. 780-781. En mi opinión, creo que se debería seguir el modelo que ya recoge el Derecho penal y que REBOLLO PUIG enuncia, que además es el que rige en otros Derechos como el alemán (*vid.* GÜRTLER, F., und THOMA, A., «§ 30 Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen», in GÖHLER, E. *Ordnungswidrigkeitengesetz*, C.H. Beck, München, 2018, pp. 262-287, p. 285). Estos problemas se derivan de la falta de una regulación completa sobre la autoría y participación en el Derecho administrativo sancionador, tal y como advierte, CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración», cit., pp. 42-45.

sanción a ambos no se ajustaría a la prohibición del doble castigo⁸³. De hecho, la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas excluye la responsabilidad de los representantes cuando su conducta ha servido de fundamento para sancionar a la persona jurídica (artículo 9.5)⁸⁴.

Sin embargo, tanto el TC como el TS, así como el TEDH y el TJ, que en otras ocasiones han tenido puntos de vista discordantes sobre esta figura, entienden que en estos supuestos no concurre la identidad de sujetos infractores, que junto con la de hechos y fundamento constituye los requisitos necesarios para que se produzca la vulneración del *non bis in idem*⁸⁵. De esta forma, el ordenamiento jurídico, al igual que con la teoría del

⁸³ Al respecto, vid. BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 252-256, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 42-44, CUBERO MARCOS, J.I., «Las aporías del principio non bis in idem, en el Derecho administrativo sancionador», cit., pp. 261-264, y REBOLLO PUIG, M., *Ibid.*, p. 1076.

⁸⁴ Esta disposición ya se recogía en el artículo 9.3 de la anterior Ley 2/1998 de la Potestad Sancionadora del País Vasco, vid. LÓPEZ CÁRCAMO, I., y LASAGABASTER HERRARTE, I., «Artículo 9.- Autoría», en LASAGABASTER HERRARTE, I., (dir.), *Ley de la potestad sancionadora. Comentario sistemático*, LETE, Bilbao, 2006, pp. 185-199, pp. 197-198 y CUBERO MARCOS, J.I., *El principio non bis in idem en la Ley vasca de la potestad sancionadora*, IVAP, Bilbao, 2010, pp. 55-57.

⁸⁵ El artículo 4 del protocolo del CEDH, ratificado por el Reino de España el 15 de octubre de 2009, establece que «nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado». En la STEDH de 20 de mayo de 2014, Pirttimäki c. Finlandia, el TEDH consideró que no se entendía vulnerado el *non bis in idem* en un supuesto de una sanción penal (en el caso concreto, pena de prisión de un año) por un fraude fiscal en las declaraciones fiscales de la compañía a la que se le impuso una sanción administrativa, la cual cumplía los criterios *Engel* para ser considerada como materialmente penal. A conclusiones similares llegó el TJ en la Sentencia de 5 de abril de 2017, Orsi, C-217/15 y C-350/15, ECLI:ECLI:EU:C:2017:264, en este caso en una sanción penal y otra administrativa por un fraude relacionado con las declaraciones de IVA. En la jurisprudencia del TC destaca la STC 70/2012 de 16 de abril, aunque previamente ya se había apreciado la falta de identidad entre los sujetos sancionados en dos autos de inadmisión de un recurso de amparo. Se tratan de los ATC 355/1991 de 25 de noviembre y el ATC 357/2003, de 10 de noviembre. Sobre este último, dos magistrados discrepantes formularon un voto particular defendiendo la no aplicación automática del principio *non bis in idem* en casos de empresas de pequeñas dimensiones o unipersonales, sin negar, con carácter general la falta de identidad: «El hecho de que una infracción de una norma por parte de una persona jurídica requiera siempre de la actuación de una persona física, y, que, en consecuencia la comisión de una infracción de la persona jurídica solo pueda darse como consecuencia de la capacidad de acción y culpabilidad de una persona física, a mi juicio, obliga a establecer en cada caso concreto un examen particularizado de cada caso enjuiciado y del contenido de los hechos que se hayan declarados probados. Y ello porque, llevados al extremo, no me parece que a priori se pueda descartar la existencia de identidad subjetiva en supuestos de concurrencia de responsabilidades en casos de sociedades unipersonales o en otros supuestos en los que los efectos patrimoniales de la doble sanción puedan sufrirse en el mismo patrimonio». Es cierto que en la jurisprudencia del TC hubo un supuesto en el que se apreció la vulneración del *non bis in idem* en un caso en el que se había tramitado un procedimiento sancionador que finalizó con la imposición de una multa tras el cual se produjo la apertura de diligencias penales y la condena como autor de un delito contra la salud pública al gerente de la empresa. Sin embargo, en el caso en concreto no se discutió si existía una identidad de sujetos (lo que se reprocha en el voto particular). El principal problema era dictaminar cómo afectaba el incumplimiento de la Administración de la prejudicialidad penal y de la obligación de suspender el procedimiento para remitirlo a la jurisdicción penal al ejercicio de la acción penal. El TC entendió que la existencia de una resolución sancionadora previa impedía imponer una segunda sanción, aun cuando en la segunda se había descontado la multa administrativa previamente

órgano, vuelve a introducir una ficción y considera que el representante y la persona jurídica son autores distintos de una misma infracción administrativa. La admisión de esta ficción probablemente esté motivada en la búsqueda de un sistema de sanciones más disuasorio. Por un lado, la sanción a la persona jurídica pretende que la empresa afectada no vuelva a realizar dicha conducta (es decir, es una «llamada» a los dueños de la sociedad), por el otro, la sanción al representante pretende castigar directamente su propia conducta antijurídica. De esta forma, se mantiene la responsabilidad de la persona jurídica (que se asume como algo necesario desde el punto de vista de la prevención) y se evita la impunidad de los auténticos responsables de la infracción. Si los representantes no fuesen sancionados, no está claro que tengan suficientes incentivos para no cometer o para evitar una infracción⁸⁶. De esta forma, en determinados sectores, privar al Derecho administrativo sancionador de esta técnica de la doble sanción podría reducir su capacidad para disuadir a las empresas de cometer una infracción, condenándole a su irrelevancia⁸⁷.

abonada (STC 177/1999, de 11 de octubre), doctrina que más tarde el Tribunal modificará en la STC 2/2003, de 16 de enero. El hecho de que no se discuta sobre la identidad de sujetos y la existencia de una sentencia posterior del mismo Tribunal Constitucional permite concluir que los supuestos de doble sanción a persona jurídica y representante no suponen una vulneración del principio *non bis in idem*.

⁸⁶ Algunos autores también señalan estos criterios de prevención general a la hora de admitir la responsabilidad de la persona jurídica y la persona física, LOZANO CUTANDA, B., «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)», cit., p. 239, MAYOR MENÉNDEZ, P., «Sobre la responsabilidad conjunta de las personas jurídicas y sus administradores en el Derecho administrativo sancionador (especial referencia al Mercado de Valores)» REDA, n.º 87, 1995, pp. 343-360, pp. 355-357, LAGUNA DE PAZ, J.C., «La responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas», cit., p. 158 y PEMÁN GAVÍN, J. M.^a, *Derecho sancionador bancario. El régimen sancionador de las entidades supervisadas por el Banco de España*, cit. p. 82.

⁸⁷ Una de las medidas que se propone para aumentar el *enforcement* del Derecho de la competencia europeo es la modificación del Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales 101 y 102 del TFUE) para permitir a la Comisión Europea la imposición de sanciones también a personas físicas. Vid. WHELAN, P., «Reforming the European Commission's Enforcement of Cartel Law: The case for individual administrative sanctions», *2 Antitrust Chronicle*, n.º 37, 2022, pp. 1-13. También incide en la necesidad de sancionar a los administradores, LAGUNA DE PAZ, J.C., «La infracción de las normas de defensa de la competencia como supuesto de responsabilidad de los administradores», en GUERRA MARTÍN, G. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, cit., pp. 787-793, pp. 788-789. En España se inició un proceso de reforma de la LDC para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva ECN+. A raíz de esto, el Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia contemplaba el incremento de las sanciones a directivos a 400.000 euros (actualmente 60.000), recogiendo, tal y como se desprende de la Memoria de impacto normativo del anteproyecto una petición de la Autoridad Catalana de la Competencia formulada en la consulta pública previa para que el «sistema de multas pecuniarias sea realmente disuasorio para directivos». Sin embargo, la Directiva ECN+ fue finalmente transpuesta por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, de donde desapareció, a mi modo de ver de manera injustificada, el incremento de las multas a directivos (aunque es cierto que la Directiva ECN+ no lo exigía, lo que desde luego no impedía tal reforma).

Es cierto, que la eficacia de las sanciones a directivos puede quedar muy diluida si las compañías deciden asumir ellas mismas el importe de esas multas⁸⁸ o si los directivos suscriben seguros *D&O* en los que se incluye el aseguramiento de las multas administrativas, práctica que alguna doctrina ha cuestionado, aunque en la actualidad está muy extendida en el mercado⁸⁹. Una solución podría ser la prohibición de dicha práctica,

⁸⁸ NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 409-410 advertía que «la empresa, a través de pactos secretos, puede indemnizar a su empleado o gestor del importe de la multa y, en definitiva, resulta indiferente quién de los dos sea el sancionado, puesto que quien termina pagando de hecho es la persona jurídica».

⁸⁹ Una de las mejores maneras de acreditar la extensión de esta práctica es la consulta a las páginas webs de las compañías aseguradoras y también a blogs o secciones divulgativas de empresas o bufetes de abogados que conocen de primera mano la realidad de estos seguros. Así, por ejemplo, en la página web de BBVA Allianz se promociona el seguro «D&O Pyme» donde se incluye la cobertura por «multas y sanciones administrativas». <https://www.bbvaallianz.es/seguro-rc-empresas.html> (24/01/2023). También se pueden apreciar similares coberturas en las páginas webs de Berkley España (<https://www.wberkley.es/administradores-y-directivos-do/>) o de Caser (<https://www.caser.es/seguros-empresas/responsabilidad-civil/directivos-y-administradores>). La cuestión en la doctrina no deja de estar clara. El problema fundamental reside en que no existe una disposición expresa que contemple la prohibición de asegurar sanciones administrativas, más allá de lo dispuesto para el seguro de asistencia jurídica (artículo 66 b LSC), de aplicación muy limitada (estamos ante un seguro de responsabilidad civil). En su día, el Anteproyecto de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de abril de 2011 recogía la prohibición del aseguramiento de sanciones administrativas y penales, siguiendo además el criterio de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que consideraba que estas coberturas eran contrarias al orden público (Consulta de 5/2008 de fecha 31 de marzo de 2008 acerca de la «posibilidad de aseguramiento de multas penales, sanciones, administrativas y multas coercitivas en el caso de ser impuestas por órganos administrativos, juzgados y tribunales españoles o de terceros países»). Sin embargo, el anteproyecto no llegó a aprobarse y la actual LSC guarda silencio sobre esta cuestión. En caso de que la infracción sea dolosa, no parece posible su cobertura por la exclusión del aseguramiento del dolo que con carácter general contempla el artículo 19 de la LCS. Las dudas vienen para las infracciones negligentes, que son las que tienen mayor presencia en sectores fuertemente regulados (donde además interesa más este tipo de seguros). La postura mayoritaria de la doctrina sigue la de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y entiende que sería de aplicación el artículo 1255 del Código Civil (prohibición de pactos contrarios al orden público). Exponen un resumen detallado de esta polémica COCA VILA, I., y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros de D&O», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXIV, 2021, fasc. 1, pp. 113-216, pp. 157-176 que se muestran contrarios al aseguramiento de las multas administrativas. Uno de los argumentos más poderosos para negar la posibilidad de asegurar las multas es el del riesgo moral. Asegurar las sanciones administrativas provocaría una conducta más descuidada de los administradores o directivos y esto llevaría al incremento de infracciones, algo que desde luego no es deseable. No obstante, la prohibición de asegurar las multas no creo que cambie esta situación, sino que lo único que conseguiría sería que ese «aseguramiento», esa «indemnidad» la ofrezca en exclusiva la empresa. Esto es, que el directivo pacte con la empresa la cláusula de indemnidad, ejemplo al que nos referíamos en la nota anterior. Para evitar este tipo de conductas, en el ámbito penal, Ivo COCA VILA ha propuesto el pago de un tercero como delito de quebrantamiento de condena. Previsiones similares se podrían trasladar al Derecho administrativo sancionador, sin embargo, me parece cuestionable su eficacia, de nuevo por la imposibilidad de detectarlo. *Vid.* COCA VILA, I., «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 448 del CP)», *Indret*, n.º 3, 2021, pp. 69-99. También es cierto que el riesgo moral disminuye mucho a medida que disminuye la entidad de la infracción cometida. La práctica lo pone de manifiesto porque no existe ningún seguro de responsabilidad civil que cubra la comisión de un delito imprudente. A esto se le suma la facilidad con la que se sanciona en los sectores regulados. En el ámbito bancario, en su reciente monografía, PEMÁN GAVÍN hace un repaso exhaustivo de la jurisprudencia tanto del TS como de la AN y pone en evidencia el rechazo sistemático de cualquier alusión a la falta de culpabilidad de la persona física sancionada, justificando la validez de la sanción en la diligencia reforzada a la que están sometidos (*vid.* PEMÁN GAVÍN,

aunque también sería posible la reducción del importe de la sanción a la persona jurídica en caso de remoción de las personas físicas infractoras. Con todo, la cobertura solo podrá incluir las multas derivadas de infracciones imprudentes, por la prohibición de aseguramiento del dolo que recoge el artículo 19 de la LSC. A su vez, desde el análisis económico del Derecho se han ofrecido argumentos que matizan la afirmación tan categórica de que el aseguramiento de una multa priva a esta de cualquier tipo de eficacia disuasoria⁹⁰. Además, los directivos también pueden sufrir otro tipo de sanciones administrativas que son difícilmente asegurables como las inhabilitaciones temporales para el ejercicio de un determinado cargo o la suspensión en su ejercicio. Por su parte, aunque el TC le ha negado su carácter sancionador (STC 23/2022, de 21 de febrero), la publicación del nombre del infractor o la mera publicación de la resolución sancionadora (como sucede en el ámbito del Derecho de la competencia), pueden causarle al directivo importantes daños reputacionales que contribuyen a esa capacidad disuasoria de las sanciones a las personas físicas.

La doctrina ha criticado la jurisprudencia del TC y del TS por su excesivo formalismo y ha buscado otro tipo de justificaciones, más allá de la diferencia formal entre autores, para legitimar el doble castigo. Una opción ha sido entender que el directivo o representante podría ser sancionado como partícipe (o, incluso, como coautor) de una infracción ajena, esto es, de la de la persona jurídica⁹¹ pero incluso algunos autores que

J. M.^a, *Derecho sancionador bancario. El régimen sancionador de las entidades supervisadas por el Banco de España*, cit., pp. 84-95). En el mismo sentido, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «La responsabilidad administrativa de las personas que ostentan cargos de administración, dirección o control en las entidades de crédito», en REBOLLO PUIG, M. (dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 549-560, y, para el mercado de valores (donde se reproduce el fenómeno descrito), vid. BAÑO LEÓN, M.^a y BAÑO FOS, J. M.^a, «Infracciones y principios de derecho sancionador en el mercado de valores», en RODRIGUEZ ARTIGAS, F., et al. (dirs.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados. Tomo II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 1603-1636, p. 1619). Por ello, el directivo o la empresa buscará protegerse mediante la contratación de un seguro. Si la prima la paga la persona física, indirectamente se verá afectado por esa posibilidad de sanción. Si lo hace la empresa, ese seguro será parte de su retribución y por tanto su salario se vería reducido.

⁹⁰ El argumento es el siguiente. Cuando el administrador firma una «cláusula de indemnidad» en su contrato con la sociedad, esa cláusula forma parte de su retribución. Es decir, si la sociedad le compensa por la comisión de determinados riesgos, esa compensación será en merma de su salario. La cláusula de indemnidad forma parte de la economía del contrato; si no estuviera presente, probablemente el directivo estaría en una posición negocial en la que pudiera exigir una mayor retribución. Por lo tanto, la firma de esa cláusula de indemnidad, o la suscripción de un contrato de seguro, supone una reducción de su retribución dineraria por lo que indirectamente la imposición de esa sanción administrativa (o, mejor dicho, la amenaza de esa imposición) sí tiene cierto efecto en la persona física. Expone estos argumentos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «¿Importa quién pague las multas?», *Almacén del Derecho* (blog), disponible en: <https://almacenederecho.org/importa-quien-pague-las-multas> (consultado el 25/01/2023).

⁹¹ LAGUNA de PAZ, J.C., «La responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas», cit., p. 158, REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y

deslizan esta idea terminan por rechazarla⁹². Si los hechos que motivan la sanción de la persona jurídica y de la persona física coinciden, no existe ningún tipo de participación en otra conducta, sino únicamente la misma conducta sancionada dos veces.

También se ha querido ver, en determinados casos, un fundamento distinto en la sanción a la persona física. Es decir, se respetaría el *non bis in idem* no tanto por la falta de identidad de sujetos sino por el distinto fundamento jurídico del castigo. Así, en sectores regulados como el bancario o el asegurador se ha defendido la concurrencia de sanciones en base a la especial «probidad» que tienen que mantener los administradores⁹³. Pero este argumento automáticamente obligaría a limitar la sanción conjunta de representantes y personas jurídicas a sectores muy concretos y, por lo tanto, impediría contemplara en otros en los que puede ser muy necesaria, como en el Derecho de la competencia⁹⁴.

Otra propuesta para garantizar una aplicación más intensa o estricta del *non bis in idem* es la de concentrar la sanción de multa exclusivamente en la persona jurídica y sancionar al administrador con sanciones no pecuniarias como la suspensión o la inhabilitación para ocupar un cargo⁹⁵. Sin embargo, desde el punto de vista del *non bis in idem* es irrelevante el tipo de sanción que se imponga. Esta solución puede plantearse desde el punto de vista de la política sancionadora, pero desde el momento en el que se admite la sanción conjunta al representante y a la persona jurídica, la distinta naturaleza

administradores», cit., p. 1072, GUILLÉN CARAMÉS, J., «Las sanciones a representantes legales de las empresas y sus directivos por infracciones del Derecho de la competencia», cit., pp. 776-778 y IZQUIERDO CARRASCO, M., «La incidencia del régimen sobre protección de consumidores en la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital», cit., p. 779-780.

⁹² REBOLLO PUIG, M., *Ibid.*, p. 1072, GUILLÉN CARAMÉS, J., *Ibid.*, pp. 776-778.

⁹³ *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis (estudio preliminar)», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, Madrid, 1989, pp. 13-27, pp. 23-24. Por otro lado, SUAY RINCÓN también acude al argumento de la probidad para defender las sanciones a personas físicas en el ámbito de la regulación bancaria, pero en este caso defiende la exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica. *Vid.* SUAY RINCÓN, J., «Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios de la responsabilidad personal (o por actos propios) y de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador (particular referencia al ordenamiento del crédito y del mercado de valores)», en POLO DíEZ, A., (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells. Vol 3.*, Wolters Kluwer, Madrid, 1994, pp. 2591-2608, pp. 2606-2608.

⁹⁴ Precisamente BAÑO LEÓN señala que, si la responsabilidad se justifica en la especial probidad que tiene que mantener un administrador en el ámbito de los seguros, la banca o el mercado de valores, esta responsabilidad no podría ser admitida en el Derecho de la competencia «pues estamos en la esfera general de la libertad de comercio e industria. No hay un ordenamiento sectorial, unas relaciones especiales, que justifiquen la vigilancia sobre los órganos de administración». *Vid.* BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, pp. 254-255.

⁹⁵ *Vid.* REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, antes sin personalidad y administradores», cit., p. 1077-1078.

de la sanción no significa que no haya doble sanción. Además, creo que no sería del todo positivo la supresión de multas a los directivos. No es lo mismo imponer una multa que acordar la separación, suspensión o inhabilitación para el ejercicio de un cargo. Los costes añadidos que le puede suponer a una empresa la pérdida de un directivo y también el daño personal y reputacional que a este le produce la sanción, provocarían cierta contención en las Administraciones a la hora de sancionar por lo que la mayoría de las conductas quedarían impunes. No creo que sea suficiente, como también se propone, con la posibilidad de que la persona jurídica ejerza una acción de repetición contra el infractor por el importe de la multa, entre otras cosas, porque rara vez se ejercerá dicha acción⁹⁶.

Como conclusión de lo anterior, me parece adecuado mantener la multa como sanción general y completarla con otras sanciones accesorias cuando la conducta revista de especial gravedad. En mi opinión, esto es respetuoso con el principio de *non bis in idem*. Sin perjuicio de desarrollar esta cuestión más adelante, baste apuntar que en la admisión de la responsabilidad penal (y también administrativa) de las personas jurídicas existían importantes elementos de política criminal que justificaban la búsqueda de un castigo contra las empresas. De esta forma, se sacrifican o se modifican algunos elementos de la teoría general del delito precisamente para legitimar el castigo contra estos entes⁹⁷. Con el *non bis in idem* sucede lo mismo. La necesidad de prever un doble sistema de castigo (persona jurídica-persona física) provoca que se introduzca esa ficción de que la infracción ha sido cometida por dos sujetos diferentes. En ocasiones esto puede ser así. Un directivo que haya tenido una conducta decisiva en la infracción puede haber sido ayudado por otros integrantes de la persona jurídica que, por su falta de condición de representantes o, simplemente, porque no han sido identificados en la resolución sancionadora, no han sido sancionados. No obstante, en otras situaciones la acción que motiva el castigo al representante es la misma que la de la persona jurídica. Incluso en estos casos, me parece correcto que el ordenamiento jurídico considere que persona jurídica y persona física son sujetos infractores diferentes, porque, en definitiva, son dos patrimonios diferentes (el de la persona jurídica y el de la persona física). Cada sanción afectará a cada uno de esos patrimonios⁹⁸. Desde el momento en el que se reconoce su

⁹⁶ Sobre la escasa frecuencia del ejercicio de las empresas de este tipo de acciones de repetición, *vid. infra*. apdo. 2.1 del presente Capítulo.

⁹⁷ Sobre esta cuestión, de forma más detallada, *vid.* NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 37-66.

⁹⁸ Señala este argumento, ALFARO AGUILA-REAL, J., «La imposición de multas a los directivos de una compañía por la participación de esta en un cártel», *Derecho mercantil* (blog), disponible en:

capacidad para ser sujeto de sanciones administrativas, y, por lo tanto, su sustantividad propia, es lógico que se admita que la persona jurídica es algo más o algo distinto a sus propios administradores o representantes.

Por último, el límite a este sistema de doble castigo debería descansar en el principio de proporcionalidad. Negar la identidad de sujetos tiene como consecuencia que cualquier representante de cualquier empresa, independientemente de su tamaño, pueda ser sancionado. Por eso, cuando la empresa sea de un tamaño tal que se confunden la esfera societaria con la personal (pequeñas empresas o determinadas sociedades unipersonales) el principio de proporcionalidad exigiría no sancionar a la persona física o aplicar el conocido como «principio de cuenta», esto es, el descuento de una sanción sobre otra⁹⁹. Este enfoque se puede apreciar en una reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que absuelve a la persona jurídica y mantiene exclusivamente la pena a la persona física. Se trata de la STS de 27 de julio de 2022, ECLI:ES: 2022: 3236 en la que se llega a afirmar que «se produce un *bis in idem* si quien padece las dos penas es materialmente el mismo individuo, aunque formalmente sean dos sujetos jurídicos diferenciados: el administrador responsable penal es a la vez socio único de la mercantil». Aunque se aluda al *non bis in idem* y no al principio de proporcionalidad, el razonamiento que hay detrás es el mismo.

3.3. La acción de regreso de la persona jurídica contra su representante

La posibilidad de que la persona jurídica ejerza una acción de regreso contra el autor material de la infracción por los daños derivados de esa infracción también cuestiona la vigencia del principio de responsabilidad personal en las sanciones a las personas jurídicas. Si en el ámbito sancionador la persona jurídica es la autora de esa infracción, si responde por su propia conducta, difícilmente se puede justificar una reclamación civil a otro sujeto por los daños causados por esa infracción. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. Tal es así, que en Austria se ha prohibido expresamente el ejercicio de la acción

<https://derechomercantilespana.blogspot.com/2023/07/la-imposicion-de-multas-los-directivos.html> (consultado el 02/08/2023).

⁹⁹ Vid. NIETO MARTÍN, A., *Ibid.*, pp. 110-115. En el ámbito penal la solución es justo la contraria, es decir, concentrar solo la sanción sobre la persona física y no sobre la jurídica. Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La responsabilidad penal individual de los delitos», cit., p. 136, criterios que también mantienen las circulares de la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2016 y Circular 1/2011).

de regreso¹⁰⁰, en Holanda se admite¹⁰¹ y en Alemania actualmente existe un debate muy vivo en la doctrina y en la propia jurisprudencia al respecto¹⁰².

¹⁰⁰ El artículo 11 de la Ley austriaca sobre responsabilidad de la persona jurídica (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*) dispone que «se excluye el recurso a los responsables de la toma de las decisiones o a los empleados por las sanciones y otras consecuencias jurídicas impuestas a la persona jurídica en base a esta ley» (la traducción es mía). En Alemania se ha propuesto introducir una disposición similar en la Ley *OWiG*, *vid.* ERFURTH, J., *Der Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht. Eine Untersuchung zur gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung für Verbandgeldbußen unter besonderer Berücksichtigung der Sanktionszwecke*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 288 y ACKERMANN, T., «Organhaftung für Kartellgeldbußen: Gedanken zum Zeitvertreib», *NZKart*, n.º 1, 2018, pp. 1-4.

¹⁰¹ *Vid.* FRANCK, J.U., and SEYER, T., «Antitrust Fines and Managerial Liability», in THÉPOT, F., and TZNAKI, A., (eds.), *Research Handbook on Competition and Corporate Law*, Forthcoming. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4458185, pp. 1-42, pp. 4-6.

¹⁰² La cuestión ha cobrado un interés especial a raíz del ejercicio de acciones de reclamación de daños contra administradores derivadas de infracciones del Derecho de la competencia. Así, en la LÄG Düsseldorf 20. 1. 2015 - 16 Sa 459/14 (disponible aquí: <https://openjur.de/u/2471461.html>) y en la LG LG Saarbrücken 15.09.2020 - 7HK O 6/16 (disponible aquí: <https://recht.saarland.de/bssl/document/KORE236482020>) se rechaza esta posibilidad principalmente por dos motivos: en primer lugar, se considera que si el legislador ha previsto sanciones para las personas jurídicas, no se puede «vaciar» este deseo mediante la acción de regreso en vía civil; en segundo lugar, se apoya en el hecho de que la Ley de Defensa de la Competencia alemana (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* o *GWB*) contempla multas para los directivos por lo que si el legislador limita la responsabilidad de estos a las multas, no se puede incrementar dicha responsabilidad mediante las acciones de daños. Sin embargo, recientemente en la LG Dortmund, Beschluss vom 21.06.2023 - 8 O/5/22 (Kart) (disponible <https://openjur.de/u/2471461.html>) sí se ha admitido el ejercicio de esta acción de responsabilidad. En este caso, se cuestiona esa especie de prioridad que las anteriores sentencias otorgan al Derecho de contravenciones sobre el Derecho civil, y niega que el primero pueda limitar al segundo. De esta forma, si el administrador provoca un daño a la sociedad, es posible que se ejerza dicha acción de responsabilidad. También la sentencia cuestiona otro argumento un tanto débil en mi opinión que entiende que la aplicación efectiva del Derecho de la Unión restringiría esa acción de repetición cuando se trate de multas por infracciones del artículo 101 o 102 del TFUE. Además, es importante apuntar que el TS alemán admitió una reclamación contra un asesor fiscal derivada del importe de una multa (*vid.* WERNER, F.E., und MÖBLE, B., «BGH, 14. 11. 1996 — IX ZR 215/95. Haftung des Steuerberaters für Bußgelder des Mandanten», *Juristen Zeitung*, 52. Jahrg, Nr. 23, 1997, pp. 1177-1181). Evidentemente, esta responsabilidad civil no puede equivaler al importe de las multas (al menos en el caso del Derecho de la competencia). Sobre esta cuestión son interesantes las reflexiones de JÜRSS, L., *Der Regress einer Verbandgeldbuße gegen Organmitglieder in der Aktiengesellschaft*, Peter Lang, Berlin, 2020, pp. 213-220. El autor analiza en ese punto concreto de su tesis doctoral la posibilidad de limitar o excluir la acción de regreso frente a los representantes de la persona jurídica desde el punto de vista del Derecho privado. Así, considera que la imposición en vía de regreso de una multa a un directivo que le coloque en una situación de «peligro de existencia» (por la cuantía tan alta) sería contraria al principio de proporcionalidad al cual considera que también están vinculados los tribunales de la jurisdicción civil. En el mismo sentido, también *vid.* MEYER-LINDEMAN, H.J., «81- Bußgeldvorschriften», en LOEWENHEIM, U., MESSEN, K.M., RIESENKAMPPF, A., KERSTING, C. und MEYER-LINDEMANN, H.J (Hrsg.), *Kartellrecht Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht*, CH Beck, München, 2020, pp. 3017-3108, pp. 3053-3056. En lo que se refiere a la doctrina, el tema, como digo, es de gran interés y ya se han escrito hasta cinco monografías. *Vid.* ERFURTH, J. *Der Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht. Eine Untersuchung zur gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung für Verbandgeldbußen unter besonderer Berücksichtigung der Sanktionszwecke*, Nomos, Baden-Baden, 2020, DEGNER, E., *Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen*, Nomos, Baden-Baden, 2021, LECLERC, S., *Der Kartellbußgeldregress: Eine Untersuchung aus der Perspektive des Aktienrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022, JÜRSS, L., *Der Regress einer Verbandgeldbuße gegen Organmitglieder in der Aktiengesellschaft*, cit.

En nuestro país, generalmente la doctrina sí admite esta posibilidad¹⁰³ que además se encuentra recogida expresamente en algunas leyes sectoriales¹⁰⁴. Sin embargo, para ejercer esta acción de regreso no es necesario que exista una ley que específicamente lo permita. En la jurisprudencia se pueden encontrar reclamaciones de daños contra los administradores de una sociedad originados en la imposición de multas derivadas de cualquier índole. El cauce ordinario es el ejercicio de una acción de responsabilidad social por parte de la sociedad (artículo 238 de la LSC) o, por sustitución, esto es, por los socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general (artículo 239 de la LSC) siempre y cuando la sociedad no ejerza dicha acción. Si la persona jurídica no es una sociedad mercantil, los artículos del Código Civil sobre la responsabilidad contractual (artículos 1101 y ss.) o extracontractual (artículos 1902 y ss.) –según la relación que una al representante con la persona jurídica– legitimarían el ejercicio de dicha acción¹⁰⁵.

En este sentido, se puede mencionar la SAP de Girona de 11 de noviembre de 2020, ECLI:ES:APGI:2020:1813 donde se condena al administrador único de una sociedad comercializadora de energía eléctrica al pago de una indemnización de 852.096,99 euros que equivale a las tres multas que le impuso la CNMC a la sociedad y al beneficio económico dejado de obtener como consecuencia de la sanción de inhabilitación. Otro

¹⁰³ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», *RAP*, n.º 126, 1991, pp. 253-293, p. 280 y REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, p. 778 y también en «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», p. 1078, SUAY RINCÓN, J., «Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios de la responsabilidad personal (o por actos propios) y de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador (particular referencia al ordenamiento del crédito y del mercado de valores)», cit., p. 2608 (nota al pie n.º 22), LOZANO CUTANDA, B., «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)», cit., pp. 227-228. En contra, vid. PEMÁN GAVÍN, I., *El Sistema Sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2000, pp. 362-364.

¹⁰⁴ Destacan sobremanera las leyes autonómicas reguladoras del turismo. Por citar un caso, el artículo 56.2 de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de turismo dispone que «los titulares de las empresas, establecimientos y actividades turísticas serán responsables de las infracciones cometidas por cualquier persona afecta a la empresa, establecimiento o actividad, **sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercerse en derecho sobre las personas que hubiesen cometido la infracción para el resarcimiento que corresponda**»¹⁰⁴. Otros ejemplos ya alejados del turismo serían la Ley 1/2021, de 29 de abril, por la que se establece el régimen sancionador por incumplimiento de medidas de prevención y contención frente al COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias (artículo 5.5) o el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña de 9/2022, de 5 de julio, de medidas urgentes en materia de alquiler de vehículos con conductor (artículo 9.2).

¹⁰⁵ De hecho, la acción de responsabilidad social es, según doctrina y jurisprudencia, «una aplicación especial de la acción de incumplimiento del artículo 1.101 del Código Civil», vid. LARA GONZÁLEZ, R., «La acción de responsabilidad ejercida por la sociedad», en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SANCHEZ, E., (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 89-121, pp. 90-93.

ejemplo lo encontramos en la SAP de Pontevedra, de 5 de junio de 2018, ECLI:APPO:2018:671. En este caso se trata de una acción de responsabilidad social frente al administrador por las multas impuestas por la comisión de varias infracciones tributarias¹⁰⁶. También se ha apreciado esta derivación de responsabilidad en el contexto de sanciones a comunidades de propietarios, que, aunque carecen de personalidad jurídica, algunas leyes las declaran responsables de las posibles infracciones que cometan. Por ello, en la SAP de Pontevedra de 20 de febrero de 2019, ECLI:ES: APPO:2019:216 se condena al administrador de la comunidad, en este caso un administrador de fincas, por una multa derivada de la falta de subsanación de errores encontrados en una revisión de los ascensores.

La solución contraria que se ha barajado en otros países obligaría prácticamente a privar a la empresa de cualquier remedio contra el administrador negligente. El administrador tiene que desempeñar su cargo con la «diligencia de un ordenado empresario» (artículo 225 de la LSC) y, por lo tanto, deberá organizar la empresa de una forma suficientemente razonable como para evitar incumplimientos de la normativa por parte de la empresa. Si infringe este deber, la sociedad puede reclamar al administrador el importe de los daños causados por el infractor¹⁰⁷. Por otro lado, paradójicamente, esta prohibición no necesariamente contribuye a incrementar la eficacia disuasoria de las sanciones (que es lo que se pretende evitar). Si los administradores son conscientes de ese riesgo, tienen un incentivo para no cometer dichas infracciones. Más allá de este debate, que excede del objeto del trabajo, ya el mero hecho de que se cuestione la validez de esta acción de repetición pone de manifiesto que la sociedad, en realidad, es responsable por la acción de un tercero. El principio de responsabilidad se cumple porque ese tercero es el representante de la persona jurídica, y, por lo tanto, sus acciones se imputan a esa

¹⁰⁶ En el ámbito tributario, previamente el TS ya había deslizado la posibilidad de ejercer la acción de repetición contra los representantes de la persona jurídica en la STS de 5 de noviembre de 1998, ECLI:ES:TS:1998:6484.

¹⁰⁷ Como regla general, defiende esta postura, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «¿Por qué no puede regresar la sociedad contra el administrador exigiéndole el reembolso de las multas por cártel?», *Derecho Mercantil* (blog), disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2016/11/por-que-no-puede-regresar-la-sociedad.html>, (consultado el 02/08/2023). No obstante, parece admitir la excepción para las infracciones producidas por los casos de cárteles a partir del siguiente razonamiento. Si la Administración no descubre el cártel, la sociedad (los socios) se beneficiará en exclusiva de dicha conducta. Por lo tanto, desde el punto de vista de la prevención, se debería prohibir la acción de regreso porque la sociedad no tendría los suficientes incentivos para no cartelizarse ya que en caso de no ser descubierta contaría con esos beneficios del cártel, pero si lo fuese, podría regresar contra el administrador. Como digo, el autor hace una excepción con las infracciones de cártel, que ciertamente tienen unas particularidades respecto a otras, pero defiende como regla general la acción de regreso ya que en otras infracciones no existe esa relación tan directa entre infracción y beneficio.

persona jurídica. Pero ese principio de responsabilidad ya se presenta un tanto diluido, rebajado. Su aplicación estricta o maximizada obligaría a sancionar exclusivamente a la persona física.

3.4. Derecho penal y teoría del órgano

Ya hemos adelantado que una gran parte de la doctrina penalista ha criticado este sistema de atribución de responsabilidad a la persona jurídica por trasladar a esta directamente las consecuencias del comportamiento de un tercero¹⁰⁸. Esta crítica se puede extender fácilmente a la responsabilidad de la persona jurídica por la conducta de sus empleados, bien porque en ocasiones se utiliza también la teoría del órgano para sancionarla o bien por la relativa utilidad del concepto de *culpa in vigilando*. Por ello se defiende la construcción de un sistema de imputación basado en el «defecto de organización» y en la culpa propia de la persona jurídica¹⁰⁹. De esta forma, se respetaría el principio de personalidad de las sanciones y se evitaría cualquier atisbo de responsabilidad objetiva.

En mi opinión, esta crítica es un tanto excesiva porque, en definitiva, la admisión de la responsabilidad de la persona jurídica, independientemente del modo en el que se la haga responsable, ya supone una disminución del alcance del principio de personalidad de las sanciones. Si acaso se puede aceptar que el modelo penal supone una aplicación más intensa del principio de responsabilidad personal, pero sin llegar al extremo de prohibir la responsabilidad de las personas jurídicas, que es lo que demandaría este principio si lo llevásemos hasta sus últimas consecuencias¹¹⁰.

¹⁰⁸ *Vid. supra*, apdo. 3.1 del presente Capítulo.

¹⁰⁹ No soy ajeno al largo debate entre los penalistas acerca de los distintos modos de articular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde existen posturas totalmente antagónicas. Desde los que niegan la responsabilidad penal de la persona jurídica hasta los que pretenden formular un sistema de responsabilidad propio y absolutamente diferenciado de la persona física. Entre medias, se encuentran posturas más matizadas (y dominantes actualmente) que ven en la responsabilidad de la persona física un primer paso para afirmar la responsabilidad de la persona jurídica, pero en ningún caso definitivo, ya que todo dependerá de la presencia o no de un defecto de organización en el seno de la empresa, es el conocido como modelo de «autorresponsabilidad limitada». Para un resumen del estado de la cuestión, *vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., pp. 274-304. A los efectos de este trabajo, no interesa tanto posicionarse acerca de qué modelo contempla (o debería contemplar) nuestro Código Penal sino dejar constancia de que este es mucho más garantista que el del Derecho administrativo sancionador.

¹¹⁰ Por mucho que se hable de «culpa propia» de la persona jurídica, esta terminará respondiendo por una o varias conductas humanas. Si en el seno de la actividad de una empresa un trabajador o un representante comete un delito y tal empresa no ha adoptado las medidas previas idóneas y adecuadas para evitarlo, la culpa desde luego reside en quienes tienen la obligación de implementar tales medidas. En este sentido, *vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas»*, en DE LA MATA BARRANCO, N. J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., NIETO MARTÍN, A.,

No obstante, es evidente que el modelo que actualmente recoge el artículo 31. BIS del CP es más garantista para la persona jurídica. Así, el propio Código Penal permite la exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica no solo en los supuestos de delitos cometidos por los trabajadores o dependientes, sino también en supuestos en los que los cometan sus propios representantes. En estos casos, se imponen mayores exigencias para eximir de responsabilidad a la persona jurídica¹¹¹. Ya no es suficiente con que la persona jurídica cuente con un programa de *compliance*, o, como dice el Código Penal, que «haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» (artículo 31.Bis.4), lo que sería suficiente para los delitos cometidos por los trabajadores. Además, es necesario que la persona jurídica cuente con un órgano autónomo con capacidad de ejercer labores de supervisión sobre los representantes, que este órgano no haya incurrido en una negligencia en el ejercicio de sus funciones y, que el o los representantes hayan cometido el delito eludiendo estos controles (artículo 31.2 Bis)¹¹².

Como decía, este modelo es más favorable para la persona jurídica que la responsabilidad que se ha configurado en el Derecho administrativo sancionador¹¹³. Es

Derecho penal económico de la empresa, cit., pp. 129-168, p. 137, SCHÜNEMANN, B., «La responsabilidad penal de las empresas: para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal», en ONTIVEROS ALONSO, M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 497-522, pp. 501-502.

¹¹¹ Para un estudio detallado de las posibilidades de exención de responsabilidad de la persona jurídica por la conducta de sus representantes, *vid.* GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 121-159.

¹¹² Dispone el artículo 31 bis 2. 2: «Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

¹¹³ Sobre todo, si tenemos en cuenta que el TS en su primera sentencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (STS de 29 de febrero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:613) estableció que tiene que ser la acusación la que pruebe la falta de idoneidad (o la ausencia) de los modelos de organización y gestión para la prevención del delito. Es decir, en vez de configurar a los programas de *compliance* como una excusa absoluta (lo que obligaría a la parte que la alega a su prueba, es decir, al acusado), los convierte en un elemento «negativo del tipo» lo que significa que el delito de la persona jurídica no es el que en su

cierto que parece difícil que una persona jurídica esté jurídicamente bien organizada cuando las infracciones las cometen precisamente quien tiene el deber de implantar esa organización. Sin embargo, en organizaciones mucho más complejas y descentralizadas (me refiero a grandes empresas) es posible que un alto directivo actúe «a espaldas» de su propio consejo de administración, o que un consejero lo haga a espaldas del órgano del que forma parte¹¹⁴. El Derecho administrativo sancionador es, en principio, ajeno a todo esto¹¹⁵, mientras que en el Derecho penal la persona jurídica podría exonerarse, siempre y cuando se cumplan los requisitos mencionados (ciertamente exigentes).

Pese a lo anterior, la teoría del órgano como sistema de atribución de infracciones a las personas jurídicas ha sido avalada por el TC, tal y como se desprende de la ya mencionada STC 246/1991¹¹⁶, se encuentra formalmente recogida en algunas leyes

origen comete la persona física sino la falta de un programa de *compliance* eficaz, que es la tesis defendida por Carlos GÓMEZ-JARA (*La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, *passim*). Esto desde luego que favorece a las personas jurídicas, obligando a la acusación a probar un hecho negativo lo que otorga a los programas de *compliance*, según palabras de GONZÁLEZ CUSSAC «una patente de curso para la impunidad de las sociedades», *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., p. 303. Como se puede apreciar, al Derecho administrativo sancionador de las personas jurídicas se le critica por defecto y al Derecho penal por exceso.

¹¹⁴ Por eso creo que a veces sí puede tener sentido hablar de *culpa in vigilando* de la persona jurídica sobre sus administradores. Puede tener sentido cuando la persona jurídica, o, mejor dicho, sus socios o incluso los propios administradores, han decidido organizarla de tal forma que exista un órgano no decisorio pero que sea capaz de supervisar y fiscalizar la actuación de los representantes de la persona jurídica, es lo que se conoce como *compliance officer*. Es necesario que este órgano cuente con auténtica independencia y autonomía, siendo incluso posible (y deseable) que asuma estas funciones un tercero ajeno a la empresa. Desde luego que este sistema está pensando en grandes empresas con estructuras complejas (de hecho, el propio Código Penal lo reconoce cuando dice que en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones las funciones de supervisión las podrá asumir una persona del órgano de administración), fuera de estos casos, comparto las críticas de REBOLLO PUIG, sobre todo cuando se trata de sanciones administrativas donde opera, como se ha visto, la teoría del órgano. Sobre el papel de los programas de *compliance*, *vid.* FERNÁNDEZ TERUELO, G.J., «El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las obligaciones legales establecidas en el art. 31 BIS 2 y ss. CP», en MADRID BOQUÍN, C.M. y GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 181-210, pp. 202-205.

¹¹⁵ Lo afirmaba el TS en la STS de 10 de marzo de 2003, ECLI:ES:TS:2003:1590: «El eventual desconocimiento de dichas conductas incluso por un órgano colectivo de administración (las resoluciones objeto de este litigio destacaban que en ninguna de las reuniones del Consejo de Administración de “Ibercorp Bolsa” se acordó la intervención bursátil por la que esta resulta sancionada) no exime de responsabilidad a la persona jurídica cuando, como aquí ocurre, los hechos ilícitos se ejecutan por los propios administradores, fácilmente pueden ser conocidos y constituyen una parte importante de la propia actividad de la empresa».

¹¹⁶ Esta cuestión la recalca NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, cit., pp. 102-103.

administrativas¹¹⁷ y también es la que rige en otros países de nuestro entorno¹¹⁸. Y, aun así, hay sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como la de 29 de febrero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:613, en las que se llega a afirmar la incompatibilidad de este modelos con «los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal». Por ello, me parece necesario reiterar que el sistema de sanciones administrativas a las personas jurídicas es compatible con la Constitución. Pero, además, me parece importante ofrecer los argumentos que justifican, en primer lugar, la relajación del principio de personalidad de las sanciones y, en segundo lugar, que el Derecho administrativo sancionador no necesariamente se tenga que aproximar al Derecho penal. En definitiva, qué es lo que legitima que se pueda preservar un sistema de imputación que evidentemente es menos garantista con el sujeto que se sanciona.

¹¹⁷ El ejemplo más importante probablemente sea el del artículo 9.5 de la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas que dispone que «cuando la eventual responsable sea una persona jurídica, el juicio de culpabilidad se hará respecto de la persona o personas físicas que hayan formado la voluntad de aquélla en la concreta actuación u omisión que se pretenda sancionar». También algunas leyes de urbanismo autonómicas contienen previsiones similares. En este sentido destacan, Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, el DL 1/2014, de 8 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears, DL 1/2021, de 18 de junio por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de ordenación de territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana, el Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo y la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias.

¹¹⁸ Dos ejemplos muy claros son Alemania y Austria. La regulación de la responsabilidad administrativa sancionadora de las personas jurídicas en Alemania se recoge en los artículos 30 (responsabilidad por acciones de sus representantes) y 130 de la Ley *OWiG* (responsabilidad por acciones de sus empleados). Dejando a un lado este segundo precepto (*vid. infra* apdo. 2.3 del Capítulo II), el artículo 30 de la Ley *OWiG* recoge la teoría del órgano a la hora de imputar a la persona jurídica las infracciones (y delitos –en Alemania solo existe la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus representantes–) que cometen sus representantes. La norma exige que se trate de una infracción de una obligación que afecte directamente a la persona jurídica (que la norma esté dirigida a ella y se incumpla) o que esa infracción beneficie a la persona jurídica (se entiende que en este caso se excluye la responsabilidad de la persona jurídica cuando la infracción se comete precisamente en perjuicio de la propia persona jurídica). Por otro lado, el artículo 30 de la Ley *OWiG* detalla con bastante precisión qué personas pueden provocar la responsabilidad de la persona jurídica, lo que se conoce como *relevanten Personenkreis* (círculo relevante de personas). Una explicación detallada de este precepto en GÜRTLER, F., und THOMA, A., «§ 30 Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen», cit., pp. 263-285. Por su parte, en Austria existe una ley de responsabilidad de las personas jurídicas (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*) que en este caso sí contempla la responsabilidad penal de estas. En el artículo 3 de la Ley se establecen los requisitos para imputarle la conducta de los representantes (en este caso se habla de *Entscheidungsträgers* que sería algo así como «personas con competencia para tomar decisiones»). En este sentido, el párrafo 2 del artículo 3 establece que «la persona jurídica es responsable por los delitos cometidos por sus representantes cuando este cometa un delito de forma ilícita y culpable». Por supuesto, es necesario que ese delito se cometa en beneficio de la persona jurídica (se establece en el primer párrafo del artículo 3) pero la aplicación de la teoría del órgano es evidente.

4. LA LÍCITA CONVIVENCIA DE DOS MODELOS DE SANCIONES A PERSONAS JURÍDICAS

4.1. La difícil traslación del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas al Derecho administrativo sancionador

Probablemente haya sido la voz autorizada de GÓMEZ TOMILLO la que más ha insistido, al menos recientemente, en la necesidad de que el Derecho administrativo sancionador importe y reproduzca el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas basado en el defecto de organización¹¹⁹. Se parte de una unidad ontológica entre Derecho administrativo sancionador y Derecho penal y en la unidad de principios entre uno y otro sistema para afirmar la necesidad de un modelo único de sanción de las personas jurídicas que, en este caso, tiene que ser el del Derecho penal para evitar incurrir en la responsabilidad objetiva.

Este razonamiento podría ser en parte admisible en los casos en los que los sujetos sancionados son empresas, y, sobre todo, grandes empresas, que es donde principalmente actúa el Derecho penal de la persona jurídica y para el cual originalmente estaba pensado. Es un modelo que podría acoplarse relativamente bien en regímenes sancionadores como el del Derecho de la Competencia pero que difícilmente puede extenderse o generalizarse, como en parte se pretende. Si nos detenemos a reflexionar sobre las razones o los motivos que llevan al Derecho administrativo sancionador y al Derecho penal a sancionar a las personas jurídicas en seguida nos daremos cuenta de las particularidades de uno y otro régimen.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas surge como respuesta a la incapacidad del Estado de intervenir o controlar determinados comportamientos que suceden en el interior de organizaciones especialmente complejas y de importantes dimensiones. Ante la imposibilidad de penetrar en esa «caja negra», el Estado delega en las empresas parte de su intervención; las insta a «autorregularse» mediante instrumentos

¹¹⁹ GÓMEZ TOMILLO, M., «La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento», cit., pp. 57-88, en especial pp. 67-88. El punto de partida del autor es la unidad ontológica entre pena y sanción y por tanto la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas unitario. Este sistema pivotaría sobre la culpabilidad por defecto de organización, para cuya valoración se tendrían en cuenta seis aspectos: (i) el defecto de vigilancia o supervisión, (ii) la acumulación de personas en la comisión de la infracción como indicador del defecto de organización (iii) la existencia o no de instrucciones expresas sobre la comisión de la infracción (iv) las características y rasgos de la persona infractora (v) el carácter doloso o imprudente de la infracción de la persona física y (vi) la existencia de programas de cumplimiento normativo.

como los programas de *compliance* con el fin de detectar y prevenir conductas delictivas. Si no lo hacen, o lo hacen de forma defectuosa, el Estado podrá sancionarlas¹²⁰.

Sin embargo, no todas las personas jurídicas sometidas al Derecho administrativo sancionador son empresas ni todas las empresas tienen la complejidad suficiente para que sea necesaria su «autorregulación». Además, en el Derecho administrativo sancionador también se imponen sanciones a entes sin personalidad, posibilidad que recoge el artículo 28.1 de la LRJSP (siempre que una ley les reconozca capacidad de obrar), cuyo funcionamiento es prácticamente idéntico al de una persona jurídica a los efectos de la atribución de responsabilidades¹²¹. Por ello, parece ilusorio pensar en un defecto de organización o en la implementación efectiva de un programa de *compliance* (salvo que sea un mero maquillaje) en una comunidad de vecinos, en una asociación sencilla o en empresas de pequeñas dimensiones, que por otra parte son las más numerosas en nuestro país. Este tipo de entes caen de lleno en el Derecho administrativo sancionador a la par que están al margen del Derecho penal. La propia Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya advertía de que «el sistema de responsabilidad, tal y como se ha diseñado, con las referencias al elenco de sujetos de la letra a), los deberes de control o los propios modelos de organización y gestión, está ideado fundamentalmente para la mediana y gran empresas, en coherencia con las apuntadas razones de política criminal. Para las pequeñas empresas, las exigencias impuestas en los programas pueden resultar excesivas»¹²². Es cierto, que el Código Penal no excluye la responsabilidad de este tipo de empresas, si bien permite que las funciones del órgano de vigilancia las asuma el órgano de administración

¹²⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?», en ARROYO JIMÉNEZ, L., NIETO MARTÍN, A., (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 197-248, p. 200, GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y Límites de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Tras la Reforma de la LO 1/2015*, cit., pp. 20-23, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., pp. 55-66.

¹²¹ Respecto a los entes sin personalidad, tal y como señala REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», cit., p. 1045, el ordenamiento jurídico personifica ese ente y su responsabilidad funciona como la de la persona jurídica. En términos aún más directos, CANO CAMPOS, T., *Sanciones Administrativas*, cit., p. 110, «si la personalidad jurídica consiste en la cualidad de la que deriva la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y el reconocimiento de capacidad jurídica y de obrar, cuando a tales grupos se les reconoce aquella aptitud y esta capacidad, parece incoherente seguir hablando de que carecen de personalidad por mucho que formalmente no atengan reconocida. Por ello lo coherente es reconocer que realmente la tienen, y, de paso, se salva el escollo de su capacidad de acción y de culpabilidad».

¹²² En la doctrina penal se habla en estos casos de sociedades «inimputables» porque no tienen la complejidad suficiente para desarrollar una culpa propia. Vid. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit. 165-170 y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, cit., pp. 246-248.

de la empresa (artículo 31. Bis 3. del CP), lo que, en el fondo, hace que su responsabilidad se aproxime a la teoría del órgano. No obstante, y en línea con el criterio de la FGE, una reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha absuelto del delito de estafa a una persona jurídica porque presentaba tan poca complejidad que faltaba «el presupuesto para hablar de imputabilidad penal, por inexistencia de capacidad de culpabilidad, ya que, debido a su mínima estructura, no se da la base desde la que conformarla»¹²³. Por lo tanto, la primera dificultad que existe para trasladar el modelo es la imposibilidad de generalizarlo para cualquier ámbito en el que la Administración intervenga.

Por otro lado, el modelo de intervención del Derecho penal y del Derecho administrativo es distinto. En el primero, las personas jurídicas son responsables por no haber adoptado un modelo de organización que hubiera prevenido la comisión de delitos en general dolosos y especialmente graves¹²⁴. Se busca en la persona jurídica un aliado en la represión de tales conductas. Sin embargo, en el Derecho administrativo sancionador precisamente se dota a la Administración de amplias potestades de supervisión e inspección para garantizar el cumplimiento de la normativa en cuestión y se legitima la sanción administrativa por cualquier incumplimiento de dicha normativa¹²⁵. Por ello,

¹²³ STS de 11 de noviembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:4116, FJº5.

¹²⁴ Los recojo a continuación: tráfico ilegal de órganos, trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores, delitos contra la intimidad y allanamiento informático, estafas, delitos de frustración de la ejecución o alzamiento de bienes, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, delitos de descubrimiento y revelación de secretos empresariales, delitos de publicidad engañosa y contra los consumidores, delitos de fraude de inversiones, delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y los de manipulación operativa e informativa en el mercado de valores, delitos de información privilegiada, delitos de corrupción en los negocios, blanqueo de capitales, financiación ilegal de partidos políticos, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, delitos contra el medio ambiente, delitos relativos a radiaciones ionizantes, delitos de riesgos catastróficos y destrucción del ozono, delitos dolosos contra la salud pública que no sean delitos de tráfico de drogas o precursores, tráfico de drogas, falsificación de moneda, falsificación de medios de pago, cohecho, tráfico de influencias, incitación al odio, organizaciones y grupos criminales y financiación del terrorismo.

¹²⁵ Este fenómeno se puede apreciar en sectores intensamente regulados como puede ser el bancario, tal y como recoge PEMÁN GAVÍN, J. M.^a, *Derecho sancionador bancario. El régimen sancionador de las entidades supervisadas por el Banco de España*, cit., pp. 24-25 y 159-165. A ello desde luego que contribuye la posibilidad de tipificar como infracción administrativa autónoma cualquier incumplimiento de la norma (tipificación «indirecta o por remisión»), práctica criticada por la doctrina pero que ha sido admitida por el TC (*vid.* CANO CAMPOS, T., *Sanciones administrativas*, cit. p. 50). Por otro lado, REBOLLO PUIG ha entendido que un criterio que podría ser útil a la hora de justificar el empleo del Derecho administrativo sancionador frente al penal sería el de la administrativización del sector en concreto (*vid.* REBOLLO PUIG, M., «Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: conciliación y conflicto», cit., pp. 66-69). Es decir, si una determinada actividad se encuentra «profundamente administrativizada», entonces la justificación de la sanción administrativa es mayor. Por lo tanto, si el Derecho administrativo sancionador debería estar presente en sectores donde el protagonismo de la Administración es mayor no

parece más sincero afirmar que la persona jurídica es responsable porque es a ella a quien va dirigida la norma; es a la persona jurídica a la que se le imponen requisitos, condiciones y mandatos de cuyo incumplimiento responderá¹²⁶.

En este sentido, la responsabilidad de la persona jurídica sirve para «descargar» a la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora¹²⁷. Cuando se detecta la comisión de una infracción, no se deberá identificar a su autor material, lo que obligaría a tramitar procedimientos sancionadores mucho más largos y costosos (pudiendo disuadir a la Administración incluso de iniciarlos). Esta infracción se puede atribuir directamente a la persona jurídica. Además, no parece lo más adecuado que cualquier Administración,

parece del todo correcto hablar de «autorregulación» porque lo que sucede es precisamente lo contrario, el incremento de la presencia del Estado y no su repliegue o recurso a las empresas en el control de los riesgos. No se debe confundir esto con el retraimiento del Estado como consecuencia del paso de un «Estado prestacional» a un «Estado garante». Precisamente esto contribuye al incremento de la potestad sancionadora de la Administración ya que esta pasa de prestar directamente el servicio a regular las condiciones de dicha prestación por operadores privados (de ahí que se acuñe la expresión *Regulierungsverwaltungsrecht*) garantizando un estándar de calidad mínimo en dicha prestación para lo cual se la dota también de potestades de inspección y, en consecuencia, de sanción. De hecho, los sectores de actividad que la doctrina toma como referencia para describir el fenómeno del Estado garante (las telecomunicaciones, el suministro de energía, el servicio postal o el del ferrocarril) son sectores en los que indudablemente está presente la potestad sancionadora de la Administración. Tomo los ejemplos de MAUER, H., und WALDHOFF, C., *Allgemeines Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2020, p. 8. y sobre las características del Estado garante es indispensable consultar el artículo de ESTEVE PARDO, J., «La Administración garante. Una aproximación», *RAP*, n.º 197, 2015, pp. 11-39, en especial, pp. 20-31.

¹²⁶ GALLARDO CASTILLO, M.J., *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Iustel, Madrid, 2008, p. 208. No creo que haya mucha diferencia entre este modelo y el que penalistas como Adán NIETO MARTÍN han defendido respecto de los límites de intervención entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. El autor citado considera que el Derecho administrativo sancionador debería reservarse para «cuando la empresa incumple las medidas de autorregulación legalmente establecidas» mientras que el Derecho penal interviene cuando ese incumplimiento derive en una lesión dolosa o imprudente del bien jurídico protegido (*vid.* NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., pp. 28-29). A decir verdad, en la práctica el modelo se aproxima a lo que propone Adán NIETO MARTÍN ya que la mayor parte de las infracciones administrativas son de peligro abstracto adelantando la intervención para evitar que se produzca un resultado dañoso. En este caso, son las leyes las que contemplan esas medidas de «autorregulación» o simplemente obligaciones y límites que imponen a las empresas a la hora de desarrollar su actividad y es la Administración la que castiga dicho incumplimiento. Esto se diferencia claramente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya que aquí se pretende que la empresa evite el daño efectivamente producido sobre un bien jurídico determinado. No significa esto que en el Derecho administrativo sancionador la autorregulación no tenga ningún papel, pero esta queda reducida a manifestaciones concretas que en absoluto son generalizables. El ejemplo más característico puede ser el del sector audiovisual donde los operadores aprueban códigos de conducta para el control del contenido que emiten, por lo que podría ser un sector donde, pese a producirse la infracción, el programa de cumplimiento sirva como excusa absoluta. Al respecto, *vid.* DARNACULLETA I GARDELLA, M., «Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias», en ARROYO JIMÉNEZ, L., NIETO MARTÍN, A., (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, cit., pp. 135-165, pp. 162-163.

¹²⁷ Por supuesto que en el ámbito del Derecho penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas también sirve para conseguir un «derecho penal material y procesal más sencillo, menos costoso y lesivo para los ciudadanos» (NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., pp. 48-52). Sin embargo, hay que insistir que en el Derecho penal también se persigue a la persona física. En circunstancias excepcionales en las que no haya sido posible identificar al autor material del delito se puede condenar exclusivamente a la persona jurídica (artículo 31. Ter del CP) pero lo que está claro es que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho administrativo, la responsabilidad de la persona jurídica no sustituye a la de la persona física.

independientemente de su naturaleza o tamaño, tenga que realizar un examen sobre el defecto de organización o la adecuación de un determinado programa de cumplimiento. Si bien sería algo al alcance de las autoridades administrativas independientes o de organismos autónomos tales como la Seguridad Social o la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, serviría para abrir una puerta a la impunidad cuando la sanción provenga de Administraciones menos especializadas. Para el infractor sería tan sencillo como presentar cualquier programa de cumplimiento normativo como elemento de descargo de su responsabilidad, obligando a la Administración a hacer un esfuerzo argumentativo para justificar la imposición de la sanción, con el riesgo de, por falta de medios, recursos o tiempo, recurrir a argumentos estereotipados que probablemente serían censurados mediante un posterior recurso contencioso-administrativo.

En el análisis económico del derecho se ha justificado la responsabilidad de las organizaciones por las actuaciones de sus miembros (responsabilidad vicaria) con argumentos muy próximos a los aquí expuestos. Se argumenta que, en el contexto de las organizaciones empresariales o con cierta complejidad, la responsabilidad por hecho ajeno incita a que se impulsen mayores medidas de prevención dentro de la propia empresa y facilita la reparación íntegra de la víctima. Esta no tendrá que identificar al autor material del daño y además podrá dirigir su acción contra un sujeto en principio más solvente. Como la empresa está en mejor posición para averiguar quien ha cometido tal daño, el ordenamiento jurídico le concede una acción de regreso para depurar aquellas responsabilidades internas que considere necesarias¹²⁸. Se parte de la idea, además, de que el empresario (en sentido amplio) se beneficia de la conducta de sus trabajadores por lo que también debería asumir los riesgos originados por tales conductas; *ubi emolumentum, ibi onus* (donde hay un beneficio hay una carga)¹²⁹.

El modelo anterior es el que actualmente recogen los artículos 1903 y 1904 del Código Civil respecto a la responsabilidad civil del empresario por las conductas de sus trabajadores y la posibilidad de ejercer una acción de regreso. Como creo haber tratado de explicar en los apartados anteriores, este modelo de responsabilidad también es el que

¹²⁸ Para una exposición más detallada sobre el análisis económico del derecho y la responsabilidad por hecho ajeno, *vid.* SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C.I., RUIZ GARCÍA, J.A., RUBÍ PUIG, A. y SALGUERO PIÑEIRO, J., «Respondeat Superior I», *InDret*, n.º 2, 2002, pp. 1-19 y, por supuesto, la clásico obra de Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2007, pp. 188-190.

¹²⁹ Este argumento se ha llegado a emplear para explicar o justificar la responsabilidad de la persona jurídica. *Vid.* HUERGO LORA, A., «Los sujetos responsables de las infracciones en materia de seguridad ciudadana», en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 435-4458, p. 453.

rige para las sanciones a las personas jurídicas (imputación directa y acción de regreso). Esto no significa que se trasladen los principios de la responsabilidad civil al Derecho administrativo sancionador, sino simplemente explica los fundamentos y las ventajas de los sistemas de responsabilidad vicaria, objetiva o por hecho de un tercero (el nombre es lo de menos). Estos están presentes tanto en el Derecho administrativo sancionador como en el Derecho civil y por ello es útil acudir a las explicaciones del análisis económico del Derecho a la hora de entender la lógica que subyace cuando se acude a esta forma de atribución de una responsabilidad (sancionadora o civil)¹³⁰.

Por otro lado, existe un elemento añadido a la hora de justificar la responsabilidad de las personas jurídicas que descansa en el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora y en la construcción de procedimientos más sencillos y ágiles (que en el fondo es uno de los argumentos que tradicionalmente ha justificado la potestad sancionadora de la Administración en general). Esto se deja entrever también en la jurisprudencia constitucional. En la ya citada STC 246/1991, el TC entiende que la responsabilidad de la persona jurídica «deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y **la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz**». De esta forma, ya el TC admite que esa eficacia permite limitar el alcance de los principios de responsabilidad individual y culpa propia y por tanto legitimar las sanciones a las personas jurídicas.

En relación con lo anterior, en los últimos años un sector de la doctrina administrativista ha planteado la necesidad de abordar un estudio del Derecho administrativo sancionador que trate de conciliar las garantías del sujeto infractor, muy importantes, con la defensa de los intereses de la Administración¹³¹. Sin necesidad de asumir íntegramente cada una de las manifestaciones concretas de este planteamiento¹³²,

¹³⁰ Sobre la utilidad del análisis económico del Derecho, *vid.* DOMENÉCH PASCUAL, G., «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *RAP*, n.º 195, 2014, pp. 99-133, pp. 119-124.

¹³¹ Alejandro NIETO representa esta visión y ya en la última edición de su *Derecho administrativo sancionador* señala que «este es, en definitiva, uno de los aspectos más sórdidos del Derecho Administrativo Sancionador y desde luego el que menos preocupa a los analistas: su notoria asimetría, donde una hipersensibilidad hacia la vertiente garantista de los derechos de los infractores convive con una deliberada insensibilidad hacia los intereses públicos, generales y colectivos...». *Vid.* NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit. p. 30 y pp. 561-576. Continuadores de la línea de Alejandro NIETO son PAREJO ALFONSO, L., «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa», *RGDA*, n.º 36, 2014, pp. 1-26, en especial, pp. 8-22 y CASINO RUBIO, M., *El concepto constitucional de sanción*, CEPC, Madrid, 2021, pp. 28-32. En contra de este enfoque se ha posicionado expresamente REBOLLO PUIG, M., «Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: conciliación y conflicto», cit. p. 48.

¹³² Una postura muy sugerente, aunque, no compartida, es la de Luciano PAREJO (*Ibid.* pp. 8-22) sobre la búsqueda de un fundamento propio (una técnica más al servicio de la efectividad de una determinada política pública) de la existencia de sanciones administrativas más allá de la idea del *ius puniendi* del Estado. Por mi parte, asumo íntegramente la «réplica» de REBOLLO PUIG en «Definición y delimitación de

me parece que la explicación de la responsabilidad sancionadora de la persona jurídica se adecúa bien a este enfoque. En el sacrificio del alcance del principio de responsabilidad personal se perjudica claramente a las personas jurídicas en beneficio de la Administración. A esta le otorgamos una potestad de imponer sanciones administrativas de una forma más sencilla, ágil y que garantiza mejor el cumplimiento de la normativa, lo que en el fondo beneficia a todos (salvo a los infractores).

Esto no significa despojar a las personas jurídicas de cualquier garantía. Es necesario que se respeten los trámites del procedimiento administrativo sancionador, que se prueben de forma suficiente los hechos, que no exista una causa de antijuridicidad en su conducta, etc. Por lo tanto, lo único que se limita es el alcance del principio de personalidad de las sanciones para de esta forma garantizar de mejor manera, como se acaba de explicar, el ejercicio de una potestad en defensa de los intereses generales.

4.2. El caso particular de las sanciones a los grupos de empresas.

Ya se ha mencionado que el Código Penal reserva la responsabilidad de la persona jurídica para un núcleo cerrado de delitos que revisten una especial gravedad. Esto ya sería suficiente para justificar una reducción de las garantías con respecto a las sanciones administrativas a las personas jurídicas. Parece exagerado requerir el mismo tratamiento para, por ejemplo, sancionar a una persona jurídica por cualquier infracción leve que para condenarla por un delito de trata de seres humanos o de tráfico de órganos. Es cierto que en ocasiones el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador protegen el mismo bien jurídico, pero en estos casos la intervención del Derecho penal queda

las sanciones administrativas», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, cit., p. 70 (especialmente, en la nota al pie, n.º 70). En síntesis, la sanción administrativa sirve, desde luego, como complemento a esa efectividad de una determinada política pública y ello ya justifica su existencia y su necesidad. Sin embargo, no es necesario negarle su carácter aflictivo y, por lo tanto, diferenciador de otras técnicas de intervención administrativa para afirmar lo anterior. Una cosa es el empleo o la utilidad de las sanciones y otra su régimen jurídico y las garantías anudadas a ellas. Cuestión diferente, añadido, es la intensidad con la que aplican esas garantías, que no necesariamente tiene que la misma como he tratado de explicar, pero eso no quita que la sanción sea, en definitiva, un mal impuesto por la Administración.

reservada para los ataques más intensos a ese bien jurídico lo que hace que las sanciones sean, por coherencia, más graves¹³³.

Sin embargo, hoy en día nos encontramos con multitud de sanciones administrativas de cuantía muy elevada que van dirigidas a grandes empresas. Aquí ya es más cuestionable el argumento anterior, y, además, ya no existen las reservas que antes se expusieron sobre el traslado del modelo penal¹³⁴. Los sujetos sancionados tienen la complejidad suficiente para autoorganizarse y, además, las administraciones que sancionan cuentan con los conocimientos técnicos para evaluar correctamente la licitud y valía de los programas de *compliance*. En este escenario, los argumentos sobre la imposibilidad de trasladar el modelo penal ya no sirven y, por tanto, tienen que ser otros (que en algunos casos podrán ser un añadido con respecto a la teoría general antes expuesta) los que justifiquen un tratamiento diferenciado.

- a) Las diferencias entre las sanciones y las penas a las personas jurídicas con especial referencia a las sanciones a empresas

El primero de los argumentos radica en las diferencias que existen entre sanciones administrativas y penales. A pesar de que, en abstracto, las cuantías pueden ser iguales o superiores, hay argumentos que permiten justificar que, pese a ello, la respuesta penal

¹³³ Recojo aquí el ejemplo que utiliza Alejandro HUERGO LORA por su claridad: mientras que cualquier vulneración de la normativa urbanística puede derivar en una infracción administrativa, solo constituye delito las construcciones o urbanizaciones no autorizables en «suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección» (artículo 319 del Código Penal). *Vid.* HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, cit., p. 157. Esto también supone que la respuesta penal con respecto a las personas jurídicas sea más grave. Así, el artículo 319.4 del Código Penal recoge una pena de multa de 1 a 3 años (lo que supone que la multa más alta podría ser de 5.4 millones de euros, aplicando las reglas de determinación de la pena de multa del artículo 50 del Código Penal) o del doble al cuádruple del beneficio obtenido. Si hacemos un repaso a la legislación urbanística de las CCAA encontraremos que rara vez las multas por infracciones muy graves –que en la mayor parte de los casos serán constitutivas de delito por ir referidas a los mismos espacios protegidos a los que se refiere el artículo 319 del Código Penal– alcanzan el millón de euros (destaca especialmente el artículo 117.1 a) Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León y el 207 c) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid que contemplan sanciones de hasta 3 millones de euros). También en ocasiones se permite incrementar la cuantía de la multa, pero solo hasta el importe del beneficio obtenido –lo que parece casi una invitación a la infracción– pero no superarlo ni tampoco doblarlo, o, incluso, cuadruplicarlo, tal y como recoge el Código Penal.

¹³⁴ Este es un argumento clásico entre los que niegan que deba haber un régimen diferenciado entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. Como en el primero se contemplan sanciones similares o incluso superiores que, en el segundo, no se puede sostener que entre ellos existan diferencias «cualitativas» y por tanto ambos fenómenos deberían ser tratados de forma idéntica. *Vid.* GARCÍA AMADO, J.A., «Sobre el *ius puniendi*, su fundamento, sus manifestaciones y sus límites», *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008, pp. 1-33, pp. 28-29.

sigue siendo más dura y, por tanto, requiere mayores exigencias a la hora de imponer una sanción.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que el importe tan elevado de estas multas trae causa del sistema de cálculo basado en el volumen de negocios del sujeto infractor. Cuanto mayor sea el tamaño de la empresa, mayor será el importe de la multa, lo que en absoluto significa que esta sea disuasoria¹³⁵. Que la multa sea tan alta no significa que la multa sea muy grave, como en ocasiones erróneamente se piensa. En segundo lugar, el Derecho penal cuenta con el respaldo de la pena de prisión a la persona física autora del delito, lo que está absolutamente vedado al Derecho administrativo sancionador (artículo 25.3 de la Constitución Española) y por ello puede resultar necesario que el importe de la multa administrativa sea tan alto¹³⁶. En tercer lugar, es importante tener en cuenta que otras consecuencias o sanciones accesorias a la pena de multa son más graves que las que se contemplan en el Derecho administrativo sancionador. Por ejemplo, la prohibición de contratar o de realizar determinadas actividades tienen plazos de duración de hasta 15 años, cifras desconocidas en el Derecho administrativo sancionador por lo que resulta necesario valorar la respuesta sancionadora en su conjunto y no solo atendiendo a una sanción concreta¹³⁷. Pero sobre todo y más importante, la multa penal a la persona jurídica

¹³⁵ De hecho, muchas veces a pesar de la cuantía de la sanción no se alcanzan la pretendida capacidad de disuasión. Esto se ha puesto de relieve en España con respecto a las sanciones por infracciones del Derecho de la competencia en el informe «Determinantes de la capacidad de disuasión de las sanciones de competencia en España (2015-2019)», elaborado por los consejeros de la CNMC, Dña. Ane Martín, D. Carlos Merino y D. Javier García Verdugo.

¹³⁶ Es cierto que para castigar a la persona jurídica no es necesario identificar al autor material del delito (art. 31. Ter 1 del Código Penal) pero esto en absoluto contradice o matiza mi argumento. Una cosa es que a lo largo del proceso penal no pueda ser identificado el autor material del delito (riesgo evidente en estructuras empresariales complejas) y otra que la existencia de una amenaza como la prisión le pueda disuadir de cometer un delito, que también se atribuirá a la persona jurídica. Es evidente que si la persona física se enfrenta a una pena de prisión tendrá menores incentivos para cometer un delito y, por lo tanto, habrá menos posibilidades de que la persona jurídica resulte también condenada.

¹³⁷ La prohibición de contratar no puede exceder de tres años (artículo 72.6 de la LCSP), aunque hay leyes que prevén plazos más amplios (5 años, la Ley 21/1992 de Industria) pero que no se aproximan a esa cifra de 15. La prohibición de realizar determinadas actividades la encontramos en la Ley del Sector Eléctrico, pero por plazos que no pueden exceder los tres años, o en la LMV, que lo amplía hasta 5 años. En la LOSSEAR el plazo alcanza hasta los 10. Creo que no es necesario entrar a valorar si estas medidas tienen naturaleza sancionadora o no, porque lo que se trata es de comparar la «dureza» de la respuesta que da el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador a las infracciones cometidas por las personas jurídicas. Además, las leyes que cito contemplan tales medidas en el catálogo de sanciones por lo que en principio debería ser suficiente. Es cierto que en la doctrina se discute sobre si tal criterio debería ser definitivo, o, por el contrario, es posible que, aunque la Ley califique a una medida como sanción, si materialmente no lo es, no sea necesario aplicar los principios que a ella se anudan (postura que mantiene CASINO RUBIO, M., *El concepto constitucional de sanción* cit., pp. 39-40). Yo creo que si la Ley califica tales medidas como sanciones (elevando por tanto las garantías del ciudadano) la Administración debe respetarlo. Es cierto, como señala REBOLLO PUIG que hay supuestos extravagantes en algunas Leyes que «obligarían a ir contra la naturaleza de las cosas, obligando a considerar sanción a lo que no pueda serlo

tiene un reproche ético, un estigma social mucho más elevado que la multa administrativa que no deja de ser un mero coste añadido en la actividad empresarial de una compañía¹³⁸. La multa administrativa carece de esas características que son inherentes a la pena, solo por el hecho de ser pena y por estar su castigo reservado a la jurisdicción penal¹³⁹.

Pese a lo anterior, en ocasiones se ha tildado el argumento del reproche social como «débil» y se ha defendido la posibilidad de que una sanción administrativa sea más estigmatizante que la condena penal¹⁴⁰. En abstracto podría admitirse esta crítica; tampoco creo que nadie defienda que cualquier condena penal, por muy leve que sea, es siempre más estigmatizante que cualquier sanción administrativa, por muy severa que sea, o por producirse en sectores especialmente sensibles (como puede ser el tributario)¹⁴¹. Sin embargo, si comparamos fenómenos de una naturaleza similar (como

por faltar sus elementos imprescindibles». El autor menciona los supuestos en los que se califica como sanción el restablecimiento de la legalidad, lo que está claro que es un disparate. Sin embargo, los ejemplos que menciono desde luego que no entran en tal categoría, por lo que, de nuevo siguiendo a REBOLLO PUIG, hay que respetar «el valor de la calificación legal de las medidas» *vid.* REBOLLO PUIG, M., «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», cit., pp. 80-82. También con criterios similares, HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, cit. p. 334. En el campo del Derecho penal no es necesario abordar este debate. El artículo 33.7 del CP las califica como «penas» y la doctrina las entiende así. *Vid.* ROCA DE AGAPITO, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en ONTIVEROS ALONSO, M., (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 371-412.

¹³⁸ HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, cit., pp. 160-162. Ese estigma social diferente también lo reconoce, de forma más genérica, TORNOS MÁS, J., «¿Quién debe ejercer el ius puniendo del Estado?», *REDA*, n.º 161, 2014, pp. 11-16, p. 11. Tomas CANO CAMPOS también alude a ese reproche ético-social para diferenciar la gravedad de la pena y la sanción, y lo argumenta de la siguiente manera: como el Derecho administrativo sancionador se ha extendido a todos los sectores y se acude al Derecho penal como «última ratio», se extiende la concepción de que la pena –cualquiera que sea– es más grave, es un reproche superior, que cualquier sanción administrativa. Como indica el autor, «si las sanciones administrativas no se hubiesen generalizado como lo han hecho y el Derecho penal hubiera sido un mecanismo sancionador de reacción general en todos los sectores [...], seguramente ese reproche ético-social no lo tendrían todas las penas». *Vid.* CANO CAMPOS, T., «El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», en BAUZÁ MARTELL, F.J. (dir.), *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 207-236, pp. 226-227. Una explicación similar la ofrece, SALAT PAISAL, M., *La relación entre Derecho penal y Derecho Administrativo Sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 80-82. No obstante, esa idea del Derecho penal como «última ratio» ha sido criticada por ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», *RAP*, n.º 195, 2014, pp. 135-167, pp. 153-159.

¹³⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Penas y administraciones», en SUAREZ LÓPEZ, J.M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 353-368, pp. 366-367.

¹⁴⁰ REBOLLO PUIG, M., «Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: conciliación y conflicto», cit. p. 63 y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», *RAP*, n.º 208, 2019, pp. 151-178, p. 156.

¹⁴¹ Al respecto es interesante el ejemplo que pone Alejandro HUERGO LORA relativo a la multa que impuso la CNMV a Josep Borrell por utilización de información privilegiada a raíz de la venta de acciones de Abengoa, información que meses más tarde fue traída a colación a raíz de su audiencia en el Parlamento Europeo antes de su nombramiento como Alto Representante de la UE para la Política Exterior y de

aquí se pretende) enseguida se verá como las consecuencias son diferentes¹⁴². En lo que a las empresas se refiere, el legislador es consciente de la gravedad que entraña la mera «pena de banquillo» y por eso ofrece instrumentos a las empresas para evitar cualquier tipo de procesamiento, como son los programas de *compliance*. La condena penal a una empresa puede generarle riesgos reputacionales de difícil reparación, pérdida de clientela, resoluciones contractuales¹⁴³ y, en su caso, una depreciación importante del valor de sus acciones, sobre todo cuando se trata de empresas cotizadas. Sin embargo, el mercado asume con cierta tolerancia las sanciones administrativas a pesar de que en ocasiones estas reflejan una conducta totalmente reprochable. En este sentido, muchas de las empresas más importantes de nuestro país han sido sancionadas por prácticas restrictivas de la competencia sin que esto haya apenas trascendido. De ahí que en ocasiones se reclame la punición de estas conductas con argumentos que inevitablemente no pueden pasar (solo) por la imposición de multas aún más elevadas¹⁴⁴.

Seguridad Común. Con todo, probablemente no hubiera llegado a ese cargo si la conducta hubiera sido castigada como delito y hubiera sido sometido a un proceso penal. *Vid.* HUERGO LORA, A., «La publicación del nombre de los infractores como sanción administrativa (Name and Shame)», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, cit., pp. 93-140, p. 102.

¹⁴² Creo que es el error en el que se cae muchas veces cuando se trata de comparar el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. Se ofrecen ejemplos descontextualizados: una sanción millonaria frente a una mera condena penal por un delito leve, sin tener en cuenta la infracción concreta, el bien jurídico que se pretende proteger o el tipo de infractor (empresa o persona física, y con respecto a las primeras, los diferentes tipos de empresas). Me parece que en este error cae DELLIS, G., *Droit Pénal et Droit Administratif. L'influence des principes du Droit Pénal sur le Droit Administratif Répressif*, L.G.D.J., Paris, 1997, pp. 54-55 cuando cuestiona el argumento del estigma social.

¹⁴³ Es frecuente que las empresas de cierto tamaño publiquen documentos relacionados con una serie de principios que exigen a sus proveedores. Estos documentos pueden incorporarse a los contratos como un anexo, convirtiéndose así en parte del contrato y en causa de resolución en caso de su incumplimiento. Por ejemplo, en el documento que publica el Banco Santander se puede apreciar cómo se previene a sus proveedores de cometer delitos relacionados con el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo, la corrupción en los negocios y «otros delitos graves». Se puede consultar en: <https://www.santander.com/es/nuestro-compromiso/politicas>

¹⁴⁴ Al respecto, *vid.* FONSECA FORTES-FURTADO, R., *Carteles de núcleo duro y Derecho penal. ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?*, Editor B de F, Montevideo, 2017, *passim*. De hecho, la misma autora en una publicación posterior ha defendido que, tras la reforma del artículo 284.1 CP (maquinaciones para alterar el precio de las cosas) operada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, y la introducción en el propio CP de la figura de los programas de clemencia para las personas físicas que llevó a cabo la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, las conductas colusorias pueden ser perseguidas penalmente. *Vid.* FONSECA FORTES-FURTADO, R., «Cárteles duros y Derecho penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España», *Indret*, n.º 2, 2023, pp. 292-324, pp. 307-314. No obstante, aunque el artículo 288. 2º del CP contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de un delito previsto en el artículo 284, en mi opinión, bajo la regulación actual, no es posible declarar responsable penal a las personas jurídicas en los casos de cárteles. Esta criminalización de los cárteles se confirmó en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2022 que, como consecuencia de las obligaciones de la Directiva ECN+, introdujo los programas de clemencia para personas físicas. Pero esa reforma no incorporó tal posibilidad de clemencia para las personas jurídicas ni la responsabilidad de la matriz por las infracciones de la filial ni tampoco el cálculo de la multa a partir del volumen de negocios, exigencias que también imponía la Directiva ECN+ y que en la actualidad se recogen, exclusivamente, en la LDC.

Esta cuestión se enmarca en un debate clásico acerca de las diferencias entre las penas y las sanciones administrativas. *A priori*, podría parecer que las diferencias son irreconciliables: mientras un sector de la doctrina defiende la existencia de diferencias cualitativas entre las penas y las sanciones administrativas¹⁴⁵, un segundo grupo niega categóricamente tal distinción y considera que la pena y la sanción administrativa son manifestaciones de un mismo fenómeno, que es el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado¹⁴⁶, postura que también está en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional¹⁴⁷. Sin embargo, creo que existe un nexo común y es la admisión de una rebaja de las garantías en función del castigo al que se enfrente el sujeto infractor¹⁴⁸. Si llevamos esto al ejemplo de las sanciones a las personas jurídicas encontraremos un argumento sólido para defender la existencia de dos modelos de atribución de responsabilidades. Pero la comparación no se puede hacer solo o exclusivamente desde el punto de vista de la cuantía porque la pena y todo lo que a su imposición la rodea tiene un componente estigmatizante que en ningún caso presenta una mera sanción

¹⁴⁵ Han defendido la existencia de diferencias cualitativas entre las penas y las sanciones administrativas HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, cit., pp. 156-165, CANO CAMPOS, T., *Las sanciones de tráfico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 47-52, PAREJO ALFONSO, L., «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa», cit., p. 12. En la doctrina penal se han manifestado como partidarios de esta idea CID MOLINÉ, J., «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», *RAP*, n.º 140, 1996, pp. 131-171, LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., «Penas y administraciones», cit., pp. 353-368, y SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 165-182.

¹⁴⁶ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», cit., pp. 140-148.

¹⁴⁷ Son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se defiende la tesis de la unidad del *ius puniendi* que indudablemente lleva a afirmar la identidad entre penas y sanciones, como manifestaciones de un mismo fenómeno. Es una jurisprudencia que se inició con la pionera STC 18/1981 de 8 de julio, que se ha mantenido a lo largo del periodo de vida de nuestro TC y que como era de esperar ha llegado a pronunciamientos más recientes (STC 133/2018, de 13 de diciembre). Como excepción, se debe mencionar el voto particular de los magistrados CRUZ VILLALÓN y CASAS BAAMONDE en la STC 177/1999, de 11 de octubre en la que contundentemente afirman que las dos potestades sancionadoras que existen en nuestro Estado de Derecho «son distintas cualitativamente». Es interesante, tal y como señala HUERGO LORA (*Las sanciones administrativas*, cit., pp. 34-35), que la tesis que los magistrados firmantes del voto particular (que la previa imposición de una sanción administrativa no impida la posterior imposición de una sanción penal) fue asumida años más tarde por el propio TC (STC 2/2003). Esto lleva a HUERGO LORA a afirmar que los tribunales, a pesar de afirmarla, «a la hora de la verdad abandonan la tesis de la identidad».

¹⁴⁸ La propia Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, que, con poderosos argumentos, defiende la unidad ontológica entre sanciones y penas, admite que esto no significa que se tengan que equiparar las garantías materiales y procesales (cuestión sobre la que es de obligada consulta la monografía de su tesis doctoral, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2007). La presencia de una Administración y no de un juez ya supone un cambio muy importante a lo que se le suma, como señala la autora recogiendo las palabras de su maestro, el profesor REBOLLO PUIG, que el Derecho administrativo sancionador es Derecho administrativo. Al respecto, *vid.* ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», cit., pp. 146-147 y p. 162.

administrativa. Para mí esto la hace cualitativamente diferente. Incluso sin necesidad de llegar a este extremo, creo que en la valoración de la gravedad y la severidad del castigo es un factor muy importante para tener en cuenta.

b) El principio (y no regla) de responsabilidad personal y su relación con las empresas

En el ejercicio de los poderes punitivos conviven una serie de reglas y principios por todos conocidos. Existen reglas (la prohibición de retroactividad, por ejemplo) que se cumplen o no¹⁴⁹. Pero existen principios (el de responsabilidad personal) que admiten diversos grados de cumplimiento en función de otros intereses o principios merecedores también de protección¹⁵⁰. Como se tratan de principios, esto es, mandatos de optimización, «ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes»¹⁵¹.

En este sentido, son conocidas las propuestas que desde el Derecho penal se han utilizado para justificar una aplicación matizada de estos principios, no ya al Derecho administrativo sancionador, sino al propio Derecho penal. Ha sido SILVA SÁNCHEZ quien

¹⁴⁹ HUERGO LORA utiliza el ejemplo de la irretroactividad de la ley penal o sancionadora como regla (y no principio) del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Sin embargo, el autor descarta la utilización del término principio para hablar de estas garantías que presiden el ejercicio de la potestad sancionadora y prefiere, por su naturaleza, el concepto de «regla» (*vid.* HUERGO LORA, A., «La europeización del derecho administrativo sancionador» cit. p. 570). Como digo, la irretroactividad es una regla, pero en mi opinión esta convive con otros principios como el de tipicidad. Lo explica, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Ibid.*, p. 362. El ejemplo que utiliza a raíz del principio de tipicidad me parece gráfico: «no se trata de preguntarnos si un determinado precepto es determinado o indeterminado (regla) sino de preguntarnos cuán determinado es, cuán respetuoso es con ese mandato de determinación. Sucede también que el nivel de determinación puede ser intolerablemente bajo, que no supere un cierto mínimo de precisión. Es entonces cuando afirmamos que el precepto es contrario al principio – y por ello que es inconstitucional–».

¹⁵⁰ Expone esta tesis, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Penas y administraciones», cit., pp. 360-366, encuadrando en la categoría de principio a la responsabilidad personal. Es cierta y la comparto plenamente la advertencia que hace REBOLLO PUIG sobre la tendencia doctrinal «peligrosa» de ver «abusivamente esos mandatos de optimización por doquier» que puede desnaturalizar por completo el significado de una norma (REBOLLO PUIG, M., «Los principios generales del Derecho», en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (dir.), *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 1522-1583, p. 1540). Pero en este caso, en mi opinión, el concepto de mandato de optimización me parece la única forma de explicar y legitimar la responsabilidad personal de las personas jurídicas. Si esa responsabilidad personal fuese una «regla», sería tan amplia que probablemente se acabaría desfigurando: ¿cómo explicamos, entonces, que la imputación de una conducta a un patrimonio ajeno respeta la «regla» de la responsabilidad personal? ¿Por qué esa regla, en el Derecho penal, tuvo siempre un contenido claro (*societas delinquere non potest*) y un mero cambio legislativo alteró completamente su contenido? La necesidad de un sistema de sanciones (o de penas) más eficaz permite esa matización o modulación del principio, pero, en ningún caso, su reducción a cero (no se imputa la infracción de cualquier sujeto sino de uno que se integra en la persona jurídica). Siempre hay, creo, un contenido mínimo en esos principios.

¹⁵¹ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdés), CEPC, Madrid, 2001, pp. 82-87.

ha defendido la coexistencia de un «Derecho penal de dos velocidades», esto es, un Derecho penal muy garantista en el que se sanciona con pena de prisión a las personas físicas y un Derecho penal menos garantista que en consecuencia prevé castigos más leves (fundamentalmente económicos) para los infractores¹⁵².

En este juego de los principios entra de lleno el Derecho administrativo sancionador¹⁵³. Se parte de que en un Estado de Derecho la sanción más grave, esto es, la privación de libertad la tiene que imponer única y exclusivamente un juez (reserva de jurisdicción), tal y como proclama el artículo 25.3 de la CE¹⁵⁴. Una vez que se excluye a

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 113-166.

¹⁵³ Así lo reconoce el propio autor cuando específicamente señala que la construcción de un Derecho penal «menos garantista» sigue el mismo esquema que ha permitido justificar la propia existencia de un Derecho administrativo sancionador. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Ibid.*, p. 153.

¹⁵⁴ En realidad, creo que es correcto afirmar que en relación con el Derecho administrativo sancionador existen dos tipos de reservas de jurisdicción. Una absoluta, inquebrantable, localizada en el artículo 25.3 de la CE, vinculada con la pena privativa de libertad (y por tanto, una reserva a los jueces de enjuiciar las conductas más graves, en virtud de ese derecho a la «protección penal» que alguna doctrina con amplio fundamento, ha querido extender a aquellas infracciones en las que se restrinja el ejercicio de un derecho fundamental, como las contenidas en la legislación audiovisual –y cada vez en más leyes– en relación con determinadas expresiones o discursos. *Vid.* HUERGO LORA, A., «El régimen sancionador en la Ley General de la Comunicación Audiovisual», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Derecho de la regulación económica. V. Audiovisual*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 603-619 o GARCÍA MAJADO, P., *De las inmunidades del poder a la inmunidad del sistema jurídico y sus patologías*, CEPC, 2022, pp. 190-95) y una reserva relativa, recogida en el artículo 117.3 de la CE, fácilmente «derrotable», siempre y cuando se justifique la existencia de un interés general que legitime la intervención de la Administración. En este sentido, en un Estado de Derecho, digamos, «ideal», donde opere una separación de poderes completa, la reserva de jurisdicción vedaría cualquier posibilidad de imponer castigos por parte de las Administraciones. Lo ha afirmado tempranamente el TC en la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre: «No cabe duda de que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración». Sin embargo, se puede afirmar, *grosso modo*, que esta forma de entender la reserva de jurisdicción vinculada a un contenido material concreto (lo propio de los jueces) no es la que ha acogido la jurisprudencia de nuestro TC ni la doctrina académica (Sobre esta cuestión, *vid.* REQUEJO PAGÉS, J.L., *Jurisdicción e independencia judicial*, CEPC, Madrid, 1989, pp. 67-93. No obstante, contrario a esta postura, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III: Los principios de constitucionalidad y legalidad*, BOE, Madrid, 2015, pp. 95-99, que ya previamente había criticado la jurisprudencia del TC en *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, pp. 115-128). La reserva de jurisdicción equivale a la potestad de decidir con carácter definitivo un asunto, no a tomar cualquier decisión sobre él. Por ello es lícita la imposición de sanciones administrativas (además de porque lo avala la propia Constitución, como recalca MESTRE DELGADO, J.F., «La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 3, cit., pp. 2493-2528, p. 2495) o la resolución de la Administración de conflictos *interprivatos* (tal y como estudió HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, pp. 260-268). Sin embargo, esto no supone dar «carta blanca» al legislador, lo que se traduciría en que cualquier asunto puede ser resuelto por la Administración siempre y cuando esa decisión pueda ser posteriormente fiscalizada por los tribunales, en este caso, los de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto no es lo que se pretende cuando el artículo 117.3 de la CE atribuye en exclusiva a los jueces la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado. Por ello, esa limitación de la reserva de jurisdicción tendrá que estar justificada por la existencia de un interés público que permita a la Administración intervenir en el asunto concreto. Por eso, algunos autores afirman que lo que verdaderamente se debe justificar, a la hora de elegir entre Derecho penal y Derecho administrativo

la Administración de la imposición de las penas privativas de libertad, donde las garantías tienen que ser máximas, esta se moverá en un terreno mucho más flexible (más, aún, que ese Derecho penal de segunda velocidad, que, por el hecho de ser penal, y, por tanto, por quedar reservado el castigo a los jueces ya comporta un *plus* de garantías). Así, ni el principio de legalidad (se admite con mayor naturalidad la colaboración reglamentaria, hasta tal punto que se encuentra ya recogida en la LRJSP), ni el principio de tipicidad (licitud de la tipificación indirecta o por remisión) ni el de culpabilidad¹⁵⁵ (recordemos los supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria o la cantidad de casos en los que se justifica de una forma un tanto dudosa la responsabilidad por la *culpa in diligendo* o *in vigilando*) son llevados a su máxima expresión en el Derecho administrativo sancionador¹⁵⁶. Es en este contexto en el que se produce la rebaja del principio de personalidad de las sanciones, como algo *normal* y *propio* del Derecho administrativo sancionador.

Cuando el legislador introduce la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas está realizando una ponderación entre el principio de personalidad de las sanciones y el de eficacia en el ejercicio de una potestad, en este caso la sancionadora¹⁵⁷. El legislador reduce el primero para impulsar al segundo. Lo complicado será encontrar, entonces, ese punto medio que haga que las sanciones administrativas no caigan ni en un

sancionador, una vez acreditada la necesidad del castigo, es el recurso a este último, por ser una modulación de la reserva de jurisdicción. *Vid.* REBOLLO PUIG, M., «Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: conciliación y conflicto», cit., pp. 54-56 y de forma más amplia, RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», pp. 164-168. Sin embargo, no comparto las conclusiones de este último autor que restringe el campo de actuación de las sanciones administrativas a la protección de bienes jurídicos colectivos, por vincularlos con el interés general que justifica la intervención administrativa. Ya se ha visto que también puede existir un interés general en la resolución de conflictos *inter partes* (actividad arbitral), entre otras cosas, por cuestiones de eficacia, que además es uno de los motivos que justifica la propia existencia del Derecho administrativo sancionador y la quiebra del principio de reserva de jurisdicción (la propia STC 77/1983).

¹⁵⁵ Esto lo ha admitido hasta el propio TS en la STS de 25 de mayo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2114 en la que afirma que «la vigencia del principio de culpabilidad en las sanciones administrativas no es tan intensa como en la sanción penal ya que puede ser matizada la reprochabilidad del infractor». Se trataba de la sanción impuesta por la Junta Electoral Central al presidente del Gobierno, en funciones en aquel momento, por la difusión en una web institucional de una entrevista realizada en periodo electoral en una televisión privada desde el Palacio de la Moncloa. El TS no ve una quiebra del principio de culpabilidad ya que, como se puede observar, este opera de forma más relajada en el Derecho administrativo sancionador, justificando en este caso una *culpa in vigilando* del titular de la Presidencia del Gobierno.

¹⁵⁶ *Vid.* CID MOLINÉ, J., «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», cit., pp. 151-161, que además entiende que la introducción de la responsabilidad de la persona jurídica es una excepción constitucionalmente admisible al principio de culpabilidad.

¹⁵⁷ Recoge esta idea LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Penas y administraciones», cit. p. 362. Sobre la ponderación del legislador, *vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 58-63.

«garantismo paralizante» ni en un «eficacismo indecente»¹⁵⁸. Por el momento se puede afirmar que los resultados son en general positivos¹⁵⁹; también para las personas jurídicas. En esta ponderación de principios también se debe tener en cuenta la configuración constitucional del principio de personalidad de las sanciones, y, por extensión, del principio de culpabilidad¹⁶⁰. La Constitución Española no hace mención del principio de culpabilidad en ninguno de sus artículos. Sin embargo, lejos de negar su vigencia, el propio TC ha reconocido que es un «principio estructural básico» de nuestro sistema sancionador, también del administrativo¹⁶¹, el cual se deriva del principio de legalidad penal, este sí reconocido ya en el artículo 25.1 de la CE (lo que parece un tanto excesivo, aunque probablemente se justifique como vía para facilitar el acceso al recurso de amparo) y como manifestación del principio de dignidad de la persona recogido en el artículo 10.1 de la CE¹⁶². También la doctrina vincula esa dignidad con el principio de culpabilidad y de personalidad de las sanciones y penas¹⁶³. Así, se entiende que se produciría un grave ataque al individuo, a su autonomía como persona, si se permitiese un castigo por conductas ajenas a su comportamiento¹⁶⁴. Sin embargo, si de personas jurídicas se trata, es evidente que desaparece cualquier atisbo de «dignidad»¹⁶⁵ sobre todo

¹⁵⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Ibid.*, p. 368.

¹⁵⁹ Lo ha señalado Alejandro NIETO, que reclama el restablecimiento del «equilibrio perdido». *Vid.* NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 34.

¹⁶⁰ Ha insistido mucho sobre esta cuestión Alejandro NIETO para deslizar la posibilidad de la constitucionalidad de un Derecho administrativo sancionador en el que se admita, en ciertos casos, la responsabilidad objetiva y en la que se busque «responsables y no autores». Me parece que tiene parte de razón cuando critica que se hable de culpabilidad en instituciones como la responsabilidad de la persona jurídica o la figura del garante unido a la *culpa in vigilando*. Sin embargo, me convencen más las explicaciones que admiten la existencia constitucional de dicho principio (a pesar del silencio constitucional) y sus posibles modulaciones en función de la sanción a imponer. *Vid.* NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 324-326.

¹⁶¹ STC 74/2022 de 28 de junio, FJ 3º o 51/2021, de 15 de marzo, FJ 5º.

¹⁶² STC 59/2008 de 14 de mayo, FJ 11ºb, STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 3º, STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 5ºa y STC 51/2021, de 15 de marzo, FJ 5º.

¹⁶³ DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, p. 54, y de la misma autora, «Principio de culpabilidad: definición y aplicación a las personas físicas», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, cit., pp. 702-721, p. 704, NIETO MARTÍN, A., «Culpabilidad y Constitución», *Derecho & Sociedad*, n.º 32, 2009, pp. 215-227, pp. 218-221, HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, cit. p. 207, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2015 (10ª Edición a cargo de GÓMEZ MARTÍN, V.), pp. 123-125. REBOLLO PUIG deslinda el principio de responsabilidad personal del de culpabilidad—si se entiende este en un sentido estricto del término— pero también vincula al primero con la dignidad humana. *Vid.* REBOLLO PUIG, M., «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», cit., pp. 847-848.

¹⁶⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «¿Qué principios?», en BASSO, G. (coord.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM servicio de publicaciones, Madrid, 2019, pp. 181-195, pp. 188-190.

¹⁶⁵ En este sentido, de nuevo, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., p. 117. De hecho, la falta de dignidad es un argumento tradicional para negar a estos entes la capacidad de ser titulares de derechos fundamentales, aunque el Tribunal Constitucional sí se

cuando se trata de sociedades mercantiles y, más aún, cuando tales sociedades forman parte de conglomerados mucho más grandes en los que los socios de la matriz cambian constantemente por su presencia en el mercado bursátil¹⁶⁶.

Este enfoque lo ha asumido el TJ a la hora de analizar la extensión y límites del derecho a la no autoincriminación, que también tiene una vinculación directa, de nuevo, con la dignidad del individuo. Tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, la jurisprudencia del TEDH y la del TJ han dado un alcance distinto al derecho a la no autoincriminación¹⁶⁷. En una reciente Sentencia del TJ (STJ de 2 de febrero de 2021, Consob, C- 481/19, ECLI:EU:C:2021:84) ya el propio TC llega a admitir estas diferencias. El caso versaba sobre la sanción del Consob (autoridad italiana reguladora del mercado de valores) a un individuo por su falta de cooperación en un procedimiento administrativo sancionador seguido contra él mismo por un uso indebido de información privilegiada. En el marco del procedimiento, el Consob le convocó a una «audiencia»

los ha reconocido. Lo apuntan GÓMEZ MONTORO, A.J., «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», *REDC*, n.º 65, 2002, pp. 49-105, p. 65 y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 25, y pp. 50-51. Como señala la autora, esta perspectiva está muy vinculada con esa primera concepción liberal de los derechos fundamentales.

¹⁶⁶ Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR en la introducción de su monografía, *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración Pública*, cit., p. 25, señala el aumento de una corriente en Estados Unidos contraria a reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas como reacción a algunas sentencias del Tribunal Supremo estadounidense que reconocían derechos tales como la libertad de expresión o la libertad religiosa a grandes corporaciones mercantiles. En nuestro país, se han mostrado partidarios de negar este reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas, MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., «En contra del reconocimiento de derechos humanos corporativos en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J., y CUERDO MIR, M., (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 387-404 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Las personas jurídicas no tienen derechos fundamentales: de ninguna clase (i)», *Almacén del Derecho* (blog), disponible en: <https://almacendederecho.org/las-personas-juridicas-no-tienen-derechos-fundamentales-de-ninguna-clase> (consultado el 23/08/2023).

¹⁶⁷ El TEDH entiende que este derecho comprende el derecho del acusado a no entregar información o documentos que directamente le incriminen y a negarse a contestar cualquier pregunta que en el curso del procedimiento sancionador o penal le formule la autoridad correspondiente. Por el contrario, el TJ ha desarrollado una jurisprudencia mucho más restrictiva a raíz de las sanciones que la Comisión Europea impone a las empresas en materia de competencia. En este caso, estas tienen la obligación de aportar cualquier documento que le solicite la Comisión incluso cuando estos documentos prueben la existencia de una infracción, y en lo que se refiere al derecho a guardar silencio, tan solo se limita a aquellas preguntas que directamente incriminen a la empresa, pero no a las que se refieran a cuestiones de hecho. Para un análisis en profundidad de esta cuestión, *vid.* NIETO MARTÍN, A., «Nemo tenetur se ipsum accusare «en el derecho penal económico europeo», en NIETO MARTÍN, A., DÍEZ PICAZO, L.M. (dirs.), *Los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Europeo*, pp. 397-418, pp. 402-409, y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo, en particular, la garantía de no autoincriminación de las empresas en competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, cit., pp. 99-154. El *leading case* es la STJ de 18 de octubre de 1989, Orkem, C-347/87, ECLI:EU:C:1989:387 apartado 34. Las mismas conclusiones se reproducen, con cita de otras sentencias en la STJ de 2 de enero de 2021, Consob, C-481/19, cit., apartado 46. En lo que se refiere al TEDH, es importante, entre otras, la STEDH de 17 de diciembre de 1996, Saunders, c. Reino Unido.

para realizarle una serie de preguntas a las que se negó a contestar, lo que motivó la imposición de una multa de 50.000 euros y de una sanción accesoria de pérdida temporal de la «honorabilidad» durante 18 meses. El sancionado recurre y la cuestión llega hasta la *Corte Costituzionale* que, en síntesis, plantea al TJ si la sanción es compatible con los artículos 47 y 48 de la CDFUE teniendo presente ese alcance diferente del derecho a guardar silencio para el TJ y el TEDH. Para el TJ, este derecho solo alcanza a aquellas preguntas incriminatorias por lo que si las preguntas se refieren a «hechos» (fechas, lugares, personas), la persona investigada ya no puede negarse a contestar¹⁶⁸. De esta forma, la sanción en este caso no vulneraría la CDFUE. Sin embargo, para el TEDH el derecho a guardar silencio es absoluto, es decir, comprende también esas cuestiones de hecho¹⁶⁹.

El motivo de esta diferencia, tal y como apunta Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, son los sujetos involucrados en un caso y en otro: mientras que el TEDH ha construido su jurisprudencia sobre la base de sanciones— en muchos casos privativas de libertad— a personas físicas, el TJ lo ha hecho a partir de las sanciones de competencia de la Comisión Europea a grandes grupos multinacionales¹⁷⁰. Tal es así, que el propio TJ admite en esta sentencia que el alcance del derecho a guardar silencio no puede ser idéntico cuando se trata de personas física y jurídicas¹⁷¹. En consecuencia, aclara que la Directiva y el Reglamento sobre abuso de mercado permiten a los Estados miembros no sancionar a una «persona física» que se niegue a declarar en el marco de una investigación contra ella misma por infracciones de dicha normativa. El Tribunal no da mayores explicaciones de este matiz entre personas jurídicas y personas físicas, pero el AG en sus conclusiones fundamenta las diferencias en el «componente de la dignidad humana», que no permite extrapolar «tal cual» el derecho a no declarar a las personas jurídicas¹⁷².

¹⁶⁸ STJ de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, C-238/99 P, ECLI:EU:C:2002:582, apartado 273. Explica esta diferencia NIETO MARTÍN, A., «Nemo tenetur se ipsum accusare «en el derecho penal económico europeo», cit. p. 408.

¹⁶⁹ STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Saunders c. Reino Unido* y de 19 de marzo 2015, *Corbel y otros c. Francia*.

¹⁷⁰ *Vid.* ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo, en particular, la garantía de no autoincriminación de las empresas en competencia», cit., pp. 138-144.

¹⁷¹ «Por otra parte, como indica el propio órgano jurisdiccional remitente, la jurisprudencia recordada en los dos apartados anteriores de la presente sentencia se refiere a los procedimientos que pueden dar lugar a la imposición de sanciones a empresas y asociaciones de empresas. **No puede aplicarse por analogía cuando se trata de determinar el alcance del derecho a guardar silencio de personas físicas...**». STUE de 2 de febrero de 2021, *Consob*, C- 481/19, cit., párrafo 48.

¹⁷² «El respeto de la persona y de su libre determinación, mediante la prevención de la presión ejercida por las autoridades sobre la formación de su voluntad, constituye el núcleo de los fines perseguidos por el

Es cierto, no obstante, que nuestro TC ha reconocido a estos entes derechos que también están íntimamente conectados con el individuo, con su personalidad, como puede ser el derecho al domicilio constitucionalmente protegido¹⁷³ o el derecho al honor¹⁷⁴. Y también lo es que no ha distinguido en función del tipo de persona jurídica involucrada a la hora de reconocer esos derechos¹⁷⁵, pese a que la Constitución reconoce el derecho de asociación como un derecho fundamental y prohíbe a la Administración decretar su disolución (artículo 22.4 de la CE), lo que sería perfectamente posible en el caso de sociedades mercantiles¹⁷⁶. Sin embargo, el problema no está en el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas (como también lo hace el TJ con el derecho a no declarar contra sí mismo), el problema está en la extensión y en el contenido, que por faltar ese elemento de personalidad—particularmente en las empresas— tiene que ser menor¹⁷⁷.

derecho a guardar silencio tal como lo contempla el TEDH. En este sentido, dicho órgano jurisdiccional entiende el derecho en cuestión como un componente de la dignidad humana, como observó acertadamente el Juez Martens en su voto particular emitido en la sentencia Saunders c. Reino Unido, el cual precisa que el TEDH parece haberse adherido al punto de vista según el cual “el respeto de la dignidad y de la libertad de las personas exige que todo sospechoso tenga plena libertad para decidir sobre la actitud que debe adoptar frente a las acusaciones formuladas en su contra”. (63) (64) En estas circunstancias, el alcance atribuido al derecho a guardar silencio por esta jurisprudencia no parece extrapolable, tal cual, a las personas jurídicas». (Conclusiones del AG Sr. Priit Pikamäe de 27 de octubre de 2020, ECLI:EU:C:2020:861, párrafo 99).

¹⁷³ STC 137/1985, de 17 de octubre y STC 54/2015, de 16 de marzo, entre otras.

¹⁷⁴ STC 139/1995, de 26 de septiembre.

¹⁷⁵ Recojo esta idea de ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración*, cit., pp. 113-127. La autora cita como excepción el derecho fundamental de asociación del artículo 22.1 que únicamente se reconoce a las asociaciones en sentido estricto, excluyendo a otras personas jurídicas como las sociedades mercantiles. También se muestra crítica con esta jurisprudencia expansiva de la titularidad de los derechos fundamentales, cuestionando abiertamente que haya que reconocer la titularidad de esos derechos cuando se trata de sociedades mercantiles abiertas sin un componente mínimamente personal. A lo sumo, admite la titularidad en función de la actividad a la que se dediquen. Por ejemplo, el derecho a la libertad de enseñanza cuando su actividad mercantil esté relacionada con la educación privada. Por otro lado, en el trabajo también se menciona, como excepción casi anecdótica, la STC 117/1998, de 2 de junio relacionada con el derecho de defensa (p. 102). Sin embargo, la sentencia no tiene un gran valor ya que el asunto trataba sobre la exclusión a las personas jurídicas del beneficio de la asistencia jurídica gratuita (salvo a las asociaciones de utilidad pública y a las fundaciones) y admite la constitucionalidad principalmente por el gran margen que tiene el legislador a la hora de configurar este Derecho y por las diferencias que existen (y esto quizá sí sea más interesante) entre las personas físicas y las personas jurídicas, a las cuales se podrá excluir del beneficio de la asistencia jurídica gratuita ya que la necesidad de garantizar un «nivel mínimo de subsistencia personal o familiar». a lo que va anudado la asistencia jurídica gratuita, es únicamente predicable sobre las personas físicas. Solo al final hace referencia a las diferencias de las sociedades mercantiles con respecto a los otros tipos de personas jurídicas, pero parece que lo hace más como *obiter dictum* y sin que el hecho de que fuese una asociación singular la que hubiera interpuesto el amparo hubiera cambiado el sentido del recurso.

¹⁷⁶ REBOLLO PUIG, M., «El contenido de las sanciones administrativas», *Justicia Administrativa*, n.º Extra 1, 2001, pp. 151-206, p. 158.

¹⁷⁷ Lo afirma, de nuevo, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración*, cit., p. 123. Sin embargo, erróneamente, a veces no sucede así tal y como pone de manifiesto de nuevo ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *Ibid.*, p. 3 en relación con la

c) Las peculiaridades de las sanciones pecuniarias

El principio de personalidad de las sanciones también se aplica, como es lógico, a las sanciones de multa en la medida en que no se puede sancionar a un sujeto por una infracción que ha cometido otra persona. Sin embargo, una vez que esa multa se impone, su carácter de deuda pecuniaria provoca que no sea tan importante la persona que termine pagando esa multa. De esta forma, se admite el pago de un tercero del importe de esa multa o que ese tercero done el importe correspondiente al infractor. Por ello, el principio de personalidad de las sanciones vuelve a tener una aplicación menos intensa que en otro tipo de sanciones y penas. Si no fuese así, al igual que una persona no puede cumplir la pena de prisión por otra, tampoco podría contribuir al pago de una multa ajena¹⁷⁸.

Otros elementos que confirman este planteamiento son la admisión del apremio sobre bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales para el cobro de una multa, independientemente de que uno solo de los cónyuges haya sido el sancionado (incluso cuando la titularidad de la cuenta pertenece al otro cónyuge, como sucedía en la STC 36/2000, de 14 de febrero¹⁷⁹) o la responsabilidad solidaria de las multas, que actualmente se enuncia en el artículo 28.3 de la LRJSP¹⁸⁰. En este sentido, el TC en la STC 76/1990,

jurisprudencia de la Sala Tercera del TS sobre los requisitos impuestos a la inspección tributaria para autorizar la entrada en domicilios de sociedades mercantiles (STS de 10 de octubre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:3286, y STS de 1 de octubre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3023). Creo que en esta jurisprudencia ha calado una línea de argumentación, a mi modo de ver errónea, que entiende que en el castigo a las personas jurídicas y a las personas físicas no puede haber ningún tipo de rebaja de garantías y que estas tienen que operar con la misma intensidad y contenido; línea de argumentación presente en alguna doctrina (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., p. 271 y en referencia al derecho a no declarar contra sí mismo, PICÓN ARRANZ, A., «El derecho a la no autoincriminación en el procedimiento administrativo sancionador: un estudio a la luz de la jurisprudencia del TJUE», *Revista de Estudios Europeos*, vol.79, 2022 pp. 367-388, p. 384), y que también recoge (al menos formalmente) la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS de 16 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:966, FJ 8º).

¹⁷⁸ No obstante, COCA VILA, I., «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 448 del CP)», cit., p. 47. propone que el pago de la multa por un tercero sea considerado como delito de quebrantamiento de condena, para darle a la multa un carácter de pena «personal» (p. 47). Sin embargo, parece un propósito difícil de cumplir. De hecho, en el Derecho administrativo sancionador se ha ido en la dirección contraria, como ahora se destacará.

¹⁷⁹ Esta posibilidad ha vuelto a ser confirmada en la SAP de Logroño, de 30 de septiembre de 2022, ECLI:ES:APLO:2022:408 en la que la AEAT pretendía que las capitulaciones matrimoniales –y la consiguiente liquidación de la sociedad de gananciales– fuesen inoponibles ante las deudas que uno de los dos cónyuges mantenía frente a ella. En consecuencia, se solicitaba que se corrigiesen las anotaciones registrales para que los bienes que se habían adjudicado a la esposa del deudor pudiesen ser embargados por la AEAT. El hecho de que parte de las deudas de la AEAT correspondieran a unas multas pendientes de cobro no impidió a la AP, pese a la alusión al principio de personalidad de las sanciones, considerar que frente a estas deudas también respondía la sociedad de gananciales.

¹⁸⁰ Artículo 28.3 de la LRJSP: «Cuando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las

de 26 de abril establecía que «no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal –en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad– que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales».

Finalmente, es cierto que el principio de personalidad de las sanciones impide que se transmitan *mortis causa* las multas que se encuentren pendientes de cobro. Sin embargo, esta doctrina no se traslada a las personas jurídicas, cuya extinción no impide a la Administración exigir el cobro a los miembros de esa persona jurídica o incluso a la persona jurídica que la sucede, en el caso de que se produzca una modificación estructural que provoque la extinción sin liquidación de la persona jurídica (una fusión, una absorción o una escisión total)¹⁸¹.

d) La pervivencia del resto de las garantías

Todo lo que hasta aquí se ha expuesto permite afirmar que el principio de personalidad de las sanciones tiene un papel más matizado cuando se sanciona a una persona jurídica y, en nuestro caso, a una sociedad mercantil. No es lo mismo la sanción a una persona física que a una persona jurídica. Desde que se admite la responsabilidad de la segunda ya se rechaza la aplicación maximizada del citado principio. Esta es la perspectiva bajo la cual se estudiarán los diferentes problemas que surjan en torno a la responsabilidad de los grupos de empresas.

Desde luego que este enfoque no despoja a las empresas de cualquier garantía a la hora de imponerles una sanción. Estas tienen reconocidas unas garantías suficientes que hacen del procedimiento administrativo sancionador y de la sanción en sí un ejercicio proporcionado de la coerción estatal. Las personas jurídicas pueden proponer pruebas, tienen reconocido el derecho a la presunción de inocencia que exigirá una prueba de cargo para proceder a la imposición de sanción, pueden presentar las alegaciones que consideren y también para ellas rigen, como no puede ser de otra manera, las garantías materiales

infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable».

¹⁸¹ Sobre la transmisión de la multa en caso de extinción de personas jurídicas, *vid. infra*. el Capítulo V.

vinculadas con el principio de legalidad sancionadora (principio de tipicidad, legalidad en sentido estricto o irretroactividad).

Además, me parece conveniente apuntar, que, por lo general, es en los sectores regulados o en el Derecho de la competencia donde se recogen las multas administrativas más elevadas. En estos casos, la sanción la imponen autoridades administrativas independientes que cuentan con verdaderos especialistas y técnicos –en ocasiones, con mejor conocimiento de la normativa que un juez de lo penal–, y que desde luego ofrecen mayores garantías e imparcialidad que una administración al uso¹⁸². Esa definitiva y primera diferencia a los efectos de las garantías, eso que lo cambia todo, que es la sustitución del juez por la Administración, no será tan intensa cuando el órgano sancionador pertenezca a una autoridad administrativa independiente. Un ejemplo de esa aproximación con los tribunales puede ser la celebración de vistas orales en los procedimientos sancionadores. Sin ir más lejos, la CNMC publicó el 24 de mayo de 2022 la Comunicación 1/2022 sobre la celebración de vista en los procedimientos previstos en la LDC. Si bien es cierto que la vista tiene carácter discrecional para el Consejo de la CNMC (artículo 51.3 de la LDC), una vez acordada, no existiría una gran diferencia con un juicio oral en el ámbito penal.

Ya, por último, me parece necesario apuntar que las personas jurídicas, tal y como ha reconocido nuestro TC, «constituyen una creación del legislador, y tanto su existencia como su capacidad jurídica vienen supeditadas al cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establezca en cada caso» (STC 117/1998, de 2 de junio, FJ 4º). Por ello, resulta hasta paradójico que mientras que el ordenamiento jurídico permite la creación de grandes conglomerados empresariales, se pretenda desapoderar o se le quiera privar a la Administración de cualquier posibilidad de disciplinar su actuación.

¹⁸² Lo señalan ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», cit., p. 162 y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público genera. Tomo XII: los actos administrativos y las sanciones administrativas*, cit., pp. 288.

II

LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO RESPONSABLE DE LAS INFRACCIONES Y EL GRUPO DE EMPRESAS

La estructura de los grupos de empresas incide directamente en la atribución de las responsabilidades por la comisión de las infracciones. Independientemente del modelo de atribución de responsabilidad que se adopte, la existencia de una matriz y de sociedades controladas por esta matriz altera sustancialmente los criterios de la imputación. En los grupos de empresas, los centros de control y dirección ya no residen en cada sociedad individualmente considerada, sino que se concentran en la cúspide de la pirámide. De ahí que a veces se hable del órgano de administración de la sociedad filial como una *longa manus* de la matriz, ya que esta nombra directamente a sus miembros y está facultada para dar instrucciones y órdenes a sus integrantes¹⁸³.

Las normas tanto sancionadoras como penales que responsabilizan a la persona jurídica parten de la base, o están concebidas, sobre la estructura de una sociedad «isla». A la sociedad se le imputa la conducta de su representante o, en su caso, un defecto de organización que en última instancia se deriva de la falta de adopción de una serie de medidas por parte de la dirección de la empresa. Pero cuando estos representantes cumplen las órdenes que les impone la sociedad matriz, o cuando es la propia sociedad matriz la que provoca el defecto de organización en la sociedad filial, o cuando directamente la involucración de la matriz en la sociedad filial es tal que resulta apenas imposible distinguir las, la falta de responsabilidad de la sociedad matriz no parece estar justificada¹⁸⁴.

A pesar de lo anterior, la respuesta legislativa a este fenómeno es escasa. En el ámbito del Derecho penal no encontramos ninguna disposición que regule la responsabilidad dentro de un grupo de empresas. El artículo 31.1 Bis del CP hace

¹⁸³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», cit., p. 701.

¹⁸⁴ De la misma opinión, QUINTERO OLIVARES, G., «Los códigos de buenas prácticas y la transmisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los grupos de empresas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo II*, cit., p. 503.

referencia simplemente a la responsabilidad de la persona jurídica. No obstante, la doctrina ha empezado a prestarle atención a las particularidades de las sociedades integradas dentro de un grupo de empresas y ha buscado algún tipo de solución por la vía de la reinterpretación o adaptación de figuras ya conocidas como la autoría mediata. La regla general del Derecho administrativo sancionador coincide con la del Derecho penal ya que el artículo 28.1 de la LRJSP también se limita a mencionar a la persona jurídica. Sin embargo, en otras disposiciones del propio artículo 28 de la LRJSP y en alguna ley sectorial se encuentran ejemplos, pocos, que pretenden de una forma u otra alterar el sistema clásico de atribución de responsabilidades.

Más allá de los ejemplos puntuales de esas leyes sectoriales, en el ámbito del Derecho sancionador de la competencia se ha intentado construir un concepto material de empresa para posibilitar precisamente la sanción a las entidades matrices. Aquí se prescinde de cualquier formalidad o límite basado en la personalidad jurídica de cada sociedad y se atiende a la realidad económica de esas empresas que forman un grupo. Es el enfoque quizá «más atrevido» y pragmático al fenómeno de los grupos y cuenta con un respaldo jurisprudencial del TJ muy sólido. El concepto de «empresa» no tiene parangón en otros sectores del Derecho sancionador, es exclusivo del Derecho de la competencia y, por este motivo, será objeto de un tratamiento separado. Lo que se pretende en este capítulo es estudiar qué teorías o figuras «clásicas» de la autoría y la participación pueden adaptarse a los grupos de empresas.

1. DERECHO PENAL Y AUTORÍA EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS

El artículo 31 BIS del CP se refiere en exclusiva a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin incorporar ninguna matización o especialidad a la hora de atribuir la responsabilidad penal a sociedades integradas en un grupo. Pese a la abundante bibliografía que existe sobre esta materia, el tema de los grupos de sociedades no suele constituir objeto de análisis diferenciado o particular. No obstante, existen algunas propuestas interesantes que, con sus debidas adaptaciones, pueden ser directamente trasladables al Derecho administrativo sancionador.

1.1. La matriz como administrador de hecho de la sociedad filial

Una posibilidad que se ha planteado en la doctrina penal es la de hacer responsable a la matriz por considerarla administradora de hecho de la sociedad filial¹⁸⁵. El hecho de que todos o algunos de los administradores de la sociedad filial sean nombrados por la sociedad matriz no supone ya de por sí la existencia de una administración de hecho en la sociedad filial. Tampoco lo genera que la matriz pueda ejercer determinados controles o dar determinadas instrucciones de actuación sobre sus sociedades dependientes. Es decir, ejercer una influencia decisiva (existencia de un grupo de sociedades) no significa que la matriz sea la administradora de hecho de la sociedad filial¹⁸⁶. Lo primero va referido a la gestión genérica o global del grupo, lo segundo es la intermediación en la vida cotidiana de la sociedad, en los asuntos del día a día, de tal manera que la administración la ejerce una persona que «formalmente» no consta como tal en el Registro Mercantil¹⁸⁷.

Hecha esta aclaración, hay que señalar que también la FGE ha planteado la posibilidad de atribuir la responsabilidad a la matriz por esta vía en la Circular 1/2011. En este sentido, la FGE entendía que «como la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma, podrá responder también cuando su administrador sea otra persona jurídica a la que, a su vez, le sea de aplicación el art. 31 bis del Código Penal. Así pues, cabrá la atribución de responsabilidades penales de personas jurídicas en cascada o en contextos propios del holding empresarial». Por lo tanto, según la FGE, si la matriz es la

¹⁸⁵ En este sentido, *vid.* BLANCO CORDERO, I., «Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas», en SUAREZ LÓPEZ, J.M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I., JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueca*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 53-80, pp. 67-72, consideraciones que mantiene en «Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas», en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 97-127, pp. 101-111. Otros autores abren la puerta a una posible responsabilidad de la matriz en el marco de grupos de empresas, sin desarrollar una propuesta concreta en cuanto al modelo de imputación. En este sentido, *vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 55-66, p. 66, y SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, cit., pp. 244-245.

¹⁸⁶ DEL VAL TALENS, P., «El administrador de hecho persona jurídica», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B. y COHEN BENCHETRIT, A. (dirs.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, cit., pp. 941-961, FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva práctica)*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 273-277 y GARCÍA CRUCES, J.A., «Administradores sociales y administradores de hecho», en SAÉNZ GARCÍA DE ALBIZU, J.A., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., (coords.), *Estudios de derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 527-561, pp. 560-561.

¹⁸⁷ El artículo 215 de la LSC obliga a la inscripción del nombramiento de los administradores de las sociedades mercantiles. Este artículo es desarrollado por los artículos 138 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil.

administradora de la filial (administradora de hecho, que será lo más frecuente, o, incluso, de derecho, que es perfectamente posible siempre que se nombre un representante), también podrá ser penalmente responsable. En este sentido, el delito que origina la responsabilidad penal es cometido por la persona física administradora de la matriz que a su vez actúa como administrador de hecho de la filial o por el representante que nombró la matriz en los casos en los que esta sea la administradora de derecho¹⁸⁸. Esta conducta delictiva, según el criterio de la FGE, podrá generar una doble responsabilidad penal: para la sociedad filial porque es un delito cometido por su administrador y para la sociedad matriz por su responsabilidad como persona jurídica administradora, siempre que en ambos casos se cumplan el resto de los requisitos que impone el artículo 31 Bis del CP.

Sin embargo, hacer responsable a la matriz por esta vía plantea alguna duda. En primer lugar, se está haciendo referencia constantemente a la matriz como la administradora de hecho y no a sus administradores, que son los que materialmente toman las decisiones que originan esa responsabilidad penal. En la doctrina mercantil, por ejemplo, se discute precisamente si una persona jurídica puede ser administradora de hecho en el contexto de los grupos de empresas. A simple vista, todo hace indicar que la respuesta sería positiva. Como la LSC contempla la figura del administrador de derecho persona jurídica (artículo 212 bis.1 LSC) se entiende que también puede admitirse la del administrador de hecho. No obstante, más allá de consideraciones teóricas, la importancia de determinar quién es efectivamente el administrador de hecho radica en la legitimidad pasiva cuando se ejerce una acción de responsabilidad social. Esto es, si el responsable de reparar el daño al patrimonio social de la filial es el administrador de la matriz, o su administración de hecho es directamente imputable a la propia matriz. Sin ahondar demasiado en la cuestión, la mayor parte de la doctrina mercantil admite la posibilidad de demandar tanto a la sociedad como al administrador¹⁸⁹. En nuestro caso la cuestión es

¹⁸⁸ Recuérdese que, conforme al artículo 212 bis 1. de la LSC, en el caso en el que se designe a una persona jurídica administradora de una sociedad se deberá nombrar a una persona física que ejerza las funciones materiales de administrador.

¹⁸⁹ Vid. HERNANDO CEBRIÁ, L., «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 280, 2011, pp. 133-168, GARCÍA CRUCES, J.A., «Administradores sociales y administradores de hecho», cit., pp. 560, GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 184-186. Otra cuestión sería que la sociedad ejerciese, posteriormente, la acción de regreso contra su administrador, vid. FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (Una perspectiva societaria)*, cit., pp. 283-284. En concreto, si el administrador actúa dentro de los estándares de diligencia impuestos por los socios de la matriz, o si sigue instrucciones de estos, o, incluso, ejecuta un acuerdo societario adoptado por la junta de socios de la matriz, entonces será la sociedad la que responda. Sin embargo, si ese administrador actúa al margen de lo anterior, parece que será él el único responsable y no podrá imputar su comportamiento a la sociedad matriz.

algo diferente porque se trata de identificar qué personas físicas pueden cometer el delito que origina la responsabilidad de una persona jurídica. Por lo tanto, para lo que sirve a estos efectos la administración de hecho es para que el delito que comete el representante de la matriz en nombre o por cuenta de la filial sea atribuible a la sociedad filial, aunque esta persona formalmente no sea su representante. Es decir, la administración de hecho impide la impunidad de la sociedad filial.

En este sentido, el artículo 31.1 BIS del Código Penal exige que ese delito se cometa en nombre o por cuenta de la persona jurídica. El administrador de hecho en su condición de administrador de la sociedad filial actúa por cuenta de la sociedad filial, toma decisiones en su nombre, es, en definitiva, su representante, aunque formalmente no conste como tal. De esta forma, el ordenamiento jurídico «ilumina» a ese «administrador oculto» y lo trata como si fuese un administrador de derecho de la sociedad en cuestión. La postura de la FGE parte de que la acción típica de un administrador de la sociedad matriz en su condición de administrador de hecho de la filial genera una doble imputación. Hacia la matriz, por ser su administrador de derecho y hacia la filial por ser su administrador de hecho. Pero la conducta de esta persona no necesariamente tiene que atribuirse directamente a ambas sociedades. Si el administrador de hecho actúa en el marco de actividad de esa sociedad filial y la conducta delictiva la beneficia exclusivamente a ella, entonces tan solo será responsable del delito la sociedad filial. Solo en los casos en los que ambas sociedades estén involucradas en la conducta delictiva y ese delito beneficie a ambas podríamos hablar de una responsabilidad conjunta de la matriz y la filial. Fuera de este supuesto, me parece complicado extender la responsabilidad a la sociedad matriz por el mero hecho de que su propio administrador (o la persona que la represente en la administración de la filial) haya cometido un delito dentro de la esfera de esa filial¹⁹⁰.

1.2. La matriz como autora mediata de los delitos cometidos por la filial

Una solución, en mi opinión más correcta, es la que propone GÓMEZ TOMILLO: declarar responsable penal a la matriz en su condición de autora mediata de los delitos que comete la sociedad filial¹⁹¹. Esta figura tiene mucho mejor encaje que la del

¹⁹⁰ NIETO MARTÍN, A., «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», en NIETO MARTÍN, A., (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 49-109, pp. 102-104.

¹⁹¹ Expone esta idea en GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 156-163 y también en «Bases para la aplicación en el espacio del Derecho administrativo

administrador de hecho y me parece fácilmente trasladable al Derecho administrativo sancionador.

Como cualquier figura pensada para las personas físicas, la autoría mediata en el ámbito de las personas jurídicas precisa de determinadas adaptaciones fácilmente asumibles por la dogmática penal. El requisito esencial es la existencia de un «dominio del hecho» sobre la conducta del autor instrumento, que en este caso sería la filial. Este dominio del hecho se traduciría, en el ámbito de las personas jurídicas, en un «dominio social», lo que desde luego es un requisito esencial para que podamos hablar de grupo de empresas. Este dominio social no equivale a aquellas situaciones de grupo que se mencionan en el artículo 42 del Código de Comercio. En esos casos, la sociedad matriz está en disposición de ejercer ese dominio social pero todavía no lo ha hecho, puesto que teóricamente es posible que aun cumpliéndose esos requisitos del artículo 42 se desentienda de cualquier gestión sobre la filial. Ese dominio social sobre la acción se producirá cuando la matriz –sus representantes– ejerza el control sobre la conducta delictiva, lo que, al igual que para la autoría de hecho, no equivale a ejercer una influencia sobre la misma. De nuevo, que la matriz condicione de forma genérica la conducta de su filial no equivale a que directamente intervenga en ella. Solo en este último caso podremos hablar de autoría mediata, siempre que en ese campo concreto de intervención se haya producido el delito¹⁹².

A nivel jurisprudencial parece que algún tribunal ha acogido esta tesis, lo que, en realidad, creo que genera el efecto contrario al deseado. Es decir, la autoría mediata como única solución al problema de la responsabilidad de los grupos de empresas restringe muchísimo la posibilidad de sancionar a las empresas matrices, especialmente cuando se trata de grandes empresas. En el Auto del Juzgado Central de Instrucción de 10 de junio de 2022, ECLI:ES:AN:2022:7234A se desestimó la solicitud de algunas acusaciones particulares de imputar a la matriz del grupo Iberdrola (Iberdrola, S.A.) en el proceso penal contra una de sus filiales (Iberdrola Renovables Energía, S.A.) por los conocidos

sancionador: principio de territorialidad y responsabilidad de las sociedades matrices por los hechos de las filiales», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, cit., pp. 412-435, pp. 429-433.

¹⁹² Sin mencionar expresamente la figura de la autoría mediata, Gonzalo QUINTERO OLIVARES justifica la responsabilidad de las sociedades matrices en los casos en los que la filial no tenga ningún tipo de autonomía decisoria, mencionando específicamente el caso de las sociedades integradamente participadas (sin excluir que, en determinadas circunstancias, estas también pueden tener su autonomía propia en el mercado). Por lo tanto, me parece que esta postura se aproxima mucho a la de GÓMEZ TOMILLO. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G., «Los códigos de buenas prácticas y la transmisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los grupos de empresas», cit., pp. 508-512.

pagos al comisario Villarejo para que espíase a una sociedad suiza con la que Iberdrola mantenía ciertas disputas comerciales abiertas en Rumanía¹⁹³. El Juzgado Central de Instrucción rechaza la imputación de la matriz porque la orden de efectuar los pagos a Villarejo provenía de la sociedad filial, sin que quedara acreditada la participación de los directivos de la matriz. Para el Juzgado, no es suficiente que el encargo haya sido realizado por el director general de seguridad del grupo Iberdrola, ya que, entre otras cosas, este actuó por orden de un directivo de la filial Iberdrola Renovables Energía. Por ello concluye que «no consta a estos efectos que la sociedad matriz hubiera tenido intervención en la contratación propia del proyecto Wind, con lo que no es posible trasladarle la responsabilidad penal como persona jurídica **por omisiones en el control de un encargo en el que no ha participado, ni se conoce ningún tipo de intervención**». *A sensu contrario*, si la matriz hubiera intervenido en la contratación de dichos servicios sería perfectamente posible considerarla como parte investigada en el proceso y, eventualmente, declararla responsable del delito.

1.3. La responsabilidad de la matriz por los delitos de los trabajadores de la filial

La responsabilidad penal de las personas jurídicas también surge por los delitos cometidos por sus trabajadores dependientes «en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas» (artículo 31 bis 1.b del CP). En principio, esto excluye, en condiciones normales, que los delitos que cometen los trabajadores de la sociedad filial puedan imputarse a la sociedad matriz.

Sin embargo, en el contexto de los grupos de empresas es perfectamente posible que los trabajadores se turnen entre las sociedades del grupo o que, incluso, trabajen de forma simultánea para varias. En estos casos, no hay mayor inconveniente en atribuir la responsabilidad a la matriz por la conducta de un trabajador que, a pesar de estar formalmente adscrito a la filial, también realiza actividades por cuenta de la matriz, siempre y cuando esta conducta se pueda encuadrar dentro de la actividad social de la matriz. Precisamente en el ámbito del Derecho del Trabajo una de las cuestiones que tiene en cuenta la jurisprudencia a la hora de apreciar la existencia de un grupo de empresas es que el trabajador preste sus servicios indistintamente para sociedades del mismo grupo¹⁹⁴.

¹⁹³ Actualmente la causa contra Iberdrola Renovables Energía, S.A. se encuentra sobreescaída ya que el delito por el que se le acusaba (cohecho activo) se encontraba prescrito al tiempo de iniciar la investigación penal. Así lo confirmó la AN en su Auto de 15 de noviembre de 2022, ECLI:ES:AN:2022:9958A.

¹⁹⁴ *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G., *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo*, cit., pp. 370-379.

A esta posibilidad parece aludir la FGE en su segunda Circular sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Circular 1/2016, cuando establece que no es necesario que haya una vinculación directa de los dependientes con la empresa, «quedando incluidos autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su domino social».

El siguiente paso sería el de posibilitar la imputación de la sociedad matriz cuando el delito lo comete un empleado de la filial, pero, en este caso, en el marco de las actividades de la filial. Esto es, como trabajador exclusivo de la filial y no compartido con la matriz. Para este escenario, la doctrina ha abierto la puerta a una hipotética responsabilidad de la sociedad matriz en comisión por omisión¹⁹⁵. Para que se pueda fundamentar una responsabilidad de este tipo, el artículo 11 del Código Penal exige que exista una «específica obligación legal o contractual de actuar», circunstancia que no se da en las relaciones entre matriz y filial, o, alternativamente, que el omitente «haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente». En base a este actuar previo podría existir una responsabilidad de la sociedad matriz. Así, cuando esta asume directamente el control y supervisión de los riesgos de sus filiales o cuando directamente ordena a los dependientes de la sociedad filial la comisión de un delito, es jurídicamente posible la imputación de responsabilidad a la sociedad matriz. Al igual que en el caso anterior, se trata de supuestos en los que la injerencia de la matriz es muy intensa ya que ella misma asume las labores de supervisión y control cuya omisión puede generar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1.4. La imposición de penas a la matriz y a la filial

Una vez que se ha admitido, al menos a nivel doctrinal, la posibilidad de sancionar a la sociedad matriz por delitos relacionados con su filial quedaría por determinar si se puede también imponer una sanción a la filial. En muchas ocasiones, este problema no se llega a plantear en la práctica porque lo común es que esas filiales sean meras sociedades pantallas, artificios con los que se intenta cometer el delito. Como el sistema de responsabilidad penal se basa en el defecto de organización de la persona jurídica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es bastante clara a la hora de descartar la responsabilidad de entes sin apenas sustrato material. En estos casos, la responsabilidad

¹⁹⁵ GARCÍA ALBERO, R. M., «Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas», en GÓMEZ COLOMER, J.L., (dir.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 277-298, pp. 293-296.

penal recae exclusivamente sobre la sociedad matriz, siempre que tenga la complejidad suficiente, o, en los casos en los que no existe tal sociedad (que son los más habituales y los que, hasta el momento, han llegado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo), en las personas físicas autoras del delito. A las sociedades interpuestas o ficticias se les puede aplicar las consecuencias accesorias que recoge el artículo 129 del Código Penal para entes sin personalidad, no así, por cierto, a otras sociedades del grupo con sustrato propio o a la matriz¹⁹⁶.

Donde verdaderamente se va a plantear el dilema de la sociedad filial es en aquellos casos en los que esta tiene algún tipo de actividad económica y un sustrato propio y diferenciado del de su matriz. A veces, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alude a sociedades con una «mínima actividad legal», y diferencia entre personas jurídicas en las que dicha actividad legal es superior a su actividad ilegal y entre las que no (entre otras cosas, porque lo exige el artículo 66 bis 2ºb del CP a la hora de modular la responsabilidad de la persona jurídica). En estos casos, siempre y cuando haya tal actividad material, existirá responsabilidad penal. Sin embargo, se trata de supuestos en los que se sanciona exclusivamente a la persona física y se valora la posibilidad de imponer una pena a una persona jurídica. No hace referencia a los grupos de empresas.

En la doctrina, GÓMEZ TOMILLO avala la posibilidad de una doble sanción. El argumento es sencillo: como la responsabilidad penal de la personas jurídica se fundamenta (más allá del hecho de conexión) en el incumplimiento de su obligación de

¹⁹⁶ Algún autor ha querido encuadrar la responsabilidad de los grupos de empresas por la vía del artículo 129 del Código Penal. Como estos carecen de personalidad jurídica, se les podría imponer alguna medida accesoria de las recogidas en dicho artículo para las entidades sin personalidad jurídica (cierre del establecimiento en el que se cometió el delito, la prohibición de realizar determinadas actividades o la suspensión o cese definitivo de tales actividades, aunque en ningún caso la multa). Esta posibilidad la defiende, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 Bis y 19 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 161-165. No obstante, las sociedades que forman parte de un grupo tienen personalidad jurídica, y, salvo que se traten de sociedades pantalla o inimputables, se les podrá imponer única y exclusivamente una pena. Estas consecuencias accesorias podrían aplicarse, como digo, a entidades sin personalidad; un ejemplo sería el cierre de un negocio –un bar– en el que se vende droga tras la condena a los autores por un delito contra la salud pública, o, también, en el caso de una UTE, la prohibición de realizar determinadas actividades cuando a través de esta se ha cometido un delito (por ejemplo, un delito de cohecho para que un funcionario adjudique un contrato a la UTE). Sin embargo, en el caso de los delitos cometidos en el seno de un grupo de empresas no se puede responsabilizar a la sociedad matriz por la vía del artículo 129 del CP porque precisamente el requisito es que se carezca de personalidad jurídica. Aunque el artículo 129 del Código Penal haga referencia a delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de «empresas, organizaciones, **grupos**» acto seguido añade «o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas **que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis**», pero la matriz tiene personalidad jurídica. Esta opinión la mantienen, NIETO MARTÍN, A., «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», cit., pp. 102-104 y GARCÍA ALBERO, R., «Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas», cit., 284-287.

estar correctamente organizada para prevenir la comisión de delitos, y esa obligación recae en cada una de las personas jurídicas (y no en el grupo), se podrá sancionar a cualquier entidad en la que se aprecie ese defecto de organización. Además, esta doble sanción evitaría futuras complicaciones a la hora de ejecutar la sanción en los casos de matrices extranjeras (sobre lo que más adelante se volverá) y salvaría posibles escollos en relación con los delitos «especiales» en los que es la filial la que cumple esa condición personal que exige el tipo infractor¹⁹⁷.

Por otro lado, GÓMEZ TOMILLO descarta una posible vulneración del principio *non bis in idem* al faltar la identidad entre sujetos¹⁹⁸. En este sentido, es cierto que la interpretación que tradicionalmente se ha dado de este principio ha sido bastante formalista. Lo hemos visto a raíz de la doble responsabilidad del administrador y de la persona jurídica. Pese a ello, afirmar la existencia de dos sujetos diferentes me parece incorrecto. Precisamente, y hemos dado cuenta de ello, lo que se busca es una fórmula que haga que el grupo de empresas responda como si de una sola empresa se tratase. Además, aunque no se reconoce al grupo de empresas como sujeto infractor, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha querido dar un sustrato un tanto material al concepto de persona jurídica. Ya se ha aludido a la jurisprudencia sobre las sociedades pantalla, y también a la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en un supuesto en el que el administrador era también el socio único de esta. Al respecto, en la STS de 27 de julio de 2022, ECLI:ES: 2022: 3236 se llegaba a afirmar que «se produce un *bis in idem* si quien padece las dos penas es materialmente el mismo individuo, aunque formalmente sean dos sujetos jurídicos diferenciados: el administrador responsable penal es a la vez socio único de la mercantil». En virtud de esta jurisprudencia, me parece que no resulta tan sencillo descartar *a priori* una posible vulneración del *non bis in idem*.

Una solución más respetuosa con este principio es la que recoge Adán NIETO MARTÍN: sancionar a ambas sociedades, pero teniendo en cuenta que se trata de una misma realidad y no de dos entes independientes. Para ello propone la aplicación del artículo 31 ter del Código Penal, que faculta al juez a moderar la pena de multa cuando la sanción a la persona física y a la persona jurídica pudiera resultar desproporcionada¹⁹⁹. Otra posibilidad, propia del Derecho sancionador de la competencia, sería la de imponer

¹⁹⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 159-160.

¹⁹⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., *Ibid.*, p. 161.

¹⁹⁹ *Vid.* NIETO MARTÍN, A., «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», cit., p. 104.

una única sanción de multa y declarar responsables solidarias de dicha cuantía tanto a la matriz como a la filial. De hecho, esto es lo que sucedió en la SAN de 20 de noviembre de 2018, ECLI:ES:AN:2018:4460, en la que dos sociedades, matriz y filial, son condenadas a una pena global de multa de dos años y seis meses, con una cuota diaria de 1.000 euros en «régimen de solidaridad». Hay que advertir, no obstante, que el valor de la sentencia es un tanto limitado al ser dictada en conformidad.

Finalmente, podría resultar desproporcionada esta doble sanción en el ámbito de las penas accesorias, que están muy relacionadas con el ámbito de actividad económica donde se produce el delito. Si se comete dentro de la esfera de actividad propia de la filial, no parece lógico extender penas tales como la prohibición de contratar o de obtener subvenciones a la sociedad matriz y sería innecesario cuando esa matriz tan solo sea una sociedad *holding* del grupo. Lo mismo se podría decir de otras como la prohibición de realizar actividades relacionadas con el delito o la suspensión de actividades. Lo que resulta necesario es precisamente sancionar a la sociedad filial que es donde se ha producido la actividad delictiva, ya que además estas penas tienen una finalidad preventivo-especial y un componente «prospectivo» indudable, que quedaría diluido si precisamente no se ataja la «peligrosidad» que genera la actividad económica de la filial²⁰⁰. De hecho, el propio artículo 66 bis del Código Penal establece que para la imposición de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, habrá que tener en cuenta, entre otros factores, la «necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos», actividad que se canaliza, como digo, a través de la filial.

2. TRASLACIÓN DE LAS SOLUCIONES DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Es indudable la influencia que tiene la parte general del Derecho penal sobre el Derecho administrativo sancionador. En lo que se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas, pese a que el Derecho administrativo sancionador siempre la ha

²⁰⁰ De hecho, en la doctrina penal se debate si las penas accesorias a las personas jurídicas son auténticas penas, ya que algún autor las ha asemejado a las medidas de seguridad. Da cuenta de este debate, ROCA DE AGAPITO, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», cit., pp. 382-384. Sobre las diferencias existentes entre la pena de multa y las penas accesorias, *vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 Bis y 19 del Código Penal*, cit., pp. 129-130, GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, cit., pp. 261-271.

admitido, esta ha suscitado mucho más interés en la doctrina penal, especialmente a partir de su introducción en el CP en el 2010. Esto genera que sea recomendable mirar qué sucede o qué teorías se construyen en el Derecho penal y plantearse si son trasladables y con qué «matices» al Derecho administrativo sancionador. Por lo tanto, tenemos que diferenciar fundamentalmente dos situaciones: la integración de la autoría mediata en la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas y la responsabilidad de la matriz por las infracciones de los trabajadores de la filial.

2.1. Autoría mediata y Derecho administrativo sancionador

a) Algunas manifestaciones legislativas sobre la autoría mediata en el Derecho administrativo sancionador

Al igual que en el Derecho penal, en el Derecho administrativo sancionador es teóricamente posible hacer responder a la matriz como autora mediata de las infracciones cometidas por su filial²⁰¹. En este caso, la Administración tendrá que probar que los representantes de la sociedad matriz han ejercido una influencia decisiva sobre los integrantes de la sociedad filial para la comisión de dicha infracción. Es decir, que, aunque la conducta se desarrolle en el ejercicio de las actividades económicas propias de la filial, es la matriz la que dirige tal conducta y la que da las órdenes para su ejecución.

Este modelo ya se ha positivizado incluso en alguna Ley sectorial. Cabe mencionar, al respecto la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado cuyo artículo 91.1 dispone que «serán responsables de las infracciones tipificadas en esta ley las personas físicas o **jurídicas que las cometan por sí, o mediante personas jurídicas en las que ejerzan el control societario según la legislación mercantil en vigor**, aun cuando estén integradas en uniones temporales de empresas, agrupaciones o comunidades de bienes sin personalidad»²⁰². El hecho de que la Ley utilice el término «mediante personas jurídicas» supone una referencia clara a la autoría mediata en el ámbito de las

²⁰¹ Lo defiende, GÓMEZ TOMILLO, M., «Bases para la aplicación en el espacio del Derecho administrativo sancionador: principio de territorialidad y responsabilidad de las sociedades matrices por los hechos de las filiales», cit., pp. 429-433.

²⁰² Es importante aclarar que, aunque muchos preceptos de la Ley de Pesca Marítima del Estado hayan quedado derogados tras la entrada en vigor de la Ley 5/2023, de 17 de marzo, de pesca sostenible e investigación pesquera, el artículo 55 de esta ley remite al régimen sancionador de la Ley de Pesca Marítima del Estado por lo que en la actualidad todavía sigue vigente el artículo 91 antes citado. No obstante, en la propia exposición de motivos de la nueva Ley ya se advierte que en el año en curso se tramitará un proyecto de ley para modernizar el régimen de control e inspección «y su correlativo sistema sancionador» por lo que habrá que prestar especial atención a las modificaciones que en materia de responsables de las infracciones pudiera introducir la futura nueva ley.

sanciones en los grupos de empresas. Otro ejemplo es Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, cuyo artículo 70.1 contempla la autoría mediata en los siguientes términos: «Serán responsables de las infracciones previstas en esta ley las personas físicas o jurídicas que incurran en aquellas y, en particular, la persona que directamente realice la actividad infractora o la que ordene dicha actividad cuando el ejecutor tenga con aquella una relación contractual o, de hecho, siempre que se demuestre su dependencia del ordenante». Como se puede apreciar, la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes exige la existencia de una «relación contractual o de hecho» por la cual se origine una situación de dependencia; lo primero se cumpliría en los conocidos como grupos de empresas «contractuales» donde existe un contrato de dominación entre la sociedad matriz y la filial (figura de origen alemán, aunque de escasa utilidad en la práctica) y lo segundo (una relación de hecho) en cualquiera caso en el que la matriz y la filial puedan considerarse parte del mismo grupo de empresas, teniendo presentes los criterios del artículo 42 del Código de Comercio y el ejercicio de determinada influencia por parte de la matriz sobre su filial²⁰³.

Estos artículos pueden ser un ejemplo para extender a otras leyes sectoriales que contemplen las sanciones a las personas jurídicas e, incluso con carácter general, a las disposiciones genéricas sobre la potestad sancionadora recogidas en la LRJSP. De hecho, la ya derogada la Ley 2/1998 de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco incorporaba un concepto de autoría mediata aplicable también a las personas jurídicas²⁰⁴, concepto que ahora recoge la nueva Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas. En el artículo 9.1 se establece que «son autores las personas físicas o jurídicas que realicen el hecho tipificado por sí solas, conjuntamente o por medio de otra de la que se sirvan como instrumento».

b) El principio de legalidad y la sanción al autor mediato

La falta de una disposición concreta sobre la responsabilidad del autor mediato no impide que la Administración pueda sancionarlo. En principio, la doctrina admite que la ausencia de una regulación genérica sobre la autoría y la participación en la infracción

²⁰³ Precisamente PAZ-ARES diferencia entre «grupo de derecho» (aquellos formados a partir de un contrato de dominación) y los «grupos de hecho», que se definen de forma negativa, es decir, toda relación en la que surja esa unidad de dirección empresarial. *Vid.* PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», cit., p. 698.

²⁰⁴ *Vid.* LÓPEZ CÁRCAMO, I., y LASAGABASTER HERRARTE, I., «Artículo 9.- Autoría», cit., p. 188.

administrativa tan solo prohíbe la extensión de responsabilidad a sujetos diferentes al autor «en sentido estricto» de la infracción. Es una imposición del principio de legalidad y de tipicidad. Por lo tanto, esto excluye cualquier posibilidad de castigo a los partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices), salvo que una ley específicamente lo prevea²⁰⁵, pero no así del autor mediato que entra dentro de ese concepto estricto de autor²⁰⁶. Aunque la Ley no diga nada, el autor mediato (sea una persona física o jurídica) puede ser también sancionado²⁰⁷. Esto lo ha admitido también algunas sentencias de los TSJ en las que se confirma una sanción al autor mediato persona física, sin que la ley dispusiese nada al respecto²⁰⁸.

Por su parte, la autoría mediata entre personas jurídicas también se ha admitido en alguna sentencia. Se trata de la SAN de 24 de enero de 2006, ECLI:ES:AN:2006:340, relativa a una infracción de la por aquel entonces vigente Ley 24/1988, de 28 de julio, del

²⁰⁵ IZQUIERDO CARRASCO, M., «La culpabilidad y los sujetos responsables», cit., pp. 259-260, REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», cit., p. 2528-2529 y GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador: Parte general*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 573-575. Sin embargo, esto no siempre se cumple y la jurisprudencia ha admitido, por ejemplo, la sanción al «facilitador» de una infracción de Derecho de la competencia, pese a que la LDC no contempla esta figura. Al respecto, sobre la problemática del principio de legalidad y la sanción a sujetos distintos de los autores en el Derecho de la competencia, *vid.* MARTÍN FERNÁNDEZ, C., «El facilitador de infracciones de competencia», en MIRANDA SERRANO, L.M. y COSTAS COMESAÑA, J., (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 559-572 y el reciente trabajo de GUILLÉN CARAMÉS, J., «La excesiva modulación del principio de legalidad sancionadora en el Derecho de la competencia: reflexiones a propósito de la figura de los facilitadores de conductas colusorias», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023*, Civitas, Cizur Menor, 2023, pp. 301-336.

²⁰⁶ REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», cit., pp. 2529-2530, CANO CAMPOS, T., *Sanciones administrativas*, cit., pp. 111-113. NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 419, que incluso contempla la aplicación de las disposiciones del Código Penal para castigar a los partícipes de las infracciones administrativas, lo que rechazan los dos primeros autores citados. Por el contrario, GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador: Parte general*, cit., p. 561, entienden que el principio de legalidad impide sancionar al autor mediato a falta de disposición expresa, lo que a mí me parece excesivo.

²⁰⁷ No obstante, REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», cit., p. 1056, defiende que la autoría mediata entre personas jurídicas debe estar expresamente contemplada en una norma con rango de Ley para que la Administración pueda sancionar a la matriz. El argumento descansa en que esta autoría mediata «rompe» con el criterio de atribución de responsabilidades a las personas jurídicas, de ahí que la Administración no pueda libremente «levantar el velo». En mi opinión, si bien me parece deseable que exista tal regulación y que, como a continuación argumentaré, en determinadas circunstancias (infracciones especiales) sí pueden existir problemas con el principio de legalidad cuando la matriz ostenta ese dominio del hecho es ella la autora de la infracción y, por tanto, la persona jurídica infractora.

²⁰⁸ Se pueden citar: STSJ de Galicia de 11 de noviembre de 2019, ECLI:ES:TSJGAL:2019:6450, STSJ de Andalucía de 11 de julio de 2017, ECLI:ES:TSJAND:2017:7309, STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:7033 (en la que se estima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento sancionado porque no se había acreditado la autoría mediata), STSJ de Madrid, de 16 de julio de 2014, ECLI:ES:TSJM:2014:9721, STSJ de Madrid, de 2 de octubre de 2014, ECLI:ES:TSJM:2014:12188, STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2008, ECLI:ES:TSJAS:2008:4476, STSJ de Galicia de 20 de febrero de 2004, ECLI:ES:TSGAL:2004:1117.

Mercado de Valores²⁰⁹. En este caso, una sociedad filial (INDELOR) compró un número elevado de acciones admitidas a negociación de su matriz INDO (titular del 99% de las acciones de INDELOR) para evitar la caída de cotización del valor de estas acciones y trasladar el falso mensaje al mercado bursátil de que las acciones de INDO eran objeto de interés por los inversores (una clara situación de abuso de las situaciones de «autocartera»). La CNMV no sancionó a la sociedad filial INDELOR, quien formalmente había dado la orden de compra de esas acciones y, por tanto, resultaba la autora de la infracción tipificada en aquel momento en el artículo 100 w) en relación con el 83 ter, sino a la sociedad matriz INDO. Es cierto que la propia Audiencia Nacional señala que en este caso no se trataba tanto de «incidir en la teoría del autor mediato como en la imputabilidad de la conducta tipificada en la Ley», pero en realidad, lo que hace la Audiencia Nacional es justificar la autoría mediata de la sociedad matriz. La sentencia destaca que entre ambas sociedades existía «una unidad de decisión en su actuación que, en este caso, se traduce en un dominio de todo el proceso por parte de la sociedad matriz, que se sirve de la sociedad filial para la comisión de una infracción perseguida exclusivamente en beneficio de la sociedad matriz...», para más adelante señalar que había quedado probado en el procedimiento sancionador previo que la orden de compra dada a INDELOR procedía del director general de INDO. Por lo tanto, la Audiencia Nacional precisamente se encarga de justificar los dos requisitos a los que antes se ha hecho ilusión: el dominio del hecho (en este caso acreditado por la existencia de un grupo de empresas) y la intervención de la sociedad matriz en la conducta de su filial.

A pesar de que no existan trabas en relación con el principio de legalidad, como ya he dicho, creo que es oportuno que el legislador empiece a contemplar, ya sea en la propia LRJSP, en una futura Ley reguladora del ejercicio de la potestad sancionadora, o en las diversas leyes sectoriales, la autoría mediata entre personas jurídicas, tal y como hace la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas. Una opción podría ser introducir una disposición similar a la del 9.1 de esta Ley el artículo 28.1 de la LRJSP, en el que se menciona de forma genérica la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo sancionador. El hecho de que el principio de legalidad no impida la sanción a la matriz autora mediata no significa que no haya que aspirar a una regulación más ambiciosa. Además, disposiciones como la de la

²⁰⁹ Vid. RECORDER VALLINA, T., *Procedimiento administrativo sancionador en los mercados financieros. Especial referencia a la CNMV*, Reus Editorial, Madrid, 2019, pp. 146-149, que recoge esta sentencia como prueba de la posibilidad de sancionar a las matrices en el ámbito del mercado de valores.

Ley vasca tienen un claro «efecto didáctico» en los aplicadores jurídicos sobre todo en cuestiones desconocidas o de menor tratamiento como es la responsabilidad en los grupos de empresas. El órgano competente puede tener ciertas dudas o incluso desconocer cualquier posibilidad de imponer sanciones a la sociedad matriz. Estas dudas se acrecentarían si la Administración «ojease» el Código Penal en búsqueda de una respuesta, ya que aquí tampoco se regula específicamente la autoría mediata entre personas jurídicas. Finalmente, una regulación más detallada evitaría o reduciría la litigiosidad, ya que el sancionado podría intentar alegar la vulneración del principio de legalidad o incluso el de personalidad de las sanciones.

c) El problema de las infracciones especiales y la autoría mediata

El principal escollo para la admisión (sin cobertura legal) de la figura de la autoría mediata entre personas jurídicas en el Derecho administrativo sancionador es la propia configuración de este. Como se carece de una regulación amplia y genérica de la autoría y la participación, muchas leyes sectoriales contienen un artículo específico dedicado a los responsables de las infracciones. En estos artículos se suele recoger las circunstancias personales o características que deben concurrir en el autor de la infracción lo que nos lleva al concepto de infracciones administrativas especiales²¹⁰.

Lo que se acaba de describir se plasma especialmente en aquellas leyes que regulan el ejercicio de una determinada actividad económica. Por ejemplo, el artículo 156 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, «Ley General de Telecomunicaciones») establece que serán responsables los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, los prestadores del servicio de intercambio de videos a través de plataforma, los prestadores de servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual u otros agentes que operan el mercado audiovisual. La Ley General de Telecomunicaciones reserva las sanciones a la persona física o jurídica que

²¹⁰ Una exposición detallada sobre este tipo de preceptos sobre los responsables de las infracciones en el Derecho administrativo sancionador, de la que me sirvo de muchos ejemplos, se puede encontrar en REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», cit., pp. 2540-2545. Por otro lado, piénsese que la estructura del «delito especial» se acomoda bien al Derecho administrativo sancionador si tenemos en cuenta que la cualidad que el tipo exige para poder ser considerado autor es lo que la doctrina penal ha llamado una «posición de deber extrapenal». Por lo tanto, el delito especial se convierte en un delito por incumplir los deberes inherentes a esa posición extrapenal (por ejemplo, el ser funcionario). En este sentido, *vid.* ROXIN, C., *Derecho penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito* trad. D.M., Luzón Peña, D.M., M. Díaz y García Conlledo, y J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 337-338. En el Derecho administrativo muchas leyes imponen una serie de deberes a unos sujetos concretos y las consiguientes sanciones si incumplen tales deberes. De ahí que existan tantas infracciones que podemos catalogar como «especiales».

desarrolle la actividad de explotación de redes o servicios de comunicación electrónica, la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario a los que «realicen las actividades ferroviarias» (artículo 103).

También tenemos ejemplos, lógicos por otro lado, en las leyes sobre dominio público o que reservan el ejercicio de una actividad al otorgamiento de una autorización o incluso concesión administrativa. En estos casos, el responsable de la mayor parte de las infracciones, sobre todo de las relacionadas con el incumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión o en la autorización, es el titular de esta. E, incluso, cuando la infracción consiste precisamente en realizar una actividad sin el preceptivo título habilitante, algunas leyes vuelven a restringir el concepto de autor a determinados sujetos, tales como «el promotor de la actividad, el empresario que la ejecuta y el técnico director de la misma» (artículo 310.h del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante)²¹¹.

Otro ámbito en el que abundan las infracciones especiales es el del Derecho urbanístico, donde la mayoría de las leyes autonómicas consideran responsables de las infracciones relacionadas con la ejecución de obras «al promotor, al constructor de las obras y al técnico director» y en algunos casos también «al propietario de los terrenos» (aunque a veces a este se le presume, salvo prueba en contrario, como promotor)²¹². Y, por último, se pueden mencionar las leyes que regulan y controlan la calidad de determinados productos en los que los responsables de la infracción son «la persona física o jurídica cuyo nombre o razón social figure en la etiqueta», en el caso de productos envasados o el «tenedor» en el caso de los productos a granel (artículos 57.2 de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de sanidad vegetal y artículo 17.2 y 17.3 de la Ley 28/2015, de 30 de julio, para la defensa de la calidad alimentaria).

En todos estos supuestos, los límites relacionados con la autoría mediata y las infracciones especiales podrían impedir la sanción a la sociedad matriz. La doctrina penal

²¹¹ Me parece más acertado lo que dispone la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que además de contemplar a estos tres sujetos añade «así como cualquier otro sujeto que intervenga por acción u omisión en la comisión del hecho constitutivo de la infracción». (artículo 93.1b).

²¹² Las leyes que incluyen entre los sujetos responsables al propietario de los terrenos son: el DL 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias, la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia y la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León. Por su parte, presumen al propietario como promotor, el DL 1/2021, de 18 de junio por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de ordenación de territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana y la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía.

ha teorizado ampliamente sobre esta cuestión y considera que no es posible sancionar al autor mediato *extraneus* (quien no reúne la condición que exige el tipo) que se sirve del *intraneus* (quien la reúne) para cometer un delito catalogado como «especial» (salvo que este delito sea de los «especiales impropios» en los que exista un tipo básico que no exija ninguna cualidad subjetiva)²¹³. Si trasladamos esto al supuesto que aquí nos ocupa no quedaría más remedio que rechazar la posibilidad de imputar cualquier tipo de responsabilidad sancionadora a la matriz. Si la Ley establece que el responsable es el titular de la licencia o una empresa que desarrolla una determinada actividad no parece posible extender las responsabilidades a otros sujetos. No es admisible hablar de una «titularidad de facto» o de que la unidad de dirección que pueda existir en un grupo de empresas permite concluir que es la matriz la que desarrolla esa actividad económica. Salvo que se trate de empresas pantalla sin ningún tipo de sustrato propio, cada sociedad del grupo tiene su propia estructura, trabajadores, objeto social, instalaciones etc., y por tanto son ellas las que realizan esa actividad económica. Los administradores de la matriz pueden involucrarse en la gestión de esa filial, pueden dar órdenes directas de cometer una infracción, pero quien verdaderamente desarrolla tal actividad y por tanto a quien la ley considera autor es a la sociedad filial.

En este sentido, este acotamiento de la responsabilidad puede parecer lógico ya que, entre otras cosas, las Leyes consideran responsable al sujeto con el que la Administración se relaciona y tiene un contacto más directo. Además, no es realista pensar que las Administraciones (sobre todo aquellas que están más mermadas en cuanto a recursos y presupuesto) estén por la labor de llegar hasta la última sociedad del grupo de empresas e indagar si ha sido la sociedad matriz quien verdaderamente ha cometido la infracción. Las Administraciones, muchas veces «atascadas» y amenazadas por la institución de la prescripción (o de la caducidad, si el procedimiento ya se ha iniciado) buscarán tramitar procedimientos sancionadores ágiles, sencillos y que no priven a sus trabajadores de realizar otras labores o dedicarse a otros expedientes de la misma naturaleza. Sin embargo, habrá Administraciones con la capacidad suficiente para sancionar a esas

²¹³ QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, CYMYS, Barcelona, 1974, 111-115, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 306-309, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 397-398. Diferente tratamiento merece los supuestos en los que el autor mediato es el *intraneus* y el instrumento es el *extraneus*. En estos casos sí se admite el castigo al *intraneus* autor mediato mediante lo que se conoce como la teoría del «instrumento doloso no cualificado», por la que se admite el castigo al autor mediato ya que es este quien tiene el «dominio del hecho» y por tanto el verdadero autor. También lo afirman, para el Derecho administrativo sancionador, GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, cit., pp. 571-572.

matrices. Recordemos que en alguno de los supuestos que se han mencionado la competencia para imponer sanciones recae en la CNMC (en el sector de las telecomunicaciones, por ejemplo) por lo que las limitaciones aquí expuestas no parecen del todo deseables.

Con todo, creo que las teorías sobre la autoría mediata están pensadas principalmente para delitos cometidos para las personas físicas. Como ya he apuntado, las soluciones que hoy recoge nuestra doctrina sobre la autoría mediata del *extraneus* son tributarias de construcciones elaboradas en un momento en el que ni siquiera se planteaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y aun en tiempos en los que esta ya se encuentra plenamente aceptada, pocos son los que se han encargado de reflexionar sobre una posible autoría mediata (o instrumentos similares) que permita superar la barrera de la personalidad jurídica. En este sentido, GÓMEZ TOMILLO ya apuntaba que algunos de los delitos por los que puede ser sancionada una persona jurídica son delitos especiales por lo que sugería la doble incriminación (matriz y filial) para evitar los problemas de impunidad hasta aquí descritos²¹⁴. Sin embargo, no me parece que este doble castigo consiga despejar las dudas sobre la sanción a la matriz, al menos en el Derecho administrativo sancionador, salvo que se acometa una reforma de la norma en cuestión. Si la Ley exige una determinada cualidad para ser responsable de una infracción, solo se va a poder sancionar al que tenga esa cualidad. Por lo tanto, si la matriz carece de ella, si no es la titular de la licencia, la que desarrolla la actividad, la «promotora», por mucho que se sancione a la filial no se podrá sancionar a la matriz. Cuestión distinta es que matriz y filial tengan el mismo objeto social, desarrollen actividades idénticas y operen en el mismo mercado, es decir, supuestos en los que matriz y filial son exactamente lo mismo. Aquí ya se podría hablar de la sociedad matriz, por ejemplo, como «promotora» al haber una confusión clara entre ambas sociedades.

Para evitar situaciones de impunidad relacionadas con los delitos especiales y las personas jurídicas, el Derecho penal creó la figura del «actuar en lugar de otro», que tenía una importancia fundamental en la época en la que todavía seguía vigente la máxima de *societas delinquere non potest*. Así, el artículo 31 del vigente Código Penal dispone que «el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de

²¹⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, cit., p. 160.

delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre». Este artículo solucionaba los problemas relacionados con los delitos especiales y las personas jurídicas, en aquellos supuestos en los que estas reunían las características o circunstancias especiales exigidas al autor del delito (por ejemplo, en un delito contra la hacienda pública por el impuesto de sociedades). Sin la existencia de ese artículo, muchos delitos cometidos en el seno de las empresas habrían quedado impunes por no reunir el autor las circunstancias especiales del delito y por la inexistencia, hasta el año 2010, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Este ejemplo creo que podría ser utilizado para solucionar los problemas de legalidad mencionados en las infracciones administrativas especiales. Por ejemplo, se podría disponer que, cuando una ley exija una determinada circunstancia para ser autor de una infracción administrativa, esta circunstancia se entenderá dada, en el caso de las personas jurídicas, en la sociedad que ejerza un control sobre ella. Esto no se traduce en una responsabilidad automática de la matriz, sino en una solución de los problemas, muy frecuentes, de las infracciones especiales para aquellos casos en los que la verdadera autora sea la sociedad matriz.

d) Los límites de la responsabilidad de la matriz en las infracciones de omisión

La responsabilidad de la sociedad matriz por las infracciones cometidas por sus filiales es fácil de apreciar cuando se trata de conductas activas. Los directivos de la matriz se involucran en la sociedad filial impartiendo determinadas órdenes que culminan en la realización de un comportamiento ilícito. Esta estructura se acomoda mal a las infracciones de omisión (aquellas que consisten en no cumplir con una determinada obligación), frecuentes en muchísimas leyes sancionadoras²¹⁵, sobre todo en sectores fuertemente regulados. Pensemos, por ejemplo, en la infracción (muy común) de incumplir con los requerimientos que realiza una determinada administración, o en cualquier incumplimiento de las obligaciones de información que pesan sobre muchas empresas. En estos casos, y en tantos otros en los que no se cumpla con una obligación

²¹⁵ GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general.*, cit., p. 312-317. Dentro de estas infracción se diferencia entre infracciones de omisión simple (que afectan a todos los ciudadanos, con carácter general) e infracciones de omisión de garante, dirigidas a unos sujetos particulares. Y dentro de este último grupo se distingue entre omisión de garante de resultado (porque además de la omisión de una determinada conducta se produzca un resultado o un peligro concreto) y omisión pura de garante, donde no se exige la causación de un resultado.

impuesta por la Ley o por la propia Administración, se sancionará directamente a la entidad que formalmente ha incumplido y que por tanto es responsable directa de esa infracción²¹⁶.

Pese a lo anterior, teóricamente nada impide que sean los directivos de la sociedad de arriba los que consideren o los que ordenen hacer caso omiso de determinadas obligaciones u órdenes que emanen de la propia Administración. Pensemos, por ejemplo, en una infracción por no colaborar activamente con la labor inspectora de la Administración o en una derivada de la negativa a presentar determinada información. Si esa negativa procede de las altas esferas del grupo de empresas, si la sociedad matriz ha asumido la gestión de ese determinado asunto, es ella la que ha cometido la infracción, a pesar de que se instrumentalice a través de su filial. También puede suceder que se centralice determinadas políticas de la empresa en una sociedad del grupo, normalmente en la matriz (aunque nada impediría que en un grupo de empresas una sociedad se dedique a prestar determinados servicios de asesoría o apoyo en la gestión al resto de empresas del grupo). Pongamos el caso de un grupo de empresas en el que la política de recursos humanos la asume la matriz, la cual omite o no contempla la realización de cualquier reconocimiento médico a sus trabajadores, lo que constituye una infracción grave según lo dispuesto en el artículo 12.2 de la LISOS. U otro en el que se centraliza las gestiones tributarias en una sociedad que, a su vez, se las encarga a una gestoría que no presenta en plazo una determinada autoliquidación o liquidación (artículo 191.1 de la LGT). En estos supuestos, la filial no tiene ninguna participación en la infracción, o su participación no es decisiva, pese a que formalmente ella es la que la comete porque incumple una obligación o un deber a ella dirigida. Es otra sociedad del grupo la que tiene «el dominio del hecho» y por tanto es la verdadera autora de la infracción.

Sin embargo, la posibilidad de sancionar a la matriz podría encontrarse con alguna dificultad. En primer lugar, cuando el ordenamiento jurídico impone a una determinada persona el cumplimiento de una obligación, es esa persona la que tiene el deber jurídico de cumplirla y, por lo tanto, es esa persona la responsable de su incumplimiento²¹⁷. Por ejemplo, si la obligación recae en el empresario titular del centro de trabajo, (artículo 13. 8.a) de la LISOS, es el titular y no otra sociedad la responsable de la infracción. Como se ha explicado, la predeterminación legislativa de los responsables de una infracción sirve

²¹⁶ REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», cit., p. 2531.

²¹⁷ REBOLLO PUIG, M., *Ibid.*, p. 2531.

para excluir a otros posibles sujetos de una eventual sanción administrativa. El ejemplo prototípico es el de la LOSC, cuyo artículo 30.3 limita la responsabilidad de las infracciones relacionadas con el ejercicio del derecho de reunión a los «organizadores o promotores de las reuniones». Lejos de constituir una presunción de culpabilidad o una responsabilidad directa por cualquier comportamiento acaecido en esa reunión, el precepto excluye la responsabilidad de otros sujetos que hayan podido contribuir culpablemente a la comisión de la infracción²¹⁸. Estas conclusiones se pueden trasladar a cualquier supuesto en los que una Ley determine quién son los responsables de las infracciones. Si la limpieza de un centro de trabajo es defectuosa, el responsable es ese titular del centro de trabajo y no la empresa de limpieza que se contrata o el trabajador que limpia (artículos 8 y 11.1 de la LISOS), que, en otras circunstancias, esto es, si la Ley lo hubiera previsto, también podrían ser responsables.

Estas disposiciones están pensadas para excluir la responsabilidad de otros sujetos independientes que pudieron colaborar en la comisión de la infracción. Se reduce el campo de actuación de la Administración y se le indica sobre qué sujetos tiene que ejercer su potestad, en caso de que concurran los requisitos para ello. Cuando se trata de sociedades pertenecientes todas ellas al mismo grupo, esa acotación de responsabilidades de la que acabamos de hablar no parece que tenga tanta lógica. Por lo tanto, me parece que pueden ser trasladables las soluciones que se habían propuesto en referencia a la autoría mediata y las infracciones especiales. Es decir, que la Ley regule o incorpore alguna previsión que permita que cuando la Ley exija una condición especial para poder ser responsable de una infracción, esa condición se entienda también cumplida en la sociedad matriz.

No obstante, tampoco se puede pretender averiguar (por imposible) quién ha sido el auténtico autor de cada infracción administrativa, sobre todo en las de omisión. Esto es a lo que precisamente se ha renunciado con la responsabilidad de las personas jurídicas. Ya se ha dicho que la responsabilidad de las personas jurídicas constituye una «ventaja»

²¹⁸ Lo explica MARTÍN FERNÁNDEZ, C., *El Régimen sancionador de la seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 191-193, con cita además de la STC 172/2020 en la que precisamente se cuestionó la constitucionalidad del citado precepto, la cual fue rechazada por el TC porque el artículo 30.3 de la LOSC, «lejos de suponer una ampliación de la responsabilidad sancionadora, como sostienen los recurrentes, implica un acotamiento de la misma». Para un análisis detallado de esta sentencia, de nuevo, *vid.* MARTÍN FERNÁNDEZ, C., «El régimen sancionador de la Ley de Seguridad Ciudadana y su adecuación a la Constitución: a propósito de las SSTC 172/2020 de 19 de noviembre, y 13/2021, de 28 de enero», *RAP*, n.º 216, 2021, pp. 223-257. También sobre el sentido de estas cláusulas de «reducción» de los posibles responsables, su sentido, y su licitud, REBOLLO PUIG, M., *Ibid.*, p. 2540-2544 y para la LOSC, *vid.* HUERGO LORA, A., «Los sujetos responsables de las infracciones en materia de seguridad ciudadana», *cit.*, pp. 449-453.

para la Administración y para la agilización de los procedimientos. Este tipo de infracciones muy probablemente quedarían impunes de no ser por la responsabilidad de la persona jurídica ya que la Administración debería averiguar qué persona física es la responsable de esas omisiones. La fórmula alternativa sería la de colocar al empresario (entiéndase en el sentido amplio del término) como garante de las infracciones que se cometen en la empresa, pero no parece deseable hacer recaer en una o varias personas físicas la responsabilidad por cualquier infracción que se cometa en la empresa, o, mejor dicho, por no haber evitado tales infracciones.

Sin embargo, al igual que no es necesario identificar al autor material de la infracción para sancionar a una persona jurídica, tampoco lo sería para sancionar a la sociedad matriz por una infracción que se comete en el seno de su filial. La Administración podría sancionar a la matriz si, como hemos dicho, se prueba que ella era la que tenía el «dominio del hecho» sobre el ámbito en el que se produjo tal infracción. La matriz asume la gestión de un determinado asunto o de una determinada área de su filial, se inmiscuye por completo en su filial, de tal manera que es ella la que asume la responsabilidad de las hipotéticas infracciones porque, como se ha apuntado, tiene el «dominio del hecho» sobre esa conducta. Esta solución, como en seguida se verá, ha sido propuesta por algún sector de la doctrina alemana.

2.2. La responsabilidad sancionadora de la matriz por infracciones cometidas por trabajadores de la filial

Las empresas también pueden ser sancionadas por conductas que realizan sus propios trabajadores. Junto con el comportamiento de los directivos o representantes, el de los trabajadores es otro «foco» de sanciones para la empresa, al igual que sucede en el Derecho penal. Por lo tanto, también son trasladables, *a priori*, las conclusiones a las que se llegó sobre la posibilidad de sancionar a la empresa matriz por los delitos cometidos por los trabajadores de la filial. Sin embargo, las características del Derecho administrativo sancionador pueden obligar a matizar algún punto.

En primer lugar, en muchas ocasiones la jurisprudencia aplica la teoría del órgano para sancionar a la persona jurídica independientemente de si la infracción la ha cometido un directivo o un trabajador. Es decir, se omite cualquier valoración sobre las medidas tomadas por la empresa para evitar esa infracción. Es una práctica que ya recogen algunas leyes y que indirectamente parece avalada por la jurisprudencia del TC, pese a la parquedad de sus argumentos sobre esta materia. Por lo tanto, parece complicado, de

nuevo, que en este contexto se pueda considerar autora de la infracción a la sociedad matriz. Si bien la teoría del órgano era compatible con la responsabilidad de la matriz como autora mediata, en aquellos casos en los que sus directivos cometían la infracción por cuenta de la filial (o daban las órdenes para su comisión), esto no sucede cuando son los trabajadores los que cometen esa infracción. Aquí la responsabilidad recae única y exclusivamente en la sociedad para la cual trabajan los empleados, siempre y cuando cometan la infracción en el desarrollo de la actividad económica de la empresa. Esto no impide, como ya se ha advertido para los delitos, que un trabajador que formalmente tenga una relación contractual con la empresa filial cometa una infracción por cuenta de la matriz, o de otra sociedad del grupo, para las que materialmente preste un servicio.

Será más sencillo acreditar una responsabilidad de la sociedad matriz en aquellos supuestos en los que los trabajadores cometan una infracción y se sancione a la empresa por no haber evitado tal resultado, utilizando en estos casos la idea de *culpa in vigilando*. La empresa se transforma en garante de la conducta de sus trabajadores y su responsabilidad deriva del incumplimiento de sus obligaciones en cuanto sujeto garante²¹⁹. Por lo tanto, tal y como la doctrina penal ha admitido, creo que es perfectamente posible sancionar a la sociedad matriz cuando es ella la que materialmente se ha puesto en esa posición de garante, cuando ha asumido esos deberes de vigilancia respecto de los empleados. Esto se dará en aquellos casos en los que sea la sociedad matriz la que gestione *de facto* la actividad de su filial, sin que se pueda apreciar una clara separación entre una sociedad y otra. Pensemos, por ejemplo, en sociedades que tienen los mismos directivos, en los que puede haber una confusión de plantillas o, incluso, que se dedican a una misma actividad o tienen idéntico objeto social a pesar de contar con una personalidad jurídica diferente. Si la matriz asume ella misma ese deber de vigilancia lo lógico es que sea responsable de las infracciones cometidas por los errores que se producen en el ejercicio de dicho deber.

²¹⁹ LAGUNA DE PAZ, J.C., «El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas», cit., pp. 48-49, DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 202-205. Ciertamente es, y también se ha advertido, que este tipo de responsabilidades solo han hecho que legitimar la práctica de muchas administraciones de sancionar a la persona jurídica mediante argumentos simplistas o imponiendo una diligencia prácticamente imposible de cumplir. Y esto no solo se produce en sectores donde por sus propias características las obligaciones de diligencia son muy elevadas (pensemos, de nuevo, en el sector bancario) tal y como las sentencias recogidas ponen de manifiesto. *Vid. supra*, apdo. 2.2 del Capítulo I.

2.3. Un ejemplo de responsabilidad de la matriz a partir del artículo 130 de la Ley *OWiG* alemana

La posibilidad de sancionar a una sociedad matriz cuando «sustituya» a la filial en esa posición de garante, es decir, cuando asuma la posición de garante respecto de las infracciones de otra persona, ha sido reconocida en Alemania para su Derecho de contravenciones. En este sentido, es importante mencionar el artículo 130 de la Ley *OWiG* que dispone que «comete una infracción aquel que, como titular (*Inhaber*) de un negocio o de una empresa, dolosa o negligentemente deje de tomar las medidas de supervisión que son necesarias para prevenir el incumplimiento de obligaciones que el titular de la empresa o negocio tiene, y cuyo incumplimiento está castigado como delito o infracción administrativa, siempre y cuando dicho incumplimiento hubiera sido evitado o sustancialmente dificultado de haber adoptado tales medidas de supervisión. Las medidas de supervisión necesarias también incluyen el nombramiento, la selección cuidadosa y el seguimiento de los supervisores» (la traducción es mía)²²⁰.

La idea fundamental de este artículo es que cuando el ordenamiento jurídico imponga una obligación al titular de una empresa, dicho titular será responsable de una infracción administrativa si no tomó las medidas adecuadas para evitar el incumplimiento de esa obligación. La lógica del precepto es evitar que las meras delegaciones de funciones no deriven en la impunidad de las personas jurídicas (que, como ahora veremos, son consideradas «titulares de la empresa») ya que la Ley *OWiG* solo sanciona a las personas jurídicas, a excepción de este precepto, cuando la infracción la cometen sus representantes (artículo 30 de la *OWiG*). Por lo tanto, si este precepto no existiese y la infracción la cometiera una persona que no ostente tales poderes de representación o, incluso, de dirección, no se podría castigar a la persona jurídica. La responsabilidad no opera de forma automática, sino que se debe probar que de haber adoptado las medidas adecuadas se hubiera evitado o, al menos, dificultado de forma esencial (*wesentlich*) la comisión de la infracción²²¹.

²²⁰ „Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen“.

²²¹ Sobre el significado e importancia del artículo 130 *OWiG*, vid. MINKOFF, A., *Sanktionsbewehrte Aufsichtspflichten im internationalen Konzern. Der Normadressat des 130 OWiG im Unternehmensverbund*

Para la aplicación del precepto y la correspondiente sanción a las personas jurídicas hay que tener en cuenta otras disposiciones de la propia Ley *OWiG*. En primer lugar, la expresión «titular del negocio o de la empresa» (*Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens*) para el caso en el que esa empresa tenga personalidad jurídica hace referencia a la propia persona jurídica. El titular, por tanto, es la propia persona jurídica. Sin embargo, como esta no tiene una culpa o acción propia, se entiende que son sus representantes los sujetos que pueden ser sancionados por lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley *OWiG*, ya que el artículo 9.1 de la misma Ley, al igual que hace nuestro artículo 31 del Código Penal, contempla la responsabilidad del representante de la persona jurídica cuando recaiga en ella la condición especial que exige la infracción o el delito (en nuestro caso, *Inhaber eines Unternehmens*). Pero, además, como el artículo 30 de la *OWiG* permite la sanción a las personas jurídicas cuando sus representantes hayan «incumplido las obligaciones que afectan a la persona jurídica», la infracción se imputa también a la persona jurídica²²².

Con relación a este precepto, se ha planteado un debate muy interesante en la doctrina alemana en torno a la posibilidad de sancionar a la sociedad matriz por las infracciones que se cometen en su filial²²³. Esta opción pasa por una reinterpretación del concepto *Inhaber eines Unternehmens*. Ya hemos dicho que, en este contexto, *Inhaber* equivaldría a la persona jurídica que formalmente esté detrás de esa empresa (*Unternehmen*). Pero en el supuesto de los grupos de sociedades, que materialmente funcionan como una sola empresa, el término *Unternehmen* podría equivaler al conjunto organizativo formado por las sociedades del grupo y, por tanto, el titular de ese conjunto sería la empresa matriz. Los que abren paso a esta posibilidad en ningún caso aceptan cualquier imputación de responsabilidades a la sociedad matriz, sino que lo circunscriben a aquellas situaciones en las que la matriz haya asumido *de facto* determinadas políticas de su sociedad filial. De nuevo, que la matriz se haya situado en esa posición de garante a la que antes hacíamos alusión. Por lo tanto, si la matriz mantiene cierta independencia con su filial o incluso cuando la filial actúa al margen de su matriz desobedeciendo sus

unter Berücksichtigung grenzüberschreitender Sachverhalte, C.F. Müller, München, 2015, pp. 131-144. También, ACHENBACH, H., «Gedanken zur Aufsichtspflichtverletzung (130 OWiG)», in BOSE, M., und STERNBERG-LIEBEN, D., (Hrsg.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70 Geburtstag*, Ducker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 367-380, pp. 370-375.

²²² ACHENBACH, H., «Zurechnung unternehmensbezogenen Handelns», in ACHENBACH, H., RANSIEKM. A., und RÖNNAU, T. (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pp. 28-53, pp. 41-48.

²²³ Un resumen de las diferentes posturas lo ofrece, CARACAS, C., *Verantwortlichkeit in internationale Konzernstrukturen nach 130 OWiG. An Beispiel der im Ausland straflosen Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, Nomos, München, 2014, pp. 64-81.

órdenes, no será posible sancionar a la sociedad matriz²²⁴. Con todo, no faltan voces que defienden que la independencia jurídica de la sociedad filial impide la sanción a la sociedad matriz²²⁵.

En la jurisprudencia la cuestión está aún por resolverse. En el año 1981, el Tribunal Supremo alemán (BGH) dejó entrever que la responsabilidad de la matriz podría oponerse al hecho de que la filial tiene su propia personalidad jurídica y, por tanto, que es ella la verdadera «titular» de la empresa²²⁶. Sin embargo, la doctrina no le da un peso relevante a este pronunciamiento, entre otras cosas porque la propia sentencia ya advierte que para el caso en concreto no era necesario pronunciarse sobre esta cuestión y tan solo formula tal conclusión a modo de hipótesis, sin ofrecer una postura definitiva al respecto²²⁷.

Pese a lo anterior, existe algún pronunciamiento que parece admitir la responsabilidad administrativa sancionadora de la sociedad matriz (recuérdese que en Alemania no existe la responsabilidad penal de estos entes). Se trata de la Sentencia del *OLG München* de 29 de septiembre de 2014²²⁸. Aunque en el asunto en concreto el Tribunal rechazó la posibilidad de sancionar a la sociedad matriz, deja entrever que en otras circunstancias esta sí podría ser sancionada. Se planteaba que «solo cuando la sociedad filial recibe órdenes de su sociedad matriz, las cuales influyen en su comportamiento y de este modo se fundamenta un peligro de incumplimiento de las obligaciones empresariales, existe en el contexto de esta influencia una obligación de supervisión de la sociedad matriz. Por lo tanto, allí donde la formación de la voluntad y la libertad de actuación de la sociedad filial no esté determinada por la sociedad matriz del grupo, se mantiene la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones de la empresa y, por tanto, las obligaciones especiales de supervisión en el sentido del artículo 130 *OWiG* en las personas dirigentes de la filial jurídicamente independiente, pese a su pertenencia a un grupo²²⁹.

²²⁴ Vid. CARACAS, C., *Ibid.*, pp. 81-88, ROGALL, K., «Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen», in MITSCH, W. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar. Ordnungswidrigkeitengesetz*, cit., pp. 1816-1857, pp. 1823-1826.

²²⁵ CARACAS, C., *Ibid.*, pp. 68-77.

²²⁶ BGH, 1871, 1876 „Transportbeotn-Vertrieb“.

²²⁷ ACHENBACH, H., «Zurechnung unternehmensbezogenen Handelns», cit., pp. 49-50.

²²⁸ OLG München, 23.09.2014 – 3 Ws 599/14, 3 Ws 600/14, disponible en: <https://dejure.org/2014.48069>. Disponible: <https://betriebsberater.ruw.de/wirtschaftsrecht/urteile/Anwendbarkeit-des-130-OWiG-auf-Konzernsachverhalte-27645>

²²⁹ „Nur wenn der Tochtergesellschaft von der Konzernmutter Weisungen erteilt werden, die das Handeln der Tochtergesellschaft beeinflussen, und dadurch die Gefahr der Verletzung betriebsbezogener Pflichten begründet wird, besteht im Umfang dieser konkreten Einflussnahme eine gesellschaftsrechtliche

3. FIGURAS PROPIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El Derecho administrativo sancionador tiene una serie de figuras propias y en gran parte desconocidas por el Derecho penal que también podrían utilizarse o, al menos, tenerse en cuenta a la hora de regular la responsabilidad de los grupos de empresas. Son figuras que se encuentran recogidas de forma genérica en la LRJSP, en concreto en el artículo 28 donde se habla de los responsables de las infracciones administrativas. Entre otras cosas, en este artículo se hace referencia a los entes sin personalidad, a la responsabilidad por no evitar la infracción de otro y a la responsabilidad del pago de una sanción pecuniaria impuesta a un sujeto dependiente. Ya existen leyes sectoriales que han acudido a alguna de estas técnicas precisamente para atribuir algún tipo de responsabilidad a la matriz. De nuevo, son ejemplos muy puntuales, aunque conviene ponerlos de manifiesto y señalar los problemas que se esconden detrás de ellos, algunos incluso de rango constitucional.

3.1. La responsabilidad de los entes sin personalidad

Ya se ha hecho referencia a la propuesta de alguna doctrina penal sobre la aplicación del artículo 129 del Código Penal (medidas accesorias para entes sin personalidad) a los grupos de empresas como solución a su falta de personalidad jurídica²³⁰. Propuestas similares se encuentran en el Derecho administrativo sancionador, pero en este caso a través de la imposición de sanciones –no «medidas accesorias»– a entidades sin personalidad jurídica²³¹. Al respecto, el artículo 28 de la LRJSP recoge la posibilidad de sancionar, «cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar», a las entidades sin personalidad jurídica, en concreto, a «grupos de afectados, uniones y entidades sin personalidad jurídica y patrimonios independientes o autónomos». Por esta vía se articula, por ejemplo, la responsabilidad sancionadora de comunidades de bienes, herencias yacentes o de comunidades de propietarios. En estos supuestos, se imponen una serie de

Aufsichtspflicht der Konzernmutter. Dort, wo die Tochtergesellschaft indes in ihrer Willensbildung und Handlungsfreiheit nicht durch die Weisungen der Konzernmutter beeinflusst wird, verbleibt die ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortlichkeit zur Einhaltung des betriebsbezogenen Pflichten und die damit korrespondierende besondere Aufsichtspflicht im Sinne des 130 OwiG trotz der Einbettung in den Konzern bei den Leitungspersonen der rechtlich selbständigen Tochtergesellschaft“.

²³⁰ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 Bis y 19 del Código Penal*, cit., pp. 161-165.

²³¹ En este sentido, Tomás CANO CAMPOS entiende que se podría encuadrar a los grupos de empresas entre las entidades sin responsabilidad, *vid. Sanciones administrativas*, cit., p. 110. También Manuel REBOLLO PUIG parece acogerse a esta idea. *Vid. «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores»*, cit., p. 1059.

obligaciones a estos entes sin personalidad de cuyo incumplimiento responden con los bienes comunes (en el caso de las comunidades de bienes) o con los bienes que forman ese patrimonio separado (como puede ser la herencia yacente)²³².

Sin embargo, los grupos de empresas están formados por entidades que sí tienen personalidad jurídica propia y que cuentan con su propio patrimonio. El grupo de empresas no funciona como una única persona jurídica porque cada sociedad tiene sus propios representantes a través de los cuales contrae sus propias obligaciones y por cuyas actuaciones responderá. Las leyes no imponen obligaciones a los grupos de empresas como sí hacen, por ejemplo, a las comunidades de propietarios o a las herencias yacentes. En su caso, pueden imponerle obligaciones a la sociedad matriz respecto de sus filiales (por ejemplo, consolidar las cuentas de todo un grupo) pero aquí la responsabilidad de la matriz no presentaría ninguna particularidad.

Además, la responsabilidad de los entes sin personalidad surge precisamente para evitar los problemas que provoca la falta de esta. Si las leyes fijan una serie de deberes para estos entes, pero no pueden sancionarlos por su incumplimiento, el procedimiento sancionador deberá dirigirse contra el autor material de la infracción o, en su defecto, contemplar la responsabilidad solidaria de los miembros del ente sin personalidad. Esto último casaría mal con el principio de culpabilidad y, además, obligaría a tramitar el procedimiento contra todos ellos²³³. Para facilitar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se introduce la responsabilidad de los entes sin personalidad, lo que además refuerza la idea anteriormente expuesta de que este tipo de responsabilidades «colectivas» están vinculadas estrechamente con el principio de eficacia.

Como se puede apreciar, estos problemas no se trasladan a los grupos de empresas porque la Administración ya tiene un sujeto perfectamente identificado frente al que ejercer su potestad sancionadora (la persona jurídica). Es más, la responsabilidad de los

²³² Otra cuestión será la posibilidad de prever medidas para que, en caso de insuficiencia de bienes del ente sin personalidad, se pueda ejecutar la sanción contra los titulares o partícipes. En este sentido, algunas leyes declaran la responsabilidad solidaria de los partícipes o cotitulares de las infracciones cometidas por el ente sin personalidad. Ejemplo de lo anterior es el artículo 57.2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal o el artículo 164.9 de la Ley 12/2017 de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears. Al respecto, *vid.* REBOLLO PUIG, M., *Ibid.*, p. 1064 y HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, cit., pp. 398-399 que se refiere a este fenómeno como «solidaridad impropia».

²³³ *Vid.* CANO CAMPOS, T., *Sanciones administrativas*, cit., pp. 109-110, REBOLLO PUIG, M., *Ibid.*, p. 1063, DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 108. Crítico con la responsabilidad solidaria se muestra, HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, cit., pp. 395-399.

entes sin personalidad supone un camino inverso al del levantamiento de velo²³⁴, que es el propio de la responsabilidad de la matriz en relación con sus filiales. A la Administración se le impone un velo que impide sancionar a los miembros del ente sin personalidad, mientras que en el caso de los grupos de empresas se trata precisamente de levantar ese velo. Por lo tanto, la sanción al «grupo de empresas» no puede encuadrarse bajo la sanción a los entes sin personalidad. Incluso cuando se ha tratado de camuflar la responsabilidad de la matriz mediante otros conceptos como el de «empresa» o la «unidad económica», tal y como sucede en el Derecho sancionador de la competencia, termina siendo necesario identificar a las concretas sociedades matrices y filiales a la hora de incoar el procedimiento sancionador contra ellas²³⁵.

3.2. El deber de evitar la infracción de otro (artículo 28.4 de la LRJSP)

El primer párrafo del artículo 28.4 de la LRJSP establece que «las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación». El precepto contempla dos infracciones distintas: la infracción de la persona dependiente y el deber de evitar esa infracción por quien ejerce el control del dependiente. Sin embargo, tienen que ser las concretas leyes sectoriales las que introduzcan dicha posibilidad. Por el momento, la utilización de esta figura ha sido escasa y los ejemplos se encuentran en sectores muy alejados al objeto de este trabajo, como es el de la seguridad vial o la responsabilidad de los padres o tutores por las conductas de sus menores recogida en alguna ley sectorial²³⁶.

Pese a todo, el precepto se adapta al supuesto de los grupos de empresas al referirse a aquellas situaciones en las que existe una «relación de dependencia o vinculación». De hecho, algún autor ha sugerido que este artículo podría ir referido, entre otras situaciones, a la responsabilidad de la matriz por las infracciones que ha cometido su filial²³⁷. En este

²³⁴ Vid. REBOLLO PUIG, M., *Ibid.*, p. 1063.

²³⁵ *Vid. infra*, apdo. 3.1 del Capítulo III.

²³⁶ Al respecto, *vid.* ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., «Los menores de edad en el Derecho administrativo sancionador», cit., pp. 283-289, que cita algunos ejemplos, y para la cuestión específica del tráfico, *vid.* CANO CAMPOS, T., *Las sanciones de tráfico*, cit., pp. 313-314. En el ámbito de la seguridad vial también se contempla la responsabilidad de los padres por las conductas de sus menores, según dispone el artículo 82 b) del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

²³⁷ Lo menciona, REBOLLO PUIG, M., «Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015», en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, CEMCI, Granada, 2016, pp. 349-496, p. 424.

caso, se recoge una especie de «posición de garante»²³⁸ que obligaría a la matriz a prevenir las infracciones de su filial. En mi opinión, creo que podría ser una solución útil en determinados sectores especialmente sensibles en los que se quiera involucrar a la matriz en la prevención de infracciones especialmente graves, pensemos, por ejemplo, en materia medioambiental. Sin embargo, no me parece necesario extender esta posición de garante para cualquier tipo de infracción de la filial. Esta suerte de *globalhaftung* no es ni útil ni deseable²³⁹.

Volviendo a la responsabilidad de la matriz, la forma de evaluar este deber de prevención debería ir referida al análisis de las políticas de *compliance* que se implanten en todo el grupo. En su caso, habría que tener en cuenta si una vez cometida la infracción en sede de la filial, la matriz contaba con programas de cumplimiento normativo y medidas de organización adecuadas para evitar dicha infracción. En este sentido, es perfectamente posible que sea la sociedad matriz la que imponga la política de *compliance* en todo el grupo, precisamente para evitar que se cometan infracciones en sus respectivas filiales. De hecho, alguna norma directamente obliga a la matriz a adoptar este tipo de medidas. Me refiero a la recién aprobada Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. En líneas generales, esta Ley impone a determinadas entidades del sector privado (empresas de más de 50 trabajadores, partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales) y también del sector público (las recogidas en el artículo 13 de la Ley) contar con un canal de «información interna» para que se pueda denunciar la comisión de determinados delitos o infracciones administrativas muy graves o graves y con un sistema de protección eficaz para la persona que denuncie, en aras a evitar cualquier tipo de represalia. En relación con los grupos de empresas, el artículo 11 dispone que la sociedad dominante (en los supuestos del artículo 42 del Código de Comercio), deberá aprobar una política general relativa al sistema interno de información y de la defensa del informante. Además, también obliga a que se asegure la aplicación de los principios de este Sistema en todas las entidades que lo integran, por lo que la matriz tiene que «vigilar» lo que sucede en su filial y a garantizar que se cumplen las

²³⁸ CANO CAMPOS, T., *Sanciones administrativas*, cit., p. 115.

²³⁹ Vid. GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., pp. 29-31 que rechaza la idea de *globalhaftung* o responsabilidad global en el caso de grupos de empresas, aunque admite supuestos «puntuales» de responsabilidad de la matriz.

disposiciones de la Ley. De no hacerlo, la matriz puede ser responsable de una infracción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63²⁴⁰.

Esta Ley de protección de las personas denunciantes no contempla exactamente el supuesto que recoge el artículo 28.4 de la LRJSP que se refiere a la sanción de la entidad dominante por no evitar una infracción de su filial. No hay como tal una infracción de la filial sino una única infracción exclusiva de la matriz por no cumplir con sus deberes respecto del grupo de empresas. Sin embargo, empieza a extenderse la idea de que, en determinadas circunstancias o en esos sectores sensibles a los que antes aludíamos, la matriz no debería ser ajena a lo que sucede en sus filiales. Para ello se le imponen una serie de obligaciones que en puridad no van referidas al deber de evitar la comisión de infracciones en la filial, pero de alguna forma u otra tratan de impedir que tales infracciones se produzcan. Si la matriz tiene que implementar un sistema interno de información en todo el grupo, lo que se busca es que esta garantice que también sus filiales cumplen con la Ley de protección de las personas denunciantes, pensada para detectar determinados comportamientos constitutivos de delito o de infracción administrativa.

En relación con lo anterior, recientemente algunos países han aprobado leyes que obligan a las sociedades matrices a adoptar determinadas medidas para evitar, entre otras cosas, aquellas actividades de sus empresas filiales domiciliadas en terceros Estados que puedan vulnerar los derechos humanos o provocar graves daños al medioambiente. Destacan sobre manera la ley alemana sobre la diligencia debida en la cadena de suministro *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)* y la *Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, aprobada en Francia en marzo de 2017. Además, actualmente en la Unión Europea existe una propuesta muy avanzada de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que sigue un modelo regulatorio muy similar al de estas dos leyes. En

²⁴⁰ Habría que estar al caso concreto para evaluar la posible responsabilidad de la sociedad matriz respecto a lo que suceda en su filial. Si el problema está en la configuración del sistema de información interna (o en la inexistencia de este) lo lógico es que se sancione a la matriz que es la que está obligada a incorporarlo a lo largo del grupo y la que cometería la infracción muy grave recogida en el artículo 63.1 de la Ley 2/2023. Ahora bien, esa no es la única infracción que se contempla en la Ley. Por ejemplo, el artículo 63 1.b) recoge la infracción de adoptar cualquier represalia contra el informante por lo que, si esa represalia se produce en el ámbito de la sociedad filial, en principio, esta sería la autora de la infracción. A lo sumo, la matriz podría resultar responsable, no por evitar esta infracción, sino por no garantizar en general el cumplimiento de los principios que rigen su sistema de información interna, que es a lo que le obliga el artículo 11. Este incumplimiento no está recogido como una infracción autónoma pero el artículo 63.3 c) considera como infracción leve «cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave» por lo que podría ser sancionable por esta vía. Esto permitiría la incoación de un procedimiento sancionador contra matriz y filial, cada una responsable por su propia infracción.

nuestro país, en febrero de 2022 el ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 impulsó una consulta previa para la elaboración de un «anteproyecto de ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales» y en el plan anual normativo de 2022 se preveía la aprobación de dicha Ley. Sin embargo, tal iniciativa ha desaparecido del plan anual normativo de 2023 por lo que habrá que esperar a la transposición de la futura Directiva para ver estas obligaciones de diligencia en nuestro país.

Igualmente hay que mencionar las leyes extraterritoriales de lucha contra la corrupción, especialmente la *Foreign Corrupt Practices Act* estadounidense. En estos casos, también podemos observar una tendencia creciente a la responsabilidad de las sociedades matrices por las conductas de sus filiales en el extranjero. Aunque tampoco existe una ley similar en nuestro país, la *Foreign Corrupt Practices Act*, bajo determinadas circunstancias, puede ser aplicable a una empresa domiciliada en España, lo que justifica su estudio.

En definitiva, todos estos ejemplos ponen en evidencia el interés de los legisladores en abordar de una forma u otra la responsabilidad dentro de los grupos de empresas.

- a) Las nuevas tendencias sobre diligencia debida empresarial en materia de protección de los Derechos humanos y el medioambiente

En los últimos años se ha incrementado la preocupación por las posibles vulneraciones de derechos humanos y también por los daños medioambientales que se pueden producir en las cadenas de suministro en las que participan las empresas multinacionales. Muchas de estas empresas se han aprovechado del contexto jurídico y político de los conocidos como «Estados fallidos» o «Estados no cumplidores», esto es, Estados con regulaciones flexibles o, directamente, carentes de regulaciones que garanticen un respeto a las condiciones mínimas en las que se debería desarrollar cualquier trabajo (salubridad, horarios laborales, condiciones salariales, edad mínima para trabajar, etc.)²⁴¹. En principio, estas empresas suelen actuar en un clima de impunidad y tolerancia. Esta impunidad se favorece –además de por la falta o dejadez de estos Estados para ejercer sus potestades sancionadoras–, por el hecho de que la mayor parte de estas conductas se realizan por filiales locales o por *joint ventures* constituidas

²⁴¹ Vid. NIETO MARTÍN, A., «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho global», en NIETO MARTÍN, A., y GARCÍA MORENO, B. (dirs.), *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 17-111, p. 83.

con algún socio local. La matriz puede ser consciente (o no) de estas violaciones de derechos humanos pero resulta extremadamente difícil su persecución en el Estado donde está domiciliada (que presumimos que ejerce con normalidad su *ius puniendi*) por las dificultades probatorias que ello entraña. Sobre todo si tenemos en cuenta que esas violaciones de los derechos humanos se cometen precisamente por empleados de las filiales locales, lo que en principio excluye la competencia del Estado donde está domiciliada la matriz²⁴².

A esta situación se le ha intentado poner algún tipo de remedio en los últimos años. Por el momento, la mayor parte de las iniciativas se han quedado en meros instrumentos de *soft law* que tan solo generan recomendaciones a las empresas multinacionales para que respeten los derechos humanos a lo largo de toda su cadena de suministro y para que adopten una serie de medidas preventivas en relación no solo ya con sus filiales locales sino también con las terceras partes con las que se puedan asociar. En este sentido, destacan por su importancia los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresas aprobados en el 2011 y las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales (actualizadas recientemente en 2023). Esta forma de enfocar el problema es en teoría beneficiosa para las empresas. Fiarlo todo a su propia «autorregulación» o al seguimiento voluntario de una serie de directrices les proporciona un marco «cómodo» de actuación donde el único reproche posible es el procedente de los consumidores y los mercados²⁴³.

En la Unión Europea, este es el modelo de regulación que hasta el momento se ha seguido, precisamente por inspiración de los Principios Rectores de Naciones Unidas. La conocida como Directiva de estados no financieros²⁴⁴ obliga a las «grandes empresas de interés público»²⁴⁵ a publicar información relativa a «cuestiones medioambientales y

²⁴² Vid. NIETO MARTÍN, A., «Hacia un Derecho penal económico de los Derechos humanos», *InDret*, n.º 3, 2020, pp. 137-172, p. 143.

²⁴³ Lo señala, de PABLO SERRANO, A., «Hacia la responsabilidad (penal) de empresas multinacionales por corrupción medioambiental», en DEL CARPIO DELGADO, J. (dir.), *Criminalidad en un mundo global: criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 93-129, pp. 111-112.

²⁴⁴ Directiva 2014/95 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

²⁴⁵ A los efectos de aplicación de la obligación de presentar los estados no financieros, se define como grandes empresas aquellas que «en sus fechas de cierre del balance, superen el criterio de un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio». Las entidades de interés público vienen definidas en el artículo 2.1 de la Directiva 34/2013 y son básicamente las empresas que coticen en algún mercado regulado europeo, las entidades de crédito, las empresas de seguros y aquellas que sean definidas como tal por los Estados miembros por revestir «una importación pública significativa en razón de la naturaleza de su actividad, tamaño o número de empleados».

sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno», indicando, como mínimo, el impacto en estas cuestiones que tiene su negocio, las políticas que aplica la empresa y las medidas de diligencia debida que adoptan para evitar o mitigar tal impacto. Cuando se trate de grupos de empresas²⁴⁶, esta información la tiene que publicar respecto de todo el grupo la sociedad matriz siempre y cuando esté obligada a publicar el conocido como «informe de gestión consolidado». Sin embargo, esta Directiva no obliga a un estándar mínimo de protección o a unas medidas concretas. Es más, ni siquiera obliga a que estas se adopten en virtud del principio básico en materia de gobierno corporativo de *comply or explain*, que específicamente se recoge en el artículo 29 Bis de la Directiva cuando dice que «en el caso de que el grupo no aplique ninguna política en relación con una o varias de estas cuestiones, el estado no financiero consolidado ofrecerá una explicación clara y motivada al respecto».

Este modelo de *soft law*, que fía todo a la «responsabilidad social corporativa» de las empresas, es contestado por algún sector de la doctrina penal que propone avanzar hacia prácticamente el extremo opuesto. En este sentido, algunos autores plantean el surgimiento de un Derecho penal internacional del medioambiente o, en términos más amplios, un Derecho penal internacional económico de los derechos humanos²⁴⁷. Este «nuevo» Derecho penal buscaría superar las actuales limitaciones que existen en el campo de actuación del Derecho penal internacional, que tradicionalmente se ha centrado en las responsabilidades de los individuos por la comisión o participación en delitos perpetrados fundamentalmente por los Estados (los conocidos como *core crimes*: delitos de genocidio y lesa humanidad fundamentalmente)²⁴⁸. Por lo tanto, se propone avanzar hacia la

²⁴⁶ Evidentemente se tiene que tratar, al igual que para las empresas, de un «gran grupo de empresas» en el que la matriz sea una sociedad de interés público. El concepto de gran grupo de empresas se encuentra recogido también en la Directiva 34/2013 y es aquel en el que matriz y filiales superen conjuntamente dos de los siguientes criterios: un balance de 20.000.000 EUR, un volumen de negocios neto de 40.000.000 EUR y un número medio de empleados durante el ejercicio de 250.

²⁴⁷ Vid. NIETO MARTÍN, A., «Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos», cit., pp. 137-149, DE PABLO SERRANO, A., «Construyendo un Derecho (penal) mundial del medioambiente. Tratado de empresas transnacionales y derechos humanos, Directiva europea sobre diligencia debida y crimen de ecocidio», en CARUSO FONTÁN, M.V., y CARO MACÍAS, V.M., (dirs.), *Nuevas tendencias y modernos peligros de la política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 337-371, DEMETRIO CRESPO, E., «Vulneración de Derechos Humanos por empresas multinacionales: ¿de un Derecho penal económico transnacional a un Derecho penal internacional económico?», en DEMETRIO CRESPO, E., y NIETO MARTÍN, A., (dirs.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 11-24.

²⁴⁸ Esto tiene sentido en cuanto que el Derecho penal internacional nace a partir de los juicios de *Nüremberg* donde lo que se pretendía era precisamente individualizar las responsabilidades de los crímenes cometidos en el régimen nacionalsocialista sin permitir que sus autores pudiesen refugiarse bajo el paraguas de la responsabilidad estatal. Lo apunta, NIETO MARTÍN, A., *Ibid.*, p. 147.

responsabilidad de las personas jurídicas (principalmente de las empresas multinacionales) e incorporar nuevos delitos muy relacionados con los riesgos que entrañan su actividad, como el delito de «ecocidio» o, en general, aquellas violaciones graves de los derechos humanos. Para el enjuiciamiento de dichas conductas se plantea, o bien crear un tribunal internacional especializado, o bien modificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional precisamente para incluir estos nuevos delitos e introducir la responsabilidad de las personas jurídicas.

Por el momento, no se ha llegado hasta ese punto, pero se avanza hacia un modelo de *hard law* donde la adopción de medidas de vigilancia y diligencia debida en materia de derechos humanos pasan a convertirse en obligatorias y donde la respuesta a su incumplimiento o a su cumplimiento defectuoso se articula mediante las sanciones administrativas. Este es el sistema por el que han apostado Francia, Alemania y también la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad²⁴⁹. Es un modelo intermedio entre el sistema de *soft law*/responsabilidad social corporativa y el de la responsabilidad penal internacional. Estas tres normas, la *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)*, la *Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* (que reforma el Código de Comercio francés)²⁵⁰ y la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad contienen una serie de disposiciones comunes o similares de las cuales podemos extraer un modelo regulador claro.

Como digo, el principal pilar de estas leyes es imponer a las empresas de gran tamaño –siempre que estén domiciliadas o tengan su establecimiento principal en el ámbito territorial de aplicación de la ley– una serie de obligaciones en materia de cumplimiento normativo para evitar que se produzcan violaciones de derechos humanos a lo largo de toda su cadena de suministro²⁵¹. Estas obligaciones no solo afectan a la

²⁴⁹ En el expositivo 54 de la propuesta de Directiva específicamente se habla de «las sanciones administrativas que deben imponer las autoridades de control». Aunque posteriormente aclara que en caso de que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro no prevea sanciones administrativas, sino tan solo aquellas «impuestas por la autoridad judicial», estas deben tener un efecto equivalente al de las sanciones administrativas.

²⁵⁰ Para un análisis completo y detallado de esta Ley, *vid.* GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Diligencia debida en Derechos humanos y empresas transnacionales: de la Ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos», *Lex Social*, vol.8, n.º 2, 2018, pp. 216-250, pp. 237-247.

²⁵¹ La Ley francesa habla de empresas de más de cinco mil trabajadores mientras que la alemana rebaja la cifra a tres mil, aunque la propia ley prevé que a partir del 1 de enero de 2024 se reduzcan los umbrales a mil trabajadores. En ambos casos, se debe tener en cuenta no solo los trabajadores de la matriz sino los del conjunto del grupo de empresas. En lo que respecta a la propuesta de Directiva, se contempla la

propia empresa en sí, sino también a sus filiales, por lo que las matrices deben extender este sistema de cumplimiento normativo a aquellas sociedades con las que formen el grupo de empresas. E, incluso, también se procura «forzar» a las empresas a que valoren especialmente la cuestión del respeto de los derechos humanos a la hora de elegir a sus proveedores, imponerles obligaciones contractuales al respecto (que generen responsabilidad civil en caso de incumplimiento) e, incluso, la posibilidad de revisar sus instalaciones para garantizar dicho cumplimiento²⁵².

En líneas generales, el contenido de los programas de *compliance* se concreta en una serie de medidas recogidas en los citados textos normativos, las cuales están descritas con un considerable grado de detalle en la *LkSG*. Así pues, las empresas deberán realizar un análisis (un «mapeo») de los riesgos a los que están sometidas todas las fases de su cadena de suministro en materia medioambiental y derechos humanos, contemplar

aplicación de esta tanto a las empresas que estén domiciliadas en un Estado miembro como en un tercer Estado siempre que tengan un nivel mínimo de actividad en el territorio europeo. La característica principal es que reduce el número de empleados que determinan la aplicación de las obligaciones impuestas por la Directiva a 500 trabajadores, muy por debajo de lo recogido en la legislación alemana y francesa. Incluso, bajo determinados requisitos, se puede aplicar a empresas de más de 250 trabajadores.

²⁵² El artículo 2, sección 5 de la *LkSG* define lo que se considera cadena de suministro a los efectos de aplicación de la Ley: todos los pasos tanto dentro o fuera del país que son necesarios para la producción de un producto y la prestación de un producto, desde la extracción de materias primas hasta la puesta a disposición del cliente. Eso incluye: las acciones de la empresa en su área de negocio propia, las acciones de un proveedor directo y las acciones de un proveedor indirecto. Sobre estas acciones es sobre las que se deberán adoptar determinado tipo de medidas de vigilancia y control. En este sentido, la sección 6 del artículo 2 indica claramente que el área de negocio propia de una empresa incluye también el área de negocio de una empresa filial, siempre que la matriz ejerza una determina influencia sobre su filial (*In verbundenen Unternehmen zählt zum eigenen Geschäftsbereich der Obergesellschaft eine konzernangehörige Gesellschaft, wenn die Obergesellschaft auf die konzernangehörige Gesellschaft einen bestimmenden Einfluss ausübt*). Lo que se plantea actualmente en la doctrina alemana es el alcance del término *Obergesellschaft* y *bestimmende Einfluss*. En cuanto al primer término, parece admitirse que no solo se refiere a la matriz última de un grupo. Es decir, que, si dentro de un grupo existe un área de negocio claramente separada del resto, una filial intermedia podría ser considerada *Obergesellschaft*, lo que también sirve para descartar la aplicación de la ley a las matrices *holding*. En cuanto a la influencia, que es lo verdaderamente importante, el debate se centra en si opera como en el Derecho de la competencia o no. Es decir, si la mera existencia de unos vínculos organizativos, estructurales, accionariales entre la matriz y la filial es suficiente para la aplicación de la norma. La cuestión está aún abierta porque la exposición de motivos de la ley solo ha indicado circunstancias a partir de las que se entiende que existe una «influencia» (alta participación, centralización de decisiones nucleares, solapamiento de cargos...) pero algún autor ha apuntado que la palabra *ausüben* (ejercer) que recoge el artículo obliga a que esa influencia efectivamente se ejerza (y no que se pueda ejercer o se pueda presumir que se ejerce) y que además vaya referida a circunstancias relativas a la cadena de suministro, y no de forma genérica. *Vid.* KÜHLE, M., und SCHULTE-HULLERN, M., «Konzernrecht im LkSG- die Zurechnung konzernangehöriger Gesellschaften nach 2 Abs. 6 Satz 3 LkSG», *ZyglRWiss*, 122, 2023, pp. 200-218, especialmente, pp. 206-218. No obstante, el hecho de que se aplique la norma a filiales que están domiciliadas en terceros estados no significa que las infracciones que en esos terceros estados cometan las filiales vayan a ser sancionadas. Lo que se castiga es la falta de diligencia debida de las sociedades matrices. Es decir, la *LkSG* no supone un ejercicio extraterritorial de la potestad administrativa sancionadora, pese a que tiene una vocación clara de obligar a las empresas a mantener ciertos estándares independientemente de donde actúen. Lo argumenta, SCHRÖDER, T., «Die ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortlichkeit für Verstöße gegen das Lieferkettensorgfaltpflichtengesetz- Zur Awnedung auf Auslandssachverhalte», *ZyglRWiss*, 122, 2023, pp. 90-106, pp. 95-106.

medidas de prevención o de reparación cuando esos riesgos ya se hayan producido (o, al menos, mitigarlos), contar con procedimientos de reclamación para aquellas personas que hayan sufrido o que crean que puedan sufrir una vulneración de sus derechos y también para organizaciones civiles o sindicales en representación de estas personas, y, finalmente, llevar a cabo labores de supervisión continua sobre la aplicación de estas medidas.

La falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuoso de estas obligaciones de supervisión puede originar la imposición de sanciones administrativas. Sin embargo, el Consejo Constitucional francés, en su decisión n.º 2017-750 DC de 23 de marzo de 2017, consideró que las disposiciones sancionadoras de la norma, que contemplaban multas de hasta 10 millones de euros (30 millones en caso de que se produjesen daños), eran contrarias a la Constitución francesa. En concreto, el Consejo Constitucional censuró la redacción genérica de los preceptos que imponían esas obligaciones a las empresas –cuyo incumplimiento constituía una infracción administrativa– por vulnerar el principio de tipicidad. Se obligaba a las empresas afectadas por la norma a implementar de manera efectiva «medidas razonables de vigilancia», «acciones adecuadas para mitigar los riesgos o prevenir los daños» delegando en el Consejo de Estado la precisión de estas medidas mediante un decreto. Además, la Ley tan solo se refería a las libertades fundamentales o a los derechos humanos que puedan resultar afectados por la actividad económica de la empresa, sin precisar exactamente qué derechos o qué libertades deben ser objeto de supervisión, tal y como hace, por cierto, la *LkSG* alemana en su artículo 2.

Sin embargo, lo más importante de esta decisión del Consejo Constitucional es que legitima en esencia el modelo regulador, es decir, la imposición de obligaciones positivas a las matrices respecto a las conductas de sus filiales. Ni lo considera una vulneración de la *liberté d'entreprendre* ni tampoco un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno (*fait d'autrui*)²⁵³. Una mera reforma, aún pendiente, del Código de Comercio francés, que es donde se ha integrado esta Ley, con una regulación más detallada sobre el contenido de las medidas a adoptar resultaría suficiente para la constitucionalidad de las sanciones administrativas.

²⁵³ En España también se ha apuntado que estas obligaciones positivas o de hacer de las empresas son perfectamente constitucionales. *Vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «¿Cómo combatimos al proveedor inmoral?» *Almacen del Derecho* (blog): <https://almacendederecho.org/como-combatimos-al-proveedor-inmoral> (consultado el 06/06/2023).

Por el contrario, la *LkSG* y la propia propuesta de Directiva tienen un contenido mucho más detallado. En lo que respecta a las sanciones administrativas, la *LkSG* contempla multas tanto para las personas jurídicas como para las personas físicas, además de la posibilidad de imponer la prohibición de contratar por un periodo de 1 a 3 años²⁵⁴. Por otro lado, consciente de la necesidad de que las sanciones sean lo suficientemente disuasorias, pero también de que guarden cierta proporcionalidad en función del sujeto infractor, se establece que para las infracciones más graves la multa pueda alcanzar hasta el 2% del volumen de negocios consolidado siempre y cuando el infractor tenga un volumen de negocios superior a 400 millones de euros. También la propuesta de Directiva contempla la determinación de las sanciones a partir del volumen de negocios de las empresas (sin que prevea sanciones a personas físicas, lo que tampoco impediría a los Estados miembros introducirlas).

Lo más interesante de la propuesta de Directiva desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador es que el *enforcement* de la norma no descansa únicamente en las sanciones administrativas. El artículo 20.2 obliga a los Estados miembros a otorgar discrecionalidad a la Administración a la hora de iniciar el procedimiento sancionador, en función de los esfuerzos de la empresa para adoptar las correcciones que sobre sus programas de cumplimiento haya podido ordenar la propia Administración. Además, la propia propuesta de Directiva exige que, una vez detectado un incumplimiento, se conceda un plazo a la empresa para adoptar las «medidas correctivas» que procedan. Esto no excluye la posibilidad de imponer una sanción, pero la colaboración de la empresa y sus esfuerzos para mejorar su sistema de *compliance* se pueden tener en cuenta, como se ha dicho, para rechazar la incoación de un procedimiento sancionador o para minorar el importe de la multa. Este sistema se adecúa más a esa pretendida responsabilidad de las personas jurídicas basada en un «defecto de organización». De hecho, en realidad lo que pretende la norma es establecer y acompañar a las empresas a que se «autorregulen»

²⁵⁴ El artículo 24.2 de la *LkSG* contempla multas de hasta 800.000 euros, 500.000 euros o 100.000 euros en función de la gravedad de la infracción. Sin embargo, estas cantidades son para las personas físicas ya que acto seguido el artículo 24.2 dispone que se aplicará el párrafo tercero del artículo 30.2 de la *OWiG*. Este artículo dispone que, en el caso de infracciones administrativas, las multas a las personas jurídicas se calculan con referencia al importe máximo de las multas para personas físicas. Pero acto seguido se establece que si las leyes hacen referencia (*verweist*) a ese párrafo, se incrementará por diez el importe de las multas para las personas jurídicas.

correctamente y sancionar a aquellas que no lo hagan, pero partiendo de la base de un cierto «acompañamiento» a las empresas a esta correcta autorregulación²⁵⁵.

La Administración no solo vigila el cumplimiento de la norma, sino que indica a las empresas cómo deben cumplirla, en tanto que los preceptos pueden ser un tanto amplios o ambiguos. Es más, la propia Propuesta de Directiva contempla la aprobación de unas «Directrices» que sirvan de guía a las empresas y la creación de sitios webs o portales para «acompañar» (se habla de «medidas de acompañamiento») a las empresas en este procedimiento de autorregulación. La suma de todos estos artículos coloca a las sanciones administrativas en un segundo plano en el sistema de *enforcement* de la norma obligando a la Administración, *prima facie*, a adoptar una posición más colaborativa que represiva. Esto desde luego que se acomoda mal a la práctica tradicional de las Administraciones en nuestro país, resumida en la frase de Alejandro HUERGO LORA de que en España «se administra sancionando»²⁵⁶.

Por otro lado, este sistema de responsabilidad de los grupos multinacionales que pretende instaurar la Directiva contiene importantes elementos de «privatización» del ejercicio de estas potestades administrativas. Ante la imposibilidad de ejercer la potestad sancionadora en terceros países donde se cometen estas infracciones, y ante la dejadez de estos en ejercerla, se convierte a las empresas, en definitiva, en «inspectoras de trabajo a distancia»²⁵⁷. Las matrices son garantes del cumplimiento y del respeto de una serie de estándares laborales y medioambientales a lo largo de todo su grupo de empresas y también en las empresas con las que contrata por lo que su responsabilidad se fundamenta en esa falta de adopción (o en la incorrecta adopción) de medidas que eviten la lesión de esos estándares²⁵⁸. Sin corresponder esta figura exactamente a lo que recoge el artículo

²⁵⁵ Esto es un ejemplo claro del fenómeno conocido como «autorregulación regulada», tal y como señala, SOMMERMANN, K., «Die Sicherung von Menschenrechten in transnationalen Lieferketten: Ansätze im öffentlichen Wirtschaftsrecht», *ZvglRWiss*, 122, 2023, pp. 188-199, p. 188, pp. 197-199.

²⁵⁶ HUERGO LORA, A., «Diferenciación de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas», cit., p. 25.

²⁵⁷ NIETO MARTÍN, A., «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho global», cit., p. 72. Las dificultades de la inspección de trabajo para el control de los actos de las filiales de las empresas multinacionales son expuestas por GIL Y GIL, J.L., «La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global», *Lex Social*, vol. 10, n.º 2, 2020, pp. 6-70, pp. 41-42. En particular se refiere a los problemas del ejercicio extraterritorial de las potestades administrativas sobre todo en países que probablemente no estén dispuestos a colaborar o lo hagan vagamente, así como las cuestiones relacionadas con la prueba.

²⁵⁸ A esta posición de garante de la matriz sobre sus filiales se refiere, PÉREZ CEPEDA, A.I., «Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos», *Revista Penal*, n.º 44, 2019, pp. 126-146, p. 139.

28.4 de la LRJSP (no hay en puridad una infracción de la sociedad dependiente), se le acerca mucho.

Además, no solo ejercen esas funciones de inspección, sino que en menor o mayor medida terminan incluso siendo órganos de resolución de conflictos ante los que los particulares afectados por la propia conducta de la empresa pueden presentar sus quejas o denuncias. De hecho, la Ley alemana obliga a las empresas a publicar un reglamento de procedimiento (*Verfahrensordnung*) y a que las personas encargadas de realizar las investigaciones correspondientes sean independientes y no estén sujetas a instrucciones. No deja de ser, en definitiva, una cierta aplicación de los «principios» regulatorios del Derecho público (imparcialidad, existencia de un procedimiento) a entidades de derecho privado precisamente por esas funciones que realizan y que se asemejan mucho a aquellas que tradicionalmente han quedado reservadas a los Estados²⁵⁹.

A su vez, también se puede detectar cierto elemento privatizador en la normativa en la que se apoyan las Administraciones para ejercer sus potestades administrativas. Esto tampoco es de extrañar en tanto que, en el ámbito de la «autorregulación», muchas veces son las propias organizaciones internacionales las que aprueban esos instrumentos de *soft law*²⁶⁰. En ocasiones, esta labor la realizan organizaciones o asociaciones empresariales de cierto tamaño que aprueban «normas de estandarización», que sirven, todas ellas, de

²⁵⁹ No se debe confundir con el fenómeno del ejercicio de potestades públicas *strictu sensu* por parte de entidades privadas (entidades colaboradoras, organismos de control...). Estas entidades ejercen funciones públicas relacionadas con el control del cumplimiento de una determinada normativa (por ejemplo, en el ámbito de la seguridad industrial) mediante la emisión de certificaciones que acreditan u homologan que un determinado sujeto realiza sus actividades conforme a la normativa vigente. Para este fenómeno es indispensable la consulta a la obra de CANALS I AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Editorial Comares, Granada, 2003, pp. 124-196 y 272-292. En nuestro caso, los sujetos en ningún caso ejercen potestades de derecho público. La expresión de Adán NIETO MARTÍN («inspectores de trabajo a distancia») es muy útil por su valor descriptivo, pero jurídicamente no es del todo precisa. Las potestades de inspección las siguen ejerciendo las Administraciones públicas. En ningún caso se delega esta función a entidades privadas, sino que tan solo se le obliga o se le impone límites en su libertad de organización empresarial. Esos límites evidentemente van destinados a que se procure o que garantice el respeto de los derechos humanos a lo largo de su cadena de suministro. Como el Estado no puede llegar, intenta que lo hagan las empresas. Pero en esta función, las empresas no actúan como si fueran «poder público» sino como una empresa privada que actúa sometida al Derecho privado. Los remedios que cuentan las empresas para supervisar a sus filiales y a sus proveedores son de derecho privado. La supervisión sobre las filiales se basa en esa relación de dependencia que existe entre una y otra y, con respecto a los proveedores, la empresa deberá introducir cláusulas contractuales que garanticen que estos cumplen estándares mínimos de protección de derechos humanos. Como se puede apreciar, aquí no hay rastro de derecho público. Tampoco lo hay, *a priori*, en esos procedimientos de reclamación dentro de la empresa, aunque aquí se puede observar cómo, al menos, el Derecho administrativo «influye» en la regulación de las medidas de organización empresarial.

²⁶⁰ Vid. LEÑERO BOHÓRQUEZ, R., «Los sujetos del Derecho Público global», en ARROYO JIMÉNEZ, L., MARTÍN DELGADO, I. y MEIX CERECEDA, P. (dirs.), *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 115-157, pp. 146-156.

base a las empresas a la hora de adoptar sus sistemas de control y *compliance*²⁶¹. Por eso, cuando se impone a las empresas la obligación legal de «autorregularse», indirectamente se les está obligando a que adopten esos estándares aprobados por actores no estatales. La norma puede obligar, como de hecho hace la alemana, a que las empresas realicen análisis de riesgos y a tomar medidas preventivas. Pero el contenido concreto de esas medidas dependerá en gran parte del sector de actividad de cada empresa y, también, de los diferentes países en los que opere. Aquí juegan un papel muy importante esas normas de *soft law* o esos estándares internacionales aprobados por entidades privadas que, además, probablemente estén en mejor posición (por contar con mayores conocimientos) que la propia Administración para regular en detalle estas cuestiones²⁶².

En puridad, el principio de legalidad no se vulnera, ya que la obligación de «autorregularse» está recogida en una Ley²⁶³. Sin embargo, cuando la Administración pretenda valorar la suficiencia del sistema de diligencia debida de cada empresa irremediablemente deberá prestar atención a esos instrumentos de *soft law*, o las guías o directrices de referencia en cada sector para poder ejercer de forma correcta sus potestades²⁶⁴. Además, no hay que olvidar que la imposición de una sanción administrativa tiene que respetar el principio de culpabilidad. Por ejemplo, en el ámbito tributario, la propia LGT excluye la responsabilidad sancionadora cuando «se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias», supuesto que está muy vinculado a la «interpretación razonable de la norma tributaria» (artículo 179.2

²⁶¹ Todas estas organizaciones internacionales, organizaciones privadas o grupos de empresas multinacionales que participan en la elaboración de estos estándares y normas de *soft law* internacionales han sido englobadas por Héctor IGLESIAS SEVILLANO bajo el concepto de «ciudadano corporativo» en su estudio sobre el Derecho administrativo global. Este ciudadano corporativo es el sujeto del Derecho administrativo global, el productor de las normas, de ahí que el autor los califique como «entidades que ejercen una función normativa *de facto*». De hecho, entre esas normas que pueden condicionar las adoptadas por los Estados u organizaciones internacionales tan peculiares como la UE, el autor menciona la Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable, muy relacionada con esta cuestión. Vid. IGLESIAS SEVILLANO, H., *Derecho administrativo global: una teoría normativa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 83-94. Sobre este fenómeno también, NIETO MARTÍN, A., «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho global», cit., pp. 78-80.

²⁶² Este es uno de los factores que describe Esteve Pardo en relación con el retraimiento del Estado, que deja de tener el monopolio sobre la información y el conocimiento en favor de nuevos actores como las empresas. Vid. ESTEVE PARDO, J., «La Administración garante. Una aproximación», cit., pp. 16-18. Para una evolución histórica de este fenómeno, vid. DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 65-70.

²⁶³ Lo menciona, DARNACULLETA I GARDELLA, M., «Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias», cit., pp. 155-156.

²⁶⁴ Este fenómeno ha sido descrito por DARNACULLETA I GARDELLA como «los efectos probatorios (indiciarios, periciales o presuntivos) de los instrumentos de autorregulación. Vid. DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, cit., pp. 404-406. También vid. ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 132-136.

d) LGT). Este precepto, que no es más que una simple manifestación del principio de culpabilidad, sirve para ilustrar el problema que aquí se plantea. La empresa podrá argüir que su sistema de cumplimiento normativo se adecuaba a esos estándares o normas de *soft law* y así evitar la sanción administrativa por apreciarse la falta del elemento culposo²⁶⁵. Por el contrario, la Administración podría servirse de esos mismos instrumentos no solo para «guiar» a las empresas (recuérdese esa idea de colaboración entre Administración y empresa que inspira a la Directiva) sino directamente para sancionarlas, por apreciar defectos en el sistema de cumplimiento normativo. En parte, este problema queda mitigado por esa actitud «colaborativa» de la Administración, que puede indicar a la empresa cómo mejorar su sistema de *compliance* sin necesidad de imponer directamente una sanción, recuperando de esta forma su papel en el *enforcement* de la normativa.

Por otro lado, me parece acertada la idea que subyace bajo el artículo 13 de la propuesta de Directiva donde se contempla que sea la Comisión Europea la que apruebe una serie de Directrices que ayuden a los Estados miembros y a las empresas en cuanto a la forma en la que deben cumplir sus obligaciones de diligencia debida²⁶⁶. De esta manera, la Comisión Europea toma la iniciativa sobre el contenido y el alcance de esta diligencia debida y, de alguna forma, se la «quita» a esas organizaciones internacionales o esas «entidades estandarizadoras» que pueden estar «capturadas» por las propias empresas multinacionales²⁶⁷. A su vez, nada impediría que los Estados miembros aprueben sus propias directrices en consonancia con las de la Comisión Europea o que las concreten en algún punto, en tanto que son ellos los que deben ejecutar la norma. Esta técnica me parece un freno importante a esa privatización de la que hablaba y ya nos resulta mucho

²⁶⁵ Como señala IGLESIAS SEVILLANO, H., *Derecho administrativo global: una teoría normativa*, cit., p. 181, estas normas supranacionales «funcionarian en la práctica como normas de conducta de los sujetos privados que las reciben».

²⁶⁶ En concreto, el artículo 13 de la propuesta de Directiva recoge que «Para ayudar a las empresas o a las autoridades de los Estados miembros en cuanto a la forma en que las empresas deben cumplir sus obligaciones de diligencia debida, la Comisión, en consulta con los Estados miembros y las partes interesadas, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Agencia Europea de Medio Ambiente y, cuando proceda, los organismos internacionales con experiencia en materia de diligencia debida, podrá emitir directrices, por ejemplo para sectores específicos o efectos adversos específicos».

²⁶⁷ Un análisis más detallado de los problemas de «legitimidad» del fenómeno aquí descrito para el Derecho penal global, que se pueden trasladar directamente a una suerte de Derecho administrativo sancionador global o, de forma más omnicompreensiva, un Derecho sancionador global, se puede encontrar en NIETO MARTÍN, A., «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho global», cit., pp. 92-95. Un tratamiento más genérico (no ceñido al Derecho administrativo sancionador) de la cuestión puede verse en DE BELLIS, M., «Las redes reguladoras transnacionales diez años después de la crisis: caracteres y problemas», en ARROYO JIMÉNEZ, L., MARTÍN DELGADO, I. y MEIX CERECEDA, P. (dirs.), *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, cit., pp. 159-195, pp. 172-183.

más familiar. Es perfectamente posible y de hecho frecuente que las Administraciones aprueben normas de *soft law* mediante las que indiquen cómo van a ejercer sus potestades administrativas, reduciendo su margen de apreciación (o anticipándolo) sobre algunos conceptos jurídicos indeterminados.

b) Las leyes extraterritoriales de lucha contra la corrupción

En el ámbito de la lucha contra la corrupción internacional en los negocios también se han aprobado algunas leyes con claros efectos extraterritoriales y que afectan a las filiales de los grupos multinacionales. Estas leyes tratan de prevenir que las empresas consigan contratos u otro tipo de ventajas competitivas mediante la corrupción a funcionarios u otras autoridades de terceros países. Es decir, no afectan a conductas «internas», sino solo a aquellas que se producen en el extranjero, por eso hablamos de una aplicación «extraterritorial». Por lo común, los grupos multinacionales operan a través de empresas filiales constituidas en diversos Estados. Algunos de estos Estados son sospechosos de ser demasiado tolerantes con las prácticas vinculadas con la corrupción y el soborno, por lo que se pretende que la matriz ejerza cierta supervisión sobre el grupo en su conjunto²⁶⁸. Cuando no lo haga, o cuando la propia matriz se aproveche de sus filiales para cometer alguno de estos delitos, las autoridades encargadas de la ejecución de estas leyes puedan sancionar a la matriz. En este ámbito, la Ley más importante es la *Foreign Corrupt Practices Act* estadounidense (*FCPA*) aprobada ya en el año 1977 y que ha servido de base para otras como la *Bribery Act* británica y la popularmente conocida como *Loi Sapin II (LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique)*. En España no contamos por el momento con disposiciones similares. No por ello deja de ser interesantes estas leyes en la medida en que, de nuevo, se busca que la matriz «vigile» lo que sucede dentro de sus filiales.

En este aspecto, la *FCPA* es la más agresiva en cuanto a la responsabilidad de las matrices y la que tiene un mayor ámbito de aplicación subjetivo. La *FCPA* no solo se aplica a sociedades domiciliadas en los Estados Unidos, sino también a aquellas empresas extranjeras que coticen en cualquier mercado bursátil estadounidense (*issuers*) y cuando la persona o agente de la empresa cometa ese acto de corrupción desde el territorio de los

²⁶⁸ Vid. BLANCO CORDERO, I., «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 16, 2020, pp. 1-46, pp. 5-6.

Estados Unidos. Por ello, si se da alguna de estas dos últimas circunstancias, una empresa española podría ser sancionada en aplicación de la *FCPA*²⁶⁹. Además, se contempla un sistema de *enforcement* conjunto entre el DOJ (Department of Justice) y la SEC (Securities Exchange Comision), la cual está habilitada para la imposición de «sanciones civiles» (un ejemplo cercano a nuestras sanciones administrativas) aunque en este caso, solo cuando se trate de empresas cotizadas, que son las que se encuentran bajo la supervisión de la SEC. A los efectos de este trabajo, lo más interesante de la norma es la posibilidad de imponer sanciones a las matrices por las conductas de sus filiales. Aunque en el propio texto de la *FCPA* no se dice nada, en la Guía de referencia sobre la *FCPA*, preparada conjuntamente por la DOJ y la SEC, sí se regula esta responsabilidad. Esta Guía contempla la responsabilidad de la matriz en dos escenarios: participación o dirección de la matriz de la conducta de su filial para proceder al soborno o posición de «agente» por parte de la filial en relación con su matriz²⁷⁰.

El primer caso corresponde con la autoría mediata pero el segundo ya se aproxima al concepto de «empresa» que se aplica en el Derecho de la competencia para sancionar a la matriz por las infracciones de su filial. Así, para apreciar esa relación de agencia, la Guía establece que el DOJ y la SEC evaluarán el control que realiza la matriz sobre sus filiales, tanto en lo que se refiere a la acción concreta como en términos generales y, sobre todo, si la filial actúa en beneficio de o para su matriz. En este sentido, la doctrina estadounidense menciona una serie de circunstancias que podrían hacer entender al DOJ y a la SEC que existe una relación de agencia entre la matriz y la filial. Por ejemplo, si algún directivo de la filial trabaja también para la matriz, si la matriz ejerce una supervisión sobre su filial, incide en sus políticas de negocio o tiene que aprobar determinadas transacciones²⁷¹. En definitiva, si la filial no actúa de forma suficientemente

²⁶⁹ No sería el primer caso de una empresa domiciliada en otro país que termina siendo sancionada por las autoridades estadounidenses en aplicación de la *FCPA*. Destaca, por su cuantía, las sanciones que en su día le impusieron a la alemana Siemens en 2008. *Vid.* WILLBORN, E., «Extraterritorial enforcement and prosecutorial discretion in the FCPA: A call for international prosecutorial factors», *Minnesota Journal of International Law*, n.º 324, 2013, pp. 422-452, pp. 422-429.

²⁷⁰ Algo un tanto similar contempla la Guía para la aplicación de la *Bribery Act 2010* británica. La Ley dispone que una empresa es responsable si una persona «asociada» soborna a otra persona con la intención de obtener o mantener una ventaja comercial. En este concepto de empresa asociada se contempla a las filiales de las empresas matrices, sin embargo, la propia Guía se encarga de aclarar que la responsabilidad no es automática. Solo cuando la filial tenga una intención clara de obtener ese negocio o esa ventaja para su matriz, se considerará a esta última como responsable. En concreto, la Guía establece que: *liability for a parent company could arise where a subsidiary is the person which pays a bribe which it intends will result in the parent company obtaining or retaining business or vice versa*.

²⁷¹ *Vid.* SCHAEFER, M., «Should a parent company be liable for the misdeeds of its subsidiary? Agency theories under the Foreign Corrupt Practices Act», *New York University Law Review*, vol. 94, n.º 6, 2019,

autónoma en un mercado, la matriz podría resultar sancionada sin necesidad de estar directamente involucrada en la infracción de la filial. Por otro lado, la *FCPA* también permite a la SEC sancionar a las empresas cotizadas por irregularidades contables vinculadas con este tipo de pagos a terceros o sobornos (por llevar una contabilidad b o por camuflarlos en otras partidas). En estos casos, como la matriz tiene que consolidar las cuentas de sus filiales, también puede ser sancionada, aunque no exista esa relación de agencia, si incorpora en sus cuentas pagos irregulares de las sociedades filiales²⁷².

En los últimos años la doctrina ha advertido de un incremento en el número de sanciones impuestas, señalando además que la mayoría van dirigidas a empresas no estadounidenses. Estados Unidos pretende que los parlamentos de los demás países aprueben leyes similares y probablemente utilice la *FCPA* como instrumento de presión a estos efectos (la ley británica y la ley francesa son relativamente recientes y responden a esta iniciativa)²⁷³. En este contexto de aumento del *enforcement* de la *FCPA*, también se ha detectado una progresiva relajación de los estándares de prueba a la hora de apreciar la relación de agencia entre la matriz y la filial, dando lugar a sanciones en las que no existía una evidencia clara de que la matriz conociese o tolerase el comportamiento de su filial ni tampoco que ejerciese un control tan intenso²⁷⁴. Por ejemplo, Ralph Lauren Corporation (matriz del grupo) fue sancionada en 2013 por el soborno a unos oficiales de aduana en Argentina que había realizado una persona contratada por su filial. En este caso ni siquiera se mencionó si la matriz ejercía un control sobre su filial, si tenía que autorizar

pp. 1654-1686, pp. 1669-1671. También, *vid.* WILSON, N., «Pushing the limits of jurisdiction over foreign actors under the Foreign Corrupt Practices Act», *Washington University Law Review*, vol. 91, n.º 4, 2014, pp. 1063-1086, p. 1082, y AVERY, A., «Foreign Corrupt Practices Act: pleading parent subsidiary liability», *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, n.º 131, 2015, pp. 132-149, pp. 138-141. En este último trabajo se describen algunos casos en los que se apreció la responsabilidad de la matriz por los comportamientos sucedidos en su filial. Por ejemplo, en el caso *United States Securities & Exchange Commission v. ABB Ltd*, se sancionó a la matriz por autorizar unos pagos sospechosos de su filial sin percatarse de las *red flags* existentes en torno a esos pagos y sin realizar la debida *due diligence*. En el caso *United States & Exchange Commission v. Tyco International Ltd*, se sancionó a la matriz sobre la base de que cuatro directivos de la filial lo eran también de la matriz.

²⁷² AVERY, A., «Foreign Corrupt Practices Act: pleading parent subsidiary liability», *cit.*, p. 150.

²⁷³ WILLBORN, E., «Extraterritorial enforcement and prosecutorial discretion in the FCPA: A call for international prosecutorial factors», *cit.*, pp. 429-430, SMITH, L., «Is strict liability the answer in the battle against foreign corporate bribery?», *Brooklyn Law Review*, vol. 79, n.º 4, 2014, pp. 1801-1832, pp. 1809-1810. Pese al incremento de las sanciones, algún autor ha cuestionado su eficacia, *vid.* WAGONER, N., and Stevenson, D., «FCPA Sanctions: too big to debar?», *Fordham Law Review*, vol. 80, n.º 2, 2011, pp. 775-820, pp. 802-806.

²⁷⁴ Este es precisamente el objeto de algunos de los trabajos que ya se han citado: SCHAEFER, M., «Should a parent company be liable for the misdeeds of its subsidiary? Agency theories under the Foreign Corrupt Practices Act», *cit.*, AVERY, A., «Foreign Corrupt Practices Act: pleading parent subsidiary liability», *cit.* También detalla este aspecto, WILSON, N., «Pushing the limits of jurisdiction over foreign actors under the Foreign Corrupt Practices Act», *cit.*, pp. 1080-1087.

estos pagos o si dirigía la conducta de esta filial; simplemente se sancionó a la matriz directamente²⁷⁵.

Como se puede apreciar, al igual que ha sucedido en la práctica de la Comisión Europea con las sanciones de competencia, las autoridades ya no sienten tanto reparo a la hora de «levantar el velo» societario²⁷⁶. Sin embargo, mientras que la práctica de la Comisión Europea está respaldada por los tribunales europeos, no existe un pronunciamiento jurisprudencial que avale estas sanciones a las matrices de la SEC y el DOJ. La razón está en que la inmensa mayoría de los casos terminan con un acuerdo –*non-prosecution agreement* o *deferred prosecution agreements*– entre la empresa investigada, la SEC y el DOJ, mediante el que se pacta el importe de la multa, se obliga a la empresa a adoptar determinadas medidas de *compliance* y se renuncia a la interposición del recurso contra ese acuerdo. Los costes reputacionales y de defensa que generan este tipo de investigaciones hacen que las empresas se vean prácticamente obligadas a pactar, por lo que las autoridades estadounidenses se sienten mucho más libres para extender la responsabilidad hacia la matriz, cuestión que ha criticado la doctrina²⁷⁷.

A pesar de lo anterior, y a falta de esa ratificación judicial, en la actualidad, si filial y matriz constituyen un grupo de empresas, en la definición doctrinal del término (ejercicio de un control genérico sobre su matriz), la matriz puede ser sancionada en aplicación de la *FCPA*. Por ello se recomienda a las empresas multinacionales la introducción de fuertes controles a nivel de grupo para evitar que la *SEC* y el *DOJ* inicien procedimientos contra ellas²⁷⁸.

3.3. La responsabilidad del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a las personas dependientes o vinculadas (artículo 28.4 de la LRJS)

En el apartado anterior se ha estudiado la primera parte del artículo 28.4 de la LRJSP en donde se recogía la responsabilidad sancionadora por no evitar la infracción cometida por otro sujeto. La segunda parte de este artículo dispone que las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores «podrán prever los supuestos en que

²⁷⁵ Menciona esta circunstancia SCHAEFER, M., «Should a parent company be liable for the misdeeds of its subsidiary? Agency theories under the Foreign Corrupt Practices Act», cit. p. 1681. Sobre el caso de Ralph Lauren, *vid.* UROFSKY, P., «The Ralph Lauren FCPA Case: Are there any limits to parent corporation», *Securities Regulation & Law Report*, n.º 45, 2013, pp. 1-4.

²⁷⁶ Lo señala TEICHMANN, C., «Grenzüberschreitende Konzernführung: Status Quo und rechtspolitische Agenda», in HOMMELHOFF, P., LUTTER, M., TEICHMANN, C. (Hrsg.), *Corporate Governance im Grenzüberschreitenden Konzern*, De Gruyter, Berlin, 2017, pp. 4-16, p. 8.

²⁷⁷ AVERY, A., «Foreign Corrupt Practices Act: pleading parent subsidiary liability», cit., p. 150.

²⁷⁸ AVERY, A., *Ibid.*, pp. 151-152.

determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas». Este último requisito, la existencia de una dependencia o vinculación, se cumple perfectamente en las relaciones entre las matrices y las filiales dentro de un grupo de empresas²⁷⁹. Además, sería un requisito sencillo de acreditar mediante una mera remisión al artículo 42 del Código de Comercio. El artículo 28.4 de la LRJSP no exige que el sujeto dominante ejerza una determinada influencia o participe en la infracción del sujeto dominado, sino únicamente que exista esa relación de dominio por lo que los criterios que fija el artículo 42 del Código de Comercio servirían para apreciar dicha relación y, en su caso, responsabilizar a la matriz del pago de la multa.

Es importante apuntar que ser responsable del pago de una multa no equivale a ser responsable de una sanción administrativa. En primer lugar, lo primero surge, al menos en el supuesto del artículo 28.4, por la existencia de una relación de dominio y lo segundo por la comisión de una infracción. Sin embargo, existe una serie de criterios que hacen que la responsabilidad solidaria o subsidiaria (eso lo deberá regular la ley que introduzca esta responsabilidad) sea «algo menos» que la responsabilidad por una sanción administrativa. De ahí que los requisitos para imponer una sanción y una responsabilidad solidaria o subsidiaria sean diferentes, siendo los segundos mucho más livianos (una situación de dominio). Pero esta menor onerosidad no significa que entre ambas figuras no haya cierta conexión y, admitámoslo, que tras la responsabilidad del pago de una multa no se esconda un cierto aroma sancionador. Materialmente, la diferencia entre pagar una multa como autor de una infracción y hacerlo en condición de responsable solidario son, *prima facie*, inexistentes. El resultado termina siendo la reducción del patrimonio del sancionado/responsable. La menor onerosidad de la figura está en las consecuencias asociadas a la infracción y no en la naturaleza de la figura en sí.

En primer lugar, la responsabilidad solidaria o subsidiaria en el pago de la multa originaría (aunque no se mencione expresamente) un derecho de repetición frente al sujeto infractor lo que no sucede, como es obvio, cuando la multa la paga directamente el sujeto sancionado (aunque esta reflexión tiene que ser matizada con respecto a las personas jurídicas)²⁸⁰.

²⁷⁹ La responsabilidad solidaria o subsidiaria de la matriz en el pago de la multa de su filial la propone REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», cit., p. 1059.

²⁸⁰ *Vid. supra.* apdo. 3.3 del Capítulo I.

En segundo lugar, la responsabilidad solidaria o subsidiaria se reduce a la sanción pecuniaria sin que se extienda a otras sanciones que en ocasiones son mucho más gravosas para el infractor, como puede ser el cierre del establecimiento, la revocación de la licencia o la prohibición del ejercicio de una determinada actividad o la publicación del nombre del infractor. Además, medidas tales como el restablecimiento de la legalidad o el pago de los perjuicios causados por la infracción tampoco son exigibles a la entidad dominante, aunque esto quizás habría que revisarlo. No tiene mucho sentido poder ser responsable del pago de la multa, pero no de una indemnización, la cual, además, puede incluso fijarse en la propia resolución sancionadora, tal y como permite el artículo 28.2 de la LRJSP que habilita al órgano sancionador cuantificar el importe de la indemnización²⁸¹.

En el caso particular de las sanciones a las empresas, existen diferencias importantes entre ser sancionado y ser responsable de una multa, especialmente si se calcula la multa teniendo en cuenta las circunstancias económicas del sujeto infractor. En este sentido, algunas leyes fijan el importe de la sanción a partir de un porcentaje sobre el volumen de negocios del sujeto infractor o hacen referencia a la capacidad económica de ese infractor²⁸². Si la sociedad matriz fuese directamente sancionada, probablemente el importe de la multa sería mucho más elevado ya que se podría tener en cuenta el volumen de negocios consolidado o la capacidad económica global del grupo de empresas.

²⁸¹ El artículo 28.2 de la LRJSP establece que «Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas». La posibilidad de acudir a las vías de ejecución forzosa para el cobro de la indemnización estaba vedada bajo la Ley 30/1992 que obligaba a la Administración a acudir a los tribunales en caso de que el infractor no pagase voluntariamente. La LRJSP modifica ese aspecto y habilita a la Administración no solo a fijar la indemnización sino también a utilizar la autotutela ejecutiva para el cobro de su importe. Además, el ya derogado REPEPOS que desarrollaba en este punto la Ley 30/1992 tan solo permitía fijar la indemnización cuando el daño se produjese a las Administraciones públicas. Dicha limitación, como se puede apreciar, ha desaparecido en el actual artículo 28.2 de la LRJSP. Por estos motivos, Alejandro HUERGO LORA ha interpretado que la Administración puede fijar la indemnización también cuando los perjuicios se causen a los particulares. El artículo 90.4 de la LPAC permite que la Administración pueda fijar los daños a ella producidos en un procedimiento complementario al sancionador, pero en ningún caso reduce la posibilidad de declarar en el mismo procedimiento (sí en uno complementario) el importe de los daños causados a los particulares, como si hacía el REPEPOS. *Vid.* HUERGO LORA, A., «Sanciones administrativas y responsabilidad civil: ¿puede declarar la administración la responsabilidad civil del infractor frente al perjudicado por la infracción?», *Liber amicorum. Homenaje al Profesor Luis Martínez Roldán*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016, pp. 399-412, pp. 406-412.

²⁸² *Vid. infra.* apdo. 3.2 del Capítulo IV.

Pese a todo, estas diferencias no han sido tenidas en cuenta por el TC que expresamente ha prohibido una rebaja de garantías entre el responsable del pago de una sanción y el responsable de la sanción. Esta jurisprudencia tiene su origen en la responsabilidad solidaria o subsidiaria por las sanciones tributarias, en concreto, en la STC 85/2006, de 27 de marzo, donde se habla de responsabilidad «materialmente sancionadora», que tiene un «contenido punitivo». La consecuencia por tanto es evidente: se tienen que aplicar «las garantías materiales y procesales que se deducen de los artículos 25.1 y 24.2 de la CE». Esta tesis del TC es problemática porque en el fondo obligaría a que cualquier reclamación relacionada con un pago vinculado a una sanción administrativa tenga que respetar los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones. El problema es que el TC no ha sido siempre fiel a este planteamiento. Por ejemplo, ya se ha señalado que en la STC 36/2000, de 14 de febrero se admitió la ejecución subsidiaria de una multa administrativa frente a los bienes gananciales del infractor. De ahí que esta doctrina haya sido criticada por REBOLLO PUIG, que menciona la cuestión de los bienes gananciales y que insiste en la idea o en las diferencias que existen entre ser sancionado y sufrir las consecuencias de una sanción. El propio autor llega a admitir que «las leyes establezcan supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria en el pago de una multa que no respeten los principios de personalidad y legalidad». En este campo la responsabilidad por hecho ajeno sería perfectamente admisible para REBOLLO PUIG²⁸³.

Sin embargo, creo que este planteamiento sitúa los dos supuestos en planos totalmente opuestos y diferentes: si es un sujeto sancionado, se deberán aplicar todas las garantías pertinentes, si es un mero responsable del pago de la multa, estas garantías desaparecen por completo. Esto podría conducir al «fraude de etiquetas» (que es lo que con cierta lógica quiere evitar el TC); sería muy sencillo para la Administración dirigirse directamente –si la Ley contempla la responsabilidad solidaria– contra un sujeto que quizá no haya participado en la infracción sin necesidad siquiera de declarar fallido al autor de la infracción. Por ello, creo que tiene sentido que se quieran mantener o equiparar ciertas garantías.

²⁸³ REBOLLO PUIG, M., «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones» cit., pp. 861-864. Una línea similar sigue LAGUNA de PAZ, J.C., «El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas», cit., p. 50 que habla de «responsabilidad patrimonial». En contra de esta postura, CANO CAMPOS, T., *Sanciones administrativas*, cit., pp. 118-119.

Es cierto (y lo he defendido expresamente más arriba) que las dos figuras no son idénticas; en un caso hablamos de la imposición de un castigo (una sanción) por la comisión de una infracción y en el segundo la exigencia de una responsabilidad por el pago de una cantidad dineraria. Esto no quita que esta última responsabilidad tenga elementos materialmente sancionadores y que además sea igual de gravosa que la propia sanción de multa en sí (salvo por los elementos ajenos a la multa). Por ello creo que la solución no pasa por negarle o reducir al máximo esa condición sino por buscar argumentos que puedan legitimar esa responsabilidad solidaria o subsidiaria del pago de una multa sin necesidad de participar en la comisión de una infracción. Si no se hace, ello obligaría, según la propia jurisprudencia del TC, a prohibir cualquier atisbo de responsabilidad por hecho ajeno. Pero el propio TC no es fiel a su doctrina cuando admite la responsabilidad solidaria de las multas entre «todas las personas que sean causantes o colaboren en la realización de una infracción tributaria» (STC 76/1990, de 26 de abril) ni cuando lo hace con la ejecución de sanciones administrativas contra los bienes gananciales (STC 36/2000, de 14 de febrero). Yo creo que en ambos casos un sujeto responde por las infracciones de un tercero, sin que la posibilidad de ejercitar posteriormente determinadas acciones civiles invalide esta conclusión. Además, en el caso de los bienes gananciales, para mí sí se trata de un fenómeno «materialmente sancionador» (aunque el TC lo ha negado) y no de una consecuencia no sancionadora. Si se ejecuta una sanción contra un bien que es de un tercero, o en el que participa un tercero, como puede ser una cuenta de titularidad de ambos cónyuges, es evidente que una persona está respondiendo en parte por la sanción de otra. Esto es lo que precisamente proscribiera el principio de personalidad de las sanciones. Pero la licitud de estas prácticas no pasa por negar toda condición material de sanción, sino por matizar la extensión del principio de personalidad de las sanciones en determinados supuestos y en atención a un fin legítimo²⁸⁴.

Desde luego que la línea que separa las multas administrativas, los fenómenos asimilados a la multa y las consecuencias no sancionadoras de una multa es muy delgada. Pero, aun admitiendo que puede haber supuestos frontera, me parece que existe un abismo

²⁸⁴ En este caso de la ejecución de multas sobre bienes gananciales, ese fin legítimo sería facilitar a la Administración esa ejecución en tanto que no parece razonable obligar a que indague en la situación personal de cada infractor y en determinar qué bienes tienen la naturaleza ganancial y cuáles no. O, lo que sería aún peor, qué parte de los bienes gananciales corresponden al infractor, lo que sería tanto como exigir, para la ejecución de cualquier sanción administrativa, la liquidación de los bienes de gananciales por parte de la Administración.

entre los casos en los que la multa puede «afectar» al entorno del infractor (el trabajador que se ve despedido como consecuencia del ahorro de costes al que obliga la multa, por ejemplo) y en los que la Administración exige el pago de una multa a un tercero que no ha cometido una infracción. En este último supuesto habrá que buscar esa justificación lo suficientemente convincente como para privarle al responsable de la aplicación de los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora.

Para nuestro caso, me parece que la responsabilidad «objetiva» de la matriz podría venir justificada cuando la Administración no haya podido ejecutar la sanción administrativa contra el patrimonio de la filial. En esta situación, la Administración debería estar habilitada para poder dirigirse contra la sociedad de arriba para evitar el riesgo de impago de la multa o transferencias económicas dentro del grupo encaminadas a lograr tal objetivo²⁸⁵. Recuérdese, además, que, directa o indirectamente, la matriz también se beneficia de la infracción. Ya sea porque esa infracción le ha generado un ahorro de costes a la filial, ya sea porque le haya generado unos beneficios que globalmente beneficiarán a la matriz en su condición de accionista de su filial. Incluso se puede admitir el supuesto contrario: que sea la filial la responsable solidaria del pago de las sanciones impuestas a su matriz. Esto es lo que específicamente contempla el artículo 163 nonies apartado siete de la Ley del IVA, donde se regula el régimen especial del grupo de entidades a efectos del pago del impuesto. La responsable de la sanción es la sociedad matriz pero el precepto declara a las filiales responsables solidarias del pago de estas sanciones, como se verá más adelante con más detalle.

En este contexto, me parece razonable que no haya que probar la participación de las sociedades del grupo para poder exigirles el pago de la multa. A lo sumo, podría trasladarse la doctrina de la «empresa» del Derecho sancionador de la competencia que

²⁸⁵ El problema no es en absoluto «de laboratorio» e, incluso, en la prensa ha trascendido algún caso en el que la Administración no pudo cobrar una multa y una serie de indemnizaciones por la insolvencia de una sociedad filial. Se trata del famoso caso de los vertidos tóxicos al río Guadiamar tras la rotura de una balsa minera propiedad de la empresa Boliden. El Consejo de Ministros acordó imponer una multa por un importe cercano a los 600.000 euros por una infracción de la Ley de Aguas, la obligación de reparar los daños y perjuicios causados y la de reponer las cosas al estado anterior, valorando este último concepto en 41 millones de euros. El TS confirmó la sanción y prácticamente en su totalidad el importe de las indemnizaciones reclamadas en la STS de 22 de noviembre de 2004, ECLI:ES:TS:2004:7562. Sin embargo, al poco de producirse el accidente, la matriz sueca decidió clausurar la filial en España y la Administración española no pudo cobrar las cantidades adeudadas. El caso ha trascendido nuevamente en los periódicos a raíz de la desestimación por parte del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla de una demanda que interpuso la Junta de Andalucía en la que reclamaba una indemnización de 89 millones de euros: <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2023-07-28/un-juzgado-de-sevilla-exime-a-boliden-de-pagar-los-89-millones-de-la-limpieza-del-vertido-en-aznalcollar.html> En la noticia se menciona precisamente la falta de cobro de la multa y las indemnizaciones impuestas por la AGE en su día.

obligaría a la Administración a probar que la matriz ejerce una «influencia decisiva» (en sentido amplio) en su filial, salvo que la matriz posea la totalidad o la práctica totalidad del capital social de la filial, en cuyo caso se presumirían *iuris tantum* esa influencia decisiva. Es decir, que no fuese suficiente con encontrarse en alguna de las situaciones del artículo 42 del Código de Comercio, que tan solo indican una situación de control, pero no de su ejercicio.

Por el contrario, también me parece razonable que en los casos de la responsabilidad solidaria o subsidiaria de los administradores se establezcan ciertas cautelas a la hora de trasladarles la responsabilidad de la persona jurídica que representan o representaban. Sobre todo, si tenemos en cuenta que no es necesario, siquiera, considerarles interesados en el procedimiento sancionador principal²⁸⁶. El administrador no siempre se beneficiará de esa infracción que incluso pudo haber cometido un trabajador de la sociedad²⁸⁷, no tiene una relación tan estrecha como la que existe entre las entidades que pertenecen a un grupo de sociedades. No existen esos vínculos patrimoniales tan próximos. Además, si la sanción es muy elevada, puede resultar desproporcionado exigir el importe íntegro de la multa al administrador. Por ello, la LGT u otras leyes, como la recién aprobada Ley 30/2022, de 23 de diciembre, por la que se regulan el sistema de gestión de la Política Agrícola Común y otras materias conexas, exigen que el administrador haya contribuido o participado en la infracción que se atribuye a la persona jurídica (y que origina su responsabilidad solidaria).

Por último, creo que es importante señalar precisamente que este era el contexto en el que se produjo la STC 85/2006 antes citada en la que se sienta la doctrina sobre las consecuencias materialmente sancionadoras. Es decir, se trataba de un recurso de amparo que surge a raíz de la responsabilidad de un administrador por las sanciones tributarias impuestas a la persona jurídica que administraba y lo que se discutía era la aplicación retroactiva de los preceptos que habían incorporado dicha responsabilidad. Por ello, no es descabellado pensar que las circunstancias particulares del caso influyeron en el TC a la hora de formular su doctrina. No se puede descartar, *prima facie*, que el TC pueda

²⁸⁶ Lo apunta Cano Campos, T., *Sanciones administrativas*, cit., p. 119, que menciona la STS de 16 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:775.

²⁸⁷ Es cierto que también los administradores se pueden beneficiar de una infracción, sobre todo cuando genera beneficios en la empresas y el sistema de remuneración del administrador tiene una parte variable en función de los resultados obtenidos. Con todo, la conexión es mucho más alejada y casuística que lo que sucede en los grupos de empresas.

introducir algún matiz si la responsabilidad solidaria o subsidiaria se produce entre sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas.

3.4. La regulación del grupo como sujeto destinatario de la norma

Un paso más allá de la mera traslación de fenómenos más o menos conocidos es la regulación completa del grupo de empresas. Aquí ya no se trata de encontrar disposiciones «aisladas» que puedan utilizarse para castigar a una sociedad matriz o hacerla responsable del pago de una multa sino de prever un régimen sancionador específico para los grupos de empresas. Por un lado, se intenta «personificarlos» en tanto que se hace referencia constante al grupo de empresas como si de un sujeto titular de derechos y obligaciones se tratase, pero, por el otro, irremediablemente se termina por seleccionar a una entidad (o varias) dentro de ese grupo a los efectos de imponer una sanción administrativa. Destacan sobremanera dos grupos de leyes muy concretos: en el ámbito de la conocida como «supervisión prudencial», las leyes relacionadas con la supervisión bancaria, aseguradora y de las empresas de servicios de inversión y en el Derecho tributario, los regímenes particulares de tributación grupos de empresas recogidos en la Ley del IVA y en la LIS.

- a) La supervisión a los grupos de entidades de crédito, aseguradoras y reaseguradoras y de empresas de servicios de inversión

La supervisión de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y reaseguradoras y de las empresas de servicios de inversión está recogida en la LOSSEC, en la LOSSEAR y en la LMV, respectivamente. Estas tres leyes incorporan un modelo de supervisión sobre los grupos de empresas cuyo origen está en la normativa comunitaria. En concreto, hay que mencionar tres directivas muy importantes: la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (conocida como Directiva «Solvencia II»), la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión y la Directiva (UE) 2019/2034 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de

2019 relativa a la supervisión prudencial de las empresas de servicios de inversión²⁸⁸. Todas ellas pretenden armonizar y, sobre todo, coordinar la supervisión de los grupos de empresas que operan en estos sectores especialmente sensibles. Sin necesidad de exponer en detalle el modelo de supervisión, lo que excedería con creces el objeto de este trabajo, al menos es conveniente recoger las técnicas que se utilizan para adaptar la potestad de supervisión y sanción a los grupos de empresas.

El punto de partida es la existencia en estos sectores de un número importante de empresas que operan generalmente en varios Estados miembros y que se organizan en forma de grupo. Para realizar una supervisión adecuada de estas, sobre todo en lo que se refiere a la solvencia, es necesario supervisar al grupo en su conjunto y no a cada empresa que realice estas actividades de forma individual. Como estas grandes empresas operan a través de sucursales o filiales en varios Estados, se articulan mecanismos para coordinar el ejercicio de las facultades de supervisión tanto en lo que se refiere a la colaboración con otras autoridades como, incluso, en el ejercicio extraterritorial de estas competencias. Hay que advertir, que estas normas están pensadas para cuando las sociedades operan en los Estados miembros de la Unión. Para el resto de los casos, se faculta a las autoridades nacionales a celebrar acuerdos o convenios de cooperación con terceros países.

En primer lugar, es necesario determinar quién tiene la competencia para el ejercicio de la supervisión. Para ello se establecen una serie de puntos de conexión que pivotan sobre la idea fundamental de que la supervisión de todo el grupo, incluidas las

²⁸⁸ La Directiva 2019/2034 relativa a la supervisión prudencial de las empresas de servicio de inversión ha reformado la Directiva 2013/36 para excluir de su ámbito de aplicación a las empresas de servicio de inversión. Hasta el momento, las entidades de crédito y las empresas de servicio de inversión estaban sujetas a la misma normativa en cuanto a su supervisión prudencial, esto es, la mencionada Directiva 2013/36 y el Reglamento 575/2013. Este esquema se ha modificado mediante la aprobación de la Directiva 2013/36 y el Reglamento 2019/2033 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 relativo a los requisitos prudenciales de las empresas de servicios de inversión. No obstante, se mantiene el régimen de supervisión prudencial de las entidades de crédito para las empresas de servicios de inversión más grandes (según definidas en el artículo 1.2 del Reglamento 2019/2033) y así mantener la competencia supervisora del BCE sobre aquellas que sean más importantes. El origen de la reforma está en la necesidad, tal y como expone la Directiva 2019/2034, de contar con unas normas de supervisión prudencial propias para las empresas de servicios de inversión para atender mejor «las vulnerabilidades y riesgos específicos inherentes a estas empresas de servicios de inversión». No obstante, hay que apuntar que también los bancos ofrecen muchas veces esos servicios de intermediación propios de las empresas de servicios de inversión, lo que obliga a coordinarse ya no solo entre supervisores de diferentes países sino también entre supervisores de un mismo país. Por ejemplo, en España la supervisión de las empresas de servicio de inversión está encargada a la CNMV mientras que las de las entidades de crédito cuando ejercen servicios de inversión al Banco de España (artículo 249.2 de la LMV) de ahí que la propia LMV contemple la posibilidad de celebrar convenios entre ambas instituciones. Sobre la realización por las entidades bancarias de actividades de servicios de inversión siguen siendo válidas las explicaciones de CUYAS PALAZÓN, M., «Las sociedades de inversión», en JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (dir.), *Derecho de la Regulación Económica. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 265-350, 268-273.

sociedades constituidas en otros Estados, la ejerce el supervisor del país donde la matriz está domiciliada. A este supervisor se le llama «supervisor de base consolidada». En España, los supervisores competentes son la CNMV para las empresas de servicios de inversión, la DGSFP para las aseguradoras y el Banco de España para las entidades de crédito²⁸⁹. En lo que respecta a este último, a raíz de la última crisis financiera se han producido profundos cambios relacionados con la supervisión bancaria y se ha terminado por centralizar la supervisión de las entidades y grupos más importantes en el BCE. Así, tras la introducción del Mecanismo Único de Supervisión, el BCE ejerce las tareas de supervisor de base consolidada de aquellos grupos que se consideren «significativos»²⁹⁰ y, por ende, también la potestad sancionadora. En la actualidad, dentro de esta categoría están incluidos los siguientes los siguientes grupos bancarios: BBVA, Banco de Crédito Social Cooperativo, Banco de Sabadell, Banco Santander, Bankinter, CaixaBank, Kutxabank y Unicaja²⁹¹.

El hecho de que el supervisor en base consolidada tenga la competencia sobre todas las sociedades que forman parte del grupo de empresas supone que tendrá que ejercer sus competencias también sobre sociedades o sucursales que estén constituidas en otro Estado. Para facilitar esta labor, se constituyen los denominados «colegios de supervisores», presentes en la supervisión bancaria, aseguradora y de las empresas de

²⁸⁹ Es importante hacer una precisión sobre la actividad supervisora de la CNMV. La CNMV, además de encargarse de la supervisión prudencial de las empresas de servicios de inversión (su capital, su solvencia, las condiciones de acceso para prestar esta actividad, la constitución de sucursales, etc.), ejerce competencias muy importantes relacionadas con el funcionamiento de los mercados de valores, la aplicación de las disposiciones relacionadas con el abuso de mercado o con las obligaciones de las empresas de servicios financieros a la hora de prestar estos servicios (obligaciones de evaluación periódica, de transparencia, etc. Sobre esta cuestión, *vid.* FERNÁNDEZ TORRES, I., «Retos y efectos del paquete de medidas de la MIFID II desde la perspectiva de la protección del inversor», en BELANDO GARÍN, B. (dir.), *Potestad sancionadora y MIFID II*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 13-47). Para el correcto desempeño de estas facultades también es necesario ejercer cierta colaboración y cooperación con el resto de las autoridades europeas por lo que los instrumentos que aquí se citarán (por ejemplo, el intercambio de información) no quedan reservados para la supervisión de las empresas de servicios de inversión. De hecho, la LMV contempla un artículo genérico sobre la «cooperación e intercambio de información con otras autoridades supervisoras» (artículo 252). Sobre la cooperación entre supervisores europeos en el mercado de valores, *vid.* BELANDO GARÍN, B., *La supervisión del mercado de valores europeo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 85-106.

²⁹⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* ESTEBAN RÍOS, J., *El ejercicio de las potestades supervisora y sancionadora en el marco del Mecanismo Único de Supervisión*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 365-368.

²⁹¹ El BCE publica periódicamente una lista de entidades supervisadas. La última disponible es del 26 de abril de 2023: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.listofsupervisedentities202304.es.pdf?1f06b9dc136a8559b82c52e9c3ea97b0>

servicios de inversión²⁹². El colegio de supervisores es un órgano de cooperación estable para la supervisión de un grupo de empresas y está formado por el supervisor en base consolidada, los supervisores de los Estados miembros donde estén las filiales domiciliadas y el supervisor europeo correspondiente (la EIOPA, para la supervisión de seguros o la ABE para el resto de los casos). Se pretende que haya una comunicación estable y permanente entre todos los supervisores e, incluso, se contempla la obligación de consultar al resto de supervisores antes de adoptar alguna decisión. Por ejemplo, en relación con las entidades aseguradoras y reaseguradoras, la propia LOSSEAR obliga a consultar al resto de supervisores para «las sanciones importantes o las medidas extraordinarias adoptadas tales como la exigencia de un capital adicional al capital de solvencia obligatorio, la imposición de límites en el uso de un modelo interno para el cálculo del capital de solvencia obligatorio, u otras medidas extraordinarias» (artículo 137.2)²⁹³.

Además de esta colaboración estable y de otras medidas muy relacionadas como el intercambio continuo de información, en algunos casos se contempla incluso la posibilidad de que el supervisor del «Estado de origen» ejerza determinadas facultades en el territorio del supervisor del «Estado de acogida». En concreto, el artículo 52 de la Directiva 2013/36 para la supervisión bancaria y el artículo 14 de la Directiva 2019/2034 para la supervisión de las empresas de servicios de inversión contemplan la posibilidad de que el supervisor de una entidad bancaria pueda realizar «comprobaciones e inspecciones *in situ*» en el territorio de otro Estado miembro en el que ejerza su actividad una sucursal de la entidad bancaria a la que supervisa²⁹⁴. Y, a su vez, también cabe que

²⁹² Sobre los colegios de supervisores, *vid.* GUILLÓN OJESTO, P., «Los colegios de supervisores en el ámbito del sector asegurador», en ALONSO LEDESMA, C. (dir.), *Hacia un Sistema Financiero de Nuevo Cuño, Reformas Pendientes y Andantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1055-1073.

²⁹³ El artículo 137.2 de la LOSSEAR reza lo siguiente:

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 135, siempre que una decisión revista importancia para la labor supervisora de otras autoridades de supervisión, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones consultará con las otras autoridades supervisoras del colegio de supervisores que puedan verse afectadas, con carácter previo a la adopción de una decisión, en relación con:

a) La modificación de la estructura accionarial, organizativa o directiva de las entidades aseguradoras y reaseguradoras de un grupo sujeta a autorización previa por parte del supervisor.

b) La decisión sobre la prórroga del periodo de recuperación con arreglo al artículo 156.

c) Las sanciones importantes o las medidas extraordinarias adoptadas tales como la exigencia de un capital adicional al capital de solvencia obligatorio, la imposición de límites en el uso de un modelo interno para el cálculo del capital de solvencia obligatorio, u otras medidas extraordinarias.

²⁹⁴ Esto constituye un ejemplo de cómo el fenómeno de los grupos de empresas obliga a las administraciones a ejercer más allá de sus propias fronteras sus potestades administrativas. Por lo tanto, en este caso estamos ante un supuesto de «ejercicio extraterritorial de potestades administrativas». De hecho, ya en la regulación anterior a la Directiva 2013/36 se contemplaban algunas medidas de colaboración y

la autoridad de ese Estado miembro realice ella misma la supervisión (aunque en origen carezca de competencia) cuando «lo consideren oportuno por motivos ligados a la estabilidad del sistema financiero».

Como apuntaba, distinta es la situación en la que las sociedades supervisadas tengan presencia en terceros Estados. En estos casos es evidente que la supervisión no es tan sencilla al no existir una normativa común que fomente dicha colaboración y coordinación. Para ello, se habilita que las propias autoridades puedan celebrar acuerdos con sus homólogas en estos terceros Estados, de tal manera que, por ejemplo, se contemple la posibilidad de realizar dicho intercambio de información²⁹⁵.

En cuanto a la responsabilidad sancionadora, la LOSSEC, la LOSSEAR y la LMV contemplan una serie de disposiciones que afectan directamente al ejercicio de esa potestad sobre estos grupos de empresas. Lo primero que hay que mencionar es que parece que la LOSSEC y la LMV de alguna forma quieren considerar autor de una infracción al grupo. Esto se puede apreciar con la mera lectura de los preceptos en los que se recogen las diferentes infracciones administrativas. Por ejemplo, el artículo 92 o) de la LOSSEC considera infracción muy grave «presentar la entidad de crédito, o el grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenezca, deficiencias en su estructura organizativa, en sus mecanismos de control interno o en sus procedimientos administrativos y contables [...]». En la LMV se puede citar, entre otros, el artículo 291.1 e) en el que se recoge la infracción grave por el incumplimiento «de las políticas específicas que, con carácter particular, hayan sido exigidas por la CNMV a una empresa de servicios de inversión **o grupo consolidable** en materia de provisiones, reparto de dividendos, tratamiento de activos o reducción del riesgo inherente a sus actividades, productos o sistemas, cuando las referidas políticas no se hayan adoptado en el plazo fijado al efecto por la CNMV». Sin embargo, como no se puede hacer responsable al

cooperación que, en palabras de IZQUIERDO CARRASCO «plantean muy interesantes consecuencias en lo relativo a la territorialidad de las competencias». Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., «La supervisión pública sobre las entidades bancarias», en REBOLLO PUIG, M., (dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho administrativo*, cit., pp. 167-225, p. 217.

²⁹⁵ Al respecto, vid. CHINCHILLA MARTÍN, C., «El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014», *RVAP*, n.º 102, 2015, pp. 17-106, pp. 39-40. Estos acuerdos son especialmente interesantes cuando existen filiales que no están domiciliadas en Estados miembros de la UE, al no existir esa coordinación que se trata de implementar mediante las Directivas comunitarias. Respecto a esta cuestión, es particular el caso de los grupos de sociedades en los que la matriz no está domiciliada en un Estado miembro. En estos casos, tanto el Banco de España (artículo 60.2 LOSSEC) como la DGSFP (artículo 154 de la LOSSEAR) no ejercerán la supervisión en base consolidada cuando se ejerza una supervisión «equivalente» en el país de origen de la matriz.

«grupo» como tal, tanto la LMV como la LOSSEC aclaran quién es el responsable en los casos en los que la infracción la cometa un grupo. Por ello, tanto el artículo 105 de la LOSSEC como el artículo 328 de la LMV disponen que, cuando las infracciones tipificadas se refieran a obligaciones de los grupos consolidables, se sancionará a la «entidad obligada y, si procede, a sus administradores y directivos»²⁹⁶. Por lo tanto, habrá que tener presente a qué entidad obliga la Ley, o el supervisor en el ejercicio de sus competencias, a adoptar una determinada medida para poder establecer quién es el responsable dentro de ese grupo. Como es lógico, lo habitual será que esa obligación vaya referida a la entidad bancaria o empresa de servicios de inversión matriz del grupo, sin que esto vulnere en absoluto el principio de personalidad de las sanciones ni signifique que se sanciona a la matriz por no evitar una infracción de su filial. La sociedad responderá en su caso por no cumplir con sus propias obligaciones.

El modelo de la LOSSEAR es algo más complejo y hay que «extraer» del conjunto de las disposiciones sancionadoras la posibilidad de sancionar a la sociedad matriz por el incumplimiento de determinadas obligaciones relacionadas con el grupo consolidado. No hay en este caso una previsión similar como las que acaban de ser citadas, lo que a mi juicio no contribuye a la seguridad jurídica, aunque ello no impedirá, como ahora voy a explicar, la sanción a estas matrices. La LOSSEAR obliga a las «entidades participantes» (las entidades aseguradoras o reaseguradoras matrices) a mantener un nivel determinado de fondos propios en el grupo y a publicar un informe sobre la solvencia del grupo (artículos 143 y 144) con el objetivo de realizar una solvencia adecuada que incluya a todas las filiales del grupo supervisado²⁹⁷. Como es lógico, el incumplimiento de estas disposiciones puede ser sancionado de conformidad con los artículos 194, 195, o 196 de la LOSSEAR a pesar de que no se haga una mención expresa a los sujetos responsables dentro del grupo. En este sentido, el artículo 190 recoge una lista de sujetos infractores entre los que se encuentran las «entidades aseguradoras o reaseguradoras» (lógico) y también «las sociedades de cartera de seguros, cuando sean matrices de un grupo de

²⁹⁶ Esta solución también se contempla para el caso de los denominados «conglomerados financieros» que son simplemente grupos de empresas en los que cada una de las sociedades pertenece a un sector regulado diferente (seguros, sector bancario o servicios de inversión). Los conglomerados financieros se encuentran regulados y definidos en la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero. En lo que se refiere al ejercicio de la potestad sancionadora contra ese conglomerado, como digo, rige el mismo criterio que para los grupos consolidables.

²⁹⁷ Lo señala, GIRGADO PERANDONES, P., «La regulación de los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras en la nueva normativa de ordenación, supervisión y solvencia (LOSSEAR)», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 6, 2017, pp. 110-133, pp. 129-131.

entidades aseguradoras sujetos a supervisión». Hay que apuntar que el concepto de grupo sujeto a supervisión en la LOSSEAR parte de que la matriz tiene que ser una entidad aseguradora o reaseguradora o una sociedad financiera mixta de cartera (artículo 132 de la LOSSEAR) por lo que no existe, tal y como se ha dicho, problema legal alguno sobre las sanciones a esas matrices porque se contempla la sanción a las entidades que precisamente ejercen esa función de matriz, esto es, las aseguradoras, reaseguradoras o las sociedades de cartera²⁹⁸.

Por último, se puede mencionar la situación particular de las sucursales de sociedades domiciliadas en otros Estados. En principio, una sucursal carece de personalidad jurídica, a diferencia de una sociedad filial, aunque puede ser también una forma de internacionalizar la actividad de una empresa. Sin embargo, ya se ha mencionado que las autoridades supervisoras tienen ciertas potestades sobre las sucursales de sociedades domiciliadas en otros Estados. Estas potestades son especialmente importantes cuando estas sucursales pertenecen a entidades domiciliadas en terceros Estados; si fuera al revés, la supervisión la ejerce generalmente la autoridad supervisora del Estado miembro «de origen» lo que no quita que en circunstancias excepcionales también se pueda ejercer algún tipo de supervisión limitada sobre estas sucursales. En principio, como las sucursales carecen de personalidad jurídica, el infractor sería en puridad la sociedad que ha constituido esa sucursal. Sin embargo, la LOSSEC y la LMV integran entre sus sujetos infractores a las sucursales de estas sociedades en los casos en los que incumplan una obligación allí impuesta. Por ejemplo, el artículo 60 de la LOSSEC establece que «las obligaciones establecidas en la normativa de solvencia serán exigibles a las sucursales de entidades de crédito con sede en un Estado no miembro de la Unión Europea». Si la sucursal no cumple con la normativa de solvencia, será ella la autora de la infracción. En este caso, estamos ante supuesto de sanción a un «entidades sin personalidad» en el que se ejemplifica a la perfección como una Ley puede personificar a ese ente sin personalidad²⁹⁹. La solución además es del todo práctica cuando la sociedad matriz no se encuentra domiciliada en un Estado miembro de la Unión Europea. Lo contrario obligaría a tramitar un procedimiento sancionador contra una entidad domiciliada en cualquier tercer Estado lo que podría dificultar enormemente las

²⁹⁸ Esto no significa que no se ejerza ningún control sobre las personas o sociedades que están detrás de esa matriz ya que la LOSSEAR contempla una serie de obligaciones destinadas a los accionistas que tengan una participación significativa (deber de comunicación de la participación, requisitos de idoneidad, etc.), pero en ningún caso se incorporan en esa supervisión consolidada.

²⁹⁹ *Vid.* CANO CAMPOS, T., *Sanciones administrativas*, cit., p. 110.

cosas, tanto en la propia tramitación del procedimiento sancionador como, en su caso, en la ejecución de una futura sanción administrativa.

- b) El grupo de entidades en la Ley del IVA y el grupo de consolidación fiscal en la LIS

El capítulo IX de la Ley del IVA contiene un régimen especial para los grupos de entidades. Es un régimen de adscripción voluntaria que se introdujo en el año 2006 con el objetivo de simplificar los trámites relacionados con la aplicación y la gestión de este impuesto en los grupos de entidades y reducir los costes asociados a estas tareas³⁰⁰. De esta manera, simplificándolo mucho, se permite que se puedan compensar los diferentes saldos negativos y positivos de cada empresa que forma parte del grupo y, en consecuencia, que se ingrese o solicite la devolución únicamente de la cantidad consolidada resultante.

Para la correcta gestión del tributo, se impone a la entidad dominante una serie de obligaciones tanto formales como materiales. Así pues, la entidad dominante tendrá que comunicar a la Administración tributaria determinada información y, por otro lado, presentar las autoliquidaciones periódicas agregadas, ingresando la cantidad o solicitando la devolución que proceda. De nuevo, el incumplimiento de estas obligaciones constituye una infracción de la cual es responsable la sociedad matriz.

El artículo 163 nonies apartado 7 de la Ley del IVA es claro al disponer que «La entidad dominante será sujeto infractor por los incumplimientos de las obligaciones específicas del régimen especial del grupo de entidades, incluidas las obligaciones derivadas del ingreso de la deuda tributaria, de la solicitud de compensación o de la devolución resultante de la declaración-liquidación agregada correspondiente al grupo de entidades, siendo responsable de la veracidad y exactitud de los importes y calificaciones consignadas por las entidades dependientes que se integran en la declaración-liquidación agregada». Como se puede apreciar, la matriz también responde de la «veracidad» de esas irregularidades contables de su filial; de lo contrario, lo más seguro es que fuesen las filiales los sujetos infractores por lo que este artículo se aproxima, con matices, a la responsabilidad por la no evitación de la infracción de otro, al convertir a la matriz en «garante» de esa veracidad. No se sanciona a la matriz por evitar una infracción de la

³⁰⁰ Vid. CALVO VERGEZ, J., «El régimen especial de los grupos de entidades en el IVA: análisis de la experiencia española a la luz de su evolución normativa», *Studi Tributari Europei*, vol. 10, 2020, pp. 17-66, pp. 18-19.

filial, porque el autor de esa infracción es directamente la matriz, y no la filial, pero la intención es muy similar a la que genéricamente contempla la LRJSP.

Además, la Ley 11/2021 de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal modificó el artículo 181 la LGT para añadir a la «entidad dominante» en los supuestos del régimen especial de grupos en la Ley del IVA a la lista de sujetos infractores de la normativa tributaria³⁰¹. Esta modificación no era necesaria y las sanciones a la sociedad matriz en este régimen ya se admitían incluso a falta de previsión especial en la LGT porque la Ley del IVA ya contemplaba la responsabilidad de la matriz³⁰². No obstante, la modificación de la LGT refuerza la seguridad jurídica y es coherente con la responsabilidad de la entidad dominante en el grupo de consolidación fiscal (régimen especial del impuesto de sociedades) que está también específicamente recogida en el citado artículo 181 de la LGT.

Hasta el momento, este régimen no difiere del descrito en el apartado anterior en relación con las entidades de crédito, empresas de servicio de inversión o aseguradoras. La matriz es autora de una infracción por la cual tiene que responder en concepto de tal. No hay vulneración ni cuestionamiento de ningún principio del Derecho administrativo sancionador. Sin embargo, el propio artículo 163 nonies apartado 7 de la Ley del IVA establece un régimen especial para las sociedades filiales. Después de recoger la responsabilidad de la entidad dominante, el precepto añade acto seguido que «el resto de las entidades del grupo responderán solidariamente del pago de estas sanciones». Ya habíamos adelantado que este régimen de solidaridad del pago de las multas está inspirado en la formula genérica del artículo 28.4 de la LRJSP. Aun cuando, como es lógico, el artículo 28.4 de la LRJSP no vincula al resto de leyes estatales, en él se recogen dos situaciones por las que un sujeto sería responsable del pago de la multa. En primer lugar, tener un dominio sobre el infractor, lo que aquí no se da al tratarse de sociedades filiales, o estar «vinculado» con el infractor, situación que podría acomodarse a nuestro caso³⁰³.

Esta responsabilidad solidaria en el pago de las multas me parece una solución a considerar en otros supuestos en los que se regule la figura de los grupos de sociedades,

³⁰¹ Lo señala, SESMA SÁNCHEZ, B., «La potestad sancionadora tributaria: matices y singularidades», cit., pp. 450-451.

³⁰² Prueba de ello es que la doctrina ya hablaba de esa responsabilidad de la sociedad matriz con anterioridad a la reforma del 2021. *Vid.* CAYÓN GALLARDO, A., «Infracciones y responsabilidades en el régimen especial del IVA para grupos de entidades», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 81, 2008, pp. 13-18.

³⁰³ Tal y como señala, CAYÓN GALLARDO, A., *Ibid.*, p. 15, también se trata de un supuesto más de responsabilidad solidaria en el pago de las deudas tributarias, figura ampliamente conocida en esta rama del ordenamiento jurídico.

como sucede en la LOSSEAR, LOSSEC y la LMV. Las Directivas comunitarias en absoluto impiden configurar esta responsabilidad solidaria del pago de las multas. Sin embargo, ya se ha advertido de los problemas constitucionales que rodean a la figura del responsable del pago de las multas. Para el TC, el pago solidario de una multa es materialmente una sanción administrativa, por lo que obligaría a probar algún tipo de participación de la filial en la infracción de la matriz, lo que parece hasta ocioso. Como se argumentaba, es excesivo trasladar una jurisprudencia surgida a raíz de la responsabilidad de los administradores por las multas impuestas a las personas jurídicas al caso de los grupos de empresas.

Pese a lo anterior, en ocasiones el propio Legislador acepta esta equiparación. En el régimen de consolidación fiscal del impuesto de sociedades, que es una situación muy similar al régimen de grupos en el IVA, la entidad dominante también es sujeto responsable del incumplimiento de las obligaciones formales y materiales derivadas de este régimen (artículo 56.2 de la LIS). Pero a diferencia de lo dispuesto en la Ley del IVA, el artículo 57 de la LIS excluye expresamente la responsabilidad solidaria del pago de las sanciones administrativas derivadas de este régimen de consolidación fiscal. Tan solo se contempla la responsabilidad solidaria exclusivamente para el pago de la deuda tributaria (cantidad a ingresar, intereses de demora y recargos)³⁰⁴. Esta diferencia de régimen entre un impuesto y otro no tiene sentido, pero probablemente esté inspirada en esas dudas de constitucionalidad sobre la figura del pago de la sanción. Todo ello vuelve a poner de relieve la necesidad de cierta sistematización a la hora de estudiar estas cuestiones y de introducir las matizaciones necesarias cuando se trata de sancionar a sociedades mercantiles, o, de forma más amplia, a personas jurídicas.

4. LOS RIESGOS DE LA EXTENSIÓN GENERALIZADA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD MATRIZ

Hasta el momento se han expuesto fórmulas distintas que permitirían fundamentar una responsabilidad de la sociedad matriz por una infracción que en principio ha sido cometida por la sociedad filial. La respuesta a estas situaciones está presidida, con carácter general, por la misma idea: no basta el hecho de ser matriz (para asumir la responsabilidad por la conducta de la filial) sino que hace falta dominar en concreto a la

³⁰⁴ El artículo 57 de la LIS dispone que «las entidades del grupo fiscal responderán solidariamente del pago de la deuda tributaria, excluidas las sanciones».

filial, incidir directamente en su conducta, reducir en gran medida su autonomía de actuación. Sin embargo, si la única posibilidad de castigar a la matriz pasa por acreditar una participación directa de esta en la infracción, se corre el riesgo de introducir diferencias, a mi modo de ver injustificadas, entre grandes y pequeñas empresas. Y lo mismo se puede decir de aquellas soluciones basadas en colocar a la matriz en una posición de garante respecto de las conductas de su filial. Asumir esta obligación y las consecuencias que de ella derivan (instauración de sistemas de vigilancia, control y, en definitiva, de *compliance* a lo largo del grupo) puede ser excesivamente costoso en grupos más pequeños. De hecho, la mayoría de las normas que incorporan este sistema ya contemplan un ámbito subjetivo de aplicación reducido a empresas de un determinado tamaño.

Se ha aludido al comienzo de este trabajo que el término grupo no se refiere exclusivamente a empresas de grandes dimensiones. Un grupo de empresas es una forma de organizar las actividades de una empresa mediante la desconcentración de estas en entidades con personalidad jurídica propia. Esta forma de organización está disponible para cualquier empresa, independientemente de su tamaño. Pero, cuanto mayor sea el grupo, más recursos tendrá, mayor será la independencia y separación entre todas las empresas y, por lo tanto, más difícil será probar la involucración de la sociedad matriz en las conductas de sus filiales³⁰⁵. Ya se ha visto en el caso Bankia (en el que, honestamente, resulta difícil creer que desde la matriz no se tuviera constancia de lo que pasaba en su filial) lo difícil que resulta sancionar a una empresa matriz en este tipo de grupos. En este sentido, no hay que olvidar que uno de los motivos para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue precisamente evitar la impunidad que existía en grandes empresas donde rara vez los delitos cometidos en el seno de la organización afectaban a la cúpula directiva, lo que favorecía la existencia de «chivos expiatorios» o «cabezas de turco» y la consiguiente impunidad de los auténticos responsables del delito³⁰⁶. Se trataba en definitiva de buscar un sistema de responsabilidad que también afectase, al menos indirectamente, a los que verdaderamente tenían el poder de organizar y dirigir la empresa.

Este razonamiento es perfectamente trasladable a los grupos de empresas. Cuanto más compleja sea la estructura, más difícil será penetrar en su interior y, por tanto,

³⁰⁵ Lo señala NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 416.

³⁰⁶ NIETO MARTÍN, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., pp. 43-48.

determinar dónde «nace» el comportamiento infractor. A esto se le suma una dificultad añadida en el caso de las empresas multinacionales cuando la matriz se encuentre domiciliada en un tercer Estado. Por el contrario, cuando se trata de grupos más pequeños, será mucho más sencillo hacer responder a la sociedad matriz de los hechos que ha cometido su filial³⁰⁷. En definitiva, se corre el riesgo de que una extensión de la responsabilidad hacia las matrices termine por afectar única y exclusivamente a los grupos más pequeños. Esto podría generar incluso desventajas competitivas entre grandes y pequeños grupos de empresas. Por ejemplo, si las sanciones se calculan a partir del volumen de negocios, las multas para los grupos de empresas en los que no se sancione a la matriz serán proporcionalmente más pequeñas que los casos en los que sí se sancione a esta.

Frente a esta realidad se van abriendo soluciones que de una forma u otra intentan liberar a la Administración de la prueba de la intervención directa de la matriz en la conducta de la filial. Más allá de la regulación bancaria y ejemplos similares, donde la responsabilidad de la matriz va unida a un problema mucho más específico como es la supervisión prudencial, en el Derecho sancionador de la competencia se ha incorporado el concepto de «empresa» para facilitar las sanciones a las sociedades matrices. Como de inmediato se verá, la matriz responde en tanto que forma junto con su filial una «unidad económica» sin que sea necesario probar su participación en la infracción. Otra solución es la de sancionar únicamente a la sociedad filial, concentrar en ella todo el reproche sancionador, pero calcular la multa teniendo presente su condición de sociedad perteneciente a un grupo de empresas. En este sentido, cada vez abundan más leyes que utilizan como parámetro para fijar el importe de la sanción el volumen de negocios pero que además incorporan una previsión especial cuando la filial pertenece a un grupo de empresas para calcular dicho volumen sobre las cuentas consolidadas de todo el grupo. Por ejemplo, el artículo 56.2 de la LPBC establece que «si el sujeto obligado sancionado es una empresa matriz **o una filial de una empresa matriz** que tenga que establecer cuentas financieras consolidadas de conformidad con el artículo 22 la Directiva

³⁰⁷ NIETO MARTÍN, A., *Ibid.*, p. 121, explica que un sistema de responsabilidad vicarial beneficia sobremanera a las grandes empresas porque resulta muy complicado identificar la responsabilidad de los representantes que desencadena la responsabilidad de la persona jurídica. Esto se soluciona mediante la posibilidad de condenar a la persona jurídica aun cuando no haya sido posible identificar o individualizar al autor material del delito, posibilidad que contempla actualmente el artículo 31.ter del Código Penal y que se admite (aun sin previsión legislativa expresa) en el Derecho administrativo sancionador. Como en el sistema de autoría mediata que aquí se está describiendo es necesario probar de alguna forma la participación de la matriz, estos problemas son plenamente trasladables.

2013/34/UE, el volumen de negocios total a considerar para el cálculo de la sanción máxima a imponer, será el volumen de negocios anual total o el tipo de ingreso correspondiente, conforme a las Directivas sobre contabilidad pertinentes, **según la cuenta consolidada más reciente disponible**, aprobada por el órgano de gestión de la empresa matriz». De esta forma, el importe de la multa máxima que se puede imponer a una sociedad matriz y a una filial es el mismo.

Entre el concepto de empresa del Derecho sancionador de la competencia y este sistema del cálculo de la sanción existe una diferencia fundamental que reside en el hecho de que en el primer caso se sanciona a la matriz mientras que en el segundo no, aunque de alguna forma se la tiene en cuenta. Pese a ello, materialmente los resultados son muy similares: la matriz termina afectada por las infracciones de su filial sin que se haya probado su participación en estas infracciones. Como se puede imaginar, esto plantea dudas de constitucionalidad muy importantes en relación con el principio de personalidad de las sanciones, que serán examinadas con más detalle en las próximas páginas. En primer lugar, se estudiará este concepto de empresa del Derecho administrativo sancionador de la competencia. Si bien se trata de otra solución a los problemas de autoría y responsabilidad dentro del grupo de empresas, sus peculiaridades y las críticas que existen en torno a él justifican un capítulo específico.

III

LA EMPRESA COMO SUJETO INFRACTOR EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La solución más controvertida hasta el momento en relación con la autoría y los grupos de empresas proviene del Derecho de la Unión Europea, en concreto, del Derecho sancionador de la competencia. Los problemas que se han mencionado relacionados con las dificultades de prueba de la participación de la matriz en la infracción de la filial y al ejercicio de potestades sancionadoras sobre sociedades radicadas en terceros Estados se han solucionado, en parte, con el concepto de «empresa». Mediante su aplicación se consigue hacer a la matriz responsable de las infracciones de su filial de tal manera que ambas se convierten en responsables solidarias del pago de una única sanción. No se trata, por tanto, de imponer una multa a la matriz y otra a la filial. El concepto de empresa fue acuñado por la Comisión Europea en los años 70 y aún sigue presente en la aplicación del Derecho de la competencia, gracias a la jurisprudencia del TJ que lo ha legitimado y desarrollado. Sin embargo, el concepto de empresa tiene múltiples aplicaciones y no se emplea exclusivamente en el ámbito de la autoría y responsabilidad. De ahí que sea necesario realizar algunas aclaraciones previas.

1. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL CONCEPTO DE EMPRESA

La idea fundamental del Derecho de la competencia es que los destinatarios de sus normas solo pueden ser las empresas. El motivo es evidente: el Derecho de la competencia se aplica a aquellos que efectivamente compiten –o que deberían competir– en un mercado, esto es, a las empresas que desarrollan una actividad económica. Por este motivo, el artículo 101 del TFUE hace referencia a la prohibición de los acuerdos entre «empresas», y el artículo 102 del TFUE a la explotación abusiva de la posición de dominio de «una empresa». Este concepto de empresa no se asocia a ninguna tipología jurídica. No se reduce exclusivamente a las sociedades mercantiles ni excluye su aplicación el hecho de que se trate de entidades públicas o personas físicas. El TJ lo recuerda constantemente cuando afirma que empresa puede ser «cualquier entidad económica que

ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza de dicha entidad y su modo de financiación»³⁰⁸. El concepto de empresa, por lo tanto, es profundamente antiformalista y lo determinante a los efectos de la aplicación de la normativa de competencia es el ejercicio de una actividad económica en el mercado³⁰⁹.

A partir de esta naturaleza antiformalista se origina una jurisprudencia que permite entender que una filial y una matriz son parte de una misma empresa y por tanto ambas son responsables de las hipotéticas infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE. Como el concepto de empresa no se vincula con el de sociedad, es perfectamente posible que dos sociedades sean parte de una misma empresa, siempre y cuando constituyan entre ellas una «unidad económica». La idea en principio es sencilla y supone un enfoque realista a esa distorsión entre la realidad jurídica y económica del grupo de empresas.

Sin embargo, el concepto de empresa no limita su aplicación a la responsabilidad en el seno del grupo de empresas. Es un concepto omnicomprendivo que tan pronto sirve para sancionar a dos sociedades pertenecientes a un mismo grupo como también para exonerarlas de cualquier tipo de responsabilidad³¹⁰. Así, como es lógico, los acuerdos celebrados entre dos sociedades que pertenecen a la misma «empresa» no caen dentro de las prohibiciones de los artículos 101 y 102 del TFUE porque precisamente, al formar parte de la misma empresa, no pueden competir entre ellas («privilegio de grupo»)³¹¹. Por otro lado, como más adelante se verá, también el concepto de empresa se ha empleado para sancionar a las sociedades que continúan con la actividad económica de otras que previamente han cesado en su actividad o se han extinguido a resultas de determinadas modificaciones estructurales (fusiones y absorciones, principalmente) y que por este motivo no ha sido posible sancionarlas. En este caso, la nueva sociedad será responsable ya que en ella sigue existiendo la «empresa» que originariamente ha cometido la infracción de la normativa de competencia.

³⁰⁸ Son muchas las sentencias que recogen estas palabras. Baste por ello citar, a modo de ejemplo, las siguientes: STJ de 1 de julio de 2008, MOTOE, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, apartado 20, STJ de 11 de diciembre de 2007, ETI, C-280/06, EU:C:2007:775, apartado 38 o STJ de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel II, C-516/15P, ECLI:EU:C:2017:314.

³⁰⁹ STJ de 23 de abril, Höfner, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, apartado 21.

³¹⁰ Sobre las diferentes aplicaciones del concepto de empresa, *vid.* ODUDU, O. and BAILEY, D., «The single economic entity doctrine in EU Competition Law», *Common Market Law Review*, n.º 51, 2014, pp. 1721-1758, o la reciente tesis doctoral de ARAUJO BOYD, B., *The notion of undertaking in EU competition law*, 2023, en especial, pp. 80-140, disponible en el repositorio institucional de la University of Glasgow: <https://theses.gla.ac.uk/83415/>

³¹¹ Sobre esta cuestión, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., *El privilegio de grupo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, *in totum*, y GIRGADO PERANDONES, P., *Grupo de empresas y Derecho antitrust. La aplicación de las normas anticolidatorias en las relaciones intragrupo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 17-22 y pp. 59-101.

Fuera del ámbito estrictamente sancionador, el concepto de empresa también cobra relevancia a la hora de aplicar el Reglamento 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. En este caso, el Reglamento no se aplicará cuando la concentración se produzca dentro de una misma «empresa» porque no se produce un cambio de titularidad sobre la misma, que es el requisito definitorio del término «concentración». Lo que es decisivo es que una empresa se coloque en una posición de poder ejercer una «influencia decisiva» sobre otra, estableciendo el propio Reglamento las circunstancias que originan esta situación. Por otro lado, el término empresa es importante también cuando se trata de adquisiciones de activos de una empresa. Si estos últimos constituyen una «unidad económica» que opere de forma autónoma en el mercado, también se podrá hablar de concentración a pesar de que no se esté produciendo una fusión o una compraventa de acciones o participaciones³¹².

A pesar de las diferentes manifestaciones del concepto de empresa, subyace la idea de que este debe tener el mismo contenido y alcance independientemente del ámbito en el que se aplique. Es decir, si se considera que dos sociedades forman parte de la misma empresa para apreciar el «privilegio del grupo» y eximir las de cualquier responsabilidad por los acuerdos que entre ellas celebren, este concepto de empresa también debería servir para imputar a la sociedad matriz las conductas infractoras de su filial, en tanto que son parte de la misma unidad económica. Aun así, las peculiaridades de cada campo provocan que a veces se introduzcan matizaciones sobre el alcance o configuración del concepto de empresa³¹³. Por lo tanto, y admitiendo ese sustrato común evidente, centraremos nuestro

³¹² Vid. GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Control de las concentraciones», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dir.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 335-418, pp. 347-351.

³¹³ Por ejemplo, en el ámbito de la atribución de una infracción a las sociedades matrices de una JV (*joint venture*) en la que ambas sociedades poseen un 50% del capital social, el TJ ha aplicado el concepto de empresa de forma diferente a la que debería hacerse para el control de concentraciones. En este ámbito, se entiende que se produce una concentración mediante la creación de una *joint venture* cuando esta «desempeña de forma permanente todas las funciones de **una entidad económica autónoma**» (artículo 3.4 del Reglamento de control de concentraciones). Sin embargo, en la Sentencia del 26 de septiembre de 2013, C-172/12 P, *El du Pont de Nemours*, ECI:EU:C:2013:601, el Tribunal considera que, a pesar de que esa JV se pudiese considerar, a los efectos del Reglamento de control de concentraciones, como una entidad económicamente autónoma, eso no impedía que se sancionase a las matrices y a la filial por constituir, a los meros efectos de la imposición de una multa, la misma unidad económica (apartado 52 de la sentencia). También se verá a lo largo de este trabajo, como el concepto de «empresa» que emplea el TJ a la hora de determinar el volumen de negocios de la empresa no es exactamente el mismo que el que utiliza para atribuir la responsabilidad a la matriz. O el que se emplea a la hora de justificar una posible responsabilidad de la filial por las conductas de su matriz, en lo que se refiere a las reclamaciones de los daños derivados de la infracción, que tiene ciertas matizaciones con respecto al que se emplea para justificar la responsabilidad de las reclamaciones de daños a las matrices (STJ de 6 de octubre de 2021, *Sumal*, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800). Sobre las particularidades del concepto de empresa, *vid.* GIRGADO PERANDONES,

estudio a la aplicación del concepto de empresa como forma de imputación de responsabilidades sancionadoras en un grupo de empresas por las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJ: DEL AUTOR MEDIATO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA MATRIZ

Ni las normas de Derecho de la competencia contenidas en el TFUE ni el Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales 101 y 102 del TFUE) (en adelante, Reglamento 1/2003), que disciplina el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comisión Europea en este ámbito, disponen nada acerca de los sujetos infractores de las normas de competencia. Sin embargo, la mera alusión al término «empresa» ha permitido al TJ desarrollar una jurisprudencia ya muy consolidada sobre la responsabilidad de la matriz por las infracciones de su filial³¹⁴. Aunque los argumentos y la base de esta jurisprudencia siempre ha sido la misma, a lo largo de los años ha sufrido una evolución tendente a facilitar a la Comisión la imputación a las matrices de la infracción de sus filiales. De una primera etapa en la que, en definitiva, se sancionaba a la matriz aplicando la teoría del autor mediato (sin decirlo expresamente) y en la que constaba su participación en la infracción de la filial, que tan solo canalizaba las órdenes de la matriz, se ha llegado a una auténtica responsabilidad objetiva de la matriz, que resulta sancionada incluso cuando desconoce lo que hace su filial.

Como digo, el razonamiento del TJ siempre parte de la misma premisa: el Derecho de la competencia se aplica a las empresas, no a las personas jurídicas y, por tanto, son

P., *Grupo de empresas y Derecho antitrust. La aplicación de las normas anticolusorias en las relaciones intragrupo*, cit., p. 77, y RUIZ PERIS, J.I., *El privilegio del grupo*, cit., pp. 44-52, y más recientemente del mismo autor, «La empresa como destinatario de las normas jurídicas europeas de competencia, principio de responsabilidad personal, unidad económica e imputación por control en acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTORELL ZULUETA, P. (dirs.), *Daños y competencia. Revisión de cuestiones pendientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 21-60, pp. 43-44, que llega a afirmar que «la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene, por tanto, carácter fragmentario - requisitos de aplicación distintos a cada finalidad perseguida».

³¹⁴ El artículo 101 del TFUE dispone que: «Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior». Por su parte, el artículo 102 del TFUE establece que «Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo». En lo que se refiere al Reglamento 1/2003, el artículo 23 confiere a la Comisión Europea la potestad para imponer multas a las «empresas» cuando infrinjan las disposiciones ahí contenidas.

las empresas las responsables de las infracciones de la competencia. Así, puede haber situaciones en las que varias personas jurídicas formen parte de una misma empresa, o, como el TJ aclara, se puede entender «que el concepto de empresa designa una unidad económica, aunque desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas»³¹⁵. Lo determinante será precisar en qué situaciones o bajo qué circunstancias una matriz y su filial forman parte de la misma empresa porque será lo que justificará la sanción a la matriz. En este sentido, el TJ considera que «el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades»³¹⁶.

Hasta aquí, el razonamiento del TJ es impecable y en realidad no aporta nada a lo que ya hemos dicho. La nota característica de los grupos de empresas es el ejercicio de una influencia decisiva sobre las filiales, de tal manera que, aunque existan varias unidades jurídicas tan solo existe una realidad económica. No es suficiente con que se acredite que la matriz, como consecuencia de esos vínculos organizativos, económicos o jurídicos, pueda ejercer un control, sino que efectivamente lo haga. En este contexto, si la matriz le da determinadas instrucciones a su filial sobre la comisión de una infracción, su imputación está más que justificada.

Pero los problemas empiezan cuando estas instrucciones no se refieren a la infracción en concreto sino a su comportamiento general en el mercado. Es decir, no se trata (o no solo) de que la matriz instigue a su filial a cometer una infracción o que ella misma la cometa a través de sus filiales (que será lo más común) sino que la matriz dirija, en general, el comportamiento de esta en el mercado. Y esto se justifica, de nuevo, en que no es ni la matriz ni la filial el sujeto infractor de las normas de competencia, sino la empresa que ambas forman. Por lo tanto, si la matriz mantiene bajo su esfera de poder la

³¹⁵ STJ de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, apartado 55.

³¹⁶ De nuevo, este párrafo se repite constantemente en cada sentencia del TJ en la que se pronuncia sobre la responsabilidad de la matriz por las infracciones de la filial. El número de sentencias es prácticamente inabarcable por lo que baste con citar alguna de las más recientes: STJ de 27 de enero de 2021, The Goldman Sachs Group, C-595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73, apartado 31, STJ de 10 de abril de 2014, Areva, C-247/11 P y C-253/11 P (asuntos acumulados), ECLI:EU:C:2014:257, apartado 30, o también, alguna de las más icónicas como la STJ de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel, C-97/08 P, cit., apartado 58 o la ya más remota STJ de 25 de octubre de 1983, AEG, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293, apartado 49, aunque en esta no se hace alusión a los «vínculos económicos, organizativos y jurídicos» que unen a la matriz y la filial, lo que, como enseguida se verá, introduce un matiz importante.

toma de determinadas decisiones que corresponderían a la sociedad filial, ambas serán parte de una misma empresa a los efectos de la aplicación de la normativa de competencia.

2.1. Los primeros pronunciamientos de los años 70

Aunque pudiera parecer que la jurisprudencia del TJ se ha mantenido constante a lo largo de los años (el propio TJ muchas veces cita sentencias antiguas para poner de manifiesto esa especie de continuidad) lo cierto es que nada tienen que ver los primeros supuestos de responsabilidad de la matriz con lo que actualmente sucede. El inicio de la jurisprudencia de la «empresa» data del comienzo de los años setenta, pero se trataba de casos en los que la propia matriz implementaba la conducta infractora a través de sus filiales. Como punto de partida, se puede mencionar la STJ de 14 de julio de 1972, C-ICI, 48/69, ECLI:EU:C:1972:70. El caso versaba sobre una práctica colusoria para el aumento de precios entre varias empresas del mercado de los colorantes. Una de las empresas que había sido sancionada por la Comisión alegó la falta de competencia de esta porque no estaba domiciliada en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea y reclamaba que las sociedades que tenían que haber sido sancionadas eran sus filiales que sí estaban domiciliadas en un Estado miembro. Sin embargo, el TJ rechaza la pretensión de la demandante con base en dos argumentos. En primer lugar, que la competencia de la Comisión Europea no se determina a partir del domicilio del infractor sino de que sus conductas produzcan efectos en el mercado interior. En segundo lugar, que el hecho de que la matriz pudiera influir en la política de precios de sus filiales y, que de hecho lo hiciese, permitía a la Comisión imputar los comportamientos de estas a la matriz. Esta fue la primera vez que el TJ utilizó el concepto de empresa para justificar la atribución de responsabilidades dentro de un grupo de empresas.

Otro caso importante fue la STJ de 6 de marzo de 1974, *Commercial Solvents*, C 6/73/ y C 7/73 (asuntos acumulados), ECLI:EU:C:1974:18. En esta ocasión se sancionó por abuso de posición de dominio a una matriz y a una filial que se habían negado a suministrar unas determinadas materias primas a una empresa productora de derivados de esas materias primas. La diferencia fundamental con el caso anterior es que aquí se consideró responsables solidarias de la multa a la matriz y a la filial, mientras que en el supuesto anterior se había sancionado solo a la matriz. Más allá de esta cuestión, la estructura infractora es la misma. Entre la matriz y la filial existía, de nuevo, una «unidad de acción evidente» (apartado 41 de la propia sentencia). La matriz estadounidense era la encargada de generar esa materia prima y la filial tan solo era la distribuidora del producto

en Italia, por lo que la decisión de dejar de suministrar a una determinada empresa el producto había sido tomada por la sociedad matriz, pero materialmente ejecutada por su filial.

Ambos casos son dos claros ejemplos de los supuestos de autoría mediata entre matrices y filiales a los que ya nos referimos en este trabajo. Sin hacerlo explícito, algo de esto hay en la argumentación del TJ. Sin embargo, en su razonamiento prima el recurso a la teoría de la empresa porque ya existía una jurisprudencia previa sobre el uso de este concepto para la apreciación del «privilegio de grupo» y porque, además, era más sencillo de justificar desde la perspectiva del principio de legalidad ya que en los tratados se hacía referencia a la empresa como destinatario de las normas de competencia. Sin embargo, y esto es lo importante, esa influencia decisiva determinante para apreciar la existencia de una empresa se producía en relación con la conducta infractora y no sobre su comportamiento en el mercado. Sin embargo, este enfoque duró poco en la jurisprudencia del TJ.

2.2. La presunción de responsabilidad y la Sentencia «Akzo Nobel»

El primer paso para facilitar la imputación de las sociedades matrices se produjo con la STJ de 25 de octubre de 1983, AEG, C-107/82, ECLI:EU:C:1983:293, en la que por primera vez se introduce la polémica presunción *iuris tantum* de ejercicio de influencia. Esto es, en aquellas situaciones en las que la matriz posee la totalidad o la práctica totalidad de las acciones de su filial, se presume que esta sigue en lo esencial las instrucciones de su matriz y que por tanto ambas forman parte de la misma empresa. Esta presunción liberaría a la Comisión Europea de probar que la matriz ha dado instrucciones a la filial para la comisión de la infracción, siempre y cuando sea la accionista única o prácticamente única de esa sociedad (lo que, por otra parte, en grupos verticalmente integrados es muy común)³¹⁷. Pero esto no eximiría a la Comisión de aportar otros indicios que confirmen que la matriz pudo haber participado o pudo haber ordenado esa infracción. En el caso en concreto de la Sentencia AEG, se puede apreciar que existían otros elementos de prueba que hacían presumir esa participación³¹⁸.

³¹⁷ En la STJ de 14 de julio de 1972, ICI, C-48/69, cit., se había considerado que la matriz podría limitar la autonomía de sus filiales entre otras cosas porque poseía la práctica totalidad del capital social. Sin embargo, a continuación, expone una serie de pruebas que demuestran que efectivamente la matriz determinaba el comportamiento de sus filiales, sin aludir a esa idea de presunción *iuris tantum*.

³¹⁸ En la sentencia mencionada, el TJ afirma que «al no haber negado AEG que ella podía influir de un modo en la política de distribución y de precios de sus filiales, queda por examinar si efectivamente ha ejercido dicha facultad. No obstante, una verificación de tal naturaleza parece ociosa en el caso de TFR, la

Sin embargo, a partir de la conocida como Sentencia «Stora»³¹⁹ el Tribunal empieza a relajar los estándares de prueba necesarios para imputar una infracción a la sociedad matriz, lo que definitivamente se confirma con la Sentencia «Akzo Nobel» (de hecho, a la presunción de influencia se la conoce como la «presunción Akzo»)³²⁰. Hasta este momento, y tal y como acreditan las, por otro lado, ilustrativas Conclusiones de la Abogada General Kokott en este asunto³²¹, existía un debate en las propias instituciones europeas acerca de la suficiencia de la presunción de ejercicio efectivo de una influencia decisiva como prueba de cargo para sancionar a la matriz. En algunas sentencias, el ya extinto TPI había anulado Decisiones de la Comisión Europea por entender que no era suficiente con la prueba de la participación íntegra en el capital, sino que habría que aportar otros indicios para determinar que, efectivamente, la matriz había ordenado la comisión de esa infracción³²². También existía alguna opinión de algún Abogado General en la misma dirección³²³.

Frente a esta posición, la Abogada General Kokkot no solo mantuvo que la presunción era suficiente para sancionar a la matriz, sino que además consideró que el ejercicio de una influencia decisiva sobre la filial (lo que se presume y lo que determina la existencia de una empresa) no se refiere a concretas instrucciones en relación con la infracción, o, de modo más amplio, sobre la política comercial y de precios. Este es, desde mi punto de vista, el cambio más importante y el que verdaderamente ha producido la objetivación de la responsabilidad de la matriz. Si la sociedad matriz toma las decisiones sobre la política comercial de sus filiales (con quién contrata, cómo contrata, a qué precios contrata) lo lógico es que sea consciente o haya decidido también prácticas contrarias a la competencia que precisamente se originan en esa actividad contractual en el mercado.

cual, al ser una filial de AEG controlada en un 100% por esta última, sigue necesariamente una política trazada por los mismos órganos de gobierno que establecen la política de AEG» (apartado 50). Sin embargo, la Comisión también había aportado pruebas relevantes con relación a la influencia de la matriz en otras filiales del grupo (que no estaban íntegramente participadas) por lo que si a esto le sumamos la participación íntegra en otra de las filiales se puede concluir que existían indicios suficientes para considerar que la matriz había orquestado la conducta infractora de todas sus filiales. Para un resumen sobre la evolución de la jurisprudencia del TJ, *vid.* GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «La responsabilidad de la matriz por las infracciones del Derecho de la competencia cometidas por sus filiales», *RDM*, n.º 292, 2014, pp. 251-296, pp. 254-270. También advierte del cambio de criterio y de la evolución de la doctrina de la «empresa», NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 416.

³¹⁹ STJ de 16 de noviembre de 2000, *Stora*, C-286/98 P, ECLI:EU:C:2000:630

³²⁰ STJ de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel*, C-97/08 P, cit.

³²¹ CAG de 23 de abril de 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:262.

³²² Se pueden citar: STPI de 15 de septiembre de 2005, T-325/01, *DaimlerChrysler*, ECLI:EU:T:2005:322 y STPI de 26 de abril de 2007, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02 (asuntos acumulados), *Bolloré*, ECLI:EU:T:2007:115.

³²³ CAG Mischo en el Asunto C- 286/98P, *Stora*, presentadas el 18 de mayo del 2000.

En este contexto, parece «ocioso» exigir una prueba de la participación de la matriz en la infracción. Pero para la Abogada General Kokkot la falta de autonomía de la filial no tiene por qué producirse en la gestión ordinaria de sus asuntos, o en cuestiones del día a día referidas a la política comercial³²⁴, sino que esa falta de autonomía se puede producir por «la influencia de la sociedad matriz con respecto a la estrategia empresarial, la política de gestión, los planes operativos, las inversiones, las capacidades, la financiación, los recursos humanos y los aspectos jurídicos» ya que estas cuestiones pueden tener **«repercusiones indirectas sobre el comportamiento de las filiales y de todo el grupo empresarial en el mercado»**. En definitiva, la influencia decisiva sobre la filial ya no se refiere ni a la infracción, ni a su conducta en el mercado (que es donde radica la infracción) sino, en general, a su comportamiento como empresa individual y autónoma. Cuando la filial esté íntegramente participada, la Comisión no tendrá que probar estos aspectos, ya que se presume que la matriz ejerce una influencia decisiva y, por tanto, también ella es responsable de la infracción. Sin ser tan explícito, esta es la postura que el TJ en la Sentencia Akzo adoptó, zanjando el debate sobre la suficiencia de la presunción como prueba de cargo contra la matriz, pero, sobre todo, y más importante, sobre el alcance del significado del ejercicio de una influencia decisiva. Así pues, en el propio apartado 59 de la Sentencia Akzo se afirma que «el hecho de que una sociedad matriz y su filial formen una única empresa en el sentido del artículo 81 TCE (actual 101 TFUE) permite que la Comisión remita una Decisión que imponga multas a la sociedad matriz, **sin que sea necesario establecer la implicación personal de esta en la infracción**». En otras ocasiones, el TJ ha sido incluso más claro afirmando que «la circunstancia que permite que la Comisión imponga una multa a una sociedad matriz no consiste ni en el hecho de que esta matriz haya incitado a su filial [...] ni en el hecho de que la matriz tenga implicación directa en la infracción cometida por su filial»³²⁵.

Por lo tanto, a partir de la Sentencia Akzo, sancionar a una matriz por las infracciones cometidas por su filial se ha vuelto relativamente sencillo para la Comisión

³²⁴ Por su claridad, reproduzco en este punto las palabras de la AG: «Pero, aun en caso de que se analice la autonomía de la filial en relación con su política comercial en sentido estricto, la influencia decisiva de la sociedad matriz no debe derivarse necesariamente de indicaciones, directrices o de derechos de codecisión concretos acerca de la política de precios, las actividades productivas y de distribución y demás aspectos constitutivos del comportamiento en el mercado. Dichas indicaciones son tan solo un indicio especialmente cualificado de la existencia de una influencia decisiva de la sociedad matriz sobre la política comercial de la filial [...]. En particular, no puede ser determinante si la sociedad matriz ha intervenido en la gestión cotidiana de su filial ni tampoco si las actividades contrarias a la competencia de la filial obedecían a instrucciones de la sociedad matriz o eran conocidas por esta». (apartados 89 y 90).

³²⁵ STJ de 20 de enero de 2011, General Química, C- 90/09 P, cit., apartado 102.

Europea, sobre todo en los casos de sociedades íntegramente participadas. Lo único que tendrá que acreditar la Comisión es la situación del capital social de la infractora en el momento en el que se cometió la infracción³²⁶ para poder sancionar también a la matriz. El TJ afirma constantemente que la presunción de influencia es *iuris tantum* y no *iuris et de iure* (para negar que se trate de una responsabilidad objetiva) y que la matriz puede desvirtuar tal presunción siempre y cuando aporte elementos de prueba que acrediten la autonomía de la filial³²⁷. Sin embargo, esta presunción se ha vuelto prácticamente irrefutable, lo que se pone de manifiesto con que hasta la fecha no ha habido ninguna sentencia del TJ que haya considerado que la matriz haya sido capaz de demostrar la autonomía de su filial en el mercado. A lo sumo, existe alguna sentencia que anula la Decisión de la Comisión por no haber contestado en la propia Decisión a las alegaciones al pliego de cargos formuladas por la sociedad matriz sobre la autonomía de su filial, lo que resulta lógico si se pretende que la presunción sea, al menos formalmente, *iuris tantum*³²⁸. Es decir, el TJ ha obligado a la Comisión Europea a motivar por qué rechaza los argumentos ofrecidos por la matriz para desvirtuar la presunción del ejercicio de influencia decisiva. En consecuencia, si la matriz no niega la falta de autonomía de su filial, la presunción es prueba de cargo suficiente para sancionarla. Por el contrario, si la matriz aporta algún tipo de prueba sobre su falta de influencia en la filial, la Comisión tendrá que aportar otras pruebas o indicios para contrarrestar los aportados por la matriz, de tal forma que en estos casos la mera posesión de las acciones no resulta suficiente para fundamentar una sanción.

Sin embargo, para la Comisión Europea es muy sencillo acreditar que una matriz ejerce una influencia decisiva sobre su filial. Como esta circunstancia, tal y como se ha visto en el caso «Akzo Nobel», no está referida ni a la conducta infractora, ni a la política comercial de la filial, sino, en general, a su comportamiento como empresa, hace que la presunción sea prácticamente *iuris et de iure*. Así, para el TJ es insuficiente que la matriz no tenga prácticamente ningún conocimiento o involucración en el mercado en el que

³²⁶ Puede ocurrir que a lo largo de toda la conducta infractora la filial haya cambiado de propietario y por tanto que existan diversas matrices que se sucedan a la cabeza de esa filial. En esas circunstancias, tanto la primera como la segunda o sucesivas matrices (siempre que se cumplan los requisitos que estamos explicando) pueden ser responsables solidarias de la multa junto con la filial. Sin embargo, en estos casos se hace algún ajuste en lo que se refiere a la cuantía de la multa de la cual se response solidariamente. La filial es responsable por la totalidad de la multa y las matrices serán responsables solidarias por la parte proporcional correspondiente al tiempo en el que efectivamente eran matrices de la filial.

³²⁷ STJ de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel, C-97/08 P, cit., apartado 60, STJ de 16 de junio de 2016, Evonik Degussa, C-155/14/P, ECLI:EU:C:2018:323, apartado 29 y STJ de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine, C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620, apartado 56, entre muchas otras.

³²⁸ STJ de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine, C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620.

opera la filial, o que aquella sea una sociedad *holding* de esta. El mero hecho de que la filial carezca de «autonomía financiera» ya es motivo suficiente para entender que ambas forman parte de la misma empresa³²⁹. Por otro lado, como lo determinante son los vínculos entre ambas sociedades y no los hechos que originan la infracción, resulta irrelevante que la matriz desconozca u omita tal infracción de su filial³³⁰, e, incluso, que la filial desobedezca una orden concreta de no celebrar acuerdos con competidores y por tanto evitar una posible vulneración de las normas de competencia. En este último caso, solo se consideraría una situación hipotética en la que la filial desobedezca de forma constante y continuada las órdenes de su matriz, porque evidenciaría que la matriz no está capacitada para ejercer una influencia decisiva sobre su filial³³¹. A mayores, cuestiones como la autorización de la matriz sobre decisiones estratégicas o importantes de la filial (la venta de inmuebles, o de participaciones en una filial)³³², la obligación de emitir informes a la matriz, la presencia de miembros de la matriz en los órganos de administración de la filial e, incluso, la representación conjunta de la matriz y de la filial en todo el procedimiento sancionador³³³ sirven como indicio sobre el ejercicio de una influencia decisiva. La suficiencia o no de estos indicios no está clara porque el TJ hace una valoración del conjunto de relaciones organizativas, jurídicas o económicas en cada caso y a partir de ahí determina si la filial es autónoma en el mercado o, si, por el contrario, la matriz ejerce una influencia decisiva sobre ella. Cuanto mayor sea la participación de la matriz en la filial, menos indicios tendrá que aportar la Comisión, sobre todo, cuando opera la presunción de influencia decisiva³³⁴.

Por lo tanto, es correcto afirmar que, si la responsabilidad de la matriz se basa en una suma de vínculos organizativos, económicos y jurídicos que la unen con su filial, que

³²⁹ STJ, de 8 de mayo de 2013, Eni, C-508/11 P, ECLI:EU:C:2013:289, apartado 68.

³³⁰ STJ de 20 de enero de 2011, General Química, C- 90/09 P, cit., apartado 102.

³³¹ STJ de 24 de junio de 2015, Fresh del Monte Produce, C-293/13 P, ECLI:EU:C:2015:416, apartados 96 y 97, y STJ de 16 de junio de 2016, Evonik Degussa, C-155/14/P, cit., apartados 40 y 41.

³³² Hay que tener en cuenta que alguna de las decisiones que pueden utilizarse para valorar el ejercicio de una influencia decisiva pueden estar impuestas por Ley. Por ejemplo, en lo que se refiere a la venta de determinados activos, la LSC en el artículo 160 f) le otorga la competencia a la junta de socios sobre la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, es decir, en nuestro caso a la matriz. Téngase en cuenta, a los efectos de valorar la facilidad con la que podría operar la presunción, que la LSC somete a la aprobación de la junta de socios la venta de activos «esenciales». En estos casos, puede resultar cuestionable que estas decisiones puedan ser tenidas en cuenta a los efectos de valorar si la matriz voluntariamente quiso ejercer una influencia sobre su filial. Por ejemplo, el TJ consideró que la obligación de consolidar las cuentas de la filial no puede ser un elemento que determine que una matriz ejerce una influencia decisiva sobre su filial porque «toda sociedad matriz está obligada a consolidar cuentas a nivel de su grupo». STJ de 20 de enero de 2011, General Química, C- 90/09 P, cit.

³³³ STJ de 20 de enero de 2011, General Química, C- 90/09 P, cit., apartado 41.

³³⁴ STJ de 20 de enero de 2011, General Química, C- 90/09 P, cit., apartados 102 a 108.

no necesariamente tienen que ir referidos a la conducta de esta en el mercado en el que se produce la infracción, la matriz es sancionada precisamente por el hecho de ser una matriz. En este sentido, cualquier grupo de empresas independientemente del grado de centralización de sus actividades, concentra determinadas cuestiones relacionadas con sus filiales en las matrices. Esta es, en definitiva, la idea del grupo de empresas: desconcentración de la gestión ordinaria en sus filiales, pero manteniendo cierto control sobre los aspectos nucleares tales como la política financiera, de inversiones, o, incluso, de recursos humanos³³⁵.

Además, tampoco se sabe a ciencia cierta bajo qué circunstancias la filial se considera autónoma en el mercado o qué elementos tienen que residenciarse bajo la competencia de la filial para entender que su matriz no ejerce una influencia decisiva. Sí han sido un poco más claros los Abogados Generales en sus Conclusiones indicando supuestos en los que se podría entender que la matriz no ejerce una influencia decisiva. Estos son: 1) cuando la matriz es un «inversor financiero puro»³³⁶, 2) cuando la matriz posee el 100% de las participaciones en la filial de forma transitoria y por poco tiempo (porque no ha podido siquiera ejercer esa influencia), y, por último 3) cuando la matriz por motivos jurídicos no esté en condiciones de ejercer plenamente el control al 100% de

³³⁵ Todo ello lo afirman, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y LIÑÁN HERNÁNDEZ, P., «Crítica a la jurisprudencia europea sobre la imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales», *REDE*, 2012, pp. 229-250, pp. 235-236 y también KERSTING, C., «Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern», *Der Konzern 2011*, 2011, pp. 1-29, p. 22, disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1884930. Además, es la postura que también recoge muchas veces la propia Comisión al desestimar la alegación frecuente de las matrices que no intervienen en el día a día de sus filiales. Por ejemplo, en la Decisión de la CE de 20 de octubre de 2005, Caso COMP/C. 281 B.2)- Tabaco Crudo Italia, apartado 339) se afirma que «la confianza de los negocios del día a día a los gestores locales de una filial íntegramente participada es práctica común en muchos sectores. Sería de hecho sorprendente que una matriz, habiendo creado una sociedad filial íntegramente establecida para el desarrollo de una determinada actividad, siguiese involucrada en la gestión diaria de dicha filial».

³³⁶ No se debe confundir este supuesto con las llamadas sociedades *holding* de los grupos, que sin tener una actividad concreta en un determinado mercado sí se encargan de ejercer determinadas políticas a nivel de grupo por lo que se encuentran casos en los que estas también son sancionadas (un ejemplo STJ de 20 de enero de 2011, General Química, C- 90/09 P, cit.). En algunas Conclusiones de los Abogados Generales se ha definido un poco más este concepto de puro inversor financiero y se han dado otros ejemplos de sociedades que entrarían en esta definición. En este sentido, se suele citar las CAG Jean-Pierre Warner (de 22 de enero de 1974, ECLI:EU:C:174:5) en las que se menciona a las compañías de seguros y a las sociedades «encargadas de gestionar los intereses de un fondo de pensiones que hubiera adquirido, por vía de inversión, una participación en una sociedad comercial que le haya dado un poder de control sobre esta». Estos ejemplos se repiten en la CAG de 23 de abril de 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:262 y parece que se asumen en la en alguna sentencia. Por ejemplo, en la STGE de 12 de diciembre de 2012, T-392/09, Garantovaná, ECLI:EU:T:2012:674, apartado 50, el TGE incide que lo que caracteriza a este tipo de empresas, por regla general, es que «adquieren participaciones en empresas para asegurar que sus activos se invierten de forma segura y rentable, pero que no están interesadas en ejercer el control sobre las compañías en las que han adquirido una participación». De ahí que en la misma sentencia se entienda que para ser considerado como un inversor financiero puro sea obligatorio «abstenerse» (*refrain*) de involucrarse en la gestión y el control de sus filiales. Esto hace que la excepción del inversor financiero puro tenga cabida en contadas situaciones.

su filial; criterios que comparte la Comisión Europea (de ahí su importancia ya que será ella quien decida, en un primer momento, sancionar o no a la matriz) pero que son ciertamente excepcionales.

2.3. Últimas tendencias: mayores facilidades para la Comisión Europea

A pesar de las múltiples críticas de la doctrina a esta jurisprudencia, sobre las que ahora nos detendremos, no parece que el TJ tenga intención de introducir algún tipo de modificación al respecto. En los últimos años, las sentencias del Alto Tribunal europeo, además de insistir en la responsabilidad de la empresa (y no de las personas jurídicas) como sujeto infractor de las normas de competencia, han perfilado algunas cuestiones accesorias a esta jurisprudencia, todas ellas encaminadas a favorecer la responsabilidad de la matriz. En este sentido, en la STJ de 20 de enero de 2011, General Química, C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21, se aclaró que la presunción opera no solo en los casos en los que la matriz posee la totalidad de las acciones de su filial de forma directa sino también cuando existe una sociedad intermedia de la que a su vez es titular del 100% del capital social. En estos casos, el TJ presume el ejercicio de la influencia decisiva sobre esa sociedad interpuesta e, indirectamente, sobre la filial que ha cometido la infracción. De lo contrario, la mera constitución de una sociedad «vacía» impediría a la Comisión sancionar a la matriz.

Otro ejemplo en esta línea de facilitar la sanción a las matrices está relacionado con el cómputo del plazo de prescripción de la infracción. En la Sentencia de 27 de abril de 2017, C-516/15P, Akzo Nobel II, ECLI:EU:C:2017:314, el TJ consideró que la prescripción de la infracción respecto de las filiales no impedía la sanción a la matriz si para esta no se había producido tal prescripción. En el caso en concreto, la matriz había sido declarada responsable solidario en base a la doctrina de la empresa por las conductas de sus filiales entre los años 1987 y 1993, fecha a partir de la cual la matriz se involucra directamente en la infracción hasta el año 2000. La matriz pretendía que se anulase la multa correspondiente a los años 1987 a 1993 porque la infracción de las filiales ya estaba prescrita y ella no había participado directamente en la infracción. Sin embargo, el TJ entiende que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de cinco años de prescripción de toda la infracción (incluida la de sus filiales) para la matriz se determina a partir del cese de su propia conducta infractora (en el caso, en el 2000). De esta forma, la prescripción de las infracciones de sus filiales solo impide la sanción a estas, pero no se extiende a la

matriz, pese a que durante un periodo tan solo fuese responsable por las conductas de sus filiales.

Por último, se puede mencionar la reciente STJ de 27 de enero de 2021, Goldman Sachs Group, C-595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73) donde se aclara que la presunción también opera en aquellos casos en los que la matriz posea la totalidad de los derechos de voto sobre la filial aun cuando no sea la titular de todas las acciones (apartado 35). Si lo que realmente permite ejercer el control y la influencia son esos derechos de voto (es decir, los derechos que van asociados a la titularidad de las acciones o participaciones) las conclusiones del TJ parecen acertadas.

En virtud de todo lo anterior, se puede apreciar cómo se ha pasado de una responsabilidad de la matriz por su involucración directa en la conducta a una responsabilidad de la matriz por el hecho de ser una sociedad matriz. El TJ es consciente de la necesidad de que las multas de la Comisión Europea sean lo suficientemente elevadas como para que tengan algún tipo de eficacia disuasoria en las empresas que infringen la normativa de competencia. Para ello, la posibilidad de sancionar a las sociedades matrices se torna como algo fundamental, sobre todo para la aplicación del límite del 10% del volumen de negocios. El artículo 23.4 del Reglamento 1/2003 establece que «la responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa no podrá ser superior al 10 % de su volumen de negocios total realizado en el ejercicio social anterior». La cuantía resultante de la aplicación de ese límite en muchas ocasiones es definitiva porque en muchos casos, la multa que inicialmente fija la Comisión Europea siguiendo sus directrices sobre el cálculo de las sanciones supera con creces ese límite del 10%. Ello obliga a la Comisión a rebajar y ajustar la multa de tal manera que la cantidad final equivale al 10% del volumen de negocios de la empresa³³⁷.

La fijación de este límite dependerá de si se sanciona también a la matriz o no. En los casos en los que se sancione a la matriz, la Comisión Europea fija ese volumen de negocios a partir de las cuentas consolidadas de todo el grupo. La multa no se calcula sobre la mera suma del volumen de negocios individual de la matriz y la filial o filiales infractoras, sino sobre el de todas las sociedades sobre las que la matriz tenga la

³³⁷ Esto lo parece admitir incluso el propio TJ (STJ de 26 de enero de 2017, Mamoli Robinetteria, C-619/13 P, ECLI:EU:C:2017:50, apartado 86). No obstante, el «techo» del 10% del volumen de negocios está pensado para evitar que se impongan multas que «seguramente no podrán pagar las empresas», como constantemente reitera el TJ (Sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408, apartado 280 y la propia STJ en el asunto Mamoli Roibetteria citada en esta nota, apartado 83).

obligación legal de consolidar cuentas³³⁸. En consecuencia, sancionar a la matriz influye de una forma decisiva, trascendental, en el importe de la multa. El propio TJ es consciente de ello y de la importancia de una «aplicación efectiva del Derecho de la competencia», principio que en muchas ocasiones se impone a los principios sancionadores más elementales –tal y como en nuestro país los conocemos–. Más allá del débil argumento sobre el sujeto infractor de las normas de competencia, lo que se esconde detrás de la responsabilidad de la matriz es la lucha contra unos conglomerados empresariales para los que una multa calculada solo sobre las circunstancias de su filial sería totalmente irrisoria. De ahí que en ocasiones el TJ afirme que «el afán de garantizar que la multa sea lo suficientemente disuasoria [...] justifica que se tomen en consideración el tamaño y el poder económico de la empresa que se trate, es decir, los recursos globales del autor de la infracción»³³⁹.

Por lo tanto, la matriz no es una suerte de «responsable solidario» de las multas impuestas a sus filiales a la que acudir en caso de que no se pueda ejecutar la sanción frente a estas (aunque indudablemente también puede cumplir esa finalidad). La relación de solidaridad que existe en el pago de la sanción entre la matriz y la filial, no se reduce, según el propio TJ «a una forma de garantía prestada por la sociedad matriz para asegurar el pago de la multa impuesta a la filial»³⁴⁰. La matriz responde por la conducta de su filial como si ella misma hubiese cometido la infracción y esto se traduce a la hora de fijar el cálculo del volumen de negocios y, por tanto, del importe de la multa. Sin embargo, el camino hasta aquí recorrido no está falto de polémicas. La objetivación de la responsabilidad de la matriz ha provocado un sinfín de críticas en la doctrina, algunas un tanto excesivas, y la proliferación de propuestas que permitan salvaguardar o cohonestar los principios de responsabilidad personal con el fenómeno de los grupos de empresas.

3. CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE LA EMPRESA

La configuración de la responsabilidad de la matriz por las conductas de su filial ha sido objeto de numerosas críticas por la doctrina. Son muchos los trabajos que han señalado la falta de rigor del TJ y de la Comisión Europea a la hora de justificar la

³³⁸ STJ de 26 de noviembre de 2013, Groupe Gascogne, C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770.

³³⁹ STJ de 26 de noviembre de 2013, Groupe Gascogne, C-58/12 P, cit., apartado 49, STJ de 17 de junio de 2010, Lafarge/Comisión, C-413/08 P, Rec. p. I-5361, apartado 102.

³⁴⁰ STJ de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel II, C-516/15P, cit., apartado 58.

imposición de multas a las sociedades matrices de los grupos de empresas³⁴¹. La crítica fundamental, como se podrá intuir, es la vulneración del principio de personalidad de las sanciones y de presunción de inocencia en lo que respecta a la imposición de sanciones a la sociedad matriz. No obstante, los argumentos contra esta práctica no se detienen ahí. Se han propuesto soluciones alternativas como puede ser una culpa de la matriz basada en un «defecto de organización propio» con respecto a sus filiales y se ha defendido la falta de utilidad de esta política de sanciones de la Comisión Europea. Además, la Comisión cuenta con una amplia discreción a la hora de «seleccionar» las personas jurídicas a las que se impone la sanción. Podrá sancionar o no a las matrices intermedias o, incluso, no llegar hasta la matriz última del grupo o directamente omitir la sanción a las sociedades filiales. También la doctrina ha advertido sobre esta práctica que, de nuevo, tensiona los más elementales principios que disciplinan el ejercicio de las potestades administrativas de gravamen.

Aunque algunas de las críticas son fundadas y probablemente sea necesario una regulación mucho más prolija de las potestades sancionadoras de la Comisión Europea en materia de competencia, creo que se incurre generalmente en el error de tratar la responsabilidad de los grupos de empresas como si de un individuo se tratase. Desde luego que este no es el enfoque que mantiene el TJ ni tampoco el que se ha defendido en la primera parte de este trabajo a la hora de justificar las sanciones a las personas jurídicas. Por lo tanto, sin llegar a dar por válida cualquier solución o práctica de la Comisión Europea, si me parece necesario, por un lado, profundizar en algunas cuestiones que

³⁴¹ La práctica del TJ ha generado una gran controversia ya no solo en nuestro país sino a nivel europeo. Como digo, son muchos los trabajos en los que se la critica, lo que, por el momento, no ha significado un cambio de postura en el TJ sino más bien todo lo contrario. En este sentido, *vid.*, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y LIÑÁN HERNÁNDEZ, P., «Crítica a la jurisprudencia europea sobre la imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales», cit., pp. 229-250, GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «La responsabilidad de la matriz por las infracciones del Derecho de la competencia cometidas por sus filiales», cit., pp. 251-296, DÍEZ ESTELLA, F. y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., «Problemas derivados de la atribución europea de la responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de “Stora” a “Portielke” pasando por “Akzo Nobel” y “Elf-Aquitanie”», *Anuario de la competencia*, n.º 1, 2014, pp. 321-358, GÓMEZ TOMILLO, M., «La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías», *RDCD*, n.º 22, 2018, pp. 1-20 (aunque el artículo se refiere en gran medida a la práctica española, contiene referencias a la jurisprudencia europea, especialmente en las pp. 1-4), THOMAS, S., «Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law», *Journal of European Competition Law and Practice*, vol.3, n.º 1, 2012, pp. 11-28, KALINTRI, A., «Revising Parental Liability in EU Competition Law», *European Law Review*, n.º 43, 2018, pp. 145-166, WARDHAUG, B., «Punishing parents for the sins of their child: extending EU competition liability in groups and to subcontractors», *Journal of Antitrust Enforcement*, n.º 5, 2017, pp. 22-48, pp. 22-48, SOLEK, L. and WARTINGER, S., «Parental Liability: Rebutting the Presumption of Decisive Influence», *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 6, n.º 2, 2015, pp. 73-84.

deberían modificarse, pero, por el otro, señalar aquellas que deberían mantenerse y que, en mi opinión, han recibido críticas un tanto excesivas.

3.1. Las debilidades teóricas del concepto de «empresa»

La primera crítica que se le puede hacer, y con razón, a la jurisprudencia del TJ es la falta de una construcción dogmática adecuada en torno al sujeto responsable de las infracciones administrativas por vulneración de la normativa de la competencia. Ya se ha dicho que para el TJ el único autor posible de una infracción es la «empresa», esa unidad económica formada por una o varias sociedades, personas jurídicas o, incluso, personas físicas. Este es el eje de su construcción y a partir de la cual ha ido, sin una cobertura jurídica suficiente, ampliando el término hasta convertir a la matriz en responsable solidaria de las infracciones de sus filiales.

Sin embargo, como también se ha indicado al principio de este trabajo, las empresas o los grupos de empresas o de sociedades son realidades económicas y no jurídicas. No pueden ser titulares de obligaciones ni de derechos, y, por tanto, tampoco pueden ser destinatarios de una norma. Es lógico que el TJ haga referencia a las «empresas» como concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea; esto no es algo exclusivo del Derecho de la competencia (pensemos, por ejemplo, en el concepto de «poder adjudicador» o «ayuda de estado») y se justifica en la necesidad de aunar los ordenamientos jurídicos de 27 Estados miembros. El concepto de empresa convierte a la infracción de competencia en una infracción «especial» porque solo los operadores jurídicos que realicen una actividad económica podrán ser autores de dichas infracciones (solo ellos compiten). Pero más allá más allá de facilitar la aplicación de las normas de Competencia y de superar posibles formalidades como las sanciones a entes del sector público cuando participan en el mercado, el concepto de empresa no puede servir de base para la construcción de una teoría sobre la imputación de infracciones administrativas. Los autores y los responsables no pueden ser las empresas, tienen que ser las personas jurídicas que las forman.

Esta confusión también está presente en la propia jurisprudencia del TJ. En ocasiones entiende que el autor es la empresa: «los autores de los Tratados optaron por utilizar el concepto de empresa **«para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia»**, pero en otras emplea este término para designar a la filial: «el único factor determinante a efectos de la sanción es que todas las entidades jurídicas a las que se considera solidariamente responsables en todo o en parte del pago de la misma multa

constituyan, conjuntamente **con la entidad cuya participación directa en la infracción se ha demostrado (en lo sucesivo “autor de la infracción”)** una sola empresa»³⁴². La confusión aún es mayor cuando alguna de las partes afectadas, en vía de recurso, alega ante el Tribunal una posible vulneración del principio de personalidad de las sanciones. El TJ, lejos de estimar dicha vulneración, afirma que la doctrina de la empresa precisamente es la confirmación de tal principio, porque, de nuevo, las exigencias de los Tratados y la voluntad de sus autores es que sean las empresas las responsables (y no las autoras) de las infracciones: «cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, **le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal**, responder por esa infracción»³⁴³.

Como se puede apreciar, no queda en absoluto claro ni quién es la autora ni quién es la responsable del cumplimiento de las normas de competencia. En principio, autor y responsable es la empresa, pero su falta de realidad jurídica obliga a «buscar» o a identificar a las personas que están detrás de esa empresa. La imputación de una infracción, la imposición de una sanción y la ejecución de una multa precisan la necesidad de identificar a un sujeto con capacidad de ser titular de derechos y obligaciones. No es este sujeto la empresa, que es una realidad económica, sino las sociedades que la forman³⁴⁴. De hecho, es el propio TJ el que en ocasiones recuerda que «a efectos de la aplicación y de la ejecución de las decisiones de la Comisión en materia de Derecho de la competencia, es necesario identificar, como destinatario, a una entidad dotada de personalidad jurídica»³⁴⁵.

Probablemente la insistencia del TJ en mantener el concepto de empresa se derive de la necesidad de coherencia el principio de personalidad de las sanciones con las sanciones a las matrices. El TJ es consciente de la vulneración de este y acude al concepto de empresa como justificación de su vigencia. Quizá sería más serio empezar a construir una línea argumental, que a veces se intuye, sobre la necesidad de, en determinados contextos, imponer una responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva a la sociedad matriz. El TJ elude este debate mediante el recurso al concepto de empresa, pero la doctrina se ha encargado de mantenerlo vivo.

³⁴² STJ de 11 de julio de 2013, Gosselin Group, C-429/11 P, ECLI:EU:C:2013:463, apartado 44.

³⁴³ STJ de 8 de julio de 1999, Anic Partecipazioni, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, apartado 145.

³⁴⁴ Mantiene una postura similar, ARAUJO BOYD, M., «Sujetos responsables y procedimiento sancionador», en GUILLÉN CARAMÉS, (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 231-239, pp. 231-232.

³⁴⁵ STJ de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel, C-97/08 P, cit., apartado 59.

También creo que la falta de una regulación sobre esta cuestión ha obligado al TJ a estirar el concepto de empresa hasta límites que, en principio, no debería haber llegado; sobre todo por la importancia que debería tener el principio de legalidad a la hora de disciplinar el ejercicio de potestades sancionadoras. El artículo 101 del TFUE tan solo habla de «empresas» y es cierto que esta fue, como dice el TJ, la «voluntad de los autores del tratado». Pero me parece muy arriesgado afirmar que tras esa voluntad se escondía un régimen de responsabilidad objetiva de la matriz. No estoy de acuerdo con la interpretación que subyace en las sentencias del TJ por la que se considera que en el artículo 101 del TFUE existe una base legal suficiente como para construir una teoría completamente novedosa sobre la autoría y la responsabilidad de las infracciones de competencia. Tampoco el Reglamento 1/2003 contiene alguna provisión al respecto lo que, como se puede apreciar, en ningún caso impide o disuade a la Comisión Europea de ejercer sus potestades sancionadoras de la forma aquí descrita³⁴⁶.

Por lo tanto, creo que sería necesario que se positivizase en un Reglamento la jurisprudencia del TJ sobre las sanciones a las empresas matrices. Esta regulación tiene que alejarse, en mi opinión, de términos ambiguos como el de empresa e indicar claramente qué matriz o qué matrices pueden ser responsables, cómo se determina el cálculo del volumen de negocios cuando la matriz es la infractora, qué sucede cuando existe un grupo, pero este carece de una sociedad dominante (el problema de las sociedades hermanas, sobre el que más tarde volveremos) o cómo operan cuestiones tales como la reincidencia. La respuesta a estas preguntas las sabemos más o menos gracias a la jurisprudencia del TJ, pero la situación es insostenible desde el punto de vista del principio de legalidad sancionadora, que también opera en el ámbito de la Unión

³⁴⁶ En este sentido es de destacar la obra de BAÑO FOS, J. M.^a, *The dogmatic of article 101 TFUE and information exchanges*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 29-41. El autor señala las deficiencias de la normativa europea con relación a los principios que deberían gobernar la legislación sancionadora, sobre todo, cuando estamos ante multas de cuantía tan elevada. Es cierto que su análisis viene referido a las conductas objeto de infracción; el artículo 101 del TFUE, más que una regla, es un principio en el sentido clásico de Alexy, al cual se remite *in totum* el artículo 23.2 del Reglamento 1/2003 que habilita a la Comisión a imponer multas por el incumplimiento del citado artículo, es decir, por el incumplimiento de un «principio», cuyo *enforcement*, requeriría reglas de desarrollo, que, hoy en día, no existen. Pero dicho análisis, y crítica, es perfectamente trasladable al ámbito de los sujetos responsables de las normas de competencia; de hecho, BAÑO FOS lo hace, cuando señala que “*the relevant question is whether the rules that are extracted from this principle (and its corresponding sanctions) through the Commission’s practice, meet the requirements of legal certainty that any sanctioning system requires*” para a continuación recoger en una nota a pie (n.º 572) que este no deja de ser el debate que se presenta en el *Asunto Treuhand*, donde se discutía si sancionar a una empresa que no estaba presente en el mercado infractor, no como autora, sino como «facilitadora» conculcaba el principio de legalidad.

Europea³⁴⁷. Además, hay que tener en cuenta que, como es lógico, el artículo 52.1 del CEDH exige que la limitación del ejercicio de los derechos y libertades tiene que hacerse por ley, lo que no se cumple en el caso de las sanciones a las matrices.

3.2. El problema de la presunción de influencia decisiva y la responsabilidad objetiva de la sociedad matriz

a) Presunción de inocencia, personalidad de las sanciones y responsabilidad de la matriz

Una de las principales y más poderosas objeciones que se ha hecho a la doctrina de la empresa es el funcionamiento de la presunción de influencia cuando la matriz, directa o indirectamente, posee la totalidad o práctica totalidad de las acciones (o derechos de voto) de su sociedad filial. La mayor parte de la doctrina ha sido muy crítica con el funcionamiento de esta presunción por considerarla contraria a los más elementales principios del Derecho administrativo sancionador, en concreto, por entender que se vulnera la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*³⁴⁸. En este sentido, sería absurdo afirmar que la presunción no se ha configurado en la práctica como una

³⁴⁷ Sobre la vigencia del principio de legalidad sancionadora en el Derecho de la Unión Europea, *Vid.* FUENTETAJA PASTOR, J.A., «La potestad sancionadora de la Unión Europea: fundamento y alcance», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, cit., pp. 227-268, pp. 249-257, BUENO ARMIJO, A., «El (imperfecto) sistema de garantías del Derecho administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo», *REDE*, n.º 23, 2012, pp. 135-164, pp. 149-156. Es cierto que, tal y como se puede apreciar de la lectura de los trabajos citados, las cuestiones más polémicas en el ámbito de la Unión en lo que se refiere al principio de legalidad han sido las relacionadas con la «reserva de ley» ya que se admite que la Comisión regule por sí misma la determinación de las infracciones y sanciones de una determinada materia. Más allá de esto, en el ámbito comunitario el principio de tipicidad también está integrado en el principio de legalidad, y aunque los pronunciamientos jurisprudenciales han hecho referencia a la necesaria «precisión de la ley aplicable» en lo que se refiere a la definición de la conducta infractora, es obvio que este principio también exige claridad en cuanto a los posibles sujetos responsables de las infracciones, tal y como afirma la doctrina. *Vid.* REBOLLO PUIG, M., «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», cit., pp. 843-845. De hecho, tanto el TJ como el TPI han afirmado que «el principio de legalidad de las penas es un corolario del principio de seguridad, que constituye un principio general de Derecho comunitario y que exige, particularmente, que toda normativa comunitaria, especialmente cuando imponga o permita imponer sanciones, sea clara y precisa, **con el fin de que las personas afectadas**, puedan conocer sin ambigüedades los derechos y obligaciones que derivan de esta» (STPI de 5 de abril de 2006, Degussa, T-279/02, ECLI:EU:T:2006:103, apartado 66 y jurisprudencia allí cit.). Por lo tanto, resulta fundamental determinar quién va a ser la **persona** (y no empresa) afectada.

³⁴⁸ Es una de las críticas más frecuentes que se hace a la presunción del ejercicio de una influencia decisiva. *Vid.*, por ejemplo, THOMAS, S., «Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law», cit., pp. 18-20, DIEZ ESTELLA, F. y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., «Problemas derivados de la atribución europea de la responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de “Stora” a “Portielke” pasando por “Akzo Nobel” y “Elf-Aquitaine”», cit., pp. 347-354, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y LIÑÁN HERNÁNDEZ, P., «Crítica a la jurisprudencia europea sobre la imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales», cit., pp. 243-244.

presunción *iuris et de iure*³⁴⁹, o, lo que a mi jurídicamente me parece más correcto, que es una presunción *iuris tantum* muy difícil de rebatir. Esto lo admite hasta el propio TJ en alguna sentencia, y también los Abogados Generales en alguna de sus conclusiones³⁵⁰. Todo ello provoca que cuando una filial íntegramente participada infrinja el artículo 101 o 102 del TFUE, también resulte su matriz sancionada. Por lo tanto, para los autores más críticos, se produce esa vulneración del principio de presunción de inocencia y consecuentemente del *in dubio pro reo*. Sin embargo, antes de entrar a valorar la práctica de la Comisión Europea, me parece relevante hacer algunas matizaciones o aclaraciones sobre estas críticas.

En primer lugar, creo que a veces hay una confusión terminológica entre el principio de presunción de inocencia y el conocido como *in dubio pro reo*. El principio de presunción de inocencia, ciertamente reconocido a nivel europeo en el artículo 48.1 de la CDFUE, es una regla referida a la carga de la prueba que obliga a la parte acusadora en el proceso penal y en el administrativo sancionador a demostrar mediante pruebas válidas, lícitas y suficientes la responsabilidad penal o administrativa de una persona. Por el contrario, el *in dubio pro reo* es una regla de valoración de la prueba, que impone la absolución si la prueba no es suficiente, o, mejor dicho, si existe una prueba de descargo que ofrezca dudas sobre la suficiencia de la prueba de cargo³⁵¹. El control sobre el *in*

³⁴⁹ Aunque el término presunción e *iuris et de iure* parecen irreconciliables, en cuanto que una presunción propiamente dicha contribuye a esclarecer (o a facilitar) la verdad «procesal» mientras que las presunciones *iuris et de iure* excluyen o «sustraen» una cuestión del ámbito de esa verdad procesal, tal y como pone de relieve, AGUILÓ REGLA, J., «Las presunciones en el Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2018, pp. 201-227, pp. 221-222.

³⁵⁰ En la STJ de 16 de junio de 2016, Evonik Degussa, C-155/14/P, cit., se dice que «el hecho de que sea difícil aportar la prueba en contrario necesaria para destruir una presunción de ejercicio efectivo de una influencia determinante no implica, en sí mismo, que esta sea irrefutable, sobre todo cuando son las entidades contra la que opera la presunción quienes están en mejores condiciones para buscar dicha prueba en su propia esfera de actividades (apartado 44). En cuanto a las CAG, se puede citar las recientes CAG de 15 de abril de 2021, en el Asunto C-882/19, Sumal, donde indica que la presunción «resulta difícil de desvirtuar».

³⁵¹ Explica estas diferencias, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, cit., pp. 339-347. De hecho y como explica la autora, como tradicionalmente el *in dubio pro reo* se ha considerado una cuestión meramente subjetiva del juzgador *a quo* las instancias superiores (TC y TS) han negado en sede de casación o amparo cualquier argumento relacionado con la vulneración del *in dubio pro reo*, mientras que sí se admite, por ejemplo, el recurso de amparo por la vulneración del principio de presunción de inocencia (aunque con las limitaciones derivadas del control del acervo probatorio de un proceso por un tribunal que no ha sido el juzgador). Esta postura (que se mantiene en sentencias recientes de nuestro TS) está íntimamente ligada a una concepción «subjetiva» del *in dubio*, de la conocida como *intime conviction*, y que desoye algunos planteamientos recientes sobre la «valoración racional de la prueba» que abogan por la introducción de estándares de suficiencia probatoria que permitirían que el *in dubio* fuese objeto de control también en sede casacional o de amparo, es decir, que convertirían al *in dubio* en una cuestión más «objetiva» que «subjetiva». Al respecto, *vid.* ALCÁ CER GUIRAO, R., «Algunas dudas sobre la duda razonable. Prueba de descargo, estándares de prueba e *in dubio pro reo*, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23, 2021, pp. 1-47, p. 2-11.

dubio pro reo es muy complicado porque, a falta de estándares probatorios, es una cuestión que pertenece íntimamente al juzgador *a quo*, al que se le impone que absuelva a una persona cuando, tras un análisis de las pruebas de cargo y de descargo, aun mantenga dudas internas sobre la responsabilidad de una determinada persona³⁵². Por lo tanto, cuando a veces se alude a la vulneración del *in dubio pro reo*, lo que realmente se alega es la vulneración de la presunción de inocencia por (i) desplazar la carga de la prueba al acusado, en este caso la matriz y (ii) por la insuficiencia probatoria de la presunción³⁵³.

No obstante, hay que señalar que la presunción no se refiere a los hechos que originan la infracción ni tan siquiera a la autoría de esta. Como se ha expuesto, lo que el TJ presume es que la matriz ejerce una influencia decisiva sobre la conducta general de sus filiales, sobre su autonomía en su comportamiento en el mercado. No se está presumiendo la existencia de una infracción ni, tampoco, la participación en la infracción del autor material de la misma. Es lógico que la presunción sea difícilmente rebatible cuando esta se refiere al ejercicio de una influencia decisiva sobre su filial y la matriz sea su accionista único. En esta situación, parece lógico entender o presumir que esa matriz controla, con mayor o menor grado, a su filial lo que desde luego responde al funcionamiento ordinario de un grupo de empresas. Resulta extraño que una sociedad constituya una filial o la adquiera para después desentenderse completamente de ella. En definitiva, lo que el TJ hace es presumir que en los supuestos en los que se dé tal control existe un grupo de empresas, esto es, una unidad económica que tiene una serie de intereses comunes canalizados o coordinados mediante el ejercicio de una influencia decisiva de la sociedad matriz³⁵⁴. Por lo tanto, y esto me parece importante resaltarlo, la

³⁵² Alcácer Guirao, R., *Ibid.*, pp. 6-12.

³⁵³ De hecho, en el reciente trabajo de Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, voz muy autorizada en estas cuestiones debido al interés que siempre ha mostrado por el estudio de los derechos fundamentales en el procedimiento sancionador, se valora la presunción del ejercicio de una influencia decisiva con respecto a la suficiencia probatoria y con la inversión de la carga de la prueba. En ningún caso se alude al *in dubio pro reo*. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «La presunción de influencia decisiva y la presunción de inocencia en el Derecho europeo de la competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023*, cit., pp. 109-144.

³⁵⁴ Por eso creo que, en el fondo, son acertadas las reflexiones de Rebollo Puig: «si en el fondo lo que se acoge es la idea de que el autor de la infracción es el grupo de sociedades, la idea de la influencia determinante de la sociedad matriz sobre la filial será *flatus voci*: no ya es que se presuma *iuris tantum*, como generalmente se afirma; no ya es que sea una presunción *iuris tantum* casi imposible de destruir; no ya es que sea en realidad una presunción *iuris et de iure*. Lo que ocurrirá, digan lo que sigan las sentencias y lo disfracen como lo disfracen, es que la prueba de esa influencia es irrelevante y que se considera autor y responsable al grupo societario y poco o nada importa cuál de sus brazos con personalidad jurídica ha decidido y actuado ni quién ha influido sobre quién». Creo que lo que el autor trata de expresar es que cuando la intención es la de sancionar al grupo, la prueba de la influencia decisiva en los casos en los que

jurisprudencia del TJ, en mi opinión, priva a las sociedades matrices de cualquier derecho a la presunción de inocencia desde el momento en el que la prueba tiene que ir referida al ejercicio de una influencia decisiva y no a la comisión de una infracción³⁵⁵. Si operase la presunción de inocencia tal y como la conocemos, la teoría de la «empresa» no tendría cabida de ninguna forma.

Esta exclusión del principio de presunción de inocencia tiene una conexión directa con el principio de personalidad de las sanciones. En nuestro caso, la matriz responde solidariamente de una infracción que se ha probado de forma válida, lícita y suficiente cometida por su filial, pero sin que se haya acreditado su participación (la de la matriz). La matriz responde por un hecho ajeno. Por supuesto que la doctrina también ha advertido de la vulneración de este principio³⁵⁶.

Además, un argumento muy poderoso es la mención al artículo 23.1 del Reglamento 1/2003, que exige que la empresa haya actuado de «forma deliberada o por negligencia» para imponer una multa, lo que obligaría a la Comisión a probar la concurrencia de ese extremo³⁵⁷. Sin embargo, creo que lo único que afirma este artículo es la vigencia del principio de culpabilidad en las sanciones de competencia, lo que además es importante especificarlo porque en el Derecho sancionador europeo, bajo determinadas circunstancias, se admite la responsabilidad objetiva o sin culpa³⁵⁸. Por lo

opera la presunción es realmente superflua, siempre y cuando esa influencia haga referencia al comportamiento general en el mercado. De ahí que yo considere que el problema está más bien residenciado en el principio de personalidad de las sanciones. *Vid.* REBOLLO PUIG, M., «Tribulaciones sobre los responsables de las infracciones contra la competencia», en MIRANDA SERRANO, L.M. Y COSTAS COMESAÑA, J. (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*. Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 361-392, p. 369.

³⁵⁵ En el mismo sentido, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «La presunción de influencia decisiva y la presunción de inocencia en el Derecho europeo de la competencia», cit., pp. 137-138.

³⁵⁶ THOMAS, S., «Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law», cit., p. 15-16, GÓMEZ TOMILLO, M., «La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías», cit., pp. 2-3, DÍEZ ESTELLA, F. y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., «Problemas derivados de la atribución europea de la responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de “Stora” a “Portielke” pasando por “Akzo Nobel” y “Elf-Aquitaine”», cit., p. 343, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., LIÑÁN HERNÁNDEZ, P., «Crítica a la jurisprudencia europea sobre la imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales», cit., pp. 234-235, GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «La responsabilidad de la matriz por las infracciones del Derecho de la competencia cometidas por sus filiales», cit., p. 270-271.

³⁵⁷ DÍEZ ESTELLA, F. y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., *Ibid.*, p. 242.

³⁵⁸ Antonio BUENO ARMIJO ha puesto de manifiesto cómo el TJ ha admitido que, bajo determinadas circunstancias, un sistema de responsabilidad objetiva es compatible con el ordenamiento comunitario, incluso cuando se trata de una responsabilidad penal por la infracción de un Reglamento, lo que también se extiende al ámbito del Derecho administrativo sancionador. No obstante, la responsabilidad objetiva, como también aclara BUENO ARMIJO, es la excepción y la responsabilidad culposa la regla (aunque no absoluta). *Vid.* BUENO ARMIJO, A., «El (imperfecto) sistema de garantías del Derecho administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo», cit., pp. 156-160.

tanto, lo único que exige ese artículo es la actuación dolosa o culposa del infractor (la filial). Pero el principio de personalidad opera en una fase posterior y hace referencia a la prohibición de hacer responsable de una infracción dolosa o culposa a un sujeto diferente al que la cometió. Son dos cosas distintas³⁵⁹.

b) Posible justificación de la responsabilidad de la matriz

La justificación de la responsabilidad de las sociedades matrices, tal y como actualmente está configurada en la jurisprudencia del TJ, no puede detenerse en una mera afirmación de la vigencia de unos principios que tradicionalmente han tenido un alcance o contenido diferente. El TJ relaciona el principio de responsabilidad personal con la «empresa» o «unidades económica» pero este precisamente conduce a la responsabilidad de la persona jurídica autora de la infracción³⁶⁰. Por ello, me parece que, si lo que se pretende es validar las sanciones a las sociedades matrices, es necesario ofrecer argumentos que permitan la reconfiguración o la limitación del alcance de estos principios cuando se trata de multas administrativas a empresas; línea argumental directamente tributaria de las primeras reflexiones de este trabajo.

En nuestro ordenamiento jurídico, junto con una aplicación estricta del principio de culpabilidad y del de personalidad de las sanciones, existen una serie de sucedáneos en los que la aplicación de este principio está muy difuminada. Se han expuesto en la primera parte de este trabajo los numerosos casos en los que la jurisprudencia, a veces directamente o aludiendo a fórmulas un tanto «vagas» como la *culpa in vigilando* responsabiliza a la persona jurídica por las conductas de sus trabajadores, lo que también sucede en el ámbito de la Unión Europea³⁶¹. También se mencionaron unas cuantas leyes

Vid. también FUENTETAJA PASTOR, J., «La potestad sancionadora de la Unión Europea: fundamento y alcance», *cit.*, pp. 258-260.

³⁵⁹ De nuevo, es importante traer a colación la postura de Manuel REBOLLO PUIG, que deslinda el principio de responsabilidad personal (ser sancionado por una acción propia) del de culpabilidad en sentido estricto (ser sancionado por una acción propia con culpabilidad). *Vid.* REBOLLO PUIG, M., «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», pp. 847-851.

³⁶⁰ GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «La responsabilidad de la matriz por las infracciones del Derecho de la competencia cometidas por sus filiales», *cit.*, p. 270-271, THOMAS S., «Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law», *cit.*, p. 16.

³⁶¹ Tal y como recogen ODUDU, O. and BAILEY, D., «The single economic entity doctrine in EU Competition Law», *cit.*, pp. 1744-1745, el TJ no exige en ningún caso ningún tipo de posición «especial» o vinculación orgánica de la persona que comete la infracción y la empresa que resulta sancionada. En este sentido, es de especial interés la STJ de 7 de febrero de 2013, *Slovenská sporiteľňa*, C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71, que a raíz de una cuestión prejudicial de un tribunal polaco el TJ interpretó que no es necesario que la conducta haya sido ordenada, autorizada o tolerada por un representante o directivo de la empresa, en el caso en el que la infracción la haya cometido el empleado (apartado 28).

que imponen a los titulares de determinados tipos de licencia la responsabilidad por las conductas del personal a su cargo, o, sin ir más lejos, la responsabilidad solidaria «cuando el cumplimiento de una ley corresponda a varias personas conjuntamente», que actualmente recoge con carácter general el artículo 28.2 de la LRJSP. En todos estos casos y, en definitiva, en la propia responsabilidad de las personas jurídicas (también por las conductas de sus representantes), el principio de personalidad de las sanciones juega un papel algo menor.

Es cierto que el hecho de que estas prácticas existan no puede servir como punto definitivo para justificar que se rompa ese binomio responsabilidad personal-persona jurídica. Se podría decir que las rebajas del principio de personalidad tienen como límite o como «suelo» la imputación a la persona jurídica de una conducta de un miembro de su organización. Pero, si ya hemos admitido esta primera rebaja, me parece posible justificar una segunda: la responsabilidad de una persona jurídica por el comportamiento de otra persona jurídica con la que forma una misma «empresa». Para ello es indispensable ofrecer una serie de razones y argumentos lo suficientemente válidos y convincentes.

En este sentido, alguno de los motivos que en parte legitiman o sustentan la responsabilidad de las empresas por las conductas de sus trabajadores también puede estar presentes en la responsabilidad de la matriz. Así pues, al igual que las empresas se benefician de las conductas de sus trabajadores, también lo hacen las matrices de las de sus filiales, como sucede en los casos de vulneración de la normativa de la competencia³⁶². De hecho, el TGE llegó a afirmar en una sentencia que «ya que las ganancias derivadas de actividades ilegales terminan en los accionistas, solo es justo que aquellos que tienen el poder de supervisión responsan por los negocios ilegales de sus filiales»³⁶³.

Con todo, la responsabilidad sancionadora no se puede apoyar solo en criterios civilísticos. Ya se había hecho alusión a otros argumentos relacionados con el principio de eficacia en el ejercicio de la potestad sancionadora, tales como la facilidad para la Administración de sancionar directamente a la persona jurídica o a un titular de una licencia y la celeridad en el procedimiento que ello conllevaba. Esto, desde luego, que no

³⁶² Emplea este argumento WARDHAUG, B., «Punishing parents for the sins of their child: extending EU competition liability in groups and to subcontractors», cit., pp. 30-34.

³⁶³ STGE de 2 de febrero de 2012, Dow Chemical, T-77/08, ECLI:EU:T:2012:47, párrafo 101. En el recurso frente a esta sentencia el TJ no se pronunció sobre la validez de este motivo para sancionar a la matriz, que como indica el propio Tribunal se había emitido como *obiter dicta* ya que concurrían otros argumentos (el ejercicio de una influencia decisiva) para sancionar a la matriz (STJ de 26 de septiembre de 2013, Dow Chemical, C-179/12P, ECLI:EU:C:2013:605, apartado 62).

concorre en la responsabilidad de la matriz ya que la Administración puede dirigirse única y exclusivamente contra la filial y en este caso ya habrá encontrado un sujeto al que imponer una sanción.

Sin embargo, resulta extremadamente complicado acreditar la participación de una matriz en la conducta de su filial. No se trata tanto de la dificultad de encontrar un sujeto responsable sino más bien de encontrar al verdadero responsable. Aquí entra en juego la presunción del ejercicio de una influencia decisiva. El TJ libera a la Comisión de una prueba que es extremadamente compleja y para la que quizás se necesitasen medios probatorios con los que actualmente (y es lógico que así sea) no cuenta la Comisión Europea (ni tampoco la CNMC en España). Es muy complicado acreditar que la matriz dio órdenes de cometer una infracción o, más aún, que conocía la práctica de sus filiales y no hizo nada por evitarla. Desde luego que esto puede suceder en la práctica y ya se ha mencionado algún caso en el que la propia matriz afirmaba no haber conocido la conducta de su filial hasta prácticamente el inicio del procedimiento de investigación. Sin embargo, la tónica habitual es que las matrices tengan un cierto control sobre lo que sucede en sus filiales, sobre todo cuando se trata de conductas de este tipo que no solo terminan con la imposición de multas millonarias, sino que también desencadenan un importante número de reclamaciones civiles de particulares. Es cierto que el TJ advierte que la influencia de la matriz no tiene que ir referida a la infracción de su filial, ni siquiera a la política comercial de la filial, que es donde presumiblemente se tomarán las decisiones sobre los precios, acuerdos y demás prácticas susceptibles de vulnerar la normativa de competencia. Para sancionar a la matriz se deberán tener en cuenta todos esos «vínculos organizativos, económicos o jurídicos» que unen a ambas sociedades, entre los que se encuentra indudablemente la participación accionarial de la matriz, pero también otras circunstancias (identidad de consejeros o directivos, emisión de informes hacia la filial, control financiero sobre ella, imposición de obligaciones desde la matriz a la filial, centralización de determinadas políticas empresariales, reserva de decisiones «importantes» de la filial, etc.) que hacen que para el TJ matriz y filial formen parte de una misma empresa.

La argumentación es bastante débil porque, como se ha dicho, el hecho de que ambas constituyan una «empresa» no debería alterar, *a priori*, el sistema de imputación de obligaciones y derechos. No obstante, detrás se esconde una evidente relajación de los estándares de prueba, de la suficiencia probatoria de la participación –si quiera muy indirecta– de la matriz en la práctica de su filial, justificada por la necesidad de lograr un

sistema sancionador disuasorio y eficaz en el ámbito del Derecho de la competencia. En este sentido, y creo que esto a veces se omite, hay que tener presente el valor que el TJ ha dado a la presunción de inocencia y a la personalidad de las sanciones. Ya en varias sentencias el TJ ha dicho que «la presunción de una influencia determinante ejercida por una sociedad matriz sobre la filial que es en su totalidad o casi totalidad de su propiedad tiene como principal finalidad **establecer un equilibrio** entre, por una parte, la importancia del objetivo consistente en reprimir las conductas contrarias a las normas sobre la competencia, en particular al artículo 81 CE (actual 101 TFUE), y evitar que estas se repitan y, por otra parte, **las exigencias de determinados principios generales** del Derecho de la Unión como son, en particular, los principios de presunción de inocencia, de personalidad de las penas y de seguridad jurídica, así como el derecho de defensa»³⁶⁴.

Como se puede apreciar, el TJ entiende que la responsabilidad personal y la presunción de inocencia son «principios generales» (y no reglas) por lo que su «optimización» dependerá del valor o el peso que se le quiera dar a otros valores en juego. En este caso, esa ponderación, o «equilibrio» que es la palabra que utiliza el TJ, se hace entre los principios de presunción de inocencia y de personalidad de las sanciones y la necesidad de «reprimir las conductas contrarias a las normas sobre la competencia». Esto significa que estos principios no son absolutos, y, por lo tanto, que son susceptibles de ser «recortados» en función de otros objetivos que también sean dignos de protección³⁶⁵. En consecuencia, la licitud de la presunción del ejercicio de una influencia decisiva deberá medirse en atención a ese justo equilibrio, a esa ponderación de bienes en conflicto. La potenciación de uno (la eficacia disuasoria) no puede significar la desaparición del otro (presunción de inocencia y personalidad de las sanciones).

En cuanto a la personalidad de las sanciones, ya se ha dicho que su papel o su importancia es mucho menor cuando de lo que se trata es de multas administrativas a personas jurídicas, lo impone la propia naturaleza de estos entes. Pero, además, en este caso se trata de una sanción a una sociedad que está íntegramente participada por otra. Es decir, no se trata de imputar una sanción cometida por otra sociedad con la que no se tiene

³⁶⁴ STJ de 18 de julio de 2013, Schindler, C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, apartado 108, STJ de 27 de enero de 2021, Goldman Sachs Group, C-595/18 P, cit., apartado 38

³⁶⁵ Es el mismo razonamiento que el TJ emplea para restringir de forma notoria el derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas. Sobre esta cuestión he dado cuenta, *supra*. apdo. 4.2 del Capítulo I, destacando el trabajo de ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo, en particular, la garantía de no autoincriminación de las empresas en competencia», cit., pp. 112-115.

ningún tipo de relación sino de su sociedad filial. Por otro lado, recuérdese que esta imputación no se traduce en la imposición de una multa autónoma e independiente de la que se impone a la filial, sino tan solo de declarar la responsabilidad solidaria de ambas en el pago de una única multa. La imputación de la matriz tan solo sirve para aumentar el importe de esta multa de la que en cualquier caso iba a terminar resultando afectada, al ser la «dueña» de su filial. Por supuesto que la responsabilidad de la matriz también favorece el cobro de la multa, ya que en este caso existen varios sujetos sobre los que poder ejecutar este cobro. Con estas dos cuestiones (posibilitar un aumento de la multa y garantizar la ejecución de esta) se termina el «papel» de la sociedad matriz³⁶⁶.

En relación con lo anterior, se debe recordar que, según las Directrices para el cálculo de las multas aprobadas por la Comisión Europea a 1 de septiembre de 2006, el importe base de la multa se fija a partir de un porcentaje sobre el volumen de ventas de la empresa en el mercado afectado por la infracción, que normalmente será el correspondiente al Espacio Económico Europeo (salvo que el cártel tenga una dimensión mundial en cuyo caso se toman los datos de facturación a nivel mundial, según dispone el apartado 18 de las Directrices). Es decir, se parte de un dato que por lo general corresponde en exclusiva a la sociedad filial, ya que es ella la que está presente en ese mercado relacionado con la infracción. Sería posible que también la matriz participase en ese mercado y que, por tanto, haya que tener en cuenta su volumen de ventas, pero en este caso me parece muy difícil acreditar que no ha tenido ningún tipo de participación en la infracción. Una vez fijado el volumen de ventas, el importe base de la multa se determina a partir de un porcentaje que se establece en función de la gravedad de la infracción multiplicado por el número de años de infracción. Posteriormente este importe base sufrirá ajustes al alza o a la baja en función de la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes, y, en última instancia, se podrá incrementar la cantidad resultante cuando la empresa tenga un volumen de negocios «particularmente importante más allá de las ventas de bienes y servicios resultantes de la infracción» (apartado 30 de la Comunicación). Solo en los casos en los que se supere la cifra del 10% del volumen de negocios total (teniendo ya en cuenta a la matriz) se rebajará el importe de la multa hasta

³⁶⁶ Cuestión distinta es en el ámbito de la reclamación privada de daños, donde también la matriz puede ser demandada por los daños que ha provocado la conducta infractora de su filial, tal y como reconoció la STJ de 14 de marzo de 2019, Skanska, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204). Sin embargo, esta cuestión queda, a mi parecer, al margen del Derecho administrativo sancionador. Es decir, no me parece un aspecto que haya que valorarse a la hora de determinar lo que significa «sancionar» a la matriz ya que independientemente de este extremo, sería perfectamente posible que una Ley estableciera la responsabilidad solidaria de la matriz por los daños cometidos por sus filiales.

esta cifra. Este límite, además, está pensado para que el importe de la multa no sea desproporcionado y se adecue a las circunstancias económicas del infractor. Esa valoración económica quedará bastante desdibujada si no se tiene en cuenta que forma parte de un grupo más amplio. Como afirma el TJ, el límite del 10% del volumen de negocios «tiene como finalidad evitar que la multa sea excesiva y desproporcionada y que se ajuste a los recursos globales del autor de la infracción»³⁶⁷.

Lo que se pretende principalmente con la sanción a la matriz es nada más y nada menos que ajustar esa multa a la realidad económica de la empresa filial que cometió la infracción. Es meramente una cuestión de adaptar una multa a una realidad económica que supera con creces a la que pueda aparentar una sociedad filial individualmente considerada. En este tipo de infracciones, que generan un beneficio muy directo al grupo, si no se considera la dimensión de este a la hora de imponer una multa, no parece que se pueda lograr algún tipo de capacidad disuasoria. Por otra parte, piénsese que la responsabilidad de las personas jurídicas busca involucrar a los propietarios en la detección y prevención de las infracciones y de los delitos, precisamente porque la sanción indirectamente les afecta a ellos. Por lo tanto, si la sanción alcanza a la sociedad matriz, se introduce un incentivo para que los propietarios del grupo se impliquen en esa detección de los cárteles y adopten las medidas oportunas a nivel de grupo. De esta forma, la responsabilidad de la matriz contribuye a prevenir las infracciones que pudiesen cometer otras sociedades del grupo porque la involucra a ella misma³⁶⁸.

Además, la matriz no es responsable de sanciones como la prohibición de contratar, de recibir subvenciones o de ejercer una determinada actividad (entre otras cosas, porque la Comisión Europea tan solo puede imponer multas). De lo único que es responsable una sociedad matriz es de una multa de forma solidaria con su filial o filiales involucradas en la infracción. En los grupos de empresas, la propia matriz puede distribuir entre otras sociedades el coste de esa multa, o podría inyectarle la liquidez que necesitase una determinada filial para evitar que, por ejemplo, tenga que proceder a un ahorro de costes para poder pagar la multa. Por lo tanto, no tiene tanta importancia, dentro del grupo de empresas, a qué sociedad va dirigida la multa. Su contenido patrimonial la hace menos personal que otro tipo de sanciones, para las que seguramente habría que matizar estas conclusiones.

³⁶⁷ STJ de 26 de noviembre de 2013, Groupe Gascogne, C-58/12 P, cit., apartado 49.

³⁶⁸ *Vid.* WARDHAUG, B., «Punishing parents for the sins of their child: extending EU competition liability in groups and to subcontractors», cit., p. 34.

En definitiva, pretender que el principio de personalidad de las sanciones y la presunción de inocencia jueguen el mismo papel en escenarios tan diversos me parece incorrecto. Es decir, estos principios no deberían tener el mismo peso cuando las realidades jurídicas son bien diferentes: no se trata de imponer otra multa a la matriz, ni tampoco de hacerla responsable solidaria de la multa de una sociedad completamente ajena, ni de sancionarla con sanciones que directamente interfieran en su esfera más personal. Esto conduce a una cuestión muy relevante que refuerza la postura que aquí se viene defendiendo como es la de la diversidad de estándares probatorios.

- c) La aplicación de la doctrina de los estándares probatorios a la responsabilidad de las sociedades matrices

La cuestión de los estándares de la prueba está íntimamente ligada con las limitaciones epistémicas que existen en cualquier proceso judicial o administrativo. Como muchas veces no se puede saber con exactitud lo que verdaderamente sucedió, la sentencia condenatoria o absolutoria dependerá del convencimiento interno del juez, que, a partir del material probatorio expuesto a lo largo del proceso, tendrá que decidir sobre aquello que cree que con mayor probabilidad sucedió. Por ello, se diferencia entre la verdad «material» (aquello que sucedió) y la verdad «procesal» (lo que probablemente— procesalmente— sucedió). A partir de estas premisas, comúnmente aceptadas por la doctrina procesalista, se han hecho propuestas relacionadas con lo que se conoce como la «valoración racional de la prueba» y los «estándares de prueba», cuestión estudiada en profundidad en nuestro país por Jordi FERRER BELTRÁN³⁶⁹.

La idea fundamental de la doctrina de los estándares de la prueba es la de establecer un criterio racional a partir del cual se considere que se ha alcanzado el grado de suficiencia probatoria necesario para declarar o no un hecho probado en el proceso. En ningún caso se puede entender que estos estándares suponen una merma de las garantías de la parte acusada o una vulneración del principio de presunción de inocencia; los estándares de prueba no sustituyen a la carga de la prueba, ni a la necesidad de que existan unas pruebas válidas que acrediten, siquiera por indicios, la existencia de unos hechos determinados. Lo que se pretende con los estándares de la prueba es racionalizar ese

³⁶⁹ Destaca recientemente su monografía, FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021, *in totum*. Para una explicación de la doctrina de los estándares de prueba en el contexto del Derecho administrativo es indispensable la consulta a MEDINA ALCOZ, L., «Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación», *REDA*, n.º 177, 2016, pp. 103-158.

criterio de convicción íntima del juzgador (de muy difícil control por la parte perjudicada) o si se prefiere, regular la duda del juez *a quo*.

La fijación de los estándares dependerá de los intereses en conflicto, y esa valoración de los intereses es una cuestión de «política de Derecho». Es decir, el ordenamiento jurídico tiene que decidir o tiene que atribuir a qué parte le va a perjudicar un posible error (el llamado «falso positivo») sobre la determinación de los hechos que sirven de base a la sentencia o, en nuestro caso, a la resolución administrativa³⁷⁰. En este sentido, es incorrecto afirmar que un estándar de prueba más alto se traduzca en una reducción del número de errores. Un estándar de prueba más alto significará, en el caso de los procedimientos penales o sancionadores, un menor número de «falsos positivos», es decir, un menor número de condenas a inocentes, lo que conduce, por el contrario, a un aumento de los posibles «falsos negativos» (culpables absueltos)³⁷¹. Esto es precisamente lo que justifica que en el ámbito penal se exija un estándar de prueba muy cualificado, también conocido como el estándar de «más allá de toda duda razonable» ya que el coste del error es socialmente muy elevado, al implicar, normalmente, la imposición de una pena de prisión. Sin embargo, cuando las consecuencias del error no son tan dañinas, se plantea si se debe mantener un estándar de prueba tan elevado, por lo que, por ejemplo, para las reclamaciones civiles se aplica el estándar de «probabilidad preponderante». Pero, además, para determinar el estándar de prueba necesario, no solo se debe atender a las consecuencias jurídicas que implica el posible error, sino también a cuestiones tales como la dificultad probatoria, o al desequilibrio que pueda existir entre las partes.

Esto lleva a plantearse si los estándares de prueba exigibles, por ejemplo, para la imposición de una multa penal o administrativa a una persona jurídica deberían ser los mismos que, por ejemplo, para condenar o imponer una pena de prisión a una persona física. O, incluso, lo que puede ser un tanto más arriesgado, si el estándar de prueba para la imposición de sanciones administrativas debe ser el mismo que para la imposición de penas, como ha propuesto algún autor³⁷².

³⁷⁰ FERRER BELTRÁN, J., *Ibid.*, pp. 142-143.

³⁷¹ FERRER BELTRÁN, J., *Ibid.*, pp. 116-122.

³⁷² En este sentido, *vid.* LETELIER WARTENBERG, R., «El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas», *Revista de Derecho*, Vol. 31, n.º 1, 2018, pp. 209-229. En contra, HUERGO LORA, A., «La prueba en los procedimientos sancionadores (con especial atención a los de defensa de la competencia): Estándar probatorio y carga de la prueba del dolo o la negligencia», en LÓPEZ RAYGADA, P.S., (dir.), *Anuario Iberoamericano sobre Derecho de la Competencia y del Consumo*, vol.1, Fondo Editorial, Lima, Perú, 2023, pp. 1-12. En este caso, HUERGO LORA argumenta que las diferencias de

Otra de las características más importantes de esta construcción es el denominado carácter progresivo del estándar de prueba. Es decir, los estándares probatorios tienen que ir progresivamente en aumento a medida que el proceso avanza, en tanto que el material probatorio irá también en aumento. Por ejemplo, para la autorización de un registro en un

estándares de prueba no pueden descansar en la gravedad de la sanción porque habrá supuestos en los que medidas no sancionadoras pueden ser más graves que las propias sanciones administrativas y para este caso no se plantea elevar el estándar probatorio. Además, como la justificación de la sanción está precisamente en la existencia de la infracción, es necesario que el estándar probatorio sea el del Derecho penal (*beyond reasonable doubt*), para tener la absoluta certeza que esa sanción verdaderamente existe. También se muestra contrario a esta relajación de los estándares, GÓMEZ TOMILLO, M., «Principios constitucionales nucleares del derecho penal y matices característicos del Derecho administrativo sancionado», *Revisa de Derecho Aplicado LLM UC*, n.º 6, pp. 1-38, p. 26. En mi opinión, creo que la doctrina del TC de una forma u otra impone esa equiparación de los estándares cuando se trata de delitos e infracciones, no en otros casos, como han puesto de relieve CIERCO SEIRA, C., y VALENTÍN PAVEL, E., «La vinculación de la Administración sancionadora a la apreciación penal de los hechos», *RAP*, n.º 218, 2022, pp. 63-100, pp. pp. 72-7. En este sentido, existe una consolidada doctrina del TC que afirma sin ambages que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los mismos órganos del Estado». Para el TC, esta postura deriva, por un lado, del principio de seguridad jurídica y de cosa juzgada pero también del derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25 de la CE en su vertiente de prohibición de *non bis in idem* (STC 77/1983, de 3 de octubre, STC 21/2011, de 14 de marzo, entre otras). Además, ya el propio artículo 77.4 de la LPAC establece que «en los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien». Por lo tanto, si una persona resulta absuelta al no haberse probado con la suficiencia necesaria («más allá de toda duda razonable) los hechos delictivos o su participación en los mismos, de ninguna manera podrá ser responsable de una infracción administrativa con base a esos mismos hechos. En alguna ocasión, esta doctrina se ha aplicado incluso con medidas cuya naturaleza sancionadora es más que cuestionable. Me refiero a la posibilidad de imponer un recargo de prestaciones por vulneración de la normativa de prevención de riesgos laborales cuando la empresa ha resultado absuelta en el procedimiento sancionador previo, lo que expresamente ha prohibido el TC en la STC 21/2011, de 14 de marzo en base a esta doctrina. Sobre la difícil compatibilidad de la doctrina de los estándares probatorios y la jurisprudencia del TC advierte, aunque en tono crítico, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, M.^a, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 49-51. Esta doctrina, por cierto, también está presente en la jurisprudencia del TEDH, tal y como se desprende de la STEDH de 27 de septiembre de 2017, Stavropoulos c. Grecia. En este asunto, se condena a Grecia por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia del Sr. Stavropoulos en un caso en el que se le revocó la concesión de una vivienda social (ya que se exigía no tener ninguna vivienda en propiedad, extremo sobre el cual el Sr. Stavropoulos mintió) a pesar de que resultó absuelto en el proceso penal subsiguiente al no haberse probado que el ánimo defraudatorio. El TEDH obliga a Grecia tratar como inocente en cualquier orden jurisdiccional al Sr. Stavropoulos por lo que considera que la revocación en vía administrativa de la vivienda social había sido contraria al citado derecho a la presunción de inocencia. Se muestra crítico con esta sentencia, FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, cit., pp. 158-159. Sin embargo, fuera de los casos en los que se produce un concurso de normas administrativas y penales, sí me parece que algo de esto hay (relajación de los estándares de prueba) en cuestiones tales como la presunción de veracidad de las actas en el procedimiento administrativo sancionador, las cuales pueden constituir, al contrario que (por regla general) en el Derecho penal, prueba de cargo suficiente para la imposición de una sanción administrativa, tal y como señala y justifica con argumentos muy convincentes, CANO CAMPOS, T., *Presunciones y valoración legal de la prueba en el derecho administrativo sancionador*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 174-191. En esta relajación de los estándares de la prueba no solo me parece que se tenga en cuenta la (menor) gravedad de las sanciones administrativas sino también, en estos casos, la limitación de la Administración a la hora de utilizar determinados medios de prueba (sobre todo, aquellos que son más incisivos con la intimidad personal y la inviolabilidad del domicilio). Sobre esta última cuestión, *vid.* HUERGO LORA, A., «Diferenciación de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas», cit., pp. 35-39.

domicilio no se debe exigir el mismo estándar probatorio que para la imposición definitiva de una pena o una sanción administrativa, razonamiento que también se podría aplicar a la prisión provisional u a otro tipo de medidas cautelares³⁷³.

Esta doctrina que se acaba de exponer creo que puede ser trasladable, con las correcciones oportunas que a continuación expondré, a la valoración jurídica sobre la presunción del ejercicio de una influencia decisiva. En primer lugar, la presunción no se refiere en ningún caso a la existencia de la infracción. Para que esta opere es necesario que primero se haya acreditado la comisión de una infracción en materia de Derecho de la competencia y que esa infracción haya sido cometida por una sociedad íntegramente participada por la sociedad matriz. En nada incide la presunción del ejercicio de una influencia decisiva en los dos extremos a mi juicio más relevantes: la prueba de la infracción y la de la participación del autor. Es decir, en este caso no son trasladables algunas de las dudas que se han planteado sobre la relajación de los estándares de prueba de las infracciones administrativas respecto de las penales. La intervención de la presunción se produce en un momento posterior, tan solo para hacer responsable solidario a otro sujeto y para adaptar una multa a la auténtica realidad económica del infractor.

Como consecuencia de lo anterior, me parece que, en definitiva, la traslación de los principios del Derecho penal, pensados en su origen para la imposición de penas privativas de libertad a personas individuales, no puede hacerse de forma automática y apresurada. Pretender que la Comisión Europea o cualquier otra Autoridad Nacional de Competencia tenga que demostrar la involucración directa de la matriz en la conducta de su filial cuando esta forma parte de su mismo grupo me parece excesivo; además de descuidar de forma innecesaria otros intereses que también son importantes, como es la aplicación efectiva del Derecho de la competencia³⁷⁴.

En este sentido, el Derecho de la competencia tiene unas peculiaridades muy importantes que muchas veces no se tienen en cuenta a la hora de valorar el ejercicio de

³⁷³ FERRÁN BELTRÁN, J., *Ibid.*, pp. 102.

³⁷⁴ Este interés en la aplicación efectiva del Derecho de la competencia no significa un mero interés en sancionar. La potestad sancionadora desde luego que constituye un arma poderosa en manos de la Administración en la lucha contra los acuerdos restrictivos de la competencia. Pero de esa lucha cabe recordar que salimos la gran mayoría beneficiados. El Derecho de la competencia precisamente trata de proteger a los consumidores y terceros involucrados en el mercado, es decir, protege a la gran mayoría de personas, de ahí que tenga, como ha advertido Soriano García, una «dimensión social». Por eso creo que estos intereses son dignos de apreciación y no han de confundirse con unos meros intereses propios de la Administración (y no de los ciudadanos). *Vid.* SORIANO GARCÍA, E., *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 51-53.

la potestad sancionadora en este ámbito³⁷⁵. La dificultad creciente en la detección de los cárteles, cada vez más complejos y sofisticados, provoca que exista un importante número de presunciones que flexibilizan las exigencias de prueba en los procedimientos sancionadores correspondientes. Por ejemplo, no es necesario probar los efectos restrictivos de la competencia de un comportamiento cuando se trata de una infracción «por objeto»; en estos casos se presume dichos efectos anticompetitivos. Tampoco es necesario acreditar la participación de una empresa en todas y cada una de las reuniones de los cartelistas para imputarle la comisión de una infracción única y continuada, o que quien participa en la reunión de un cártel va a contribuir a su implementación³⁷⁶. En definitiva, la presunción de ejercicio de una influencia decisiva no deja de ser una presunción más entre las múltiples que existen en el Derecho sancionador de la competencia.

La literatura económica ha cuestionado abiertamente el carácter disuasorio de las multas de la Comisión Europea. La falta de sanciones a los directivos³⁷⁷ o el hecho de

³⁷⁵ Vid. COSTAS COMESAÑA, J., «Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia», en GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, cit., pp. 217-229, pp. 217-222. El autor defiende que las especialidades del Derecho sancionador de la competencia obligan a alejar a este de los postulados clásicos del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador, en lo que se refiere al principio de personalidad de las penas y sanciones. También algo de esto hay en las opiniones de SORIANO GARCÍA cuando se refería al tratamiento «especialmente lenitivo de los principios inspiradores del orden punitivo penal» (aunque referido más bien al principio de tipicidad por el carácter abierto de los tipos infractores, vid. SORIANO GARCÍA, E., *Derecho público de la competencia*, cit., pp. 359-360). Sin embargo, no creo que solo por el mero hecho de que se refiera a una conducta contraria a la competencia se deban rebajar esos estándares, hay que tener en cuenta otros factores tales como la naturaleza de la sanción a imponer (sanción o pena, sobre todo cuando esta es de prisión) y los sujetos a los que se dirige la sanción (si se trata de una multa a una persona jurídica o a una persona física, ya que también cabe la posibilidad, no en el ámbito europeo pero sí en los ordenamientos nacionales, de sancionar a los representantes de la persona jurídica por la comisión de una infracción de competencia). Además, creo que no es correcto meter en el mismo saco al Derecho penal y al Derecho administrativo sancionador. De hecho, me parece más sencillo justificar las relajaciones de los citados principios como una manifestación más de lo que comúnmente sucede en el Derecho administrativo sancionador. De ahí que en este trabajo se haya dicho que el ejercicio de una presunción de influencia no tendría que ser considerada como una *rara avis* en el Derecho administrativo sancionador.

³⁷⁶ Describe todas estas presunciones, LAMADRID DE PABLO, A. y BALCELLS CARTAGENA, A., «La prueba de los cárteles en el Derecho español», en BENEYTO PÉREZ, J.M., MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (dirs.), *La lucha contra los Cárteles en España*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 419-483, pp. 426-427. También, vid. FERNÁNDEZ VICIÉN, C., y PICÓN, A., «Carga de la prueba, presunciones y restricciones por objeto en el Derecho de la competencia de la Unión Europea», *REDE*, n.º 73-74, 2020, pp. 65-90, pp. 74-90 y RITTER, C., «Presumptions in EU competition law», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 6, Issue 2, 2018, pp. 189-212.

³⁷⁷ Vid. WHELAN, P., «Reforming the European Commission's Enforcement of Cartel Law: The case for individual administrative sanctions», cit., pp. 1-13. En otra contribución posterior el mismo autor señala que una solución para poder avanzar hacia una mayor capacidad disuasoria de las sanciones de competencia sería la de introducir la responsabilidad penal de las personas físicas, incluyendo penas de prisión. Si no se da el caso, el propio autor entiende que no queda más remedio que optar por multas muy elevadas a las empresas, vid. WHELAN, P., «Antitrust criminalization as a legitimate deterrent», IN TÓHT, T. (ed.), *The Cambridge Handbook of Competition Law*, cit., pp. 101-116, p. 103.

que sanciones como la prohibición de contratar dependan de la voluntad de los Estados miembros³⁷⁸ resta eficacia a la normativa de competencia. A su vez, no parece que pese al elevado importe de las multas se consiga disuadir lo suficiente a las empresas de la comisión de infracciones de competencia. Si se elevan los estándares de prueba en relación con las sanciones a las sociedades matrices, esta escasa capacidad disuasoria quedaría aún más resentida, porque en muchos casos será extremadamente complicado probar una participación en la infracción. Además, si se pretendiera imputar a las matrices se tendría que invertir mucho más tiempo en la recolección de pruebas, alargando el tiempo de duración de los procedimientos (la media está en 5.5 años en los procedimientos finalizados entre 2017 y 2019)³⁷⁹ y en consecuencia reduciendo el índice de detección de los cárteles³⁸⁰.

En definitiva, creo que la potestad sancionadora no puede construirse teniendo presente tan solo los intereses de los infractores y dejando de lado las también posiciones legítimas de las personas afectadas por la infracción (empresas competidoras y consumidores que sufren el aumento del precio de un producto). El castigo a un infractor y, por tanto, la aplicación efectiva de la normativa en concreto (en este caso, de la Competencia) beneficia a la inmensa mayoría de la sociedad. Por ello, es importante buscar un equilibrio adecuado entre ambas posturas sin necesidad de desequilibrar la

³⁷⁸ En principio, la prohibición de contratar recogida en el artículo 71.1 b) de la LCSP referida a las sanciones firmes en materia de competencia también sería aplicable a los supuestos en los que la sanción sea impuesta por la Comisión Europea. Sin embargo, la doctrina advierte que en este caso tiene que ser el propio ministro de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, el que tiene que determinar el alcance y duración de la prohibición de contratar ya que en este caso no puede la CNMC determinar este aspecto en la resolución sancionadora ya que la sanción la impone la Comisión Europea, que evidentemente nada dirá al respecto. En mi opinión, creo que esto provoca cierta distorsión en la aplicación del Derecho de la competencia en tanto que la comunicación que puede existir entre la CNMC y el ministerio de Hacienda y Función Pública no es la misma que con la Comisión Europea. La Comisión Europea no remite a cada autoridad competente la resolución sancionadora a los efectos de imponer una posible prohibición de contratar. Además, la Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24) no obliga a los poderes adjudicadores a la imposición de una prohibición de contratar por falseamiento de la competencia (tan solo lo faculta), como por otra parte sí hace la LCSP, por lo que la sanción queda a la entera voluntad de los EM que no siempre estarán dispuestos a adoptar esta decisión. Sobre la imposición en España de prohibiciones de contratar por sanciones de la Comisión Europea, *vid.* GUILLÉN CARAMÉS, J., «Las prohibiciones de contratar por infracciones del Derecho de la competencia: ¿son o no verdaderas sanciones? La necesaria reconsideración de su naturaleza jurídica», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, cit., pp. 341-398, pp. 354-355.

³⁷⁹ *Vid.* VELJANOVSKI, C., «The effectiveness of European Antitrust Fines», in TÓHT, T. (ed.), *The Cambridge Handbook of Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 54-86, p. 76.

³⁸⁰ Téngase en cuenta además que el índice de detección de una infracción es una de las variables que se emplea para calcular la capacidad disuasoria de una multa. Se entiende que cuanto menor es la capacidad de detección de una infracción, mayor debería ser la multa para ser lo suficientemente disuasoria. *Vid.* VELJANOVSKI, C., «The effectiveness of European Antitrust Fines», cit., p. 65.

balanza en exceso hacia un lado. La presencia de personas jurídicas, que a su vez forman parte de grandes conglomerados mercantiles, la imposición de multas, las dificultades propias de la detección de las infracciones de Derecho de la competencia, y la importancia de este sector en el funcionamiento de la economía son factores que hay que poner a un lado de la balanza.

Esto no supone en absoluto dar una «carta blanca» a las instituciones europeas. En primer lugar, el TJ debería ser más exigente a la hora de controlar la aplicación de la presunción por parte de la Comisión y, sobre todo, dejar bien claro cuándo se considera que una empresa no ejerce una influencia decisiva sobre otra; aunque probablemente esto debería ser tarea del legislador comunitario. Un camino intermedio o una solución menos agresiva sería excluir la responsabilidad de la matriz cuando esta solo ejerza un mero control financiero, o en aquellos casos en los que la filial ejerza una actividad muy particular dentro del grupo (alejada de la actividad principal) y en un ámbito geográfico muy concreto o también, si se quiere, cuando la matriz incite a sus filiales a competir entre ellas y no tenga la más mínima intervención en su actividad³⁸¹. En estos casos, la matriz podría únicamente ser responsable civil de los daños derivados de la conducta anticompetitiva y también, de forma subsidiaria, de la multa impuesta a su filial, ahora ya sí calculada en función de su propio volumen de negocios individual³⁸². Pero, en definitiva, me parece que la presunción del ejercicio de una influencia decisiva es una solución adecuada y compatible con los principios de personalidad de las sanciones y de presunción de inocencia, siempre que estos tengan una importancia más matizada en el ámbito en el que nos estamos moviendo, tal y como se ha defendido³⁸³. Otras soluciones son desde luego admisibles. Por ejemplo, la responsabilidad de la matriz por no haber impedido las infracciones de su filial³⁸⁴ o la falta de responsabilidad de la sociedad matriz cuando haya introducido un verdadero programa de *compliance* a nivel de grupo; pero eso ya es cuestión de política legislativa.

³⁸¹ Recojo esta propuesta de GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «La responsabilidad de la matriz por las infracciones del Derecho de la competencia cometidas por sus filiales», cit., pp. 284-287.

³⁸² Esta propuesta pondría en cuestión esa idea asentada en la jurisprudencia del TJ de que el responsable civil y administrativo de la vulneración de la norma de competencia es siempre el mismo sujeto, esto es, la empresa (con todo lo que ello implica. No obstante, nada impediría, creo, una interpretación diferente del alcance del término en función del campo de aplicación de este, como en alguna ocasión ya ha sucedido; aunque no parece que se vaya a producir.

³⁸³ También defiende esta compatibilidad, KERSTING, C., «Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern», cit., pp. 12-13.

³⁸⁴ Lo propone, KALINTRI A., «Revising Parental Liability in EU Competition Law», cit., pp. 16-19.

3.3. La responsabilidad de la matriz en los supuestos en los que no opera la presunción de ejercicio de una influencia decisiva

Otra de las cuestiones controvertidas de la aplicación del concepto de empresa para la sanción a las matrices es la relativa a aquellos supuestos en los que no se dan las condiciones para aplicar la presunción del ejercicio de una influencia decisiva. Fuera de los casos en los que concurre una titularidad íntegra de las acciones de la filial, la mera participación, incluso cuando es muy elevada (por ejemplo, un 80%), no constituye prueba suficiente del ejercicio de una influencia decisiva. Ello obliga a la Comisión Europea a aportar más pruebas si quiere sancionar a la matriz. La existencia de una participación elevada es importante, ya que la primera condición para poder determinar el comportamiento de una filial es, precisamente, estar en condiciones de hacerlo. Lo que la Comisión tendrá que probar es que ese control se ejerce, teniendo en cuenta todos los vínculos económicos, organizativos y jurídicos entre la matriz y la filial. Por lo tanto, hay que dejar claro que el hecho de que la filial no pertenezca íntegramente a la matriz no significa ni que esta no pueda ser sancionada, ni tampoco que solo lo pueda ser cuando se pruebe que interviene directamente en la conducta de su filial. La matriz responderá, en virtud del concepto de empresa, siempre y cuando su filial no sea autónoma en el mercado, y es precisamente sobre esta circunstancia sobre la que la Comisión tendrá que aportar pruebas concluyentes que pongan de relieve la falta de autonomía de la filial.

Esta elevación del estándar de prueba se puede apreciar en alguna sentencia de los tribunales europeos. Destaca la STGE de 6 de marzo de 2012, FLSmidth, T-65/06, ECLI:EU:T:2012:103, en la que, a efectos de responsabilizar a la sociedad matriz, se imponen dos estándares de prueba: uno para el periodo de la infracción en el que esta tan solo es titular del 60% de las acciones de su filial (de diciembre de 1990 a diciembre de 1991) y el otro para el periodo de la infracción en el cual la matriz ya era la accionista única (de diciembre de 1991 hasta el fin de la comisión de la infracción). En lo que respecta al primer periodo, el TGE anuló la sanción a la sociedad matriz al considerar que la Comisión no había conseguido probar el ejercicio de una influencia decisiva sobre la filial. La Comisión había aportado como única prueba la presencia de un consejero de la sociedad matriz en el consejo de administración de la sociedad filial. Sin embargo, esta persona era totalmente ajena a las conductas de la filial, su involucración en el día a día de la sociedad era prácticamente mínima y el cargo de consejero delegado (persona más próxima al día a día de la sociedad) se ejercía por una persona nombrada por la otra

empresa titular del 40% restante de las acciones. Es decir, la Comisión Europea no había acreditado que, efectivamente, la matriz ejercía algún tipo de influencia en las políticas de su filial (apartado 39 y 40). Sin embargo, para el periodo en el que la matriz es accionista única de su filial, con las mismas pruebas (la participación de un consejero) se considera probado el ejercicio de una influencia decisiva ya que en ese caso sí operaba la presunción³⁸⁵.

Más allá de esta cuestión, creo que se pueden diferenciar dos escenarios en las que la matriz no controla íntegramente el capital de su filial. En primer lugar, habrá casos en los que exista una sociedad dominante con una participación muy elevada y el resto del capital se encuentre atomizado entre accionistas minoritarios con muy poco interés en la gestión de la sociedad. Por el contrario, existen situaciones en las que el capital se encuentra repartido, a veces a partes iguales, o con porcentajes muy próximos entre dos sociedades que tienen un interés muy directo en la filial. A raíz de lo que se conoce como *joint venture*, o empresas en participación, se ha generado también una jurisprudencia muy interesante a la hora de valorar las sanciones a la matriz.

a) Socio mayoritario en situaciones de capital atomizado

En este primer grupo de casos, aunque no puede operar la presunción, será relativamente sencillo acreditar si la filial es autónoma en el mercado o, por el contrario, si la matriz ejerce una influencia decisiva. La Comisión Europea tendrá que analizar la composición de los órganos de gestión y dirección de la filial, para ver si existen solapamientos, determinar quién decide las cuestiones esenciales de la política empresarial de la filial, si se necesita el consentimiento de la matriz para determinadas operaciones, etc. Pero, como digo, parece difícil que en situaciones en las que no existe

³⁸⁵ Mencionan esta sentencia, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., LIÑÁN HERNÁNDEZ, P., «Crítica a la jurisprudencia europea sobre la imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales», cit., p. 244 (nota al pie n.º 29). Los autores entienden que en este caso se trata de una aplicación «caprichosa» de la presunción ya que para ellos «es evidente que con el 60% también se está en condiciones de controlar la conducta de su filial en la misma medida- prácticamente- que si se tiene el 100%). Sin embargo, creo que el hecho de que en estos casos no se aplique la presunción es porque normalmente van referidos a *joint ventures*, o sociedades en las que el otro socio es una empresa que, como en seguida se verá, también puede tener importantes facultades con respecto al funcionamiento de la sociedad filial, como de hecho era el caso. Por lo tanto, sancionar solo a una de las empresas matrices parece injusto por lo que se exige probar qué matriz ha ejercido o determinado el comportamiento de la filial. Una cuestión diferente es que exista un socio muy mayoritario y el resto de las participaciones estén repartidas entre muchos accionistas (meros inversores o incluso personas físicas que heredan unas acciones o participaciones a las que no le prestan especial atención, supuesto nada infrecuente). En estos casos se podría aceptar la crítica, pero en la práctica será muy sencillo determinar que la matriz ejerce una influencia decisiva sobre su filial ya que es el único socio que realmente puede incidir en su comportamiento.

otro socio con un peso relativamente importante en la sociedad se pueda considerar que la filial opera de manera autónoma en el mercado. Lo que a lo sumo podría ser criticable en estos casos es que no opere la presunción porque la matriz tiene prácticamente la misma capacidad de control que cuando es la accionista única de la sociedad³⁸⁶.

Sin embargo, el hecho de que la parte «sobrante» del capital se encuentre repartido entre muchos accionistas puede ser una circunstancia para tener en cuenta a la hora de valorar si se ha probado de forma suficiente el ejercicio de una influencia decisiva. En estas situaciones, la importancia probatoria que se le debe dar, por ejemplo, al hecho de que personal de la matriz esté en los órganos de dirección de la filial tiene que ser mucho mayor que en los supuestos en los que el capital se distribuya entre dos socios «fuertes». Como se apreció a raíz de la STGE de 6 de marzo de 2012, FLSmidth, T-65/06, es posible que la sociedad no esté en condiciones de imponer su voluntad respecto al otro socio (pueden existir pactos internos sobre la forma del ejercicio del poder sobre la filial, o sobre su forma de gestión) y, por tanto, no parece suficiente el mero solapamiento de algún puesto anecdótico. Por lo tanto, si bien teóricamente se eleva el estándar de suficiencia probatoria para la Comisión, no me parece que en la práctica tenga dificultades para acreditar el ejercicio de una influencia decisiva de la matriz, teniendo en cuenta además la amplitud con la que se ha interpretado este concepto.

b) El caso particular de las *joint ventures*

Una situación completamente diferente es la de las *joint ventures*, acuerdos de colaboración entre dos empresas para desarrollar una determinada actividad o proyecto y que cristalizan, normalmente, en la creación de una sociedad (*joint venture corporation*) en la que el capital se divide a partes iguales entre esas empresas (o con proporciones bastante equilibradas entre ellas, como pudiera ser un 60-40). Estas sociedades se caracterizan por ser sociedades «muy cerradas», con una fuerte participación de las sociedades matrices en la gestión de la actividad que estas desarrollan³⁸⁷. Precisamente por esta circunstancia, resulta sencillo responsabilizar a las sociedades matrices por las infracciones que pueda cometer la sociedad *joint venture*.

El primer problema respecto a la extensión de la responsabilidad fue el hecho de que esta estructura societaria obliga a sancionar no a una sino a dos matrices por el

³⁸⁶ Lo advierten, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., LIÑÁN HERNÁNDEZ, P., *Ibid.*, p. 244

³⁸⁷ *Vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, cit., p. 650.

comportamiento de una filial. Esto se le planteó al TJ en la STJ de 26 de septiembre de 2013, Dow Chemical, C-179/12 P, ECLI:EU:C:2013:605, zanjando la cuestión de la siguiente manera: «cuando dos sociedades matrices que tienen una participación del 50% en la *joint venture* que cometió una infracción de la normativa de Derecho de la competencia, a los meros efectos de establecer la responsabilidad por la participación en la infracción de esa norma y solo en la medida en que la Comisión haya demostrado, a partir de pruebas fácticas, que ambas sociedades ejercieron efectivamente una influencia decisiva sobre la *joint venture*, se puede considerar que esas tres sociedades forman una unidad económica y por lo tanto una única empresa a los efectos del artículo 81 del TE» (apartado 37). La solución que ofrece el TJ en este tipo de casos me parece, teniendo en cuenta el criterio que rige la responsabilidad de las sociedades matrices, correcta y adecuada a la realidad de las *joint ventures*.

En estos supuestos, normalmente las dos sociedades matrices (entre las que no existe ningún tipo de vínculo) ejercen la influencia decisiva sobre la *joint venture* ya que precisamente las dos quieren influir en el comportamiento económico de la filial. Como el equilibrio accionarial no les permite imponer de forma unilateral su voluntad, están obligadas a ponerse de acuerdo en determinadas cuestiones y pactar mecanismos que eviten el «bloqueo» de la sociedad; en resumidas cuentas, se coordinan para ejercer de forma conjunta la influencia decisiva. De hecho, en estos casos la doctrina suele hablar de grupos por «coordinación» frente al concepto más tradicional de grupos por subordinación³⁸⁸. En este contexto son muy relevantes los contratos previos a la constitución de la *joint venture*, que se firman entre las empresas que participan en la *joint venture* y que regulan el funcionamiento y organización de esa sociedad. La propia Comisión Europea se sirve de estos contratos para analizar si entre la filial y sus matrices existe una única empresa a los efectos del Derecho de la competencia y, por tanto, poder extender las responsabilidades infractoras.

Otro de los elementos que examina la Comisión europea es quién ejerce la dirección de las *joint ventures*. Por ejemplo, crear un órgano supervisor integrado por miembros de ambas matrices es un indicio claro de que la filial no actúa de forma autónoma, más si cabe cuando los miembros de ese órgano trabajan también en las matrices. También es importante conocer sobre qué asuntos las sociedades deciden reservarse la competencia para la toma de las decisiones, o lo someten al examen de ese órgano supervisor

³⁸⁸ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Ibid.*, p. 649.

intermedio. Lo lógico es que estas decisiones de «calado» o estratégicas se tomen de común acuerdo entre ambas matrices (que incluso podrían ser hasta competidoras) y por tanto que la Comisión esté facultada para extender la responsabilidad sancionadora hacia ellas, al constituir las tres una sola empresa³⁸⁹.

Incluso en los casos en los que no existe una asimetría en la participación es posible sancionar a ambas matrices. Lo importante no es el peso accionarial que cada matriz tenga, sino que ambas ejerzan de forma conjunta una influencia decisiva sobre la *joint venture*, de ahí la importancia de ese reparto del poder, de los derechos de veto, y del contrato en el que ambas partes suelen fijar estas cuestiones. Esto no significa que cualquier socio que tenga la posibilidad de nombrar, por ejemplo, a una persona en el órgano de dirección de una sociedad pueda verse sorprendido por una sanción de competencia³⁹⁰. La responsabilidad se fundamenta en el ejercicio de una influencia decisiva y, el primer requisito para ello es tener la capacidad para ejercer tal influencia, lo que normalmente no sucede con los socios minoritarios. Sin embargo, si se configura el contrato de *joint venture* de forma tal que la sociedad con una participación más baja tenga facultades similares a la sociedad con la participación mayoritaria, es decir, si se reequilibran los poderes por la vía contractual o se refuerza la posición del minoritario de forma tal que esté en condiciones de ejercer una influencia decisiva, entonces también puede ser responsable solidario de la sanción.

Esto fue lo que sucedió en la STJ de 18 de enero de 2017, Toshiba, C-623/15P, ECLI:EU:C:2017:21 en la que se confirmó la sanción de la Comisión Europea a una sociedad (Toshiba) que tan solo era titular del 35% del capital social de la *joint venture* y que, por tanto, no tenía mayoría en el consejo de administración. En principio, en estos casos la matriz minoritaria no puede ejercer una influencia decisiva ya que la otra matriz está en una posición accionarial que le permite adoptar prácticamente cualquier acuerdo

³⁸⁹ Se puede apreciar cómo la Comisión examina el contrato entre las dos matrices en lo que se refiere a las *joint venture* mediante una lectura de la STGE de 2 de febrero de 2012, Dow Chemical, T- 77/08, ECLI:ECLI:EU:T:2012:47, o incluso en la propia Resolución de la Comisión Europea (Case COMP/38629 – Chloroprene Rubber), especialmente los apartados 420 a 439, en los que la Comisión pone de relieve que la existencia de un comité con representantes de personas de la matriz y de la filial, si bien no se involucraba en el día a día de la *joint venture*, tomaba las decisiones estratégicas más importantes. Además, en el caso en concreto el citado comité había tomado la decisión de cerrar una planta que estaba directamente involucrada en el cártel por lo que era evidente que las matrices conocían de su existencia.

³⁹⁰ De hecho, la propia LSC contempla en el artículo 243 el «sistema de representación proporcional» que trata de favorecer la presencia de algún representante de los socios minoritarios en el consejo de administración de las sociedades anónimas. Dice así: «en la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción».

sin necesidad de contar con la otra sociedad. Sin embargo, en este caso se había pactado un derecho de veto del socio minoritario sobre determinadas materias (en la Resolución de la Comisión Europea se pone como ejemplo el reparto de dividendos, emisión de nuevas acciones, venta de negocios, fusiones, inversiones a largo plazo). Además, también era necesario una concurrencia de voluntades entre ambas sociedades para adoptar el plan de negocio, por lo que, en definitiva, la Comisión entendió que la *joint venture* no fijaba sus objetivos financieros y comerciales, sino que lo hacían las dos matrices, a pesar del desequilibrio que existía en su participación accionarial³⁹¹.

Otro ejemplo similar se puede encontrar en el conocido como cártel de los plátanos (Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2008, COMP/39188, Bananas). En este caso, la Comisión Europea sanciona a una *joint venture* formada por Fresh del Monte, titular del 80% del capital social (Fresh del Monte) y una serie de empresas de titularidad de la misma persona, que tenía por objeto participar en el mercado de distribución de los plátanos. La peculiaridad de este caso es que la *joint venture* adoptó la forma de sociedad comanditaria alemana en la que el socio comanditario (Fresh del Monte), está excluido de la gestión ordinaria y del día a día de la sociedad por lo que difícilmente podía ejercer una influencia decisiva sobre la *joint venture*, pese a su elevada participación. Sin embargo, de nuevo por la vía contractual se había «equilibrado» la posición del socio comanditario³⁹² al otorgarle derechos de veto sobre un importante número de asuntos relacionados con el funcionamiento de la sociedad (compraventa de inmuebles y participaciones en otras empresas, inversiones a partir de un determinado valor, emisión de garantías, política de remuneraciones), con el presupuesto anual, los planes de inversión y la dotación del personal³⁹³. Por todo ello, resultaba evidente que Fresh del Monte ejercía una influencia decisiva sobre la conducta de la filial, pese a que en teoría no ostentaba una posición en la *joint venture* que se lo permitiese. De ahí que el contenido del contrato de socios sea fundamental a la hora de examinar la responsabilidad de los miembros de las *joint ventures*, sobre todo en los casos en los que existe un desequilibrio

³⁹¹ Se puede apreciar estas circunstancias en los apartados 928 a 936 de la Resolución de la Comisión Europea, AT. 39437- TV and computer monitor tubes, de 5 de diciembre de 2012.

³⁹² De hecho el propio TGE en la sentencia que desestima el recurso afirma que «el acuerdo de asociación refleja, según la exposición utilizada por la propia demandante en sus escritos, un «equilibrio de poderes» entre socios colectivos y socio comanditario» (STGE de 14 de marzo de 2013, Fresh del Monte, T-587/08, ECLI:EU:T:2013:129, apartado 118).

³⁹³ STGE de 14 de marzo de 2013, Fresh del Monte, cit., apartado 99 y 100. Confirmada posteriormente en casación mediante la STJ de 24 de junio de 2015, Fresh del Monte, C-293/13P, ECLI:EU:C:2015:416).

en la participación o en los que las facultades de uno de los socios son limitadas debido a la legislación societaria.

Por lo tanto, la forma de evitar la responsabilidad de las sociedades integrantes de las *joint ventures* es dotarlas de mucha autonomía, lo que parece incompatible con la finalidad de la figura. Si es razonable la responsabilidad de la sociedad matriz por las conductas de sus filiales íntegramente participadas, también lo es en aquellos casos en los que diversas empresas canalizan un determinado proyecto o actividad a través de una sociedad en participación. De nuevo, es importante tener en cuenta que la responsabilidad de la sociedad matriz sirve para adaptar la sanción a la realidad económica de esa empresa y, además, garantizar la presencia de otras entidades, normalmente más solventes, que faciliten la ejecución de la multa. En las *joint venture* existen dos realidades empresariales bien diferenciadas y a mí me parece lógico que la Administración, en el ejercicio de sus potestades sancionadoras, no tenga que estar sujeta a meros formalismos que ocultan una realidad económica mucho más amplia.

Ya, por último, se puede dar un escenario ciertamente controvertido si la Comisión Europea, ante el impago de la multa, decide ejecutar la sanción íntegramente contra una de las matrices de la *joint venture*. A l respecto, hay que dejar claro que en este ámbito existe una jurisprudencia ya consolidada del TJ que dispensa a la Comisión Europea de determinar en la resolución sancionadora las cuotas de solidaridad que corresponderían a cada sociedad³⁹⁴. Es más, según se desprende de alguna sentencia del TJ, la Comisión no está ni siquiera habilitada para realizar tal cálculo, que queda reservado para eventuales reclamaciones en el ámbito civil³⁹⁵. Por lo tanto, es aconsejable que en el acuerdo de socios se establezcan cláusulas sobre el reparto del pago de una eventual multa por competencia para evitar futuras disputas sobre esta cuestión.

3.4. La discrecionalidad de la Comisión Europea a la hora de sancionar a las sociedades que integran la «empresa»

La falta de una regulación más detallada del concepto de «empresa» ha provocado que, en alguna ocasión, se haya planteado contra qué sociedad dentro del grupo se debía

³⁹⁴ STJ de 10 de abril de 2014, Siemens Österreich, C-231/11 P, ECLI:EU:C: 2014: 256, apartado 66, STJ de 10 de abril de 2014, STJ de 10 de abril de 2014, Areva, C-247/11 P, cit., apartado 122, y STJ de 25 de noviembre de 2020, GEA Group, C-823/18 P, ECLI:EU:C:2020:955, apartado 60.

³⁹⁵ Así, en la STJ de 25 de noviembre, GEA Group, C-823/18 P, cit., se afirma que «cuando decide ejercer esta potestad sancionadora, la Comisión no puede determinar libremente la relación externa de solidaridad y, en particular, la cuantía de la multa cuyo pago íntegro puede exigir a cada uno de los codeudores solidarios (apartado 60).

incoar el procedimiento administrativo sancionador. En principio, el TJ reconoce que la autora de la infracción y, por tanto, la responsable de la sanción es la empresa, pero las limitaciones del concepto obligan a designar alguna persona jurídica en concreto que forme parte de esa empresa. En principio, en los supuestos en los que la infracción la cometen las filiales, lo lógico es incoar el procedimiento sancionador contra ellas y, en los casos en los que se aprecie la existencia de una unidad económica con su matriz, también contra esta última. Sin embargo, según la jurisprudencia del TJ, la Comisión Europea no está obligada a imputar la responsabilidad de la sociedad filial a la sociedad matriz, sino que esto es una «mera facultad» que tiene la Comisión Europea³⁹⁶. Por ello, esta no estaría ni siquiera obligada a comprobar si se cumplen las condiciones para atribuir la responsabilidad a la matriz.

Así formulada, esta jurisprudencia pone en entredicho el principio de legalidad en materia sancionadora. Ya no se trata de que el TJ haya avalado la sanción contra la sociedad matriz sin una base legal clara y acudiendo al término «empresa», sino que deja en manos de la Comisión Europea la extensión de dicho concepto en cada caso. Como se ha dicho, la imputación de la sociedad matriz genera un incremento elevado en la cuantía de la multa por lo que conceder a la Comisión Europea un margen de apreciación tan amplio vulneraría el principio de predeterminación de las sanciones administrativas.

a) Manifestación de la discrecionalidad de la Comisión Europea en los procedimientos sancionadores de competencia

El ejemplo anterior no constituye la única manifestación de discrecionalidad en manos de la Comisión Europea. En ocasiones, esta discrecionalidad está relacionada directamente con el papel de la Comisión a la hora de definir la política de competencia de la Unión³⁹⁷. Como la Comisión cuenta con unos recursos limitados, las exigencias de una aplicación eficaz de la normativa de competencia obligan a seleccionar, a la hora de ejercer sus potestades, aquellas áreas donde exista un mayor interés para la Comisión. Por ello la Comisión no está obligada a priorizar un orden de entrada de las denuncias presentadas a la hora de incoar un procedimiento sancionador, puede elegir los sectores sobre los que ejerce sus potestades de investigación de forma más intensa, e, incluso,

³⁹⁶STJ de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P (asuntos acumulados), ECLI:EU:C:2009:576, apartados 81 y 82, STJ de 11 de julio de 2013, Team Relocations, C-444/11 P, ECLI:EU:C:2013:656, apartados 152, 153 y 154).

³⁹⁷ Vid. BAÑO LEÓN, J. M.^a, «La evolución del Derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho público», cit., p. 300.

puede archivar una denuncia por «inexistencia de un interés suficiente de la Unión para proseguir el examen del asunto», incluso aunque efectivamente exista una infracción³⁹⁸. También muy relacionado con la economización de los recursos está la posibilidad de la terminación convencional de los procedimientos administrativos sancionadores. Esta facultad, que solo está prevista para las infracciones por abuso de posición de dominio, permite sustituir el acto administrativo sancionador de la Comisión por un convenio entre la Comisión y las partes involucradas en el que se acuerdan una serie de «compromisos» a implementar por la empresa infractora³⁹⁹. Por supuesto, y así lo exige cualquier Estado de Derecho, todas estas decisiones son susceptibles de control judicial, aunque se trate de un control limitado sobre la suficiencia de la motivación de la Comisión y sobre la correcta apreciación de los hechos en los que basa su decisión.

Este control limitado por parte de los tribunales europeos también se puede apreciar cuando la Comisión Europea tiene que aplicar conceptos jurídicos indeterminados. En el ámbito del Derecho de la Competencia, muchas veces la Comisión Europea tiene que emplear conceptos de naturaleza económica o realizar análisis prospectivos (por ejemplo, los efectos de una concentración para un determinado mercado)⁴⁰⁰. En el Derecho sancionador, se puede apreciar este fenómeno, por ejemplo, a la hora de analizar el mercado afectado por la infracción⁴⁰¹. En estos casos, los tribunales de la Unión

³⁹⁸ Existe una jurisprudencia europea muy consolidada sobre esta cuestión. Baste citar, entre otras, STGE de 2 de febrero de 2022, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo*, ECLI:EU:T:2022:44, apartado 46, STGE de 16 de mayo de 2017, *Agria Polska*, T-480/15, ECLI:EU:T:2017:339, apartado 34 y 35, STGE de 15 de diciembre de 2010, *CEAHR*, T-427/08, ECLI:EU:T:2010:517, apartado 26, STJ de 4 de marzo de 1999, *Ufex*, C-119/97 P, ECLI:EU:C:1999:116, apartado 88. La discrecionalidad de la Comisión Europea en la incoación del procedimiento administrativo sancionador ya fue en su día tratada por HUERGO LORA, A., «La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos», *RAP*, n.º 137, 1995, pp. 189-238, pp. 222-238.

³⁹⁹ Se encuentra expresamente recogida en el artículo 9 del Reglamento 1/2003. *Vid.* BAÑO LEÓN, J. M.^a, «Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia», en GULLÉN CARAMÉS, J., (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, cit., pp. 255-267, OLMEDO PERALTA, E., «La discrecionalidad de la Comisión Europea y las ANCs en la tramitación de expedientes de defensa de la competencia: incoación, negociación de compromisos y control de sus decisiones», en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., TORRES PÉREZ, F.J., (dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y la propiedad industrial II*, Comares, Granada, 2019, pp. 105-126. Esta práctica se está extendiendo, sin una cobertura legal aparente, a otro tipo de infracciones, como pueden ser las relacionadas con el control de concentraciones o las infracciones formales, mediante lo que se conoce como «procedimiento de cooperación» y que presenta muchas similitudes con la terminación convencional. *Vid.* OLMEDO PERALTA, E., «El nuevo procedimiento de cooperación ante infracciones de la normativa europea de defensa de la competencia: *el instrumento cooperativo que cierra el círculo*», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GULLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, cit., pp. 517-555.

⁴⁰⁰ Lo explica de forma detallada, BAÑO LEÓN, J. M.^a, «La evolución del Derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho público», cit., pp. 297-302.

⁴⁰¹ Es importante apuntar que en la jurisprudencia del TJ no está presente la clásica distinción a efectos de control entre potestad discrecional y margen de apreciación en el «halo» de un concepto jurídico

reconocen a la Comisión una pericia económica y por tanto ejercen un *self restraint* de tal manera que su control se basa únicamente en determinar si se ha incurrido en un «manifiesto error de apreciación»⁴⁰².

- b) Rechazo a la discrecionalidad de la Comisión Europea para seleccionar los sujetos que forman parte de la «empresa»

La determinación de los sujetos responsables de una infracción de competencia no tiene ningún vínculo con la determinación de la política de competencia, que es lo que de una forma u otra justifica esa concesión de discrecionalidad a la Comisión Europea. No debería aceptarse que la Comisión pueda decidir, una vez iniciado el procedimiento sancionador, sobre qué sujetos ejerce su potestad sancionadora, sobre todo cuando esto incide directamente en la cuantificación de la multa. No se trata de «seleccionar» entre diversas empresas, sino entre sociedades que forman una misma empresa sobre la que ya se ha probado su participación en el cártel. Pero lo más problemático es la dificultad del control judicial del no ejercicio de esa potestad sancionadora. El TJ ha dicho, en esencia, que en el ejercicio de esa discrecionalidad la Comisión Europea está sometida a «los principios generales del Derecho de la Unión y los derechos fundamentales garantizados en la Unión Europea, incluyendo el principio de igualdad de trato»⁴⁰³ que es tanto como obligar a la Comisión a aplicar los mismos criterios en cada asunto. Es decir, si la Comisión en un procedimiento concreto decide no sancionar a una matriz, deberá,

indeterminado (*vid.* la clásica exposición de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 500-512. No obstante, también hay quién ha defendido superar esa tradicional distinción. Sin ánimo de exhaustividad, *vid.* BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 107-192). Esta falta de distinción se puede ver en CRAIG, P., *Eu Administrative Law*, Oxford, University Press, Oxford, 2018, pp. 433-434., que reconoce tres escenarios en los que la Comisión Europea cuenta con *discretion*. Primero, cuando una determinada norma europea faculta a la Comisión a ejercer su potestad o no. Es lo que sucede con la priorización de denuncias o el rechazo a iniciar un determinado procedimiento sancionador. Segundo, cuando la Comisión Europea tiene que realizar análisis de contenido económico o social, lo que también sucede en el ámbito del Derecho de la competencia, por ejemplo, a la hora de valorar los efectos de una concentración. Tercer y último, cuando la norma comunitaria impone una actuación a la Comisión, pero le deja un margen de apreciación muy amplio sobre cómo debe realizar dicha actuación. Para una exposición detallada de la cuestión, *vid.* también FRITZSCHE, A., «Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European Law», *Common Market Law Review*, n.º 47, 2010, 361-403, pp. 362-381.

⁴⁰² Sobre esta cuestión, *vid.* IBAÑEZ COLOMO, P., «Law, Policy, Expertise: Hallmarks of Effective Judicial Review in Eu Competition Law», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 23, 2023, pp. 1-26, LAGUNA DE PAZ, J.C., «Understanding the limits of judicial review in European competition law», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, n.º 1, pp. 203-224, 215-218. Sobre los límites del control de los tribunales europeos de forma más genérica, *vid.* TÜRK, A., *Judicial Review in EU Law*, Elgar European Law, Cheltenham, 2009, pp. 145-150.

⁴⁰³ STJ de 11 de julio de 2013, Team Relocations, C-444/11 P, cit., apartado 161.

siempre y cuando concurren las mismas circunstancias que motivan esta decisión, exonerar de responsabilidad al resto de matrices.

Más allá de esto, ni el TJ –es una potestad discrecional de la Comisión Europea– ni la propia Comisión han indicado bajo qué circunstancias no se procedería a la incoación de un procedimiento sancionador contra la matriz (asumiendo que se dan las circunstancias para que se pueda sancionar a esta última). La explicación es bien sencilla: los casos en los que la Comisión Europea decidió no sancionar a la matriz última de una filial presentaban unas características muy excepcionales y, además, se podrían haber solucionado sin necesidad de reconocerle potestades tan amplias a la Comisión. Sería extraño que la Comisión rechazase ejercer sus potestades contra la matriz cuando precisamente su política ha ido en la dirección contraria. Lo que no obsta que en algún momento pueda cambiar.

El primer supuesto se dio en el «cartel de los bancos austriacos». Uno de los bancos que había participado en la infracción, Giro Credit, perteneció a dos grupos societarios diferentes durante los más de tres años que duró el cartel (desde el 1 de enero de 1995 hasta el 24 de julio de 1998). El accionista mayoritario de Giro Credit (50,06% de las acciones) era una sociedad del grupo BA (Bank Austria). Sin embargo, en mayo de 1997, Erste Bank absorbe a GiroCredit convirtiéndose en su sucesora universal y continuando la conducta infractora hasta su finalización. A la hora de incoar el procedimiento administrativo sancionador, la Comisión Europea tan solo sancionó a Erste Bank como sucesora universal de GiroCredit por el importe total de la multa, sin considerar que, durante el periodo anterior a la absorción, GiroCredit estaba controlada por una sociedad matriz que, en principio, podría ejercer una influencia decisiva sobre ella. En su recurso ante el TGE y, posteriormente, ante el TJ, Erste Bank solicitaba que se declarase responsable solidario a Bank Austria por el importe de la multa correspondiente al periodo infractor en el que esta era el accionista mayoritario de GiroCredit. Sin embargo, el TJ despacha la cuestión con la ya aludida doctrina sobre la discrecionalidad de la Comisión sobre los sujetos responsables de la sanción. Para el TJ, la Comisión «puede optar entre sancionar a la filial que participó en la infracción o a la sociedad matriz que la controlaba durante el periodo a que se refiere la Decisión controvertida», añadiendo, además, que

esta «no está obligada a verificar prioritariamente si se cumplían los requisitos para imputar la infracción a la sociedad matriz que cometió la infracción que se trata»⁴⁰⁴.

Estas afirmaciones tan concluyentes no eran en absoluto necesarias para resolver este caso. De la lectura de la Decisión de la Comisión⁴⁰⁵ se desprende que se descartó la sanción a la matriz por considerar que no se había acreditado la existencia de una unidad económica. Según la Comisión Europea, la cantidad de documentos que constaban en el expediente acreditaban que GiroCredit actuaba de forma autónoma en el mercado, o, mejor dicho, no se podría demostrar que su matriz (que, recordemos, solo poseía el 50% de las acciones) ejercía una influencia decisiva sobre ella. Erste (sociedad que resultó sancionada) alegó que la Comisión había valorado incorrectamente este punto ya que personal de la matriz ejercía cargos de dirección en GiroCredit por lo que a su parecer se cumplían los requisitos para poder apreciar la existencia de una unidad económica. Tanto el TPI⁴⁰⁶, como el TJ⁴⁰⁷, rechazan esta alegación sin entrar ni siquiera a valorar si efectivamente se cumplían los requisitos para apreciar la existencia de una unidad económica. Para ambos, la Comisión no está ni siquiera obligada a comprobar si se cumplen los requisitos para sancionar a la matriz; es una cuestión que queda a la entera discreción de la Comisión Europea.

En mi opinión, la respuesta de ambos tribunales roza la incongruencia omisiva y, además, esconde una forma de control de la discrecionalidad administrativa muy diferente de la que en otras ocasiones realizan los tribunales europeos. Basta una lectura de la jurisprudencia sobre el control del no inicio del procedimiento sancionador para darse cuenta⁴⁰⁸. El TJ reconoce esta discrecionalidad, en los casos en los que se produce

⁴⁰⁴ STJ de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank, C-125/07 P, cit., apartados 81 y 82. Piénsese en lo perjudicial de la jurisprudencia para la sociedad sancionada. Si la Comisión hubiera sancionado también al grupo BA de forma solidaria por el importe correspondiente al periodo de infracción en el que GiroCredit estaba bajo su dominio, Erste Bank vería reducida la cuantía de la multa que tendría que pagar. Es cierto que, al ser la responsabilidad solidaria, no se establece un orden de prelación en el pago de la multa y en caso de impago la Comisión podría ejecutar la sanción contra la entidad que considerase. Sin embargo, en el supuesto de que Erste Bank abonase el importe íntegro de la multa, probablemente su hipotética acción de regreso tendría muchas probabilidades de éxito al haber declarado el TJ la responsabilidad solidaria del grupo BA por un importe de la multa determinado.

⁴⁰⁵ Decisión de la Comisión de 11 de junio de 2002, Case COMP/36.571/D-1, Austrian Banks-Lombard Club.

⁴⁰⁶ STPI de 14 de diciembre de 2006, Raiffeisen Zentralbank, T-259/02aT-264/02yT-271/02, ECLI:EU:T:2006:396, apartados 335 y 336.

⁴⁰⁷ STJ de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank, C-125/07 P, cit.

⁴⁰⁸ Por ejemplo, en la STGE de 15 de diciembre de 2010, CEAHR, T-427/08, ECLI:EU:T:2010:517, la Comisión decidió archivar una denuncia porque la infracción no presentaba «interés comunitario por el impacto limitado de los posibles efectos de las presuntas infracciones en el funcionamiento del mercado común, por la complejidad de la investigación necesaria, y por la probabilidad limitada de obtener pruebas

modificaciones y sucesiones de empresa a lo largo del periodo infractor, para evitar «cuellos de botella» en las investigaciones de la Comisión ya que, según el Tribunal, se «harían mucho más gravosas, por la necesidad de comprobar, en cada supuesto de sucesión en el control de una empresa, en qué medida las actuaciones de esta pueden imputarse a la sociedad matriz anterior». Si bien este argumento es razonable, en el caso en concreto la Comisión no justificó la no imputación de la sociedad matriz (ni tampoco en vía de recurso) por esta cuestión, sino por considerar que con las pruebas existentes no se podía apreciar la existencia de una unidad económica. Por ello entiendo que el TJ ha ofrecido ese argumento «a mayores», sin que en ningún caso se limite la discrecionalidad de la Comisión al supuesto de complicaciones procedimentales.

En vista de lo anterior, creo que el control tan laxo que hace el TJ desvirtúa el concepto de potestad discrecional. El término «discrecional» debe ir asociado a un control de los tribunales en el ejercicio de potestades de tal naturaleza, un control diferente, pero, en definitiva, control. Una de esas técnicas de control del ejercicio de las potestades discrecionales es la de la «existencia de los hechos determinantes», tal y como puso de relieve ya hace más de sesenta años GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁰⁹; técnica perfectamente asentada en la jurisprudencia tanto española como comunitaria⁴¹⁰. Sin embargo, si la Comisión puede seleccionar los sujetos a los que sanciona, y, además, no tiene la necesidad de motivarlo, ni tampoco demostrar que efectivamente existían complicaciones procedimentales a la hora de recabar pruebas que fundamentasen la responsabilidad de otras matrices, entonces, como digo, se desvirtúa dicho concepto.

En principio, los problemas procedimentales a los que alude el TJ solo se podrían dar en los casos en los que existieran múltiples matrices dueñas de la filial infractora a lo largo de la infracción. Esto no sucedería, sin embargo, en los supuestos en los que la filial se mantuviera integrada en el mismo grupo durante todo ese tiempo. Pese a ello, en teoría

de las infracciones». Sin embargo, el TGE anula el archivo de la denuncia porque la Comisión no había aportado pruebas concluyentes de la veracidad de estas afirmaciones. Entre otras cosas, en lo que se refiere al impacto limitado, el TGE le reprocha a la Comisión que no haya aportado datos o estimaciones de la dimensión de los mercados. Además, a la hora de valorar el mercado afectado por la infracción la Comisión cometió un error, según se desprende de la propia sentencia, a la hora de definir dicho mercado. El TGE hace un análisis exhaustivo de la motivación de la Comisión, pero recuerda que no pretende sustituir su margen de apreciación, sino comprobar que la Decisión controvertida «no está viciada de ningún error de Derecho, ni tampoco en ningún error manifiesto de apreciación, ni de desviación de poder».

⁴⁰⁹ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *RAP*, n.º 38, 1962, pp. 159-208, pp. 170-171.

⁴¹⁰ Ya se ha mencionado la STGE de 15 de diciembre de 2010, CEAHR, T-427/08, ECLI:EU:T:2010:517 en lo que se refiere a los límites del control de la Comisión Europea.

la Comisión seguiría habilitada para dejar de sancionar a la matriz porque (i) ni está obligada a comprobar si entre ella y sus filiales existe una unidad económica (ii) ni aun existiendo, está obligada a sancionar a la matriz. Esto generaría (y precisamente por ello hasta el momento no se ha dado ningún caso) que la Comisión pudiera decidir, en un caso en concreto, que la multa a la «empresa» fuese inferior a la que le correspondería. De la imputación a la matriz depende el cálculo del límite del volumen de negocios mundial que limita la cuantía de las multas que la Comisión puede imponer. Por lo tanto, darle esta facultad a la Comisión casa mal con los principios de legalidad y seguridad jurídica y, sobre todo, con la configuración del control de las sanciones administrativas en el contencioso comunitario. En este ámbito, el TJ tiene una «competencia jurisdiccional plena» sobre la sanción administrativa (también sobre las multas coercitivas), pudiendo incluso «suprimir, reducir o aumentar la multa sancionadora» (artículo 31 del Reglamento 1/2003)⁴¹¹. En consecuencia, no se entiende la exclusión del control de un elemento que afecta directamente a la sanción administrativa y, en determinadas situaciones, a su cuantificación.

c) Admisión de algunas excepciones

A pesar de lo que se acaba de exponer, creo que es razonable que en determinadas situaciones la Comisión Europea cuente con cierta discrecionalidad a la hora de incoar los procedimientos sancionadores, siempre y cuando sea susceptible de un adecuado control jurisdiccional. Por ejemplo, no creo que haya que obligar a la Comisión a incoar el procedimiento contra todas las filiales que hayan podido implementar una infracción impuesta por la matriz. Esto tan solo impondría mayores cargas procedimentales a la Comisión Europea ya que estaría obligada a notificar a cada una de las filiales el pliego de cargos y a darles, por consiguiente, el correspondiente derecho a presentar sus alegaciones (aunque probablemente serían reiterativas)⁴¹², sin que ello se traduzca en un

⁴¹¹ *Vid.* al respecto, LAGUNA de PAZ, J.C., «Understanding the limits of judicial review in European competition law». cit., pp. 218-223.

⁴¹² La jurisprudencia del TJ obliga a notificar a cualquier sociedad a la que se le quiera imponer una multa, vinculándolo como es lógico al derecho de defensa. Esta obligación también se aplica en el contexto de grupos de empresas por lo que, aunque teóricamente el responsable es la empresa, la Comisión tiene que notificar individualmente el pliego de cargos a todas las personas jurídicas a las que quiera sancionar, sin que sea suficiente la notificación a una entidad del grupo. Así lo ha establecido la STJ de 2 de octubre de 2003, Arbed, C-176/99 P, ECLI:EU:C:2003:524, apartados 20 y 21. Sobre esta cuestión, *vid.* ARAUJO BOYD, M., «Sujetos responsables y procedimiento sancionador», cit., pp. 237-239. Sin embargo, en España, el TS ha entendido que la falta de notificación del pliego de cargos a la sociedad matriz no supone la nulidad de la resolución sancionadora, siempre y cuando la filial haya tenido la oportunidad de alegar en el curso

aumento de la cuantía de la multa. De hecho, en estos supuestos la práctica de la Comisión Europea es la de sancionar única y exclusivamente a la matriz⁴¹³.

También puede tener sentido cierta discrecionalidad para seleccionar los destinatarios de la infracción en los supuestos de filiales con matrices interpuestas. Ya hemos dicho que en estos casos el TJ permite a la Comisión Europea sancionar a la matriz y a las sociedades intermedias hasta llegar a la filial que ha cometido la infracción⁴¹⁴. En los grupos de sociedades en los que se desarrollan actividades económicas de diversa índole puede existir una sociedad matriz intermedia que se encargue de la coordinación de esa actividad entre todas las filiales que específicamente se dedican a ella. También puede suceder que exista una cadena de sociedades matrices hasta llegar hasta la cúspide del grupo que carezcan de actividad económica y cuya creación haya obedecido a cuestiones ajenas a la gestión empresarial, como puede ser la planificación fiscal. De nuevo, pretender sancionar a todas las sociedades carece de sentido porque la cuantía de la multa seguiría siendo la misma y no creo que se generen mayores efectos disuasorios. Por lo tanto, me parece que en estos casos lo procedente sería declarar responsables solidarias de la infracción a la sociedad filial que ha cometido la infracción, a la matriz intermedia encargada de la coordinación o la dirección a nivel de grupo de la actividad

del procedimiento administrativo que entre ellas no se cumplían los requisitos para entender que ambas formaban parte de la misma «unidad económica», añadiendo el TS que «no resulta verosímil que no fuera perfectamente conocedora de la incoación y desarrollo de un procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas contra su filial; en consecuencia, de haberlo entendido conveniente para sus intereses podía haberse personado en el procedimiento o, en todo caso, haber participado en las decisiones adoptadas por su filial a lo largo del procedimiento sancionador». (STS de 27 de noviembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4465).

⁴¹³ Fue lo que sucedió, por ejemplo, en el famoso «cártel de los camiones» y que originó la importante Sentencia «Sumal» (STJ de 6 de octubre de 2021, Sumal, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800). En este caso, la Comisión Europea solo sancionó a las matrices que habían pactado los precios sin declarar también responsables solidarios de la multa a las filiales distribuidoras que habían vendido los camiones y que por tanto también habían participado en la infracción (Decisión de la CE 19 de julio de 2019, AT.39824, Trucks). Esto supuso que un juzgado español elevase una cuestión prejudicial al TJ para que determinase si mediante una acción *follow on* se podía condenar a una filial no sancionada pero perteneciente a la matriz infractora a pagar la indemnización derivada del cártel; cuestión que el TJ resolvió en sentido positivo indicando precisamente la discrecionalidad que tiene la Comisión a la hora de elegir los destinatarios de la sanción. Por ello, el hecho de que no se sancione a una filial no significa que esta no pertenezca a la «empresa». Precisamente alguna doctrina que ha comentado esta sentencia ha entendido que la Comisión carece de razones para sancionar a todas las filiales del grupo, o, mejor dicho, para hacerles responsables solidarios de una única multa junto con su filial. *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Cártel de camiones: estimación judicial de la cuantía del daño y legitimación de la filial nacional del grupo sancionado», *Almacén del Derecho* (blog), <https://almacenederecho.org/cartel-de-camiones-estimacion-judicial-de-la-cuantia-del-dano-y-legitimacion-pasiva-de-la-filial-nacional-del-grupo-sancionado> (consultado el 24/04/2023), y también PASTOR MARTÍNEZ, E., «Legitimación pasiva», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTORELL ZULUETA, P., (dirs.), *Daños y competencia. Revisión de cuestiones pendientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 105-134, p. 211.

⁴¹⁴ STJ de 20 de enero de 2011, General Química, C-90/09 P, cit., apartados 87 a 89.

económica en la que se originó la infracción y a la sociedad matriz última⁴¹⁵. Ya, por último, también puede ser admisible cierta discrecionalidad cuando la Comisión constate que la filial del grupo está domiciliada en países poco propensos a colaborar con la Comisión Europea a la hora de investigar los posibles vínculos entre la matriz y la filial (sobre todo cuando la matriz trate de desvirtuar la presunción o cuando no se den las circunstancias para su aplicación, obligando a la Comisión a recabar más pruebas) o, incluso, para la ejecución de la multa⁴¹⁶. En estos casos, puede parecer razonable que la Comisión sancione solo a la matriz intermedia o en los casos en los que no exista, exclusivamente a la filial.

Fuera de estos supuestos, no creo que la Comisión Europea deba de contar con ningún tipo de discrecionalidad. Para ello, es necesario que el control del TJ sea, al menos, equiparable al del resto de supuestos en los que la Comisión ejerce potestades discrecionales. De nuevo, me parece importante insistir en la necesidad de abordar una regulación mucho más detallada y precisa del término «empresa», sobre todo en su vertiente de sujeto infractor de las normas de competencia.

3.5. La responsabilidad de las matrices que no son sociedades mercantiles

La doctrina de la «empresa» se ha construido a partir de supuestos en los que la matriz última del grupo era una sociedad mercantil de tal forma que su imputación era relativamente sencilla y práctica. Ahora estudiaremos tres escenarios que alteran un poco las conclusiones hasta aquí expuestas: la posibilidad de extender la doctrina de la empresa para sancionar a personas físicas, a personas jurídicas no societarias y a administraciones públicas.

⁴¹⁵ De nuevo, parece que es esta la práctica de la Comisión Europea, tal y como se aprecia en la STJ de 27 de enero de 2021, *Goldman Sachs Group, C-595/18 P*, cit., en la que se sanciona a la matriz última del grupo Goldman Sachs, a la matriz italiana Prysmian y a su filial Prysmian Cavi e Sistemi, que juntas formaban el grupo Prysmian, operador mundial en el sector de los cables de energía. La Comisión prescinde de la sanción a los fondos interpuestos entre el grupo Prysmian y la matriz última de Goldman Sachs.

⁴¹⁶ Además de la importante red de colaboración e intercambio de información que existe entre las autoridades administrativas encargadas de aplicar el Derecho de la competencia en los países de la Unión Europea a través de lo que se conoce como *European Competition Network* (ECN), impulsada recientemente con la aprobación de la llamada Directiva ECN+ (nombre que ya da cuenta de sus intenciones), la Comisión Europea ha firmado acuerdos bilaterales con muchos países para el intercambio de información y la colaboración y asistencia en las investigaciones. El contenido y la extensión de los acuerdos es muy variada, en algunos casos son meras declaraciones de intenciones (como sucede con el acuerdo con China) mientras que en otros se detalla mucho más la forma de articular esta colaboración (como en el acuerdo con Estados Unidos). Una lista completa de los acuerdos y su contenido se puede encontrar en la propia web de la Comisión: https://competition-policy.ec.europa.eu/bilateral-relations_en

a) Personas físicas

La jurisprudencia del TJ ha dicho en muchas ocasiones que el concepto de empresa no atiende a formalidades y que la empresa puede estar constituida por una o varias personas físicas o jurídicas. Por lo tanto, la cuestión es determinar si mediante la doctrina de la empresa se puede sancionar ya no a la persona jurídica-matriz última de un grupo de sociedades, sino a las personas físicas que estén detrás.

Por el momento, no existe una respuesta clara y contundente sobre este tema, aunque el TJ en una ocasión indirectamente se lo planteó. No obstante, el tema principal era, de nuevo, si la Comisión gozaba de discrecionalidad para seleccionar los sujetos integrantes de la empresa a la hora de incoar el procedimiento sancionador. Se trata de la STJ de 11 de julio de 2013, Team Relocations, C-444/11 P, ECLI:EU:C:2013:656. En este caso, el accionista único de la sociedad infractora era una persona física que se involucraba permanentemente en la gestión de sus filiales. Antes del cese de la infracción, esta persona vendió todas sus acciones a una sociedad que terminó resultando responsable solidaria de la multa impuesta a la filial que había comprado⁴¹⁷. Una de las alegaciones de la matriz fue la falta de sanción a la persona que ejercía el dominio de la filial, pero el TJ zanjó la cuestión recordando que el margen de discreción con el que cuenta la Comisión «implica que puede dirigir la sanción solo contra las actuales matrices de la empresa en cuestión y no contra los anteriores dueños del grupo».

Sin embargo, el problema en este caso a mi parecer era que el anterior dueño del grupo no era una sociedad, sino una persona física, lo que condujo a la Comisión Europea a no incoar el procedimiento sancionador contra él. Las sanciones en el ámbito del Derecho de la competencia están pensadas para las empresas; su elevado importe, la forma del cálculo de la sanción y el hecho de que siempre se sanciona a una sociedad matriz lo pone perfectamente de relieve.

De hecho, en la propia Directiva ECN+ dirigida a garantizar una aplicación más eficiente del Derecho sancionador de la competencia se dispone que «los Estados miembros velarán por que, a **efectos de imponer multas a sociedades matrices** y a sucesores legales y económicos de empresas, se aplique el concepto de empresa» por lo

⁴¹⁷ La nueva matriz solo fue responsable de una parte proporcional del importe de la multa, esto es, la parte correspondiente a los años en los que fue la propietaria de la infractora, excluyendo el periodo anterior. Por lo tanto, el resultado es el siguiente: la filial responde de la totalidad del importe de una multa, y la matriz de forma solidaria junto con la filial por una parte de ese importe.

que las propias instituciones europeas entienden, como es lógico, que la doctrina de la empresa en ningún caso va a afectar a los socios personas físicas de las matrices.

Finalmente, el principio de proporcionalidad impediría en prácticamente todos los casos hacer responsable solidario a una persona física de las multas cometidas por las sociedades filiales en las que esté directamente involucrado. Como digo, el sistema sancionador está diseñado para personas jurídicas y precisamente lo que se reclama es una modificación del Reglamento 1/2003 para que la Comisión Europea también pueda sancionar a las personas físicas responsables directas de las infracciones para lograr una mayor eficacia disuasoria⁴¹⁸.

b) Personas jurídicas no societarias

Descartada la posibilidad de sancionar a los socios personas físicas, cabe plantearse si es necesario que la matriz tenga la forma jurídica de sociedad mercantil, o, al menos, si la persona jurídica tiene que ser una «empresa» (esto es, desarrollar una actividad económica en el mercado). Este asunto se planteó a raíz del «cartel de las mudanzas internacionales» donde la matriz de una de las infractoras era una fundación. Pese a ello, la Comisión Europea no dudó en declararla responsable solidaria de la infracción de su filial. En primera instancia, el TGE entendió que una fundación no puede ser declarada responsable en tanto que en ella misma no concurría la condición de «empresa» por lo que anula, en este apartado, la Decisión de la Comisión Europea⁴¹⁹.

Sin embargo, el TJ revocó la decisión del TGE porque entendía que era irrelevante que la «entidad de cabecera» del grupo adoptase la forma de fundación⁴²⁰. Lo que se tiene que valorar no es la circunstancia de cada sociedad sino el conjunto formado por ambas, solución que parece desde luego la más correcta y la que mejor se adapta a la realidad de los grupos de empresas donde en ocasiones la matriz que ejerce las funciones de *holding* no necesariamente reviste la forma de sociedad⁴²¹. Precisamente este fue uno de los

⁴¹⁸ WHELAN, P., «Reforming the European Commission's Enforcement of Cartel Law: The case for individual administrative sanctions», cit., pp. 1-13

⁴¹⁹ STGE de 16 de junio de 2011, Gosselin Group, T-208/08 y T-209/08, ECLI:EU:T:2011:287.

⁴²⁰ STJ de 13 julio de 2013, Gosselin Group, C-429/11 P, cit.

⁴²¹ En un ámbito completamente ajeno al sancionador como es el Derecho concursal se ha modificado la DA1º de la actual Ley Concursal (RDL 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal), mediante la disposición final 11 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre para aclarar que el concepto de grupo que utiliza la Ley concursal es el del artículo 42 del Código de comercio (que solo contempla la posibilidad de una sociedad-matriz, ya que se refiere a la consolidación contable), **aunque el control sobre las sociedades lo ostente una persona natural o una persona jurídica que no sea sociedad mercantil**. Precisión que vino a recoger el criterio previamente asentado por el TS en la STS

argumentos que expuso el AG en sus conclusiones para defender la posibilidad de sancionar a cualquier tipo de persona jurídicas⁴²².

- c) Administraciones públicas que ejercen una influencia decisiva sobre la «empresa»

Las sociedades mercantiles públicas⁴²³, y, en general, cualquier ente del sector público que realice una actividad económica, también están sujetos a la normativa de competencia. Esta se aplica a las «empresas» independientemente de su forma de financiación y de su pertenencia a una Administración pública por lo que siempre que actúen como una «empresa» en el sentido del Derecho de la competencia, podrán ser sujeto responsable de las infracciones recogidas en los artículos 101 y 102 del TFUE⁴²⁴.

Irremediabilmente, las acciones de estas sociedades mercantiles públicas están en manos de alguna Administración pública o el ente que ejerce dichas actividades económicas estará adscrito también a una Administración pública. La cuestión que se nos viene inmediatamente a la cabeza es si también en estos casos se puede aplicar la doctrina de la empresa para declarar responsable solidario de la multa impuesta a la sociedad mercantil a esa Administración pública «matriz» cuando ejerza una influencia decisiva sobre su comportamiento. Se parte de la premisa estudiada en el apartado anterior: la matriz no tiene que reunir la condición de «empresa» (en el sentido de realizar por sí misma una actividad económica) para ser responsable solidaria de las multas de su filial.

de 15 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1479, en la que afirma que «por razones sistemáticas (principalmente la aplicación de las disposiciones relacionadas con las personas vinculadas con la concursada y su calificación como crédito subordinado), ha de interpretarse que el precepto contiene elementos que solo son relevantes a efectos contables y que, por tanto, son irrelevantes a otros efectos cuando una norma legal se remite a ella para definir qué deben entenderse como grupo de sociedades, como es el caso de la DA sexta de la Ley Concursal» (se está refiriendo a la por aquel entonces vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

⁴²² CAG de 29 de noviembre de 2013, C-440/11 P, apartado 34.

⁴²³ Se parte del concepto de sociedad mercantil pública que ofrece el artículo 111 de la LRJSP, esto es, aquella en la que la Administración General del Estado o entidades pertenecientes al sector público institucional estatal, ostente una participación superior al 50% o con las que se encuentren en una relación de «grupo de sociedades» de las recogidas en el artículo 4 de la ya derogada Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores. Se descarta por tanto el estudio de otras situaciones relacionadas con las sociedades mercantiles públicas autonómicas o locales, aunque las conclusiones me parecen directamente trasladables.

⁴²⁴ *Vid.* al respecto, LAGUNA DE PAZ, J.C., «Ámbito de aplicación del Derecho de la competencia», *RAP*, n.º 208, 2019, pp. 17-49, pp. 25-33. Un tratamiento más genérico de la cuestión también se puede encontrar en REBOLLO PUIG, M., «Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial», *RAP*, n.º 210, 2019, pp. 139-174, pp. 141-147 y en GARCÍA CACHAFERIRO, F., «Fundamentos del Derecho de la libre competencia», en BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., (coords.), *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 37-65, pp. 57-61.

El TJ fue bastante claro en la Sentencia «Gosselin»⁴²⁵. Ceñiremos el análisis a las sociedades mercantiles públicas españolas, sin perjuicio de que algunas conclusiones puedan ser extrapolables a otros países.

Sin necesidad de exponer de forma detallada el régimen jurídico de las sociedades mercantiles públicas (lo que obligaría a acudir a la legislación autonómica y de régimen local⁴²⁶), se puede afirmar que tanto la LRJAP como la LPAP otorgan a la Administración General del Estado una serie de facultades sobre sus sociedades públicas que, de darse en un grupo privado, llevarían indudablemente a la imputación de la matriz⁴²⁷. En ningún caso está previsto que los órganos de la AGE se involucren en la gestión diaria de la sociedad⁴²⁸, pero el mero ejercicio de esas facultades de control y supervisión reduce de

⁴²⁵ STJ de 13 julio de 2013, Gosselin Group, C-429/11 P, cit.

⁴²⁶ La regulación que sobre esta cuestión se establece en la LRJSP tan solo es aplicable a las sociedades públicas pertenecientes a la Administración General del Estado (DF 14º 2.c), a pesar de que la doctrina ha entendido que el Estado estaría constitucionalmente habilitado para establecer una legislación básica aplicable a todas las sociedades mercantiles públicas en virtud de su competencia para establecer las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (artículo 148.1.18 CE) o incluso por la competencia en materia de «legislación mercantil» (149.1.6 CE). En este sentido, *vid.* CHINCHILLA MARÍN, C., «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?», *RAP*, n.º 203, pp. 17-56, pp. 20-21.

⁴²⁷ El artículo 85 de la LRJAP ya contiene una serie de controles de «eficacia y supervisión continua» aplicables con carácter general a todas las entidades integrantes del sector público institucional, entre las que se integran, claro está, las sociedades públicas estatales. Este régimen de supervisión continua se traduce en el control financiero ejercido por el ministerio de Hacienda a través de la Intervención General de la Administración del Estado y mediante las inspecciones de servicios ejercidas por el Departamento al que estén adscritas las sociedades en cuestión, en las que se determinará si la sociedad cumple con los objetivos que se van fijando en los planes de actuación de la sociedad. Este plan lo tiene que aprobar inicialmente el Consejo de Ministros (artículo 114.1 de la LRJAP), el cual tiene que autorizar también determinadas operaciones importantes de las sociedades públicas estatales tales como las modificaciones estructurales o, en algunos casos, la enajenación o adquisición de nuevas acciones (artículo 169 de la LPAP). Por otro lado, en las sociedades íntegramente públicas, la injerencia de la Administración es aún mayor. Para ellas la legislación prevé la figura del «ministerio de tutela» (el ministerio al que el Consejo de Ministros expresamente encarga la tutela de la sociedad pública, o, a falta de esta atribución expresa, el ministerio de Hacienda) el cual está obligado a fijar las líneas de actuación estratégica de la sociedad y, en determinados supuestos, podrá incluso dar órdenes directas a la sociedad (artículos 177 y 178 de la LPAP).

⁴²⁸ Precisamente resulta fundamental mantener una cierta separación y autonomía entre la Administración matriz y sus sociedades mercantiles porque de lo contrario se correría el riesgo de que el déficit de las sociedades mercantiles públicas consolidase en el de la Administración matriz en aplicación del Sistema Europeo de Cuentas. De ahí que la LPAP limite las «instrucciones» que puede emitir el ministerio tutelante a la sociedad matriz a la concurrencia de circunstancias excepcionales (artículo 178). De hecho, se afirma que la regulación contenida en la LPAP esté inspirada por los mandatos del SEC (*vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Sociedades estatales de obras públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 217). Esto también determina que en el ámbito de la AGE exista una auténtica separación entre las personas que ocupan los puestos directivos de la sociedad y el personal de la Administración matriz, lo que no sucede en el ámbito de la Administración local donde a veces son los propios concejales los que ocupan los puestos de dirección o de gestión en las sociedades mercantiles locales. Esta confusión de cargos es cuanto menos cuestionable desde el punto de vista de la eficacia en la gestión, pero sobre todo porque de nuevo puede ser determinante para el cómputo del déficit público, tal y como pone de relieve, MARCO PEÑAS, E., «Delimitación del sector público local y estabilidad presupuestaria», *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 12, 2019, pp. 219-243, pp. 225-230.

forma notable la autonomía de las sociedades mercantiles públicas estatales (y lo mismo podría decirse del resto de sociedades autonómicas o locales).

Un posible argumento para justificar la falta de responsabilidad de las Administraciones públicas matrices es acudir a la doctrina del TJ sobre el ejercicio de prerrogativas de poder público. En otros casos en los que se plantea la responsabilidad de una Administración pública, la jurisprudencia del TJ, bastante consolidada en este punto, diferencia entre los supuestos en los que esa Administración actúa en el ejercicio de «prerrogativas de poder público» y en los que lo hace como una empresa o agente económico. Si la conducta contraria a la competencia deriva del ejercicio de esas prerrogativas de poder público, la Administración no puede ser sancionada⁴²⁹. No significa que su conducta no sea objetivamente subsumible en alguna de las prohibiciones de los tratados, sino que simplemente está ausente el elemento subjetivo, esto es, la condición de «empresa» que determina la aplicación de la normativa de competencia comunitaria. Como ha afirmado MARCOS FERNÁNDEZ, el ejercicio erróneo o desviado de prerrogativas y potestades públicas no es constitutivo de una infracción administrativa por vulneración de la normativa de competencia⁴³⁰.

Sin embargo, como ya se ha señalado, parece difícil justificar que en este caso la Administración ejerza prerrogativas de poder público. La potestad que tiene la Administración como matriz, de dirigir a sus filiales o empresas del sector público es similar a la que tiene la matriz de un grupo de empresas privado⁴³¹. Por lo tanto, esta

⁴²⁹ STJ de 26 de marzo de 2009, SELEX, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, apartado 70, STJ de 18 de marzo de 1997, Diego Cali, C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160, apartado 16, STJ de 19 de enero de 1994, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7, apartado 16, entre otras. Sobre la posibilidad de sancionar a las Administraciones públicas por vulnerar la normativa de competencia, *vid.* MARCOS FERNÁNDEZ, F., «¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?», *InDret*, n.º 1, 2018, pp. 1-41, pp. 11-13, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, M., «La administración pública como infractora de las normas de competencia: ¿aplicación extensiva o racional?», *Anuario de la Competencia 2019*, 2019, pp. 73-97, LAGUNA DE PAZ, J.C., «Ámbito de aplicación subjetiva del Derecho de la competencia», *cit.*, pp. 24-27, PALOMAR OLMEDA, A., «Las conductas contrarias a la defensa de la competencia y los procedimientos administrativos en la materia», en TEROL GÓMEZ, R., PALOMAR OLMEDA, A., CALDERÓN PATIER, C., CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., *El Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 228-319, pp. 229-233.

⁴³⁰ MARCOS FERNÁNDEZ, F., ¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?, *cit.*, p. 5.

⁴³¹ Para FUERTES LÓPEZ, M., *Grupos públicos de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 85-91, las facultades de tutela que le otorga la LPAP a la Administración matriz no son suficientes para hablar de una «dirección unitaria» por lo que se excluiría a esta del concepto de grupo de empresas público. Según su opinión, más bien se incardinan dentro de la potestad constitucional del Gobierno de dirección de la Administración civil (artículo 97.1 de la CE). Sin embargo, la jurisprudencia del TJ no exige una intervención directa en la gestión diaria de la sociedad, sino que puede ser suficiente con la mera toma de

jurisprudencia no justifica, en principio, eximir de responsabilidad a la Administración matriz. No obstante, tampoco se puede afirmar que en estos casos esa Administración, pese a no ejercer prerrogativas de poder público con respecto a su filial, actúe ella misma como empresa en el mercado. Si la Administración no cumple tal requisito, la Comisión Europea no la sanciona. La prueba es que, pese a que existen sanciones a entidades del sector público en la práctica de la Comisión, nunca se ha extendido la responsabilidad hacia la Administración matriz. Es más, incluso en algún caso en el que la Administración era conocedora de la conducta contraria a la competencia o, incluso, la había estimulado o fomentado, la Comisión también ha rechazado la imposición de sanciones administrativas⁴³². A su vez, también me parece que existen razones de índole práctica que justifican una limitación en la aplicación del concepto de «empresa» en el sector público. Hay que tener en cuenta que las filiales públicas suelen responder y que, además, elevar el importe de la multa en función del total de la actividad administrativa (no relacionada con la actividad en la que se ha cometido la infracción) sería desproporcionado.

En conclusión, la aplicación del concepto de «empresa» a los efectos de determinar los responsables de una multa sufre alguna matización en el ámbito de las empresas públicas. En estos supuestos sí es exigible que cada una de las entidades sancionadas reúna la condición de «empresa».

decisiones estratégicas por parte de la matriz. Por eso me parece que, si bien las reflexiones de Mercedes FUERTES LÓPEZ son acertadas, no son trasladables a este contexto.

⁴³² Por ejemplo, en la conocida «crisis de las vacas locas», el ministro francés de agricultura tuvo una destacada participación e implicación en los acuerdos restrictivos de la competencia adoptados por las empresas francesas. A pesar de ello, la Comisión Europea no se plantea en ningún caso la sanción contra la Administración francesa e impone la multa exclusivamente a los operadores privados. Se trataba de la Decisión de la CE de 2 de abril de 2003, Asunto COMP/C.38.279/F3, Carnes de vacuno francesas. Tomo el ejemplo prestado del voto particular que formuló el magistrado Soldevilla Fragoso a la SAN de 6 de febrero de 2017, ECLI:ES:AN:2017:418, que confirmaba una sanción de la extinta CNC a la Autoridad Portuaria de Barcelona. Precisamente el argumento del magistrado disidente se formula frente a la práctica de la CNMC (heredada, como se puede apreciar, de su antecesora) de sancionar a las Administraciones públicas en supuestos en los que no actúan como empresa, que es a lo que hasta el momento se ha limitado la Comisión Europea y el TJ. Esta práctica ha sido avalada tanto por la AN como por el TS y en su voto particular el magistrado Soldevilla Fragoso explica precisamente que en el ámbito europeo se excluye cualquier sanción a las Administraciones cuando no actúen como un actor más en el mercado. Es bastante claro cuando afirma que «después de 65 años de jurisprudencia europea en materia de Derecho de la Competencia, iniciada con los pronunciamientos del Tribunal de la CECA, en absolutamente ninguna resolución se ha establecido la responsabilidad de la Administración activa por realizar prácticas anticompetitivas como consecuencia de un exceso en el ejercicio de sus funciones públicas. Antes, al contrario, hasta el presente expresamente se ha excluido esta posibilidad, como se recoge en la jurisprudencia anotada».

d) Grupos de sociedades públicas. El caso particular de la SEPI

Las conclusiones anteriores quedan un tanto matizadas en los casos en los que la filial infractora pertenezca a un grupo de sociedades públicas. Es perfectamente posible que existan auténticos grupos de empresas también en el sector público, donde una sociedad mercantil pública ostente la condición de matriz y desconcentre parte de sus actividades en otras filiales de su propiedad⁴³³. En este contexto, nada impediría a la Comisión Europea sancionar a la sociedad mercantil pública matriz del grupo por las conductas de su filial. Siempre y cuando esta reúna esa condición de «empresa» y forme con sus filiales una «unidad económica» podrá ser responsable solidario de esas multas. El límite estará, como se ha visto, en la sanción a la Administración pública titular de las acciones de la matriz, lo que expresamente se ha descartado.

A pesar de lo anterior, puede plantear alguna duda el caso de entes del sector público que actúen como *holdings* de otras empresas públicas; estoy pensando, por ceñirme al caso español, en la Sociedad Estatal de Participaciones e Inversiones (SEPI). La cuestión es algo compleja. Por un lado, las funciones que realiza la SEPI respecto de las sociedades de las que es accionista única o mayoritaria son las propias de una sociedad *holding*, por lo que difícilmente se podrá considerar que ejerce, en este caso, prerrogativas de carácter público⁴³⁴. Además, ya se ha señalado que el mero hecho de que una sociedad matriz ejerza las funciones de *holding* no la exime de una hipotética extensión de la responsabilidad sancionadora. Lo determinante es la existencia de unos vínculos

⁴³³ Sobre la definición de grupo público de sociedades es indispensable la consulta a la obra de FUERTES LÓPEZ, M., *Grupos públicos de sociedades*, cit., pp. 72.102. Un ejemplo lo constituye el grupo Correos, en el que existe una sociedad matriz (la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. S.M.E.) y tres sociedades filiales (Correos Express, Correos Nexea y Correos Telecom) íntegramente participadas por su matriz. De hecho, la CNMC en aplicación de la doctrina de la «empresa» ha declarado responsable solidaria a Correos de una infracción que cometió su filial Correos Express, como más tarde se verá.

⁴³⁴ Esto no excluye que, en determinadas ocasiones, la SEPI no ejerza potestades administrativas que sí constituyen el ejercicio de una prerrogativa de poder público en el sentido de la jurisprudencia europea (de hecho, el propio TJ también señala que es perfectamente posible sancionar a un ente que, en parte, ejerza prerrogativas de carácter público siempre y cuando esa sanción esté relacionada con sus actividades como operador del mercado. Por ejemplo, se puede citar el papel de la SEPI en la concesión de las ayudas canalizadas a través del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas. En la Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020, por el que se establece el funcionamiento del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas, se regulan las competencias de la SEPI en cuanto a la valoración de la concurrencia de los requisitos de elegibilidad de las empresas y la validez y suficiencia de la información aportada. Aquí el problema está en determinar si esta actividad constituye un ejercicio de una potestad administrativa (y por tanto su ejercicio queda reservado a funcionarios; piénsese que en la SEPI el personal es en régimen laboral) o si es una actividad técnica o auxiliar y, por lo tanto, no opera esa reserva. Al respecto, *vid.* BERNING PIETRO, A.D., «Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares», en GAMERO CASADO, E., (dir.), *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 277-319, pp. 282-296.

organizativos, jurídicos y económicos que hagan que sus filiales no actúen de forma autónoma en el mercado.

En este sentido, la intervención de la SEPI a la hora de determinar las políticas y objetivos generales de sus sociedades filiales (no solo en las que su participación es íntegra sino también en aquellas en las que la participación es superior al 50% del capital) podría derivar perfectamente en una sanción por las infracciones cometidas por estas filiales. Ya los artículos 10 y 11 de la Ley 5/1996 de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público enuncian de forma muy genérica la posibilidad, por ejemplo, de impulsar y coordinar de las actividades de las empresas de las que sea titular, fijar la estrategia y supervisar la planificación de las sociedades que controle. Estas previsiones se encuentran actualmente más detalladas en las «Normas reguladoras del sistema de autorización y supervisión de actos y operaciones del Grupo SEPI» aprobadas por un acuerdo del consejo de administración de la entidad a 19 de julio de 2018. En la introducción del acuerdo se recalca que el Grupo SEPI no solo es un grupo de empresas por la aplicación de la normativa contable y de consolidación fiscal sino también porque la sociedad matriz ejerce una «dirección económica unitaria». Pero, además, en estas normas se recoge la obligación de la SEPI de aprobar un plan estratégico de sus empresas filiales, un plan operativo anual y un plan a largo plazo, donde se detallan o concretan las directrices del plan estratégico, y, además, realizar una evaluación de la gestión anual. También tiene la SEPI un papel importante a la hora de intervenir en la política financiera de sus filiales, ya que determinadas operaciones de endeudamiento están sujetas a su autorización y sobre otras cuestiones especialmente importantes como la constitución de UTEs, la modificación de los estatutos sociales o de modificaciones estructurales, y, en definitiva, un listado de asuntos que hacen que, según la jurisprudencia del TJ, sus filiales no actúen de forma autónoma en el mercado.

Sin embargo, por otro lado, la SEPI es una entidad de derecho público (aunque sujeta al Derecho privado)⁴³⁵ que no ejerce por sí misma ninguna actividad empresarial, criterio que, como hemos visto, es el decisivo a la hora de sancionar a este tipo de entes. La SEPI no ofrece ni bienes ni servicios al mercado, no es por sí misma una empresa,

⁴³⁵ Así se desprende del artículo 10.1 de la Ley 5/1996 de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público que, a su vez, remite al artículo 6.1b) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. Sobre el régimen jurídico de la SEPI, *vid.* ORDIZ FUERTE, M.C., «Régimen jurídico y funcionamiento de SEPI», en SERRANO ACITORES, A. (dir.), *La intervención administrativa y económica en la actividad empresarial*, J.M. Bosch, Madrid, 2015, pp. 197-222.

aunque, al contrario que con respecto a otras Administraciones, su actividad principal está muy relacionada con las empresas que administra. Por ello, no está claro que la exclusión de responsabilidad que se ha defendido en el caso anterior pueda ser automáticamente trasladable al supuesto de la SEPI. La cuestión es importante porque la SEPI consolida las cuentas de las filiales en las que su participación es superior al 50% por lo que el volumen de negocios, en caso de que se declarase su responsabilidad solidaria de la multa, se calcularía teniendo en cuenta estas cuentas anuales, lo que provocaría un aumento considerable del límite máximo del importe de la sanción.

En la práctica comunitaria encontramos un caso en el que precisamente se rechazó la posibilidad de hacer responsable a la SEPI por las infracciones cometidas por la sociedad Cetarsa, sociedad participada al 80% por la SEPI⁴³⁶, en el conocido como cártel del «Tabaco crudo en España»⁴³⁷. Como digo, la Comisión Europea descartó, a pesar del elevado porcentaje de participación y los vínculos existentes entre la SEPI y Cetarsa, declarar responsable a la SEPI de la multa impuesta a Cetarsa. Aunque con una motivación un tanto escueta, la Comisión Europea justifica la falta de extensión de la responsabilidad sobre cuatro argumentos: (i) la ausencia de una comunicación directa entre Cetarsa y SEPI sobre lo que constituía el objeto de la infracción, (ii) el interés «eminentemente financiero» de la SEPI en Cetarsa (iii) la imposibilidad de aplicar la presunción del ejercicio de una influencia decisiva al no estar participada al 100% por la SEPI (aunque esto sería un tanto matizable ya que el otro socio, Altadis, era propiedad al 52% de la SEPI por lo que la participación de la SEPI rozaría el 100%) y (iv) las especialidades del cálculo del volumen de negocios de empresas pertenecientes al sector público a la hora de aplicar el Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones entre empresas, probablemente para indicar (aunque no lo manifieste expresamente) la

⁴³⁶ El 20% restante estaba en manos de la por aquel entonces sociedad estatal «Tabacalera, S.A.» que, tras la fusión con la sociedad SEITA a finales de 1999 pasó a llamarse Altadis, S.A. En ese momento, la SEPI era titular del 52,4% de las acciones de Altadis las cuales vendió en el año 2005 al Deutsche Bank completando así el proceso de privatización de la compañía. En la propia página web institucional de la SEPI se puede encontrar información sobre la situación accionarial antes y después de la venta y sobre el proceso de «privatización»: [https://www.sepi.es/es/sectores/altadis-tabacalera#:~:text=ACTUACION%20SOBRE%20ALTADIS%20\(TABACALERA\)&text=El%20precio%20de%20adjudicaci%C3%B3n%20a,1%20C75%20millones%20de%20euros](https://www.sepi.es/es/sectores/altadis-tabacalera#:~:text=ACTUACION%20SOBRE%20ALTADIS%20(TABACALERA)&text=El%20precio%20de%20adjudicaci%C3%B3n%20a,1%20C75%20millones%20de%20euros). También está disponible el acuerdo del consejo de administración de la SEPI por el cual se acuerda la venta de las acciones al Deutsche Bank: <https://www.sepi.es/es/sala-de-prensa/noticias/el-consejo-de-administracion-de-sepi-acuerda-la-venta-de-sus>

⁴³⁷ Decisión de la Comisión Europea de 20 de octubre de 2004, Asunto COMP/C.38.238/B.2- Tabaco crudo España.

irrelevancia de la sanción a la SEPI a los efectos de incrementar la cuantía de la multa⁴³⁸. Todos estos argumentos llevan a la Comisión a no sancionar a la SEPI, decisión que fue considerada conforme a derecho por el propio TGE en el recurso contra la sanción administrativa de uno de los competidores cuya matriz había sido sancionada⁴³⁹.

Por otro lado, en la práctica española de la CNMC también encontramos otro ejemplo en el cual se prescinde de la sanción a la SEPI y en el que se aplica igualmente el artículo 101 del TFUE. Se trata de la sanción de 32 millones de euros a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos en la Resolución de 18 de febrero de 2022, S/0041/19, la cual está íntegramente participada por la SEPI. En este supuesto, ya ni siquiera se plantea la incoación del procedimiento sancionador contra la matriz, pese a que, cuando se ha sancionado a otras filiales del «subgrupo» Correos sí se ha declarado la responsabilidad solidaria de la matriz (excluyendo a la SEPI), esto es, a la propia Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos⁴⁴⁰.

En definitiva, *a priori* parece que tanto la CNMC como la Comisión Europea (esta con argumentos explícitos) prescinden de la sanción a las entidades *holding* del sector público. No obstante, creo que es necesario hacer alguna matización, especialmente en el caso de la Decisión de la Comisión Europea, que hace, de nuevo, que la situación deje de estar clara.

En primer lugar, es importante mencionar que la resolución de la Comisión Europea se produce en un contexto en el que la aplicación del concepto de «empresa» distaba de estar claro. No fue hasta la Sentencia «Akzo Nobel» en el año 2009 cuando por fin se cerró el debate en torno a la necesidad de acreditar o no una involucración de la sociedad matriz en la conducta de su filial a efectos de extender la responsabilidad. Como ya se ha visto, actualmente el concepto de empresa se construye sobre los vínculos que existen entre ambas sociedades, sin que sea necesario que la matriz conozca siquiera la infracción de su filial. Lo que importa no es la infracción sino las relaciones entre ambas en lo que se refiere al funcionamiento ordinario como empresa. En el año 2004, momento en el que

⁴³⁸ Con carácter general, a los efectos de aplicación del reglamento, el volumen de negocios de una empresa se calcula teniendo en cuenta el consolidado respecto de las empresas en las que su participación es superior al 50% (artículo 5.4 del Reglamento del Control de Concentraciones). Sin embargo, según el considerando 22 del propio Reglamento esta regla se exceptúa para las empresas públicas; en estos casos, se suma el volumen de negocios de las empresas con las que se forme una «unidad económica dotada de poder de decisión autónomo», por lo tanto, la mera tenencia de participaciones en las empresas públicas no determina la consolidación de los volúmenes de negocios.

⁴³⁹ STGE de 27 de octubre de 2010, Alliance One, T-24/05, ECLI:EU:T:2010:453, apartados 137 a 141.

⁴⁴⁰ Me estoy refiriendo a la Resolución de la CNMC de 8 de marzo de 2018, Expte. S/DC/0788/16, Mensajería y Paquetería empresarial donde se sanciona a Correos Express Paquetería Urgente y solidariamente por su condición de matriz a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos.

la Comisión Europea dicta su resolución del cártel del tabaco crudo en España, esto no era tan evidente (prueba de ello es que la Comisión justificó su decisión en la falta de comunicación sobre la infracción entre Cetarsa y la SEPI).

En segundo lugar, no es hasta febrero de 2001, fecha relativamente próxima a la finalización de la infracción, cuando se aprueba por el consejo de administración de la SEPI las primeras «normas reguladoras de las relaciones de SEPI con sus empresas», de cuya versión actual ya hemos hablado. No sé hasta qué punto habrá pesado esta cuestión, pero lo cierto es que la Ley 5/1996 de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público enuncia de forma muy genérica las funciones de la SEPI sobre las sociedades que controla, mientras que las normas propias de la SEPI son mucho más precisas y recogen criterios que el TJ tiene muy en cuenta en el ámbito de los grupos privados. También hay que mencionar que la Comisión Europea calculó mal la participación de la SEPI y que en la actualidad existen casos como el ya citado de Correos en los que la participación es del 100%, por lo que se podría aplicar la presunción del ejercicio de una influencia decisiva.

En tercer y último lugar, la cita al Reglamento 139/2004 de control de concentraciones de empresas que hace la Comisión, sin saber exactamente para qué, tampoco me parece la más apropiada. Es más, creo que podría contradecir sus conclusiones. El considerando 22 del Reglamento dice así: «en el sector público hay que tomar en consideración, a la hora de calcular el volumen de negocios de una empresa que participe en una concentración, a las empresas que constituyan una unidad económica dotada de un poder de decisión autónomo, independientemente de cómo esté configurada la propiedad de su capital o de las normas de tutela administrativa que les sean aplicables». La falta de claridad del precepto ha sido solucionada por la propia Comisión en la «Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas». En el punto 194 se aclara que en los casos en los que «una empresa de propiedad estatal no esté supeditada a ningún tipo de coordinación con otras sociedades de cartera bajo control estatal, deberá ser considerada independiente en lo que respecta a lo dispuesto en el artículo 5 (cálculo del volumen de negocios y consolidación) y no habrá de contabilizarse el volumen de negocios de otras empresas de propiedad estatal. Cuando, sin embargo, varias empresas de propiedad estatal estén sujetas al mismo centro independiente de toma de decisiones empresariales, el volumen de negocios de esas empresas deberá considerarse parte del

grupo de la empresa afectada a efectos del artículo 5». Por lo tanto, como ya se ha dicho, la SEPI ejerce una coordinación entre todas las empresas del grupo por lo que sus empresas están sujetas a un mismo centro de control y, por lo tanto, todas formarían parte del mismo grupo a los efectos del cálculo del volumen de negocios para la aplicación del Reglamento del control de concentraciones. En consecuencia, y a expensas de lo que pueda entenderse por «coordinación», el razonamiento de la Comisión en este punto no parece acertado.

Sin embargo, lejos de amparar la sanción a la SEPI, creo que la solución a esta cuestión debe ir por la vía de los comportamientos amparados (o impuestos) por una disposición legal. Esto permite eximir a la SEPI de cualquier responsabilidad sancionadora sobre la conducta de sus filiales. Aunque el asunto no guarda relación con la problemática aquí expuesta, el TJ ha afirmado que, en aplicación del principio de seguridad jurídica, un comportamiento contrario al Derecho de la competencia impuesto por una Ley de un Estado miembro no puede desembocar en la imposición de sanciones a la empresa⁴⁴¹.

⁴⁴¹ Se trata de la STJ de 9 de septiembre de 2003, CIF, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, apartado 53. El caso versaba sobre la creación de un consorcio de empresas (CIF) por parte del legislador italiano para la fabricación y venta de fósforos. Solo las empresas que estaban en ese consorcio podían desarrollar este negocio y vender los fósforos, a un precio, además, que era fijado por un Decreto. Ante una reclamación de un operador alemán, la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* entiende que la normativa italiana era contraria al artículo 81 del Tratado de la CE (actual 101 del TFUE) y ordena a las empresas integrantes del CIF que cesen en la conducta infractora (sin llegar a imponerles una sanción). El consorcio recurre y el *Tribunale amministrativo regionale del Lazio* plantea una cuestión prejudicial al TJ sobre la posibilidad de una autoridad administrativa de inaplicar una ley estatal para garantizar el efecto útil de las normas de competencia y sobre la posibilidad de imponer sanciones administrativas en los casos en los que la conducta contraria a la competencia venga impuesta por una norma estatal. En estos casos el TJ entiende que aunque una autoridad administrativa está obligada a inaplicar la normativa estatal, ello no puede llevar a imponer sanciones administrativas a las empresas que realizaron esas conductas amparándose en esa norma. Solo cabría una posibilidad de sanción en los casos en los que la Ley no elimine la posibilidad de competir, sino que tan solo «fomente o facilite los comportamientos autónomos de las empresas con contrarios a la competencia» aunque en este supuesto se debería apreciar la circunstancia atenuante del «marco jurídico nacional» (apartado 57). Sobre esta cuestión, *vid.* CASTILLO DE LA TORRE, F., «Conductas competitivas impuestas o fomentadas por los Estados miembros: Deberes de los órganos que aplican el Derecho de la competencia y responsabilidad de las empresas (comentario a la Sentencia *Consortio Industrie Fiammiferi*, de 9 de septiembre de 2003)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17, 2004, pp. 161-191. El autor se muestra crítico con la jurisprudencia del TJ ya que entiende que la no sanción a las empresas por las conductas amparadas por una Ley contraria a las disposiciones de los tratados socaba el principio de primacía de la normativa comunitaria, ya que la empresa debería considerar que la ley es inaplicable (al ser contraria al Derecho de la competencia) y, por tanto, desobedecerla para evitar la imposición de una sanción comunitaria (salvo que, puntualiza el autor, la multa o las consecuencias jurídicas sean más gravosas que la propia sanción de competencia, lo que, a modo de «estado de necesidad» eximiría de la sanción a la empresa). Esta postura (que era la que en el fondo defendía la Comisión Europea) me parece incorrecta. No son las empresas las que tienen que valorar la validez jurídica de una norma, sobre todo cuando esta está revestida con el «rango de ley» que en nuestro ordenamiento tiene consecuencias lo suficientemente importantes (nada menos que la presunción de constitucionalidad, como reitera nuestro TC) como para que las empresas puedan libremente desobedecerlas. Si la mayor parte de la doctrina ha

Como digo, estos casos se refieren a situaciones en las que es la propia normativa de un Estado miembro la que directamente ampara las conductas contrarias al Derecho de la competencia y, a pesar de que aquí no estamos en puridad ante un comportamiento de la SEPI de este tipo, el ejercicio de una influencia decisiva sobre sus filiales sí viene impuesto por una Ley estatal. Son los artículos 10 y 11 de la Ley 5/1996 de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público los que establecen esos deberes de coordinación de la SEPI respecto de sus filiales. Deberes que posteriormente han sido concretizados por los acuerdos del consejo de administración de la entidad. Por lo tanto, la SEPI no decide, en su condición de sociedad matriz, ejercer una influencia sobre sus filiales, sino que es la normativa la que le impone tal comportamiento. De hecho, en alguna ocasión el TJ ha señalado que a la hora de valorar aquellas relaciones económicas, jurídicas y organizativas para determinar la existencia de una «empresa» no se puede tener en cuenta –exclusivamente– aquellas cuestiones que vengan impuestas por una obligación legal, como por ejemplo la obligación de consolidar cuentas por la sociedad matriz⁴⁴².

Además, la relajación del principio de personalidad de las sanciones se da en un contexto muy diferente al de las sanciones a las empresas públicas. Desde luego que estas últimas tienen que ser sancionadas cuando ejercen una conducta en el mercado; y probablemente tengan que serlo con sanciones administrativas de multa porque de lo contrario se produciría una desigualdad competitiva no justificada entre las empresas privadas y las públicas. Como la multa es un coste añadido para las empresas, ese coste debe soportarlo cualquier persona que ejerza una actividad económica en el mercado, independientemente de su naturaleza jurídica. No obstante, cuando se declara a la sociedad matriz responsable solidaria de las sanciones de su filial lo que se pretende, en primer lugar, es que esa sanción termine «afectando» a los verdaderos «dueños» de esa

afirmado (aunque existen posturas en contra, destacadamente BOCANEGRA SIERRA, R., *La teoría del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 113), incluso la eficacia y, por tanto, la obligatoriedad de los actos nulos de pleno derecho, a mayores, parece temerario negar tal eficacia a leyes que puedan ser contrarias al Derecho de la Unión Europea. Además, esta sanción vulneraría el principio de culpabilidad porque, como ha indicado Manuel REBOLLO PUIG, M., en «Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia», en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 719-742, pp. 732-733, «no cabe sanción a quién, mientras no se demuestre lo contrario, actúa conforme a Derecho».

⁴⁴² STJ de 20 de enero de 2011, General Química, C- 90/09 P, cit., apartado 108. En esta sentencia el TJ entiende que la consolidación de cuentas no puede ser un elemento que determine que una matriz ejerce una influencia decisiva sobre su filial porque «toda sociedad matriz está obligada a consolidar cuentas a nivel de su grupo».

empresa. Si la sanción es inocua en términos económicos, la matriz no tendrá los incentivos suficientes como para imponer a su filial un comportamiento acorde con la normativa de competencia porque en el fondo la conducta terminará generando unos beneficios económicos para el grupo. Pero en los supuestos en los que el Estado es el accionista último de las empresas infractoras no parece que haya que trasladar estas reflexiones.

Quedaría por determinar qué sucedería en el supuesto en el que sea la SEPI la que ordene a una de sus filiales cometer la infracción. Aquí ya no operaría esa excepción del comportamiento impuesto por una norma estatal y parece dudoso que se estén ejerciendo prerrogativas de poder público. Por lo tanto, en ese escenario (ciertamente improbable porque la SEPI no se involucra directamente en la conducta de sus filiales) sería posible declarar a la SEPI responsable solidaria de la multa impuesta a la filial.

4. OTRAS APLICACIONES DEL CONCEPTO DE EMPRESA EN EL ÁMBITO SANCIONADOR

Hasta el momento se ha explicado el concepto de empresa como «argumento» para declarar a la sociedad matriz responsable solidaria de las infracciones de su filial. Sin embargo, sin alejarnos de la atribución de responsabilidades en los grupos, este concepto ha permitido dar respuesta a otras dos situaciones también problemáticas: la responsabilidad de la sociedad filial por las infracciones cometidas por la matriz (coloquialmente denominado responsabilidad «aguas abajo») y los supuestos de responsabilidad entre sociedades sin una matriz común. Sobre esta última cuestión, piénsese que, aunque lo normal es la existencia de una matriz jerárquicamente superior al resto de sociedades, al comienzo de este trabajo se ha puesto de manifiesto la diversa tipología de grupos que existen. Por ejemplo, también es un grupo de empresas aquel formado por varias sociedades cuyos propietarios pertenecen al mismo núcleo familiar y cuyos administradores están presentes en varias de estas sociedades. Desatender esta realidad impediría «cerrar el círculo» sobre la responsabilidad en los grupos de empresas.

4.1. La responsabilidad de la sociedad filial por la conducta de la sociedad matriz

a) Admisión teórica de esta responsabilidad: Skanska y Sumal

La extensión de la responsabilidad a otras entidades distintas de la matriz, en este caso, a las sociedades filiales, se ha aclarado definitivamente tras la importante STJ de 6 de octubre de 2021, Sumal, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, que tuvo origen en una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁴³. En concreto, lo que se dilucidaba en el Asunto «Sumal» era si una sociedad filial, que no había sido previamente sancionada, podía responder por los daños producidos por su sociedad matriz como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia⁴⁴⁴. El TJ, tras una explicación detallada del concepto de «empresa» termina respondiendo de forma afirmativa a la cuestión prejudicial. En síntesis, como ya se ha dicho, no es la matriz ni la filial las autoras de la infracción de las normas de competencia, ni, en consecuencia, las causantes de los daños derivados de dichas infracciones, sino que es la «empresa», unidad económica formada por ambas, la auténtica responsable. El ejercicio de una influencia

⁴⁴³ Sobre la Sentencia «Sumal», *vid.* GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Responsabilidad de la filial por los ilícitos anticoncurrenciales de la matriz (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021: Asunto C-882/19: Sumal)», *La Ley Unión Europea*, n.º 99, 2022, pp. 1-20 y DíEZ ESTELLA, F., «En búsqueda de un concepto de empresa en el Derecho de la competencia: la STJUE Sumal c. Mercedes Benz», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n.º 2, 2022, pp. 319-347. También el pronunciamiento ha generado entradas de *blog* con reflexiones muy interesantes: ARAUJO BOYD, M., «Of undertakings, legal entities and group of companies. The CJEU's judgment in Sumal», *Chilling Competition* (blog), disponible en: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19/>, (consultado el 25/10/2021), VAN DIJK, S., The concept of undertaking as means to ascertain liability within a corporate group for an infringement on EU competition law, *Consumer Competition Market (CCM)* (Blog), disponible en: <https://law.kuleuven.be/ccm/blog/?p=245>. (consultado el 25/10/2021) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El TJUE dice que Mercedes Benz España tiene que soportar la demanda de indemnización de los daños causados por Mercedes Benz AG al participar en el cártel de camiones», *Derecho mercantil* (blog), <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2021/10/el-tjue-dice-que-mercedes-benz-espana.html> (consultado el 02/05/2023). Sobre la incidencia para el ámbito del Derecho administrativo sancionador de la competencia, puede consultarse mi trabajo «Las implicaciones de la Sentencia Sumal para el Derecho administrativo sancionador de la competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, cit., pp. 573-602.

⁴⁴⁴ La cuestión presentaba un interés especial ya que existían criterios dispares entre los juzgados de lo mercantil, algunos proclives a admitir la legitimación de las filiales no sancionadas y otros que mantenían el criterio contrario. Así, sin agotar los ejemplos, podemos señalar el criterio de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid (SJM de Madrid núm. 3, de 2 de julio de 2019, ECLI:ES:JMM:2019:792 y SJM de Madrid núm. 12, de 3 de julio de 2019, ECLI:ES:JMM:2019:800) contrario a extender la responsabilidad de la filial, frente al de Valencia (SJM de Valencia núm. 3, de 20 de febrero de 2019, ECLI:ES:JMV:2019:34), que abogaba por la solución contraria. Un estudio detallado del estado de la cuestión entre los diferentes juzgados de instancia se puede ver en PASTOR MARTÍNEZ, E., «Legitimación Pasiva», cit. 121-125, y también en HERRERO SUÁREZ, C., «Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia de la Matriz. ¿Está en juego el principio de efectividad del derecho europeo?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n.º 1, 2021, pp. 364-387, pp. 375-376.

decisiva no es un requisito para imputar la responsabilidad a la matriz, sino para apreciar la existencia de una unidad económica o empresa. Por lo tanto, teóricamente, cualquier sociedad que forme parte de esa empresa puede ser objeto de reclamación de daños o de un procedimiento administrativo sancionador.

El hecho de que la Comisión Europea no hubiera sancionado también a la sociedad filial obedece, en síntesis, a la discrecionalidad de la que goza a la hora de dirigir la sanción contra «cualquier entidad jurídica de una empresa que haya participado en la infracción» (apartado 63 de la Sentencia «Sumal»). Llamar al procedimiento a todas las sociedades filiales, aunque es hipotéticamente posible, en la mayor parte de los casos no resulta útil (no aumenta la cuantía de la multa y además genera mayores costes en el procedimiento sancionador) por lo que el reproche de estas quedaría reservado al ámbito estrictamente privado donde la Administración ya no interviene⁴⁴⁵. Por ello, y aunque no hayan sido previamente sancionadas junto con la matriz, el TJ permite que se ejercite una acción *follow on* de reclamación de daños contra la sociedad filial, siempre que forme junto con la primera una unidad económica. Este extremo, por supuesto, debe ser probado a la hora de interponer la demanda, lo que en caso de sociedades íntegramente participadas resulta sencillo por el hecho de operar la presunción del ejercicio de una influencia decisiva (aunque podría conducir a criterios dispares entre los tribunales a la hora de entender que se ha conseguido enervar la presunción). Sin embargo, el TJ ha hecho unas precisiones, ciertamente confusas, para evitar que cualquier sociedad filial del grupo, independientemente de la actividad que desarrolle, pueda ser parte demandada en un procedimiento de reclamación de daños. Así, para el TJ, dentro de un mismo grupo de

⁴⁴⁵ Es un ejemplo claro de la combinación de instrumentos de distinta naturaleza (no necesariamente sancionadores) para la consecución del denominado *law enforcement*, tal y como EXPLICA HUERGO LORA, A., «Las sanciones administrativas en el marco del *law enforcement*», cit., pp. 519-539, tema sobre el que he intentado seguir reflexionando a raíz de una comunicación en el congreso internacional «nuevos retos en el Derecho administrativo sancionador» (Aranjuez, 12 y 13 de septiembre de 2022), que llevaba por título «comunicación de principios entre procedimientos de reclamación de daños y sancionadores. Dos ejemplos» y que todavía no se ha publicado. En el asunto en cuestión, se puede apreciar la necesidad de combinar ambos instrumentos a la hora de facilitar el *enforcement*, de la normativa de competencia. El Asunto «Sumal» se enmarca en el conocido cártel de los camiones, donde los principales fabricantes europeos adoptaron determinados acuerdos restrictivos de la competencia para la fijación y el aumento del precio de los camiones. La conducta se produjo a nivel de las sociedades matrices de los diferentes grupos, pero se materializó, como es lógico, a través de sus filiales y distribuidoras mediante la venta de los camiones con el sobreprecio. En este tipo de infracciones es prácticamente imposible incoar el procedimiento sancionador contra todas las sociedades; lo haría interminable. Pero parece razonable que un particular pueda reclamar los daños derivados de la infracción ante la sociedad que le vendió ese camión con el sobreprecio. Además de que esto facilitaría la aplicación privada del derecho de la competencia, al eximir al demandante de los costes de traducción de la demanda, posibles retrasos en la notificación o incluso problemas derivados de ejecutar la sentencia en una jurisdicción extranjera. Lo señala, HERRERO SUÁREZ, C., «Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia de la Matriz. ¿Está en juego el principio de efectividad del derecho europeo?», cit., p. 385.

empresas pueden existir varias empresas en función de las actividades a las que se dedique el grupo. De esta manera, el demandante solo podrá reclamar daños, además de contra la matriz, contra aquellas filiales que estén vinculadas con la actividad económica donde se produjo la infracción (párrafo 47). Esta novedosa distinción entre grupo (vinculado a un control accionarial o de otro tipo) y empresa (vinculada a una actividad económica) puede resultar problemática en otros ámbitos del Derecho de la competencia, como más adelante se verá⁴⁴⁶.

En definitiva, con la Sentencia «Sumal» se aclara la aplicación del concepto de «empresa» (o, si se prefiere, se añade una nueva acepción que ya estaba implícita en la jurisprudencia anterior) para permitir la extensión de la responsabilidad de la sociedad matriz a la sociedad filial, tanto para la reclamación de un daño como para la imposición de la responsabilidad solidaria respecto de la multa de la matriz. Aunque el Asunto «Sumal» se originase tras el ejercicio de una acción *follow on*, y, por tanto, en el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la competencia, esto no impide que esta jurisprudencia sea trasladable a la aplicación pública. En la Sentencia «Skanska»⁴⁴⁷, el TJ entendió que el sujeto responsable de los daños y de las sanciones de competencia debe ser el mismo, la empresa, lo que provoca una comunicación directa entre los criterios para atribuir a un sujeto la responsabilidad por los daños y las sanciones de competencia. Hasta

⁴⁴⁶ Hasta el momento se entendía que la empresa estaba formada por la matriz y por todas las filiales sobre las que aquella era capaz de ejercer una influencia decisiva en el mercado (criterio de «control»). Sin embargo, el TJ parece alejarse de ese criterio, o, al menos complementarlo, para circunscribir la empresa a la matriz y a las filiales que compartan una misma actividad económica (empresa equivale a actividad económica o a control más actividad económica). Como detallaré más adelante (*Vid. infra*. apdo. 4.3 del Capítulo IV), esto puede tener un impacto en el sistema de multas o en la reincidencia. Por otro lado, hasta la fecha era una cuestión en principio pacífica que «el privilegio del grupo» (no aplicación del artículo 101 del TFUE para acuerdos entre empresas del mismo grupo), aplicaba también para los acuerdos entre filiales de un mismo grupo que se dedicasen a actividades distintas. Ahora, esta distinción entre empresa (según actividad económica) y grupo de empresas obliga a replantear si se sigue aplicando la exención a estos acuerdos. Al respecto, *vid.* Araujo Boyd, M, Boyd, M., «Of undertakings, legal entities, and groups of companies. The CJEU’s judgment in Sumal», cit. También advierten de este cambio jurisprudencial, GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Responsabilidad de la filial por los ilícitos anticoncurrenciales de la matriz», cit., pp. 8-9, que habla de un «cambio revolucionario que parece difícilmente deducible de la Sentencia Sumal», o DÍEZ ESTELLA, F., «En búsqueda de un concepto de “empresa” en el Derecho de la competencia: la STJ Sumal c. Mercedes Benz», cit., pp. 333-334, el cual critica la inseguridad jurídica introducida por la Sentencia Sumal. No obstante, parece que ese nuevo «requisito» (realizar la misma actividad económica), se mantendrá limitado al ámbito de la reclamación de daños sin que se extienda a otras cuestiones como la imputación de la matriz o el cálculo de las sanciones, como he tratado de explicar en «Las implicaciones de la Sentencia Sumal para el Derecho administrativo sancionador de la competencia», cit., pp. 593-598. Por todo ello, parecía más adecuado seguir la propuesta que había hecho el AG Pitruzella en las Conclusiones del asunto Sumal (apartados 54 a 59) para poder limitar el círculo de responsables. El AG limitaba la responsabilidad a las filiales que, además de formar parte de la misma unidad económica que la matriz, hubiesen participado de alguna forma en la infracción (por ejemplo, vender el camión con el sobreprecio).

⁴⁴⁷ STJ de 14 de marzo de 2019, Skanska Industrial y otros, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204.

el momento, esta comunicación solo había operado en una dirección, de lo público a lo privado⁴⁴⁸. Con la Sentencia «Sumal» ocurre justo lo contrario: una aplicación nueva del concepto de empresa surgida al calor de la aplicación privada puede trasladarse *en teoría* al Derecho administrativo sancionador de la competencia⁴⁴⁹.

b) Utilidad práctica de la responsabilidad de las sociedades filiales por la infracción de competencia de su sociedad matriz

Aparte de la mera admisión *teórica* de la responsabilidad solidaria de la sociedad filial por la multa impuesta por la Comisión Europea a la sociedad matriz, es necesario plantearse su verdadera utilidad práctica. En principio, ya hemos afirmado que, a los efectos de elevar el importe de la multa, la sanción a la sociedad filial es del todo punto inocua en tanto que el límite del 10% del volumen de negocios se calculará, por regla general, sobre las cuentas que consolide la sociedad matriz. Para ello, no es necesario sancionar a la filial, sino a la matriz. Sin embargo, la sanción a la sociedad filial permite acceder también a sus activos a la hora de ejecutar la sanción y podría prevenir de posibles intentos de «vaciar» a la sociedad matriz para evitar el pago de la multa mediante la transferencia de activos a las filiales⁴⁵⁰ (aunque frente a esto podría aplicarse también la doctrina del TJ sobre la «continuidad económica» que permite sancionar a la empresa que sucede –en términos económicos también– a la empresa infractora).

Por otro lado, la sanción a la sociedad filial permitiría impulsar o facilitar los procesos de reclamación de daños. Ya se ha señalado que en el Asunto «Sumal» el TJ no exige la sanción para ejercer la acción *follow on* contra la sociedad filial, aunque sí la

⁴⁴⁸ Precisamente esto fue lo que sucedió en el Asunto «Skanska». La sociedad que había sido previamente declarada infractora fue traspasada a otra sociedad, que decidió absorberla y continuar ella misma con su actividad económica. La legislación finlandesa tan solo permitía reclamar los daños a las personas jurídicas que habían sido declaradas responsables de la infracción, lo que impedía reclamar daños en los casos en los que esta hubiera desaparecido. El Tribunal Supremo finlandés decide plantear ante el TJ una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de las leyes finesas con el Derecho de la Unión. El TJ entiende que la determinación del sujeto responsable de los daños se rige por el Derecho Comunitario y este es, al igual que para las sanciones, la empresa. Por lo tanto, la aplicación de este concepto (en este caso, para hacer responsable al sucesor jurídico) debe ser idéntica en el ámbito de la aplicación pública y privada.

⁴⁴⁹ Sobre la Sentencia «Skanska» son interesantes las reflexiones de HUERGO LORA.: «en principio, la atribución de responsabilidad sancionadora tendría que ser más estricta que en el caso de la responsabilidad civil, porque en principio, estamos hablando de infracciones y, por tanto, de reproche personal» aunque más adelante añade «con todo, la responsabilidad penal (o sancionadora) de las personas jurídicas no deja de poner en cuestión el rigor de estos dogmas». *Vid.* HUERGO LORA, A., «La europeización del Derecho administrativo sancionador», cit. 498-501.

⁴⁵⁰ Señala este argumento como justificación para sancionar a las sociedades filiales por las conductas de sus matrices, KERSTING, C, «Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht», *ZHR*, 182, 2018, pp. 8-31, p. p. 13.

prueba de los vínculos de la filial con la matriz y de su participación en la infracción, prueba de la que el demandante quedaría liberado si previamente la Comisión Europea sanciona también a la sociedad filial. En principio, esta prueba resulta aparentemente sencilla en los casos en los que la matriz participe íntegramente en el capital social de una sociedad filial. Pero, incluso en estos casos, se podrían producir dispersiones a la hora de interpretar y de aplicar la presunción del ejercicio de una influencia decisiva. O se podrían introducir diferentes estándares probatorios a la hora de entender cuándo una sociedad filial ha conseguido refutar la presunción y probar que funciona de forma autónoma en el mercado. No hay que olvidar que los conceptos del Derecho de la competencia tienen una naturaleza y autonomía propia y no siempre es sencillo que los operadores jurídicos los conozcan y los apliquen con la solvencia y precisión necesarias.

Con todo, la conveniencia de sancionar a una sociedad filial se tendrá que determinar caso por caso. En algunos supuestos, como ya sucedía en «Sumal», es prácticamente imposible incoar el procedimiento sancionador contra todas las filiales de todos los grupos involucrados en la infracción. Sin embargo, pueden existir casos en los que, a pesar de que la sociedad matriz tenga una participación mayoritaria o decisiva en la infracción, una filial sea utilizada como un «instrumento» para facilitar su consumación. Cuando esta participación haya sido determinante o especialmente relevante parece conveniente hacer responsable a la sociedad filial, pese a que lo más probable es que sea la sociedad matriz la que termine pagando la multa. En el ejemplo que se muestra a continuación se puede apreciar cómo la aportación de la Sentencia «Sumal» tiene relevancia para el Derecho administrativo sancionador de la competencia.

c) Un ejemplo de sanción a la filial: el asunto Biogarán

El asunto Biogarán (STGE de 12 de noviembre de 2018, Biogarán, T-677/14, ECLI:EU:T:2018:910), actualmente pendiente de recurso de casación, es un caso prototípico de sanción a la sociedad filial por las conductas de su matriz.

El mismo se enmarca en una infracción del artículo 101 del TFUE como consecuencia de una serie de transacciones en un litigio de patentes entre empresas farmacéuticas, práctica que no es vista con buenos ojos por parte de las autoridades de competencia si ello supone la exclusión de un competidor en el mercado. La sociedad Servier consideraba que una serie de empresas de medicamentos genéricos (Niche y Matrix) violaban alguna de sus patentes del medicamento perindropil registradas en el Reino Unido mediante la fabricación de su genérico. Para poner fin al litigio, Servier

decidió pactar tanto con Niche como con Matrix la entrega de una indemnización a cada una de 11,8 millones de libras, a cambio de que ambas dejaran de fabricar el perindopril genérico hasta la expiración de las patentes, resolviesen todos los contratos de comercialización del medicamento, retirasen cualquier solicitud de autorización de comercialización y se abstuvieran de presentar cualquier acción de invalidez o inexistencia de violación de las patentes.

Paralelamente, y el mismo día que se firmó el acuerdo transaccional, Biogarán, filial íntegramente participada por Servier, firmó un acuerdo de licencia y suministro con Niche, mediante el cual este autorizaba a aquel a comercializar tres de sus productos, totalmente ajenos al perindopril, a cambio de 2.5 millones de libras. La Comisión Europea consideró que este acuerdo, aunque aparentemente al margen del litigio, no era más que un pacto artificial para aumentar la indemnización a Niche, que no estaba conforme con las cantidades ofrecidas, sin que el otro competidor (Matrix) se enterase. La Comisión demuestra de forma convincente que el acuerdo no seguía criterios lógicos de mercado, que se había firmado con conocimiento de empleados de la matriz, y que en ningún caso constituía un pacto autónomo al del objeto de la infracción. Por ello, impone una única multa a Biogarán y a su matriz Servier, y las declara a ambas responsables solidarias de dicha multa.

Biogarán recurre la sanción ante el TGE alegando, entre otras cuestiones, que al imponerle de forma solidaria la misma multa que a su matriz, en una infracción en la cual su participación era mucho más limitada, se le estaría haciendo responsable por las conductas de esta, vulnerando el principio de proporcionalidad y de personalidad de las sanciones. El TGE no acepta estos argumentos: Biogarán no responde por las conductas de su matriz, sino como consecuencia de su participación en la infracción; como ambas forman parte de la misma empresa, la Comisión está facultada para hacerlas a ambas responsables solidarias del pago de una única multa.

La argumentación del TGE no es, a mi juicio, del todo convincente, y sería conveniente que el TJ aclarase algunos aspectos. En primer lugar, en este caso la filial sí responde por las conductas de su matriz. Como quedó acreditado a lo largo del procedimiento, el acuerdo de Biogarán no respondía a ningún tipo de lógica comercial, algunos trabajadores de la matriz estuvieron implicados en su negociación y se firmó el mismo día del acuerdo de transacción. El Tribunal, por el contrario, justifica la responsabilidad por el «concurso de las conductas» de la filial y de la matriz, como si aquella fuera una suerte de cooperadora necesaria o coautora. Es decir, acude a la teoría

de los partícipes del Derecho penal que está pensada para castigar a sujetos que libremente deciden intervenir, con mayor o menor intensidad, en una conducta delictiva ajena. Además, no serían estos conceptos los adecuados, ya que más bien parece que la filial actuó como una mera sociedad instrumental, y aquí estaríamos ante el eventual problema de la inimputabilidad. Por otro lado, presupuesto ineludible para la atribución a un sujeto de la condición de partícipe de una infracción es la acreditación de su culpabilidad y el conocimiento de la ilicitud de su conducta. Sin embargo, el TGE niega que se tengan que probar estos extremos, bastando la mera prueba de que la filial contribuyó a la ejecución de la conducta «aun de forma subordinada, accesoria o pasiva», lo que de nuevo lleva a la autoría mediata.

En definitiva, si ya hace mucho tiempo que en el Derecho de la competencia se abandonó la teoría clásica de la autoría y la participación para sancionar a la matriz, no tiene sentido recuperarla –y además mal– para condenar a una filial. Aplicar la jurisprudencia del Asunto «Sumal» (lo que podría hacer el TJ en el recurso pendiente) facilitaría y explicaría mucho mejor las cosas. Matriz y filial forman parte de la misma unidad económica porque la matriz ejerce una influencia decisiva sobre su filial al poseer la totalidad de sus acciones (imputación abstracta). Como la filial ha participado en la concreta conducta infractora, la Comisión puede dirigir también contra ella la sanción (imputación concreta) y hacerla responsable solidaria de una misma multa junto con su matriz, ya que ambas constituyen la misma empresa, que es el verdadero sujeto infractor.

En conclusión, la solución a la que llega el TGE es correcta. Permite que la Comisión Europea valore en conjunto la conducta de la matriz y de la filial y les impone por ese comportamiento una única multa de la que ambas son responsables solidarias. Sin embargo, el camino para llegar hasta esta solución debe replantearse teniendo presente la Sentencia «Sumal».

4.2. La responsabilidad de las sociedades «hermanas»

Aunque no es el supuesto más frecuente, existen grupos de sociedades que carecen de una sociedad cabecera o matriz que aglutine todas las participaciones sociales de forma directa o indirecta. El concepto de grupo de empresas se basa en la idea del ejercicio de una dirección unitaria, de restar autonomía individual a las sociedades que lo forman, por lo que puede darse la situación en la que el grupo exista, pese a no contar con una matriz común. En la introducción de este trabajo se ha hecho referencia a los conocidos como grupos «personales», caracterizados principalmente por un vínculo muy estrecho entre

los accionistas de diversas empresas. Un supuesto que sí se ha planteado en la jurisprudencia del TJ es el de las sociedades «hermanas», esto es, sociedades cuyo accionista principal o único es la misma persona física o, personas físicas que comparten lazos personales, principalmente de índole familiar. La cuestión por lo tanto es plantearse si en estos casos también puede extenderse la responsabilidad de una sociedad a otra, de nuevo, a los efectos de incrementar el importe de la multa (ya que se agregarían sus volúmenes de negocio) y a acomodar la respuesta sancionadora a la realidad de la sociedad que comete la infracción.

En este sentido, la Sentencia «Sumal» ha dado un impulso a la posibilidad de declarar la responsabilidad solidaria entre sociedades hermanas por la infracción cometida por una. En alguna ocasión, pudo parecer que el TJ había excluido esta posibilidad por entender que el concepto de empresa solo era aplicable para sancionar a las sociedades matrices⁴⁵¹. Sin embargo, a raíz de la Sentencia «Sumal» esta visión de la imputación de las responsabilidades ya queda definitivamente superada. El control de la sociedad matriz sobre la sociedad filial tan solo es un elemento más en esa valoración de los vínculos jurídicos, económicos y organizativos entre ambas sociedades para la constatación de la existencia de una unidad económica entre ambas. Cuando ese control alcanza o se aproxima al 100%, se presume el ejercicio de una influencia decisiva, y, por tanto, la existencia de una unidad económica, dentro de la cual todas las sociedades que la forman pueden ser, en principio, responsables de la multa (y también de los daños). Por lo tanto, cuando existan una serie de vínculos entre dos sociedades, sin necesidad de tener una matriz común, ambas podrían ser declaradas responsables de una infracción de competencia.

En la STJ de 2 de octubre de 2003, *Aristrain*, C-196/99 P, ECLI:EU:C:2003:529 se planteó por primera vez la posibilidad de imputar a una empresa la responsabilidad por los acuerdos restrictivos de la competencia adoptados por otra. En este caso, se trataba de dos empresas (José María Aristrain Madrid, S.A. y José María Aristrain S.A.) cuyas acciones pertenecían a los miembros de la familia «Aristrain» y que habían participado ambas en las reuniones que originaron los acuerdos restrictivos de la competencia. Lo que pretendió la Comisión Europea fue sancionar solo a una de ellas (José María

⁴⁵¹ Se trata de la STJ de 2 de octubre de 2003, *Aristrain*, C-196/99 P, ECLI:EU:C:2003:529. En el apartado 88 el TJ afirma que «el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente, en el apartado 141 de la sentencia recurrida, que podía imputarse a una sociedad todas las actuaciones de un grupo, **aun cuando dicha sociedad no hubiera sido identificada como la persona jurídica que, situada a la cabeza del grupo, era la responsable de la coordinación de la acción de este**».

Atristrain Madrid, S.A.), pero no solo por sus conductas sino también por las de la otra empresa del grupo que también había participado en la infracción. En consecuencia, la Comisión agregó ambos volúmenes de negocio a la hora de calcular el importe de la infracción. El TPI consideró que lo que había hecho la Comisión se ajustaba al concepto de empresa de los tratados⁴⁵², sin embargo, el TJ corrigió la imputación de la conducta de una empresa a la otra. Además de deslizar, como ya se ha dicho, que la imputación solo puede producirse de la filial a la matriz, el TJ consideró que «el mero hecho de que el capital social de dos sociedades mercantiles distintas pertenezca a una misma persona o a una misma familia no es suficiente, por sí solo, para acreditar que existe entre esas dos sociedades una unidad económica». Por lo tanto, aunque en un primer momento parecía que cerraba la puerta a la imputación entre sociedades hermanas (por las referencias a la sociedad matriz previamente expuestas) al final parece que lo termina abriendo, aunque, eso sí, señalando que los vínculos personales entre los accionistas no es criterio suficiente para apreciar la existencia de una «empresa»; interpretación que parece lógica si tenemos en cuenta que la presunción del ejercicio de una influencia decisiva solo se da en las relaciones jerárquicas entre matriz y filial.

La posibilidad de hacer responsable a empresas pertenecientes a un grupo sin sociedad matriz fue posteriormente confirmada en la STPI de 20 de marzo de 2002, HFB, T-9/99, ECLI:EU:T:2002:70. En este caso, la Comisión Europea declaró a cuatro empresas responsables solidarias de una multa por participar en una serie de acuerdos sobre precios y reparto geográficos en el mercado de los tubos de calefacción urbana. La Comisión Europea no solo basó la imposición de una sanción en los vínculos que existían entre las cuatro sociedades, principalmente, la existencia de un socio de control persona física común, sino también la coincidencia de los órganos de gestión de la sociedad. Además, en las reuniones este socio de control actuaba en representación de todas las sociedades del grupo y se referían constantemente a ellas como el «grupo Henss-Isoplus». En estas condiciones, la Comisión entendió que existía una unidad económica entre todas estas empresas participantes en el mercado de los tubos de calefacción urbana, lo que es confirmado en primera instancia por el TPI y posteriormente por el TJ en la Sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P (asuntos acumulados), ECLI:EU:C:2005:408, apartados 104 a 130.

⁴⁵² STPI de 11 de marzo de 1999, Aristrain, T-156/94, ECLI:EU:T:1999:53.

Finalmente, otro asunto en el que se puede apreciar este fenómeno es el resuelto por el TJ en la Sentencia de 1 de julio de 2010, Knauf Gips, C-407/08 P. Este caso es curioso porque ya no solo los socios de las sociedades que son declaradas solidariamente responsables de la sanción pertenecen a miembros de una misma familia, sino que además existía un «contrato familiar» cuyo objeto era «garantizar una dirección y gestión únicas de las sociedades del grupo Knauf». Por lo tanto, era evidente que existía una dirección unitaria entre todas las sociedades que permitía a la Comisión Europea apreciar la existencia de una unidad económica. En definitiva, aunque la mayor parte de casos se traducen en la imputación de la responsabilidad hacia la matriz, porque es la organización jurídica de los grupos de sociedades más habitual, la doctrina de la «empresa» se adapta a otras formas de organización o a otras realidades de los grupos de empresas. En estos casos, las sociedades que forman ese grupo no actúan de forma autónoma en el mercado ya que puede existir una coordinación ejercida por una de las sociedades que, sin ser la matriz, actúa a modo de *holding*, o porque los vínculos que entre ellas existen hacen que todas ellas estén subordinadas a una serie de directrices comunes. Por todo ello, parece coherente la posibilidad de extender el concepto de «empresa» a este tipo de estructuras; de lo contrario, el acercamiento del TJ al fenómeno de los grupos de empresas quedaría incompleto.

Por último, el único riesgo que podría tener esta extensión del concepto de empresa es el de hacer responsable a cualquier sociedad por las infracciones cometidas por otra con las que mantenga algún vínculo accionario u económico. Imaginémos un grupo de sociedades sin matriz cuyos accionistas son miembros de la misma familia y que comparten una serie de puestos directivos. Lo que hasta ahora ha hecho la Comisión en los casos que se han expuesto es limitar las sanciones a sociedades del grupo que se dedicaban a la misma actividad económica que, en definitiva, es el criterio que empleó el TJ en la Sentencia «Sumal» para limitar las filiales que podían ser parte demandada en los procedimientos de reclamación de daños. Si bien este criterio no debería operar en el ámbito de la responsabilidad de la sociedad matriz por las infracciones cometidas por su filial, porque excluiría la sanción a las sociedades *holding*, que muchas veces son la cabeza de estos grupos, sí parece razonable que lo haga en otros ámbitos de atribución de responsabilidades.

5. LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA POR PARTE DE LA CNMC

El artículo 61.2 de la LDC, al igual que el anterior artículo 8 de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, positiviza la jurisprudencia del TJ sobre la responsabilidad de la matriz por las conductas de su filial. En él se establece que «a los efectos de la aplicación de esta ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas»⁴⁵³. Pese a que la redacción del artículo es un tanto confusa⁴⁵⁴, la CNMC, al igual que hace la Comisión Europea, declara responsables a las matrices por las infracciones que en materia de Derecho de la competencia cometan sus filiales, haciendo a ambas responsables solidarias de una única multa. También, al igual que la Comisión Europea, la CNMC determina de forma casi automática la responsabilidad de la matriz en los supuestos en los que tiene una participación en el capital social del 100% o se le aproxima, sin que, de nuevo, haya sido posible refutar esta presunción de ejercicio de una influencia decisiva⁴⁵⁵. Por lo tanto, en

⁴⁵³ No me parece, por tanto, que el artículo 61.2 de la LDC sea más estricto que la jurisprudencia comunitaria y que recoja un supuesto de autoría mediata, tal y como defiende GÓMEZ TOMILLO, M., «La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías», cit., p. 5. Lo que la Ley dispone es que se sancione a la matriz cuando determine el comportamiento de su filial; pero la Ley no hace referencia a que esa determinación tenga que ir referida al comportamiento infractor en concreto. Es cierto que tampoco menciona la otra posibilidad, esto es, que esa influencia sea genérica. Sin embargo, la larga tradición del TJ en la aplicación de esta responsabilidad, de la que bebe directamente el artículo 61.2 hace que, al menos, no se pueda entender que la única opción interpretativa sea la que defiende GÓMEZ TOMILLO. Es más, lo lógico sería pensar que, al seguir la jurisprudencia del TJ, el precepto hace referencia a determinar la conducta en el mercado y no en la infracción. Precisamente sobre estas dos posibles interpretaciones ya hablaba BAÑO LEÓN en relación con el antiguo artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, acogiendo la opción que aquí se defiende y añadiendo, además, que «se sale al paso del fenómeno cada vez más extendido de grupos de empresas [...]. De este modo se evita que mediante la creación de sociedades interpuestas la empresa matriz pueda eludir responsabilidades respecto de las empresas de ella dependientes», *vid.* BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, cit., pp. 256-257.

⁴⁵⁴ El artículo 61.2 hace referencia a la posibilidad de imputar la conducta de una empresa a las «empresas o personas que la controlan» pero de lo que se trata (en teoría) no es de imputar comportamientos entre empresas, sino de que la matriz y la filial forman parte de la misma empresa. La confusión (que deja en evidencia la debilidad dogmática de las construcciones del TJ) continúa cuando el artículo 61.1 dice que los sujetos infractores son las «personas físicas o jurídicas» y no las empresas, tal y como dispone el artículo 101 y 102 del TFUE y como interpreta el propio TJ y termina con lo dispuesto en el artículo 63.1 que habla de las sanciones a «agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas». En este sentido, son claras las palabras de REBOLLO PUIG sobre esta cuestión, que, por su claridad, me permito reproducir: «para colmo, el mismo art 63.1. LDC, con una nueva contradicción, habla hasta en tres ocasiones de «la empresa infractora», de modo que ya no hay forma de saber a qué carta quedarse ¿quiénes son los infractores? ¿las empresas o las personas? ¿quiénes son los responsables? ¿las empresas o las personas? No parece tenerlo muy claro la LDC. Y ello es origen de problemas». *Vid.* REBOLLO PUIG, M., «Tribulaciones sobre los responsables de las infracciones contra la competencia», cit. p. 366.

⁴⁵⁵ Sobre la aplicación de la responsabilidad matriz-filial en el ámbito del Derecho sancionador de la competencia en España *vid.* RUIZ PERIS, J.I., *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa*

lo que se refiere a la imputación de responsabilidades, en principio, la CNMC sigue estrictamente la jurisprudencia del TJ ya expuesta y que aquí doy por reproducida.

Sin embargo, la práctica de la CNMC presenta algunas dudas. En primer lugar, es importante plantearse hasta qué punto la determinación de los sujetos responsables de las infracciones del Derecho de la competencia viene impuesta por la normativa comunitaria. Es decir, si el concepto de «empresa» y todas sus extensiones tienen que ser directamente trasladables a los ordenamientos de los distintos Estados miembros. Esto es determinante para conocer el margen que tiene el legislador español a la hora de configurar su propio Derecho sancionador de la competencia, pero, sobre todo, para analizar las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales (sobre todo del artículo 25 de la CE) que la aplicación de este concepto podría producir y su relación con el principio de primacía del Derecho de la Unión.

5.1. La aplicación conjunta del Derecho comunitario y español de la competencia

La aplicación del Derecho de competencia de la Unión Europea en lo que se refiere al «control de conductas» no está confiada en exclusiva a la Comisión Europea, ya que en este ámbito juegan un papel muy importante las llamadas «autoridades nacionales de competencia» (en nuestro país es la CNMC), y los tribunales de los Estados miembros⁴⁵⁶. En este campo, la Comisión Europea no detenta la competencia exclusiva para la imposición de sanciones, sino que la comparte con las ANC o los tribunales de cada Estado miembro, en función de su sistema sancionador⁴⁵⁷. La peculiaridad que presenta

de la competencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 92-219, ESCUDERO PUENTE, A., «Multas a empresas: imputabilidad de las matrices y determinación del importe de las sanciones», en BENEYTO PÉREZ, J.A. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, cit., pp. 523-567, SALA ARQUER, J.M., «La responsabilidad de la matriz por la conducta contraria a la competencia de una sociedad filial: una perspectiva desde el Derecho Administrativo Sancionador», en GUILLÉN CARAMÉS, J., (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, cit., pp. 201-215, GÓMEZ TOMILLO, M., «La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías», cit., pp. 1-20, BORDIÚ GARCÍA-OVIES, M., «La responsabilidad filial-matriz en la aplicación pública del Derecho de la competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, cit., pp. 447-454.

⁴⁵⁶ La aplicación de las normas de competencia europeas relacionadas con las ayudas públicas y el control de concentraciones sigue un esquema más clásico basado en la competencia exclusiva de la Comisión Europea. *Vid.* ALONSO SOTO, R., «Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia», en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 59-100, pp. 84-88.

⁴⁵⁷ Para el ejercicio coordinado de estas competencias se aprobó en su día la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia en la que se establecen los

este sistema de *enforcement* es que el Derecho europeo no desplaza al Derecho nacional, sino que se produce una «aplicación concurrente» (teoría de la «doble barrera») de la normativa nacional y comunitaria de competencia. Traducido al caso español, cuando la CNMC detecta una conducta colusoria o un abuso de posición dominante, no solo aplica los artículos 1 y 2 de nuestra LDC sino también los artículos 101 y 102 del TFUE, siempre y cuando esa conducta «pueda afectar al comercio entre Estados miembros», que es el requisito para que se aplique la normativa europea de competencia⁴⁵⁸.

Este sistema de aplicación conjunta de las disposiciones comunitarias y nacionales de Derecho de la competencia se encuentra actualmente recogido en el artículo 3 del Reglamento 1/2003 aunque ya había sido previamente reconocido por la jurisprudencia comunitaria⁴⁵⁹. Pese a que el sistema es ciertamente novedoso en comparación con la aplicación de otros sectores del Derecho europeo por los Estados miembros (aplicación directa y exclusiva del Derecho europeo), esta aplicación conjunta es mucho más sencilla de lo que parece. En este sentido, el artículo 3 del Reglamento 1/2003 recoge una serie de límites con respecto a la legislación nacional. Así pues, el apartado segundo del artículo 3 establece que el Derecho nacional de la competencia no puede prohibir

criterios para el reparto de los asuntos entre las autoridades nacionales de competencia y la Comisión Europea. El criterio principal para tramitar el procedimiento es que la autoridad «esté bien situada para tramitar el asunto» estableciendo una serie de condiciones o criterios para determinar cuándo se produce esta situación. Para el caso de la Comisión Europea, se considera que está bien situada «cuando uno o varios acuerdos o prácticas, incluidas las redes de acuerdos o prácticas similares, tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales)» (apartado 14 de la Comunicación). Además, en el Reglamento 1/2003 se contemplan otra serie de medidas de coordinación tales como la obligación de informar a la Comisión antes de iniciar cualquier tipo de diligencia de investigación (artículo 11.3) o la prohibición de incoar un procedimiento por parte de las autoridades nacionales de competencia cuando lo haya hecho previamente la Comisión Europea, prohibición que no rige para esta, la cual solo estará obligada a «consultar» a dicha autoridad (artículo 11.6). Sobre esta cuestión, *vid.* también, HERNÁEZ BAUTISTA, A., «La red europea de competencia (European competition network): ¿Una verdadera institución comunitaria?, en OLMEDO PERALTA, E (dir.), *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 273-288. pp. 282-284.

⁴⁵⁸ Sobre la aplicación concurrente de la normativa de competencia, *vid.* HUERGO LORA, A., «Derecho de la competencia. Cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y Tribunales», en BAÑO LEÓN, J. M.^a (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado. Tomo III*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 2283-2312, y, también, en la misma obra, *vid.* GUILLÉN CARAMÉS, J., «La ejecución del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades Nacionales: un modelo de aplicación descentralizada de la legislación europea», pp. 2313-2351, MARTÍN ARESTI, P., «Las relaciones entre el derecho de la competencia de la Unión Europea (arts. 101 y 102 del TFUE) y el derecho interno español en materia de libre competencia», GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dir.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, cit., pp. 21-60, ALONSO SOTO, R., «Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia», cit., pp. 78-84 y DE SMITJER, D. and SINCLAIR, A., «The Relationship between EU Competition Law and National Competition Law», in FAULL, J., NIKPAY, A. (eds.), *The Eu Law of competition*, 2014, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 507-521.

⁴⁵⁹ ALONSO SOTO, R., *Ibid.*, pp. 79-80.

conductas que en principio estén cubiertas o sean lícitas según lo dispuesto en el artículo 101 del TFUE (conductas colusorias). Esta prohibición no rige para las conductas unilaterales restrictivas de la competencia (el abuso de posición de dominio) donde se permite expresamente que la normativa nacional no solo prohíba las conductas contempladas en el artículo 102 del TFUE, sino que pueda ser incluso más estricta que el citado precepto. No obstante, como se puede apreciar, siempre habrá una coincidencia (plena o parcial en función de la infracción que se trate) entre la normativa nacional y la normativa europea de competencia por lo que la aplicación concurrente de ambas normas no difiere, en esencia, de la aplicación exclusiva y excluyente de los artículos 101 y 102 del TFUE por parte de los Estados miembros⁴⁶⁰. Esto no significa que la legislación interna no pueda recoger otro tipo de infracciones distintas de las ahí recogidas (como sucede en España con el supuesto del «falseamiento de la libre competencia por actos desleales») ni tampoco que en el caso de que la conducta no afecte al comercio entre Estados miembros se pueda aplicar una normativa más estricta o diferente de la comunitaria (en el caso de las conductas colusorias)⁴⁶¹. Pese a estas posibilidades, la lógica ha impuesto que la normativa europea y española de la competencia en lo que se refiere a las conductas colusorias y unilaterales restrictivas de la competencia termine por converger y sea idéntica⁴⁶².

A la hora de aplicar el Derecho europeo (ya sea de forma exclusiva o concurrente) los Estados miembros gozan de la llamada «autonomía institucional», de tal manera que, en principio, son libres para configurar el procedimiento mediante el cual se aplicará la normativa europea en cuestión. Sin embargo, esta libertad queda condicionada por los

⁴⁶⁰ Como se puede apreciar, esta aplicación concurrente de la normativa de competencia se limita a las conductas colusorias y al abuso de posición de dominio, excluyendo otras cuestiones como el control de concentraciones, donde en este caso el sistema de ejecución del Derecho europeo de la competencia ya sigue un modelo más tradicional en el que los Estados miembros no pueden aplicar su derecho interno cuando la concentración tenga «dimensión comunitaria» (concepto definido en el artículo 2 del Reglamento), ya que además, en estos casos, la competencia es exclusiva de la Comisión Europea (artículo 21.2 y 21.3 del Reglamento de control de concentraciones).

⁴⁶¹ Entre otras cosas, es muy dudoso que se pueda imponer una sanción administrativa como resultado de realizar un comportamiento que, de afectar al comercio entre Estados miembros, no fuese constitutivo de infracción administrativa. Probablemente lo impediría el principio de tipicidad. Sí se podría imponer medidas que no revistan el carácter de sanción administrativa como podría ser una orden de cese de esa conducta.

⁴⁶² GUILLÉN CARAMÉS, J., «La ejecución del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades Nacionales: un modelo de aplicación descentralizada de la legislación europea», cit., pp. 2320-2321.

genéricos principios de equivalencia y eficacia, y, en su caso, por la normativa procesal comunitaria que exista en ese campo de aplicación⁴⁶³.

Como es natural, la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los Estados miembros también sigue este esquema. Los Estados miembros tienen que velar por que se aplique la parte «sustantiva» del Derecho sancionador de la competencia, es decir, las prohibiciones contenidas en los artículos 101 y 102 del TFUE. Para la aplicación de estas disposiciones, cuentan con cierto margen a la hora de diseñar su sistema procedimental, es decir, los cauces a través de los cuales se va a aplicar esta normativa, siempre y cuando respeten esos tres límites que ya hemos citado: el principio de equivalencia, el principio de eficacia, y la normativa europea que pueda restringir expresamente la autonomía institucional de los Estados miembros.

En cuanto a esa normativa europea, el Reglamento 1/2003 tan solo contempla la obligación de los Estados miembros de imponer medidas tanto de carácter sancionador (multas y «otro tipo de sanciones contempladas en la legislación de cada Estado miembro») y otras de carácter no sancionador (medidas cautelares, órdenes de cesación de la infracción, multas coercitivas o la aceptación de compromisos), lo que en principio no es mucho. Sin embargo, la reciente Directiva ECN+⁴⁶⁴ ha restringido notablemente la autonomía institucional de los Estados miembros. Entre otras cosas, se obliga a garantizar la independencia e imparcialidad de las ANC, a que tengan recursos y personal suficiente, a que puedan realizar inspecciones en las empresas (detallando los elementos a los que deben tener acceso) o a la posibilidad de realizar entrevistas o de adoptar medidas cautelares. También se contemplan normas relacionadas con el cálculo de las multas, con los sujetos responsables de las infracciones de competencia, con la necesidad de

⁴⁶³ Sobre esta cuestión, *vid.* FUENTETAJA PASTOR, J.A., «La ejecución del derecho europeo por los Estados miembros: entre la autonomía procedimental y la neutralidad institucional», en MARTÍN DELGADO, I., ALMEIDA CERRADA, M. y DI LASCIO, F. (coords.), *La europeización del derecho administrativo: una evaluación desde el ordenamiento español*, Andavira Editorial, Santiago de Compostela, 2017, 179-213, ARZOZ SANTISTEBAN, X, «La autonomía institucional y procedimental de los Estados Miembros en la Unión Europea: mito y realidad», *RAP*, n.º 191, 2013, pp. 159-197, ALONSO GARCÍA, R., «La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español», *RAP*, n.º 121, 1990, pp. 213-243. Aunque la obra trate sobre un problema concreto de esa autonomía institucional a la hora de ejecutar (en este caso de transponer) el Derecho europeo, como es el de la reserva de ley, son muy útiles las explicaciones sobre el principio de autonomía institucional que ofrece DÍAZ GONZÁLEZ, G.M., *La reserva de ley en la transposición de las directivas europeas*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 79-106. El autor habla de «crisis del principio de autonomía institucional» y ARZOZ SANTISTEBAN de «mito y realidad». Me parece que, en lo que se refiere a la ejecución del Derecho sancionador de la competencia, estas descripciones son plenamente trasladables sobre todo tras la aprobación de la Directiva ECN+ que ha cercenado claramente la autonomía institucional (recortada ya antes por la jurisprudencia del TJ) de los Estados miembros.

⁴⁶⁴ 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.

introducir los programas de clemencia y la correlativa exención del pago de las multas, y otras cuestiones de menor interés para este trabajo.

Este es el marco normativo en el que se mueve la autonomía institucional de los Estados miembros para la detección y sanción de las conductas prohibidas por los artículos 101 y 102 del TFUE. A ello habría que sumarle, como digo, el respeto de los principios de equivalencia y eficacia, que, sobre todo este, exige que las sanciones administrativas sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias»⁴⁶⁵.

5.2. La obligación de aplicar el concepto de empresa por parte de la CNM

a) ¿Están obligados los EM a garantizar la aplicabilidad de cualquier extensión del concepto de empresa?

Una vez que se ha expuesto el marco institucional en el que se deben mover los Estados miembros a la hora de aplicar la normativa europea de competencia, hay que analizar si la determinación del sujeto responsable de las normas de competencia es una cuestión que se rige por el Derecho de la Unión Europea o pertenece al ámbito propio de cada Estado. Para ser más precisos: si toda la jurisprudencia que hay detrás del concepto de «empresa» (imputación de sanciones a las matrices por las conductas de las filiales y viceversa, responsabilidad en los casos de sociedades «hermanas», responsabilidad de la sucesora jurídica o económica...) tiene que ser aplicada por las autoridades de los Estados miembros cuando apliquen de forma concurrente el Derecho de la competencia europeo con el suyo propio.

En primer lugar, hay que apuntar que en España algún sector de la doctrina y, en parte, la CNMC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han asumido que cualquier acepción del término de «empresa» derivado de la jurisprudencia del TJ es directamente trasladable a nuestro ordenamiento jurídico⁴⁶⁶. Como la jurisprudencia del TJ se ha

⁴⁶⁵ Vid. FUENTETAJA PASTOR, J., «La potestad sancionadora de la Unión Europea: fundamento y alcance», cit., pp. 242-243 y LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Marco institucional de las sanciones comunitarias», *Documentación administrativa*, n.º 280-281, 2008, pp. 359-395, pp. 370-373.

⁴⁶⁶ RUIZ PERIS, J.I., «La empresa como destinatario de las normas jurídicas europeas de competencia, principio de responsabilidad personal, unidad económica e imputación por control en acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia», cit., pp. 50-53. En lo que se refiere a la práctica de la CNMC y de la jurisprudencia del TS, estos no se han planteado la cuestión que aquí expongo. Directamente aplican la jurisprudencia del TJ sobre el artículo 101 del TFUE sin pararse a pensar, si quiera, si verdaderamente tienen que hacerlo. Es lo que ha sucedido, hasta la reforma del artículo 61.1 de la LDC mediante el RDL 7/2021 de 27 de abril por el que se transponía a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva ECN+, con la sucesión de la empresa infractora. Hasta la entrada en vigor de la citada reforma, no existía ningún artículo en la LDC que permitiese a la CNMC declarar responsable a la empresa sucesora (o continuadora de la actividad económica) de las infracciones cometidas por la empresa a la que sucede.

construido a partir del término «empresa» recogido actualmente en el artículo 101 y 102 del TFUE, doctrina, CNMC y tribunales entienden que la obligación de aplicar la normativa comunitaria de competencia incluye la determinación de los sujetos responsables de la infracción. Sin embargo, según creo haber aclarado en el apartado anterior, la obligación de aplicar el Derecho de la Unión Europea se refiere a las conductas «sustantivas», a esa parte material del Derecho de la competencia y no precluye la autonomía institucional de los Estados Miembros para determinar la forma en la que lo aplican, siempre y cuando estos respeten los principios de eficacia y de equivalencia y las disposiciones europeas que puedan existir. En este sentido, la Directiva ECN+ recoge, por primera vez, la obligación de los Estados Miembros de velar por que, «a efectos de imponer multas a sociedades matrices y a sucesores legales y económicos de empresas, se aplique el concepto de empresa». Por lo tanto, la primera conclusión es que los Estados miembros solo están obligados a aplicar el concepto de empresa en algunas de sus acepciones; en concreto, en la responsabilidad de la matriz y en la de la sucesora jurídica o económica de la empresa infractora. Los Estados miembros no tienen la obligación de contemplar otros supuestos de aplicación del concepto de empresa como puede ser la responsabilidad de sociedades «hermanas» o de la filial por las conductas de la matriz, al menos, en el ámbito de la aplicación pública del Derecho de la competencia. Cuestión distinta es que su Ley interna lo contemple.

Esta aplicación «limitada» del Derecho europeo de la competencia que aquí se ofrece es la que de hecho se sigue en países como Alemania. En Alemania, la doctrina asume que no es necesario adoptar toda la construcción jurídica sobre los responsables de los infracciones del TJ, precisamente por lo que hasta aquí se ha explicado⁴⁶⁷. De hecho, en algún caso precisamente se ha afirmado que el Bundeskartellamt no estaba habilitado para aplicar la jurisprudencia del TJ sobre el concepto de empresa (en el caso en concreto, para la imposición de una sanción al sucesor jurídico) sin una norma nacional que especialmente lo habilite o lo contemple. En concreto, en una importante sentencia dictada por el *OLG Düsseldorf*, se entendió, como aquí se ha defendido, que las ANC

A lo sumo, el principio de eficacia en la aplicación del Derecho de la Unión podría obligar a ello (STJ de 5 de diciembre de 2013, SNIA, C-448/11P, ECLI:EU:C:2013:801: apartado 25), lo que no obsta para que se produzca una vulneración del principio de legalidad, como se estudiará de forma más detallada *infra*. apdo. 4.2 del Capítulo V, ya que la CNMC sancionaba a los sucesores sin un precepto que lo contemplase. Práctica que el TS no solo ha tolerado, sino que ha permitido que se extienda (con aplicación expresa de la doctrina del TJ en materia de Derecho de la competencia) a otros sectores de la actividad sancionadora.

⁴⁶⁷ Vid. NETTESHEIM, M., *Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 81-82.

tienen que aplicar las normas de competencia europeas según su propio sistema sancionador. Por lo tanto, si la normativa interna no contempla una aplicación del concepto de empresa, las ANC no pueden aplicar directamente el artículo 101 del TFUE para colmar las posibles lagunas de la normativa interna⁴⁶⁸. Con la entrada en vigor en 2017 de la conocida como *9 Novelle*, esto es, la novena reforma de la *GWB*, se incorporó al ordenamiento alemán en el artículo 81 *GWB* tan solo el concepto de empresa a los efectos de sancionar a las matrices y a las sucesoras económicas o jurídicas, por lo que se excluye una posible responsabilidad entre sociedades hermanas o de la filial por las conductas de sus matrices⁴⁶⁹.

A estas conclusiones podría oponérsele la jurisprudencia sentada por el TJ en el Asunto «Skanska» que ya ha sido citado en este trabajo. En este caso, el TJ no solo determinó la necesidad de que el responsable de las sanciones y de los daños derivados de las infracciones del Derecho de la competencia tiene que ser la empresa, sino que además estableció que «la entidad obligada a reparar el perjuicio causado por una infracción del artículo 101 del TFUE se rige directamente por el Derecho de la Unión» (apartado 28). Esto lleva consigo a que las autoridades encargadas de la «aplicación privada» del Derecho de la competencia (los juzgados y tribunales) estén obligadas a trasladar cualquier extensión del concepto de empresa creada por la jurisprudencia del TJ, aunque su normativa nacional no lo contemple y, por supuesto, inaplicar esta cuando la contradiga –si no es posible realizar una «interpretación conforme»–. De hecho, en el también mencionado Asunto «Sumal», una de las cuestiones prejudiciales de la AP de Barcelona era si el artículo 71.2 de la LDC, que solo contempla la responsabilidad de la matriz por los daños provocados por la filial, era compatible con la posible extensión de la responsabilidad hacia las filiales. El TJ recuerda que los responsables de los daños derivados de los ilícitos concurrenciales se determinan por el Derecho de la Unión por lo que, si la normativa española no permite una «interpretación conforme», el tribunal está obligado a inaplicarla (apartado 34, y apartados 70 a 75).

Sin embargo, creo que hay un importante matiz que hace que esta doctrina no debería extenderse al ámbito de la aplicación pública del Derecho de la competencia. En

⁴⁶⁸ Se trata de la OLG Düsseldorf, 29.10.2012 - V-1 Kart 1 - 6/12 (OWi), V-1 Kart 1/12 (OWi), V-1 Kart 2/12 (OWi), V-1 Kart 3/12 (OWi), V-1 Kart 4/12 (OWi), disponible en: <https://dejure.org/2012.43519>. Vid. al respecto, MEYER-LINDEMAN, H.J., «81- Bußgeldvorschriften», cit., p. 3040.

⁴⁶⁹ BECHTOLD/BOSCH, *GWB Kommentar*, C.H. Beck, München, 2021, p. 737, y también vid. MEYER-LINDEMAN, H.J., *Ibid.* p. 3045, donde tras descartar la responsabilidad de las filiales y de las sociedades hermanas se señala que, en consecuencia, «la ampliación de responsabilidad no es tan amplia como en el Derecho europeo».

el ámbito de la aplicación privada, también existe normativa comunitaria que, más allá de los principios de eficacia y equivalencia, limita la autonomía institucional de los Estados miembros. En este caso, se trata de la Directiva 2014/104 de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (también conocida como «Directiva de Daños»). En principio, esta Directiva no dice nada sobre el significado o el alcance del concepto de empresa en relación con los ordenamientos internos. En lo que se refiere a la responsabilidad por daños, tan solo menciona la responsabilidad solidaria de todas las empresas autoras de la infracción (artículo 11 de la Directiva), pero omite cualquier regulación sobre los posibles responsables dentro de cada empresa. Esto le permite al TJ en la Sentencia «Skanska» decir, en esencia, que no es necesario que la Directiva diga nada porque esa cuestión ya estaba regulada por el Derecho de la Unión, en concreto, por el artículo 101 del TFUE. Pero en el ámbito de la aplicación pública, la Directiva ECN+ sí regula hasta dónde tienen que llegar los Estados miembros en lo que se refiere a la utilización del concepto de empresa. El artículo 13.5 de la Directiva ECN+ lo limita claramente a la extensión de la responsabilidad hacia la matriz y hacia el sucesor jurídico o económico, y nada más. Además, a este argumento se le suma lo dispuesto en el artículo 103 del TFUE (que, por cierto, da sustento legal a la Directiva ECN+) y que dispone que «el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102». Por lo tanto, creo que la Directiva ECN+ ha aclarado cómo han de aplicar los Estados miembros el artículo 101 y 102 del TFUE en lo que se refiere a los sujetos infractores.

b) La aplicación del concepto de empresa y su posible colisión con los derechos fundamentales de los Estados miembros

Los Estados miembros tienen la obligación de garantizar la aplicación del concepto de empresa para sancionar también a las sociedades matrices. Sin embargo, hay que plantearse si ese concepto se tiene que aplicar tal y como lo hace la Comisión Europea. A la hora de describir la evolución de la jurisprudencia del TJ sobre la práctica comunitaria, hemos hecho referencia a una primera fase en la que las sanciones a la matriz se producían por haberse involucrado directamente en la conducta de su filial. A pesar de que se utilizaba el concepto «empresa», bien podía hablarse de una autoría mediata de la

matriz o, en términos más amplios (y también más imprecisos) de una participación de esta en la conducta de su filial. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia del TJ ha terminado por desvincular la responsabilidad de la matriz de su participación en la infracción, limitándola a una mera influencia en la conducta «en general» de su filial en el mercado, unido a la presunción del ejercicio de una influencia decisiva en los casos de filiales íntegramente participadas. Esta configuración actual de la responsabilidad de las sociedades matrices puede entrar en colisión con los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones de los Estados miembros.

En este sentido, mismamente en la STC 172/2020, de 19 de noviembre el TC afirma que en «en el ámbito del Derecho administrativo sancionador rige el principio de culpabilidad que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del presunto sujeto responsable. Al principio de culpabilidad se anuda asimismo la proscripción de la responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva, lo que, además de exigir la presencia de dolo o culpa, conlleva también la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable; y el principio de personalidad de las penas o sanciones, lo que significa la responsabilidad personal por hechos propios y no ajenos». No se puede apreciar aquí rastro alguno de ese equilibrio entre principios que hace el TJ para justificar la responsabilidad de las matrices y considerarla compatible con los derechos reconocidos en el artículo 48 de la CDFUE⁴⁷⁰. Por lo tanto, parece que solo sería compatible con nuestra Constitución esa primera acepción de la responsabilidad de las matrices basadas en su participación en la infracción. Sin embargo, la CNMC aplica la doctrina de la empresa a imagen y semejanza de la práctica de la Comisión Europea, vulnerando, *prima facie*, los artículos 24.2 y 25.1 de la Constitución española⁴⁷¹.

Sin embargo, también parece clara la obligación de la CNMC de aplicar tal y como lo hace la Comisión Europea el concepto de «empresa» para la sanción a las entidades matrices. Como se ha señalado, la Directiva ECN+ impone a los Estados miembros la

⁴⁷⁰ Esta disparidad de enfoques entre el TJ y el TC la señala, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «La presunción de influencia decisiva y la presunción de inocencia en el Derecho europeo de la competencia» cit., pp. 112-114.

⁴⁷¹ Se refiere a esa inconstitucionalidad y propugna el modelo de autoría mediata como única forma de conciliar la responsabilidad de la matriz por las infracciones de su filial con la constitución española, GÓMEZ TOMILLO, M., «La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías», cit., pp. 3-6. Por su parte, ya advertía Eugenio SORIANO que muchas de las soluciones del Derecho de competencia comunitario estaban marcadas por el criterio de la eficacia poco compatibles con nuestros preceptos constitucionales. *Vid.* SORIANO GARCÍA, E., *La defensa de la competencia en España*, Iustel, Madrid, 2007, p. 201.

obligación de garantizar la aplicación del concepto de empresa para imponer sanciones a las sociedades matrices. Además, en el expositivo 46 de la Directiva se establece que «el concepto de «empresa» tal como figura en los artículos 101 y 102 del TFUE, **que debe aplicarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**, designa una unidad económica, aun cuando esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Por consiguiente, las ANC deben poder aplicar el concepto de empresa para considerar responsable a una sociedad matriz, e imponerle multas, por la conducta de alguna de sus filiales cuando la sociedad matriz y su filial formen una única unidad económica». No existe ningún margen de apreciación para los Estados miembros a la hora de determinar la forma en la que se hace responsable a la matriz.

Se produce claramente un choque entre los derechos fundamentales recogidos en nuestra CE y la obligación por parte de la CNMC de aplicar el concepto de «empresa» en esos términos. Se trata, de nuevo, del enfrentamiento entre la «supremacía constitucional» y la «primacía del Derecho de la Unión», es decir, estamos ante un nuevo caso «Melloni»⁴⁷².

Sin necesidad de llevar a cabo un análisis exhaustivo de dicha jurisprudencia, es importante recordar sus elementos más importantes para entender por qué no sería posible, a mi juicio, cuestionar la constitucionalidad de una sanción administrativa impuesta a una sociedad matriz en aplicación del concepto de empresa. Estas reflexiones serán válidas siempre y cuando, claro está, la CNMC esté obligada a aplicar de forma concurrente el Derecho de la Unión por entender que el caso afecte al comercio entre los EM.

La cuestión de la relación del principio de primacía del Derecho de la Unión y los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones de los Estados miembros ha sido abordada por el TJ en dos sentencias, dictadas además en el mismo día, a raíz de dos cuestiones prejudiciales; una planteada por el TC español que dio origen a la conocida como Sentencia «Melloni»⁴⁷³ y otra por un tribunal sueco, a raíz de la cual se dictó la Sentencia «Åkerberg Fransson»⁴⁷⁴. En principio, la existencia de una «Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», que, además, desde la entrada en vigor en 2009 del

⁴⁷² Ya advertía BAÑO LEÓN que las relaciones entre el Derecho comunitario e interno y la importancia «menor» que tienen los derechos fundamentales en los procedimientos sancionadores de competencia comunitarios podían originar otro caso «Melloni». *Vid.* BAÑO LEÓN, J. M.^a, «La evolución del Derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho público», cit., p. 301.

⁴⁷³ STJ de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

⁴⁷⁴ STJ de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

Tratado de Lisboa tiene naturaleza de Derecho originario al igual que los Tratados, hace que exista un control «iusfundamental» por parte del TJ sobre el Derecho de la Unión. Con carácter general, el contenido y alcance de estos derechos fundamentales y la interpretación dada por el TJ coinciden con los recogidos en las constituciones de los Estados miembros. Pero, como es lógico, puede darse el caso que, en un asunto en concreto, el alcance de un derecho fundamental en un Estado miembro sea superior al que le reconoce la Carta. Esto es lo que sucedía en el Asunto «Melloni» (donde la jurisprudencia del TC por aquel entonces consideraba que las condenas en rebeldía lesionaban el derecho a la tutela judicial efectiva) y lo que sucede también con la responsabilidad de las sociedades matrices por las infracciones de su filiales.

En estas situaciones es donde entra en juego la doctrina sentada por el TJ mediante la Sentencia «Melloni» y su «complemento», la Sentencia «Åkerberg Fransson»⁴⁷⁵. Si la colisión entre el Derecho europeo y la Constitución de un Estado miembro se produce en una materia en la que existe una regulación completa por el Derecho europeo, de tal manera que no hay margen de apreciación alguno para los Estados miembros a la hora de aplicar ese Derecho europeo, la primacía del Derecho de la Unión no puede verse afectada por disposiciones de Derecho nacional, incluso cuando son de rango constitucional» (apartado 59 de la Sentencia «Melloni»)⁴⁷⁶. Por el contrario, cuando la regulación del

⁴⁷⁵ Existe un número importante de trabajos sobre esta jurisprudencia, entre los que se puede mencionar ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014, pp. 304-335, del mismo autor, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015, pp. 31-41 y pp. 87-111, PUNSET BLANCO, R., «Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo antes y después del Caso Melloni, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, 2017, pp. 189-212, pp. 200-212, DONAIRE VILLA, F.J., «Supremacía de la Constitución versus primacía del Derecho de la UE en materia de derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE en el Asunto *Melloni*», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, 2017, pp. 637-654, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», *Common Market Law Review*, Vol. 50, 2013, pp. 1267-1304, ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución Española*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 21-71, MUÑOZ MACHADO, S., «Los tres niveles de garantías de los Derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *RDCE*, n.º 50, 2015, pp. 195-230, pp. 216-223.

⁴⁷⁶ Esta situación se daba en el Asunto «Melloni» en el que el TC tenía que resolver un recurso de amparo interpuesto por el Sr. Melloni ante un auto de la AN en el que se acordaba su entrega para la ejecución de una condena en Italia que se había interpuesto en rebeldía. En este asunto, la jurisprudencia española sobre la tutela judicial efectiva y las condenas en rebeldía tenía un alcance mayor que la del TJ por lo que la aplicación del estándar español, y, en resumidas cuentas, la estimación del amparo que conllevaba la denegación de la entrega pondría en entredicho la primacía del Derecho de la Unión en pro de la supremacía constitucional, lo que el TJ especialmente rechaza. La regulación de los motivos por los que un Estado miembro puede rechazar una orden de entrega se encuentra detallados en la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (que precisamente permite, bajo determinadas circunstancias, la ejecución de una orden de entrega derivada de una condena en rebeldía), por lo que en esta cuestión no existía un margen de apreciación para los Estados miembros, es decir, existía una armonización plena. Al darse esta

Derecho de la Unión no sea completa, se podrá aplicar «estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales», siempre que «esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión». Este matiz último fue introducido en la Sentencia «Åkerberg Fransson» (apartado 29 de la sentencia).

En vista de esta jurisprudencia del TJ, parece evidente que operaría la primacía del Derecho de la Unión porque la aplicación del concepto de empresa es una cuestión, en lo relativo a la responsabilidad de las matrices, en la que los Estados miembros no tienen ningún tipo de margen de apreciación. Como hemos dicho, la Directiva ECN+ obliga a responsabilizar a las sociedades matrices siguiendo la jurisprudencia del TJ en esta cuestión, que deriva del artículo 101 del TFUE. De esta manera, las incógnitas sobre la constitucionalidad de las sanciones de la CNMC a las sociedades matrices deberían ser, en virtud de la jurisprudencia «Melloni», en principio irrelevantes.

Sin embargo, no toda conducta sancionable por la CNMC tiene necesariamente dimensión comunitaria. Desde luego, tampoco la tiene aquellas que son sancionadas por las autoridades de competencia de las CCAA, allí donde las haya, dado que es la CNMC la única que tiene competencia para aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE⁴⁷⁷. Es decir, hay casos en los que la CNMC (u otras autoridades) sancionan sin aplicar el Derecho europeo. En estos casos, la CNMC también utiliza el concepto de «empresa» para responsabilizar a las sociedades matrices, porque este se encuentra recogido en el artículo 61.2 de la LDC y se aplica independientemente de si la conducta tiene dimensión comunitaria o no. Sin embargo, en estas circunstancias, se podría plantear si la sanción a una sociedad matriz vulnera los artículos 24.2 y 25.1 de la Constitución. Aquí ya no existe ningún tipo de primacía comunitaria que impida hacer esa declaración de inconstitucionalidad. Por el momento, esta circunstancia aún no se ha dado, aunque la jurisprudencia del TS ha descartado la vulneración de dichos artículos a raíz de recursos de casación contra las sentencias de la sala de lo contencioso-administrativo de la AN que confirmaban la sanción a la sociedad matriz impuesta previamente por la CNMC.

circunstancia, no es posible ejercer un control «iusfundamental» o de otro tipo, aunque tengan rango constitucional. Si la regulación no fuese completa, entonces cabría dicho control. Este matiz fue la «segunda parte» de «Melloni» y se añadió a raíz de la Sentencia «Åkerberg Fransson» en la que precisamente se daba esta circunstancia.

⁴⁷⁷ Así lo establece el artículo 5.1f) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En lo que se refiere al principio de personalidad de las sanciones, son varias las sentencias del TS en las que se rechaza su vulneración, pero es la STS de 23 de mayo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1688 la que más ha incidido sobre esta cuestión. En resumidas cuentas, el TS considera que a la matriz no se la sanciona por las infracciones que comete su filial, lo que considera incompatible con la necesidad de que la responsabilidad lo sea por hechos propios, sino por un título de imputación autónomo como es el «ejercicio de una influencia decisiva» contenido en el artículo 61.2 de la LDC. Según el propio TS, en el artículo 61 de la LDC se encuentran dos títulos de imputación: uno para el autor material de la infracción (artículo 61.1) y otro aplicable para los grupos de empresas, en los cuales se responsabiliza a la matriz por su comportamiento propio sobre la filial⁴⁷⁸. Por ello «que se sancione de esta forma a la matriz no implica sancionarla por hechos ajenos: no se está ante un caso de heteroresponsabilidad sino que la sanción se impone por actos propios deducibles de su exclusivo título de imputación».

Tampoco ha apreciado el TS una vulneración del derecho a la presunción de inocencia en los casos en los que se sancionaba a la matriz en base únicamente a la posesión de la totalidad de las acciones. El razonamiento es muy similar al que ya expusimos aquí. En realidad, si de lo que se trata es de ejercer una influencia decisiva sobre el comportamiento en el mercado de una filial, es lógico que en grupos verticalmente integrados se presuma que la matriz ejerce dicha influencia. En la STS de 19 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2235, el Tribunal Supremo entiende que «en supuestos de control total, la presunción se justifica por sí misma y en modo alguno su aplicación puede calificarse de mecánica o abusiva o necesitada de acreditación probatoria. No solo porque es la ley la que prevé la presunción de imputabilidad a quienes controlan una sociedad, sino porque resulta por completo lógico y razonable que cuando una sociedad matriz posee el 100% del capital de una filial, sea ella a quien corresponde acreditar que la filial actúa de manera autónoma y que, por consiguiente, no se pueden imputar a la matriz las conductas de la filial».

El problema que presenta esta jurisprudencia del TS es que el punto de partida es totalmente erróneo. El principio de personalidad de las sanciones no queda garantizado

⁴⁷⁸ Para una mejor comprensión, reproduzco los apartados 1 y 2 del artículo 61 de la LDC:

1. Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta ley o, en el caso de empresas, sus sucesores legales o económicos.

2. A los efectos de la aplicación de esta ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

por el mero hecho de que exista un título de imputación de una infracción administrativa. Esto, a lo sumo, es una exigencia del principio de legalidad sancionadora en la determinación de los responsables de una infracción. Las exigencias del principio de personalidad de las sanciones van referidas a la validez de los distintos títulos de imputación: solo se puede hacer responsable de una infracción a quien de alguna forma u otra participa en ella. Ejercer una influencia decisiva, salvo que se refiera a la acción infractora, no es un título que respete, tal y como lo ha entendido la jurisprudencia del TC, el principio de personalidad de las sanciones que garantiza la sanción por hechos propios y no ajenos.

Como el punto de partida es erróneo, también lo es considerar que la presunción es compatible con el artículo 24.2 de la Constitución española. Si lo que garantiza dicho artículo es que ninguna persona pueda ser declarada responsable de una infracción sin las pruebas de cargo pertinentes sobre la existencia y participación en la infracción, entonces tampoco se estaría respetando el artículo 24.2 de la Constitución.

El Tribunal Supremo reduce notablemente el alcance del artículo 25 y 24.2 de la Constitución con unas explicaciones erróneas y poco convincentes para adaptarlo, en definitiva, a la jurisprudencia del TJ, que cita constantemente en sus sentencias. Por otro lado, el TS tampoco diferencia entre las situaciones en las que la CNMC aplica Derecho de la Unión (donde se debería aplicar directamente la jurisprudencia «Melloni» y prescindir de las disposiciones constitucionales internas) y en los que solo aplica la LDC. Para todos los supuestos declara que la responsabilidad de la matriz por las conductas de su filial es compatible con los citados artículos de la Constitución, lo que es cuestionable.

Esta actitud del Tribunal Supremo recuerda a la postura que adaptó el TC precisamente a raíz del caso «Melloni». En la STC 26/2014 de 11 de marzo, el TC, tras el fallo del TJ, tenía que resolver el recurso de amparo interpuesto por el Sr. Melloni. El TC no reconoce expresamente la primacía del Derecho de la Unión sobre la protección iusfundamental contenida en la Constitución Española tal y como había exigido el TJ. Al contrario, el TC modifica vía artículo 10.2 de la CE (posibilidad de interpretar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en atención a las normas internacionales ratificadas por España, lo que se conoce como «canon hermenéutico») su doctrina sobre las condenas en rebeldía adaptándolo a la jurisprudencia del TJ para posteriormente entender que no se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. En resumidas cuentas, el TC no reconoce abiertamente la primacía del Derecho de la Unión, pero a la hora de resolver el recurso se ve obligado a

modificar su jurisprudencia para, en el fondo, garantizar dicha primacía. De hecho, la magistrada Adela ASÚA BATARRITA llegó a decir en su voto particular a la sentencia que «la idea de que esta jurisdicción no aplica derechos de la Unión sino los derechos fundamentales de la Constitución española, si bien convenientemente interpretados de manera que coincidan indefectiblemente con el nivel de protección reconocido en la Unión, no deja de ser una ficción poco convincente»⁴⁷⁹.

De esta forma, y para el caso que aquí nos interesa, podría darse la situación de que, en un eventual recurso de amparo frente a una sanción a una sociedad matriz o, incluso, ante un planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 61.2 de la LDC, el TC se vea en la tesitura de compatibilizar su jurisprudencia sobre el principio de personalidad de las sanciones con la que en este campo ha desarrollado el TJ a raíz del concepto de «empresa»⁴⁸⁰. Si el TC adopta la misma postura que ante el Asunto «Melloni», es decir, si reinterpreta un artículo de la Constitución sin admitir directamente la primacía del Derecho de la Unión, su sentencia será válida tanto para los casos en los

⁴⁷⁹ La respuesta que ha dado el TC tras la resolución del TJ en el *Asunto Melloni* ha sido criticada por la doctrina. Se puede ver un resumen de estas críticas y una exposición muy completa al respecto en ARZOB SANTISTEBAN, X., *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 87-110, que exigía haber reconocido la primacía del Derecho de la Unión al tratarse de una materia en la que no existía margen de apreciación por parte de los Estados miembros al estar íntegramente armonizada. En estos casos, si el TC hubiera querido mantener su papel de último garante de los derechos fundamentales debería haber reconocido, para estos asuntos concretos, al Derecho de la Unión, y, en concreto, a la CDFUE como canon de control de constitucionalidad. Modificar «a la baja» el derecho a la tutela judicial efectiva mediante el artículo 10.2 de la CE infringe la propia CDFUE que en su artículo 53 expresamente reconoce que las disposiciones de la Carta no pueden interpretarse como limitativas de los derechos reconocidos en las constituciones de los Estados miembros, «en su respectivo ámbito de aplicación», esto es, cuando no se aplique Derecho de la Unión. Por ello, para una correcta recepción de la doctrina Melloni, la Carta debería ser parámetro de control de constitucionalidad ante un acto de ejecución de la normativa europea, siempre que dicha normativa no deje ningún margen de apreciación a los Estados miembros. Cuando no se aplique Derecho europeo, la Carta puede servir de criterio hermenéutico a la hora de interpretar un Derecho fundamental siempre y cuando no lleve (lo impone la propia Carta) a una rebaja de las garantías del derecho fundamental constitucionalmente reconocido. Por otro lado, cuando el Tribunal Constitucional plantea una cuestión prejudicial, está aceptando, en esencia, las obligaciones que de ella dimanar, entre las que está, obviamente, la de seguir el criterio que expone el Tribunal que la resuelve, que es el TJ. La respuesta a una cuestión prejudicial no es una mera opinión consultiva no vinculante.

⁴⁸⁰ De hecho, curiosamente no sería la primera vez que llegase al TC el concepto de empresa del Derecho europeo de la competencia. En la STC 91/2022, de 11 de julio, el TC estimó el recurso de amparo a una sociedad que había sido objeto de una condena dineraria en base a un proceso ante el que no había comparecido porque las notificaciones se habían dirigido primero, al domicilio de su filial, y posteriormente por edictos. El TC estima el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y expresamente rechaza uno de los argumentos de una de las partes en el proceso que pedía la aplicación de la jurisprudencia del TJ sobre el concepto de empresa para entender que sociedad filial y sociedad matriz eran, en esencia, el mismo sujeto. La alusión de la jurisprudencia del TJ era pertinente porque se trataba de un caso de reclamación de daños derivada de una infracción de la normativa de competencia, pero el TC aclara, con buen criterio, que el concepto de empresa no era aplicable al caso porque aunque el TJ reconoce la posibilidad de demandar a la filial por la conducta de su matriz (recordemos aquí la Sentencia «Sumal») el demandante había demandado únicamente a la matriz pero indicando expresamente en la demanda que se notificase en el domicilio de la sociedad filial; es decir, no había demandado a la filial.

que la CNMC aplique el artículo 101 y 102 del TFUE como para los que solo aplique la LDC⁴⁸¹. En esa «reinterpretación» desde luego que tendrá que hacer un esfuerzo argumentativo mayor que a raíz del caso «Melloni» para compatibilizar su jurisprudencia existente hasta el momento con el fenómeno de las sanciones a las matrices.

Esta postura sería cuanto menos interesante porque, por un lado, permitiría al TC «completar» su jurisprudencia sobre la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, contenida en esencia en la STC 246/1991, pero, además, introduciría esas nuevas perspectivas en el Derecho administrativo sancionador que aquí se han defendido. Es decir, el principio de personalidad de las sanciones dejaría de ser una regla (si es que ahora lo es) para convertirse en un principio modulable que admite excepciones o matizaciones.

c) La cuestión en el Derecho alemán

En Alemania se han obviado, de momento, los problemas que puede representar la responsabilidad de la sociedad matriz con el principio de culpabilidad mediante la negación o matización del alcance de este para las personas jurídicas. En la exposición de motivos de la ley para la novena reforma de la *GWB*⁴⁸², que ya ha entrado en vigor, se indica que «es cuestionable si las personas jurídicas pueden invocar de forma ilimitada el principio constitucional de culpabilidad, ya que según la jurisprudencia del BVerfG este se relaciona fundamentalmente con la dignidad humana»⁴⁸³. A lo sumo, esa protección, dice el citado proyecto, se puede conferir mediante el principio de proporcionalidad en su vertiente de «exceso de prohibición» (*Übermaßverbot*), ya que la sanción a las empresas puede afectar otras disposiciones constitucionales tales como el derecho de propiedad reconocido en el artículo 14 de la GG.

⁴⁸¹ Otra posibilidad por la que podría optar el TC, siempre que se trate de un acto de ejecución del Derecho de la Unión, es la de inadmitir el recurso de amparo al entender que es una cuestión donde opera la primacía de la Unión y por tanto sobre la que el TC no se tiene que pronunciar, tal y como hace el Tribunal Constitucional alemán. Menciona esta posibilidad, ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución Española*, cit., pp. 65-71.

⁴⁸² Disponible en: <https://dip.bundestag.de/vorgang/.../77250>

⁴⁸³ „Von der Regelung sind nicht natürliche Personen, sondern ausschließlich juristische Personen und Personenvereinigungen betroffen. Bei diesen ist bereits fraglich, ob sie sich uneingeschränkt auf den verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz berufen können, da dieser nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in tragendem Zusammenhang mit der Menschenwürdegarantie steht (BVerfG, Urteil v. 30.06.2009, BVerfGE 95, 220 (241f.))“. No obstante, se muestra crítico, Achenbach, H., «Die Einführung einer unternehmensgerichteten Sanktion und einer Aufgallhaftung im Kartellordnungswidrigkeitenrecht durch die 9. GBW-Novelle», *WISTRÄ*, 37 Jahrgang, 2018, pp. 185-191, pp. 189-190.

Sin embargo, la propia exposición de motivos rechaza la posibilidad de aplicar la presunción del ejercicio de una influencia decisiva a la hora de imponer sanciones a las matrices, ya que se considera, en principio, incompatible con el Derecho sancionador alemán. Por lo tanto, el ejercicio de una influencia decisiva (que es lo que exige el artículo 81^a (1) de la *GWB*) tiene que ser objeto de una prueba de «plena convicción fáctica» (*vollen tatrichterlichen Überzeugung*). Pero acto seguido la exposición de motivos afirma que a esta plena convicción fáctica también se puede llegar a través de las «máximas de la experiencia» (*Erfahrungsschatz*) por lo que en los casos en los que la participación de la matriz sea muy elevada existe una alta probabilidad de que dirija la política societaria de su filial. De hecho, la exposición de motivos cita sentencias del BGH en las que se aceptan porcentajes próximos al 90%, no para sancionar a la sociedad matriz, lo que en aquel momento no estaba permitido, pero sí para determinar el volumen de negocios de la «empresa» (es decir, para tener en cuenta las cuentas consolidadas que presenta la matriz). De ahí que, en definitiva, no se aprecia una diferencia entre la presunción (*Vermutung*) y la prueba de convicciones plenas basada en indicios⁴⁸⁴.

5.3. Algunas diferencias en la aplicación del concepto de empresa por parte de la CNMC respecto de la Comisión Europea

Ya se ha señalado que la CNMC responsabiliza a las sociedades matrices por las conductas de sus filiales cuando aquellas ejercen sobre estas una influencia decisiva. Al igual que la Comisión Europea, la CNMC presume esta influencia cuando la matriz es propietaria de la totalidad o de casi la totalidad de las acciones o participaciones de su filial. Sin embargo, existen algunos matices, unos más importantes que otros, que hacen que la aplicación del concepto de empresa en este ámbito no sea exactamente idéntica a la que impera en la práctica comunitaria.

a) La matriz como «aseguradora» del pago de la multa impuesta a la filial

La doctrina de la empresa según ha sido desarrollada por el TJ no convierte a la matriz en una mera aseguradora del pago de una multa impuesta a la filial. Si bien es cierto que este es uno de los objetivos que persigue, también se pretende que se pueda elevar el importe de las multas al calcular el límite del 10% sobre el volumen de negocios de las cuentas anuales consolidadas que presenta la matriz. El TJ ha sido claro al afirmar

⁴⁸⁴ Lo señala MEYER-LINDEMAN, H.J., «81- Bußgeldvorschriften», cit., pp. 3038-3039.

que «en cuanto se refiere al pago de la multa, la relación de solidaridad que existe entre dos sociedades que constituyen una unidad económica no puede reducirse a una forma de garantía prestada por la sociedad matriz para asegurar el pago de la multa impuesta a la filial»⁴⁸⁵. Por lo tanto, la doctrina de la empresa está pensada para hacer a la matriz responsable de una infracción y, sobre todo, calcular la sanción correspondiente teniendo en cuenta la capacidad económica de todo el grupo.

Sin embargo, actualmente la práctica de la CNMC ha reducido el concepto de empresa tan solo a esa primera función, es decir, a la de hacer a la matriz como una «mera aseguradora» del pago de la multa impuesta a su filial, lo que además podría tener un apoyo legal expreso en el artículo 63.1 de la LDC. Este artículo dispone que los órganos competentes podrán imponer multas de hasta el 1, 5, o 10% (en función de la gravedad de la infracción) del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. En principio, empresa infractora debería ser la unidad económica formada por matriz y filial, que es lo que constantemente repite el TJ. Pero lo cierto es que nuestra Ley no lo deja lo suficientemente claro. Ya se había mencionado que el artículo 61.1 establecía que son sujetos infractores «**las personas jurídicas**» y que el párrafo segundo hablaba de la posibilidad de imputar a una empresa la actuación de otra empresa cuando esta no determine de forma autónoma su comportamiento en el mercado. Es decir, se puede entender que, a los ojos de la LDC, existe una persona jurídica infractora, que, como es lógico, tiene que ser una «empresa» en el sentido de realizar una conducta económica en el mercado y que cuya responsabilidad puede extenderse a otras «empresas o personas que la controlan»⁴⁸⁶. Por lo tanto, podría interpretarse que es sobre esta «empresa infractora» sobre la que la Ley ordena el cálculo del volumen de negocios y no sobre la unidad económica formada por matriz y filial (lo que permitiría calcular la multa teniendo en cuenta el volumen de negocios consolidado)⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ STJ de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel II, C-516/15P, cit., apartado 58.

⁴⁸⁶ Este matiz de «personas que la controlan» me parece fundamental porque permite que la sociedad matriz no tenga que ser también una empresa y da cobertura a que se pueda imputar la infracción a una entidad *holding* que no ofrece bienes o servicios al mercado.

⁴⁸⁷ En las Resoluciones de la CNMC se puede apreciar cómo, a la hora de calcular la multa, se recoge el volumen de negocios de la filial que comete la infracción y, en última instancia, se hace responsable solidaria de la multa a la matriz. Cito, a modo de ejemplo, algunas de las resoluciones más recientes de la CNMC: Resolución de 2 de febrero de 2021, Expediente S/0644/18Radiofármacos, p. 116, Resolución de 29 de septiembre de 2021, Expediente S/DC/0614/17, Seguridad y Comunicaciones ferroviarias, p. 152 (por ejemplo, se requiere el volumen de negocios a Cobra, y no a su matriz ACS, que también fue sancionada), o Resolución de 17 de agosto de 2021, Expediente S/0013/19, p. 232. Me parece que la postura

Sin embargo, me parece que es defendible otra interpretación de las disposiciones de la LDC. La prueba es que, hasta la STS de 29 de enero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:112, que obligó a la CNMC a abandonar el sistema de cálculo de las multas recogido en la Comunicación de 6 de febrero de 2009⁴⁸⁸, la CNMC calculaba el volumen de negocios a partir del volumen consolidado del grupo, siempre y cuando se imputase la infracción también a la matriz. Esta posibilidad era una cuestión admitida incluso por la jurisprudencia. Así, en la SAN de 22 de junio, ECLI:ES:AN:2014:3449, se reprochaba a la CNC, entre otras cosas, haber considerado el volumen de negocios grupal

de la CNMC se puede reflejar en el voto particular que formula el consejero D. Benigno Valdés Díaz en la Resolución de 20 de febrero de 2015, Expte. S 474/13 Precios combustibles automoción: «Cuando una empresa con personalidad jurídica propia que forma parte de un grupo empresarial más amplio, o que está participada mayoritariamente por otra entidad jurídica, comete una infracción, ¿a quién debe imputarse? ¿A la empresa infractora? ¿Al grupo empresarial del que forma parte (o, si es el caso, a la entidad que ostenta mayoría accionarial en la infractora)? ¿A ambas? [...] lo apropiado es imputar a ambas, *pero no en los mismos términos*, a la infractora procede imputarla como tal, y al grupo empresarial al que pertenece, solo en tanto que *responsable subsidiario*. [...] Es muy relevante a quién se imputa y **en concepto de qué, porque la Ley obliga a las sociedades del grupo a mantener contabilidades separadas y desde este punto de vista es la entidad que resulta imputada quien debe provisionar sus cuentas por la posible sanción**». Pese a que esta reflexión se encuentra en un voto particular, y ello pudiera hacer pensar que se trata de un criterio que se aparta de la voluntad de la sala de competencia, lo cierto es que en la Resolución en la que se firmaba dicho voto se había imputado una infracción directamente a la matriz (Repsol) prescindiendo de la filial que participaba en el mercado infractor (Repsol Comercial de Productos Petrolíferos), por lo que se tomó el volumen de negocios de la primera a efectos del cálculo de la multa.

⁴⁸⁸ Sobre esta sentencia, *vid.* LOZANO CUTANDA, B., «El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los criterios de cálculo de las multas de defensa de la competencia: STS de 29 de enero de 2015», *Diario La Ley*, n.º 8497, 2015, pp. 1-4, LAGUNA DE PAZ, J.C., «Criterios para la fijación de las sanciones en materia de defensa de la competencia impuestas por las autoridades españolas. A propósito de la STS de 29 de enero de 2015 (rec. 2872/2013)», *RDCD*, n.º 16, 2015, pp. 1-15. En un sentido crítico y entendiendo que cabía una interpretación alternativa, destacan CASINO RUBIO, M., «El discutido cálculo de las multas en materia de defensa de la competencia», *RAP*, n.º 199, 2016, pp. 155-170, y COSTAS COMESAÑA, J., «La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., (coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, Granada, 2017, pp. 11-78, pp. 19-40. En síntesis, la Comunicación sobre el cálculo de las multas copiaba la metodología que empleaba la Comisión Europea. Esto es, para calcular la multa primero se fijaba un importe básico a partir de un porcentaje sobre el volumen de ventas del mercado afectado por la infracción. Este porcentaje se determinaba a partir de las circunstancias que recoge el artículo 64.1 de la LDC (dimensión y características del mercado afectado, cuota de mercado del infractor, alcance de la infracción, duración y efectos). Posteriormente, se aplicaba un coeficiente de ajuste en función de las circunstancias agravantes y atenuantes y, por último, se reducía el importe de la multa hasta los límites del 1, 5, ó 10% del volumen de negocios (calculado teniendo en cuenta el consolidado) cuando esta los superase. Esto significaba que el volumen de negocios funcionaba como un «umbral de nivelación», es decir, una suerte de límite extrínseco que nunca podría ser superado. Sin embargo, la AN consideraba que, tal y como estaba configurada la LDC que hablaba de sanciones de «hasta» el 10% (y no que no pudiesen rebasar ese 10%) ese volumen de negocios tenía que ser empleado como el «porcentaje máximo de un arco sancionador», a partir del cual y hacia abajo se tenía que determinar el importe de la multa. Es decir, solo las infracciones más graves podían ser castigadas con una multa del 10% del volumen de negocios. Esta postura es la que acoge el Tribunal Supremo que específicamente considera el límite del volumen de negocios como «el máximo rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica». También se señala, además, la incompatibilidad del sistema de cálculo de la CNMC con el principio de predeterminación legal de las penas, ya que, si la Ley marca un tope del 10%, se entiende que ese tope queda reservado para las conductas más graves y no como una especie de límite aplicable en última instancia para garantizar que la multa no sea excesivamente alta.

sin haber incoado previamente el procedimiento sancionador contra la matriz, indicando expresamente que «*otra cosa distinta es que la resolución impugnada hubiese declarado la responsabilidad solidaria de la matriz en el pago de la multa de BBR, pero dicha mención se omite*», reiterando esta postura en la SAN de 5 de junio de 2015, ECLI:ES:AN:2015:2202.

Sin embargo, tras la citada sentencia del TS, la CNMC abandonó su sistema de cálculo de multas y, con ello, la determinación del volumen de negocios a partir de las cifras consolidadas que pueda presentar su matriz, o, cuando esta no consolidase cuentas, mediante la suma de ambos volúmenes de negocios⁴⁸⁹. Como he estudiado con mayor detenimiento en otro trabajo⁴⁹⁰, este cambio no venía impuesto por la jurisprudencia del TS que solo exigía cambiar el «papel» que tenía el volumen de negocios a la hora de calcular las multas, pero no la forma en la que se determinaba, que en ningún caso fue cuestionada⁴⁹¹. Por ello, en la actualidad, las multas de la CNMC se calculan a partir de un porcentaje, el cual se fija en función de las circunstancias recogidas en el artículo 64.1 de la LDC, sobre el volumen de negocios de la «empresa infractora». Esto provoca que no se tenga en cuenta (salvo que ella haya sido la verdadera infractora) el volumen de negocios de la matriz⁴⁹². Por lo tanto, en la práctica de la CNMC la matriz se convierte

⁴⁸⁹ De hecho, en alguna resolución de la CNMC dictada en ejecución de sentencia para recalculer el importe de la multa según la jurisprudencia del TS se aprecia este cambio. Así, en la Resolución de ejecución de sentencia de 1 de febrero de 2018 Expte. VS/0251/10 Envases Hortofrutícolas, la CNMC confirma este cambio de tendencia: «el volumen de negocios total en el año 2010 que fue aportado por VERIPACK [...] Sin embargo, esta cifra es en realidad el volumen de negocios en España del GRUPO GUILLIN. Por tanto, en esta resolución de recálculo se utilizará el dato correspondiente a VERIPACK que aparece en las cuentas depositadas en el Registro Mercantil para el año 2010». Otro ejemplo lo constituye la resolución de ejecución de sentencia de 19 de abril de 2018, Expte. VS/0316/10, Sobres de papel. La CNMC, a pesar de declarar responsable solidaria a la matriz del grupo (Manufacturas Tompla, actualmente denominada Printeos, S.A.), calcula la sanción sobre el volumen de negocios de la filial (Grupo Tombla sobre Exprés, S.L., actualmente denominada Tompla Sobre Exprés, S.L.).

⁴⁹⁰ Vid. RODRÍGUEZ CEMELLÍN, D., «El cálculo del volumen de negocios de la empresa infractora a los efectos de la imposición de sanciones en el marco del derecho de la competencia», *RDCD*, n.º 28, 2021, pp. 1-15.

⁴⁹¹ Como señala CALLOL GARCÍA, P., «Presente y futuro de la disuasión de los cárteles y otras prácticas anticompetitivas en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo enjuiciando el método de cálculo de las multas de la CNMC», en RECUERDA GIRELA, M.A., *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario de Derecho de la Competencia 2016*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 218-230, p. 288, el debate se planteaba en torno a la cuestión de «si el volumen de negocios de referencia es el de la empresa, o en su caso, grupo de empresas, al que pertenece la empresa sancionada, o si la referencia se limita a la facturación generada por la empresa sancionada en el ámbito o producto al que se refiere la conducta infractora». Mismas consideraciones hace ESCUDERO PUENTE, A., «Multas a empresas: imputabilidad de las matrices y determinación del importe de las sanciones», cit., p. 546.

⁴⁹² Tras la sentencia del TS que obligaba a la CNMC abandonar sus Directrices para el cálculo de las multas, se aprobaron el 10 de octubre de 2018 unas «Indicaciones provisionales de la CNMC sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del TFUE». Sin embargo, en estas

en una suerte de responsable solidaria del pago de la multa impuesta a la filial. Es decir, la CNMC transforma la especificidad del concepto de empresa en una figura ya conocida en nuestro ordenamiento jurídico y recogida en el artículo 28.4 de la LRJSP.

Este cambio de criterio ya no es solo cuestionable por el mero hecho de que ha provocado una reducción en el importe de las multas en comparación con el sistema anterior⁴⁹³ y, con ello, de la capacidad disuasoria de las sanciones en materia de Derecho de la competencia, sino porque además podría incumplir lo dispuesto en la Directiva ECN+. Como ya se ha señalado, el artículo 13.5 de la Directiva obliga a los Estados miembros a velar por que, «a efectos de imponer multas a sociedades matrices» se aplique el concepto de empresa. La imposición de multas a las sociedades matrices, tal y como ha dicho el TJ, no equivale a convertirlas en aseguradoras de las sanciones de su filial, en un patrimonio más en el que poder ejecutar la sanción. Además, el artículo 15 de la Directiva establece que «los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de competencia puedan imponer a cada empresa o asociación de empresas que participen en una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE **una multa máxima no inferior al 10% del volumen de negocios total de la empresa** o la asociación de empresas realizado en el ejercicio social anterior a la decisión contemplada en el artículo 13, apartado 1⁴⁹⁴. En la actualidad, en los casos en los que se hace responsable también a la sociedad matriz, es difícil entender que esta disposición se cumpla en nuestro país. Si en

indicaciones provisionales tampoco se especifica como ha de calcularse el volumen de negocios. Para una descripción completa sobre la vieja y nueva metodología del cálculo de las multas, *vid.* MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A, «Artículo 64. Criterios para determinar el importe de las sanciones», en MASSAGUER FUERTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. y GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, J., A. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 1500-1511.

⁴⁹³ De hecho con el anterior sistema del cálculo de multas se llegaron a imponer sanciones que alcanzaban el 41% del volumen de negocios de la filial (al aplicar el 10% sobre el volumen de negocios consolidado) tal y como pone de relieve el estudio de GARCÍA-VERDUGO SALES, J., VIEJO GONZÁLEZ, A., y MERINO TRONCOSO, C., «Análisis de las resoluciones de recálculo en aplicación de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de sanciones de competencia», *Documento AE-03/18 (0704)*, 2016, pp. 11-12. El trabajo resulta especialmente interesante, ya que compara la cuantía de las sanciones impuestas bajo la metodología de la Comunicación de 2009, con la cuantía de las mismas sanciones una vez recalculadas conforme a los criterios que impuso el TS en la Sentencia de 2015 (la comparación se hace sin tener en cuenta la prohibición de la *reformatio in peius*). Los resultados del estudio confirman el descenso general en la cuantía de las multas (el 62% de las sanciones recalculadas son inferiores, siendo la reducción media en torno a un 10% con respecto a la cuantía de la original), descenso que se acentúa, como indican los autores, cuanto más grande es la empresa infractora. Así, señalan que «**en relación con el tamaño de la empresa, las sanciones tras el recálculo son sustancialmente menores**, situándose la ratio multa/VNT media 4 puntos por debajo sobre un total de 10».

⁴⁹⁴ *Vid.* COSTAS COMESAÑA, J., «La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., y OLMEDO PERALTA, E. (dirs.), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADDC 2021)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 27-56, pp. 51-54, que entiende que el sistema español de cálculo de las multas incumple la Directiva ECN+.

Europa este volumen hace referencia al grupo en su conjunto, aplicando el concepto de empresa, el incumplimiento de la directiva es evidente porque la CNMC en ningún caso puede alcanzar, como mínimo, ese 10% del volumen de negocios de la empresa, sino solo el de la filial.

b) La discrecionalidad de la CNMC a la hora de determinar los sujetos responsables de la infracción

En otro apartado de este trabajo se ha señalado el amplio margen de discrecionalidad que le reconoce el TJ a la Comisión Europea para determinar qué sociedades integrantes de la empresa declara responsables de la infracción. La Comisión puede sancionar conjuntamente a la matriz y a la filial y convertirlas en responsables solidarias de la multa (que es el supuesto más común), pero también está habilitada para dirigir la sanción exclusivamente contra la sociedad matriz (aunque la infracción la haya cometido la filial) e, incluso, aunque es más extraño, solamente contra la filial. El único límite que opera es el principio de igualdad, que, traducido a nuestro caso, impediría en el mismo asunto mantener un criterio dispar a la hora de seleccionar los responsables en las distintas empresas infractoras⁴⁹⁵.

Por el contrario, el Tribunal Supremo ha acotado claramente las posibilidades que tiene la CNMC y ha negado cualquier tipo de discrecionalidad a la hora de la elección de los responsables de la sanción. En la Resolución de 20 de febrero de 2015, Expte. S/474/13, Precios Combustibles Automoción, la CNMC decidió sancionar exclusivamente a la matriz (en este caso Repsol) y no a la filial que había cometido la infracción y que era la que operaba en el mercado en cuestión (Repsol Comercial de Productos Petrolíferos). El asunto llegó hasta el TS donde se discutió precisamente si era posible declarar exclusivamente responsable a una sociedad matriz sin necesidad de incoar el procedimiento administrativo sancionador también contra la filial.

Si el TS siguiese en este punto la jurisprudencia del TJ, habría despachado la cuestión aludiendo a esa discrecionalidad para elegir los sujetos que, a efectos de la imposición de la multa, forman parte de la unidad económica. Sin embargo, el TS declaró en la STS de 23 de mayo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1688 que del artículo 61 de la LDC se pueden extraer, en principio, dos títulos de imputación: el del artículo 61.1 reservado para el autor material de la infracción y otro aplicable «para grupos de empresas»,

⁴⁹⁵ *Vid. supra.* apdo. 3.4 del presente Capítulo.

recogido en el artículo 61.2 de la LDC donde la responsabilidad es «también» (y por tanto no exclusiva) de la matriz cuando ejerce una influencia decisiva sobre su filial. Excepcionalmente, en la misma sentencia el TS consideró que podía existir una tercera posibilidad que es la de imputar únicamente la infracción a la matriz, aunque la ejecutora haya sido la filial, pero lo circunscribe a aquellos casos en los que «la filial es un mero artificio, una pantalla o instrumento de la matriz». En consecuencia, para sancionar exclusivamente a la matriz resulta obligatorio probar que «la matriz sea algo más y la filial sea algo menos, es decir, que la matriz sea realmente la autora material porque la filial es una mera ficción de la que se sirve la matriz para actuar colusoriamente». En virtud de esta sentencia parece claro que la CNMC no goza de esa libertad de la que dispone la Comisión Europea. Además, en el caso español es importante determinar que la filial es un «mero artificio» porque solo en estos casos se podrá calcular el importe de la multa sobre la base del volumen de negocios del grupo, ya que aquí es la matriz la «empresa infractora».

A pesar de lo anterior, donde parece existir cierta discrecionalidad «camuflada» es a la hora de seleccionar a qué sociedad matriz dentro del grupo se hace responsable de la sanción a la filial. Como es lógico, para poder sancionar a la matriz, la CNMC tiene que incoar también contra ella el procedimiento sancionador. Es en este momento donde se aprecia esa discrecionalidad.

En ocasiones, la CNMC directamente decide prescindir de sancionar a las empresas matrices. Por ejemplo, en la Resolución de 5 de septiembre de 2016, Expediente S/DC/0525/14 Cementos, se sanciona a la sociedad Cemex España Operaciones, que además es una S.L.U. donde el único socio es la empresa Cemex España, S.A. que, a su vez, pertenece al grupo mexicano Cemex. En la misma resolución ocurre lo mismo con otras sociedades. Así, tampoco es sancionada la matriz de Holcim España, S.A., (Holcim Investments-Spain-S.L.), ni la de Betón Catalán, S.A., que está integrada en la multinacional CRH. Lo curioso es que, en la Resolución, en el apartado «Partes», la CNMC expresamente recoge esta información, pero posteriormente, y, sin mayores explicaciones, omite cualquier responsabilidad de las empresas matrices.

También podemos encontrar supuestos en los que la CNMC sí sanciona a una matriz intermedia del grupo, pero sin llegar hasta la última sociedad, como sí hace frecuentemente la Comisión Europea. En la Resolución de 2 de febrero de 2021, Expediente S/0644/18 Radiofármacos, se sanciona a la matriz francesa (Novartis Groupe France, S.A.), pese a que esta se integraba en un grupo más grande cuya matriz es Novartis

International AG, con sede en Basilea. Lo mismo puede decirse de la otra filial sancionada (Curium); en este caso la matriz sancionada fue una matriz luxemburguesa que poseía indirectamente (a través de una sociedad holandesa) la totalidad del capital social de Curium pero que, a su vez, pertenecía a un fondo de inversión con sede en Estados Unidos (Capvest). Esta práctica no es ni mucho menos aislada y existen otros supuestos que así lo acreditan. En la Resolución de 11 de mayo de 2021, Expediente S/DC/0627/18 Consultoras, tan solo se sanciona, además de a la filial, a la matriz española del grupo Deloitte, del cual es de sobra conocido que existen muchas más sociedades hasta llegar a la cabeza del grupo. Lo mismo sucede con Pricewaterhousecoopers Asesores de Negocios, S.L., donde ni siquiera se sanciona a la matriz, o con T-Systems ITC Iberia, S.A.U., cuya matriz Systems International GmbH es sancionada pero no así la matriz de esta última (Deutsche Telekom). Sin embargo, existen otras resoluciones en las que la CNMC llega hasta el final, independientemente de que entre la matriz última y la filial existan sociedades interpuestas, como pone de relieve la Resolución de 29 de septiembre de 2021, Expediente S/DC/0614/17, Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias, o la Resolución de 4 de julio de 2023, Expediente S/0002/21, Bases de Datos Empresariales. En este último caso, se sancionó a la agencia de *rating* Moody's por la infracción que cometió su filial española (adquirida en 2017) Bureau Van Dijk Publicaciones Electrónicas, S.A., que tenía a su vez dos matrices intermedias con el mismo nombre (una en Suiza y otra en Holanda).

Es complicado averiguar qué es lo que lleva a la CNMC a esta práctica y por qué en algunos casos se llega hasta la matriz última y en otros no. Quizá la colaboración existente entre las diferentes autoridades nacionales de competencia mediante la conocida como *European Competition Network* lleven a la CNMC a dirigir el procedimiento sancionador a lo sumo contra una matriz situada en territorio de la Unión Europea. Por el contrario, si la sociedad está domiciliada en un tercer Estado tanto la tramitación del procedimiento administrativo sancionador como la eventual ejecución forzosa de la sanción es más complicada y costosa⁴⁹⁶. No obstante, también se encuentran sanciones a

⁴⁹⁶ José María BAÑO LEÓN en *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, cit., p. 258, cita un caso en el que el ya extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, en un momento en el que no existía una colaboración tan estrecha entre las autoridades de competencia de los Estados miembros, atribuyó la responsabilidad a una matriz española intermedia de un grupo internacional por la infracción que había cometido la filial (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de julio de 1992, *Aceites*), y explica dicha imputación en los siguientes términos: «En este caso parecen haber jugado factores de eficacia administrativa de dudosa legalidad [...]. Ante el temor de no disponer de mecanismos para hacer efectivas las multas de las empresas residentes en el extranjero,

matrices que están domiciliadas en terceros Estados con los que no se tiene ningún tratado internacional que, por ejemplo, permita ejecutar en ese territorio la multa correspondiente. Por ejemplo, como se acaba de mencionar, la CNMC recientemente sancionó a Moody's pese a que esta está domiciliada en Estados Unidos⁴⁹⁷.

Esta cuestión, hasta donde llega mi conocimiento, no se ha planteado aún en la doctrina ni tampoco en la jurisprudencia. Los estudios sobre la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora se han centrado en su mayoría en su admisibilidad para la incoación de los procedimientos administrativos sancionadores⁴⁹⁸.

se carga a la empresa española, imponiéndole una responsabilidad solidaria que en la Ley no aparece por ninguna parte».

⁴⁹⁷ En realidad, no existe ningún Tratado Internacional que contemple algún tipo de asistencia mutua para la ejecución de multas pecuniarias en materia de competencia; a lo sumo, existen algunos en materia de infracciones aduaneras, cuestión que evidentemente queda fuera del objeto de este trabajo (Se puede consultar todos los tratados internacionales ratificados por España en la Guía de Tratados Bilaterales con Estados que publica el ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación). En el caso en concreto de Estados Unidos existe un Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, hecho el 20 de noviembre de 1990 y ratificado por España el 17 de junio de 1993. Sin embargo, este tratado solo se aplica para «delitos» y en ningún apartado se contempla la posible ejecución de una multa impuesta por alguno de los dos Estados firmantes.

⁴⁹⁸ Para un tratamiento completo de la discrecionalidad y el ejercicio de la potestad sancionadora es obligatoria la consulta a la obra de GÓMEZ GONZÁLEZ, R.F., *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, *in totum*, aunque se recogen las diferentes manifestaciones de la discrecionalidad en la imposición de sanciones administrativas en las pp. 192-262. También, *vid.* BAÑO LEÓN, J. M.^a, «Discrecionalidad administrativa en las sanciones de Derecho de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J., CUERDO MIR, M. (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, cit., pp. 467-487. DESDENTADO DAROCA, E., «Discrecionalidad administrativa en la imposición de sanciones», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, cit., pp. 340-349, HUERGO LORA, A., «La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos», cit., pp. 189-238, NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 99-109, REBOLLO PUIG, M., «El ejercicio obligado o facultativo de la potestad sancionadora. Legitimación para exigir su ejercicio», en REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 473-513, y del mismo autor y referido al ámbito del Derecho de la competencia aunque con reflexiones extrapolables a la teoría general, «Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora», en GUILLÉN CARAMÉS, J., CUERDO MIR, M. (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, cit., pp. 407-466, en especial, pp. 410-427. Con carácter general, la doctrina considera conveniente la introducción de una suerte de «oportunidad reglada» a la hora de incoar los procedimientos administrativos sancionadores o, con carácter previo, a dirigir el procedimiento de inspección frente a unos determinados sujetos. Lo impone la constatación de la realidad que impide que se sancionen todas y cada una de las infracciones que diariamente se cometen. Este no ejercicio de la potestad debe estar sujeto a límites y controles (de ahí la oportunidad reglada) y, por tanto, ser fiscalizable ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Creo que el control que sobre esta cuestión realiza el TJ sobre el archivo de las denuncias de la Comisión Europea (*vid.* apdo. 3.3 del presente Capítulo, en especial, la nota al pie n.º 398) es un buen ejemplo que debería trasladarse al caso español, ahora que la LDC ha admitido abiertamente esta posibilidad (artículo 49.4). Con todo, en nuestra doctrina existe alguna voz discrepante que aboga por una obligación absoluta, un «principio de oficialidad sin excepciones», tal y como defiende LOZANO CUTANDA, B., «El principio de oficialidad de la acción sancionadora y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad», *RAP*, n.º 161, 2003, pp. 83-121, pp. 83-100. En mi opinión, tal y como señala REBOLLO PUIG, M., «Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora», cit., p. 415, hay que estar a la concreta ley sectorial porque algunas parecen imponer tal principio de oficialidad, recogiendo el ejemplo del artículo 101.1 de la Ley de Costas.

También existen manifestaciones de esta discrecionalidad⁴⁹⁹ a la hora de decidir las sanciones a imponer o la forma de finalización del procedimiento administrativo sancionador, admitiendo en determinados sectores, como en el Derecho de la competencia, la terminación convencional⁵⁰⁰. Ya en una fase posterior se plantea la admisibilidad de la revocación de los actos administrativos sancionadores en aplicación de las disposiciones genéricas de la LPAC, o, incluso, existe algún ejemplo en la legislación sectorial que permite condonar la sanción por razones de oportunidad, como si de un indulto administrativo se tratase⁵⁰¹.

Probablemente, el Derecho sancionador de la competencia sea un campo apropiado para la introducción de algunas de esas facultades discrecionales antes y durante el procedimiento administrativo sancionador. De hecho, el influjo del Derecho europeo ha roto o ha contribuido a poner en cuestión el dogma del carácter absolutamente reglado de la potestad sancionadora, tal y como puso de relieve ya hace unos años el estudio de Alejandro HUERGO LORA, precisamente apoyado en la práctica de la Comisión Europea

⁴⁹⁹ Utilizo esta expresión de «manifestaciones concretas de la discrecionalidad» porque me parece la más adecuada en cuanto que ejemplifica esa idea de potestad reglada, pero con elementos discrecionales que ha defendido REBOLLO PUIG, M., «Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora», cit., p. 413.

⁵⁰⁰ Una práctica que también se encuentra dentro de la discrecionalidad en la no imposición de sanciones y que se puede vincular con la no iniciación del procedimiento administrativo sancionador es la de las cartas admonitorias, mediante las cuales la Administración «avisa» de que se está cometiendo una infracción para que cese en su conducta y así evitar consecuencias más graves. Esta práctica «informal» tiene incluso especial acogida legislativa (artículo 22 de la Ley 23/2015 de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social) y se aplica por otras Administraciones, como la CNMV, sin una cobertura legal expresa. Todas estas cuestiones de un modo más amplio se detallan en el trabajo de GARCÍA LUENGO, J., «Las cartas admonitorias como alternativa al ejercicio de la potestad sancionadora», en HUERGO LORA, A. (dir.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 101-128.

⁵⁰¹ Ha defendido la posibilidad de revocar los actos administrativos sancionadores con los límites a los que sujeta esta potestad la LPAC, SANZ RUBIALES, I., «Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad», *RAP*, n.º 148, 1999, pp. 359-385, pp. 369-385. Por otro lado, cabe destacar la regulación sobre la condonación de sanciones administrativas contenida en la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas. En este sentido, además de regular un procedimiento específico para la revocación de la sanción (artículo 21), se establece en el artículo 20 que la revocación podrá concederse «cuando, atendidas todas las circunstancias del caso concreto, se aprecie que la respuesta punitiva, aun conforme con la legalidad vigente, no resulta adecuada a lo que la equidad propugna en dicho caso concreto, y siempre que no haya otra vía en derecho para lograr el fin de justicia concreta que la revocación pretende» (artículo 20.1) o cuando «exista un interés general concreto y determinado que lo reclame con evidencia» (artículo 20.2). También se permite la conmutación de la sanción por otra de menor gravedad (artículo 20.3). En la legislación sectorial se suele citar el ejemplo de las sanciones en el mercado de valores, ahora recogido en el artículo 273 de la vigente LMV, que permite condonar total o parcialmente o aplazar el pago de las multas impuestas a personas jurídicas «cuando hayan pasado a estar controladas por otros accionistas después de cometerse la infracción, estén incurso en un procedimiento concursal, o se den otras circunstancias excepcionales que hagan que el cumplimiento de la sanción en sus propios términos atente contra la equidad o perjudique a los intereses generales». No obstante, esta posibilidad se limita a transmisiones de acciones en las que no haya mediado precio (artículo 273.3).

sobre la priorización de denuncias⁵⁰², la cual ya se recoge, incluso, en el artículo 49.4 de la LDC. Y es que el presupuesto para reconocer a la Administración determinados márgenes de apreciación en el ejercicio de la potestad sancionadora tiene que ser, en primer lugar, su cobertura legal. En la cuestión que aquí nos atañe no se encuentra ninguna disposición en la LDC que permita a la CNMC elegir qué matriz resulta sancionada o si, en un determinado caso, se prescinde de su sanción, pese a que pueda estar justificada por operar la presunción. El artículo 61.2 recoge que la actuación de una empresa «es también imputable» por lo que no parece que se reconozca ningún margen. A mi parecer no es suficiente que el artículo 63.1 de la LDC establezca que los órganos competentes **podrán** imponer sanciones a las empresas, esto, como mucho, puede abrir la puerta a la discrecionalidad en la incoación de un procedimiento (lo que, como digo, ya está recogido en el artículo 49.4 de la LDC), e, incluso, a la no imposición de una sanción en un caso concreto, pese a declararse la comisión de una infracción⁵⁰³.

La complejidad de los grupos de empresas unido al, en muchas ocasiones, carácter internacional de los mismos hace necesaria la introducción de ciertas dosis de discrecionalidad a la hora de seleccionar las sociedades del grupo que responderán de la sanción administrativa. No tiene sentido obligar a la Administración a dirigir un procedimiento administrativo sancionador contra una sociedad contra la que sabe que no va a poder cobrar la multa, o que se enfrentará a muchísimos problemas para ello. Como indica Rosa Fernanda GÓMEZ GONZÁLEZ, la atribución de márgenes de apreciación a la Administración sirve precisamente para que esta «pueda ejercer, conforme a los objetivos que persigue, la potestad punitiva otorgada»⁵⁰⁴.

Sin embargo, no se puede permitir que la CNMC «campe a sus anchas» a la hora de elegir contra quién ejerce la potestad administrativa sancionadora. No obstante, el control sobre esta cuestión es extremadamente difícil. En primer lugar, porque la elección de una matriz u otra, aunque no es una cuestión neutral, si es menos importante en grupos absolutamente integrados. Además, como la CNMC no toma en consideración el volumen de negocios de la sociedad matriz, llegar hasta la última sociedad no asegura que la multa sea más elevada. En este contexto, resulta difícil pensar que un particular, siempre y cuando tenga un interés legítimo (por ser un competidor de la empresa o por resultar

⁵⁰² HUERGO LORA, A., «La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos», cit., pp. 222-238.

⁵⁰³ Existe algún ejemplo al respecto precisamente en el ámbito de sanciones de competencia, como recoge REBOLLO PUIG, M., «Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora», cit., p. 425.

⁵⁰⁴ GÓMEZ GONZÁLEZ, R.F., *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora*, cit., p. 165.

afectado por la infracción) impugne la resolución de la CNMC para exigir que se sancione a otra matriz diferente. Podría plantearse una posible impugnación en el caso de modificaciones estructurales o compras de empresas a lo largo del periodo infractor. Imagínese el supuesto nada desdeñable en el que una matriz intermedia de un grupo es adquirida por una empresa la cual también adquiere, indirectamente, a la filial infractora convirtiéndose en su nueva matriz. La nueva empresa adquirente pretenderá que la CNMC declare responsable solidaria a la matriz que está en la cúspide del grupo y no a la matriz intermedia para así, al menos, intentar que parte de la multa la pueda pagar el anterior propietario de la empresa. Este caso no se ha dado todavía (sí a nivel comunitario, como se ha visto) pero creo que sería el único escenario en el que se podría plantear tal recurso por el no ejercicio de la potestad sancionadora en este ámbito.

Distinto es el caso en el que la CNMC prescinde de responsabilizar a las sociedades matrices. De nuevo, y conforme al sistema de cálculo actual, no incidiría en la cuantía de la sanción, pero tendría una serie de consecuencias «indirectas» que podrían llevar a algún particular a la impugnación de la resolución administrativa. En primer lugar, la publicación de la resolución sancionadora lleva aparejada la publicidad del nombre del infractor; como se comprenderá, no es lo mismo declarar responsable de una infracción a la sociedad «Cobra», que pocos la hubiésemos vinculado con el grupo ACS, que a la matriz de este grupo⁵⁰⁵. Pero, sobre todo, la responsabilidad de la matriz es muy importante porque amplía los sujetos frente a los que se puede ejercitar la acción *follow on* de reclamación de daños. Cuando son muchos los afectados por la conducta contraria a la competencia se puede correr el riesgo de la insolvencia de la filial infractora y la falta de imputación de la sociedad matriz desde luego que complica las cosas, pese a que, teóricamente, el artículo 71.2 b) de la LDC permite también declarar a la matriz responsable de los daños de su filial. Pero si esto no lo ha hecho previamente la CNMC para la imposición de una multa, será un argumento muy poderoso para la parte demandada que alegará la autonomía de su filial. Como digo, en este contexto es perfectamente posible que los sujetos que tengan un interés legítimo puedan recurrir en vía contenciosa la sanción de la CNMC. A estos se les reconoce legitimación incluso para

⁵⁰⁵ A fecha de la resolución sancionadora Actualmente Cobra ya no pertenece al grupo ACS sino a la francesa «Vinci»: <https://elpais.com/economia/2021-12-31/acs-formaliza-la-venta-de-cobra-a-la-francesa-vinci-por-4902-millones.html>

para solicitar que se sancione a todos los sujetos que legalmente corresponda⁵⁰⁶, entre ellos a la matriz en virtud del artículo 61.2 de la LDC.

Con todo, el problema de esta impugnación es que normalmente se hará a ciegas. En las resoluciones de la CNMC se suele indicar la estructura del grupo de la filial infractora (así he constatado la práctica que describo) pero no los motivos que llevan a elegir a una matriz u a otra o los que directamente hacen que la CNMC prescinda de sancionar a la matriz. En este contexto, la CNMC podría verse obligada a aportar nuevos argumentos a la hora de contestar a la demanda si quiere defender la legalidad de su resolución. Esto nos lleva al problema de la aportación de nuevos argumentos en el contencioso y la indefensión que podría generar a las partes que impugnan la resolución sin conocer previamente las razones que llevan a la Administración a adoptar tal solución⁵⁰⁷. Sin embargo, en este contexto parece inevitable que así sea porque precisamente lo que se controla es un «no ejercicio» de una potestad carente de motivación.

Además, a lo sumo, lo máximo que podrá obtener la parte recurrente es una sentencia que obligue a la Administración a tramitar un nuevo procedimiento sancionador contra la matriz, con el riesgo de que la infracción ya esté prescrita porque, en principio, la interrupción de la prescripción para la filial no se extiende hacia la matriz (aunque esto podría revisarse). Si este es el panorama, no queda más remedio que exigirle al Legislador una reforma clara del artículo 61.2 de la LDC y a la CNMC un criterio de actuación más claro a la hora de determinar la matriz responsable de la infracción.

c) La responsabilidad de la Administración pública matriz

La jurisprudencia del TJ sobre la responsabilidad de las Administraciones públicas solo permite sancionar a estas cuando actúen como empresas en el mercado. Aun en los casos en los que sea la propia Administración quien fomente la comisión de la infracción (por ejemplo, porque asista o impulse reuniones entre los competidores), si esta no actúa como una empresa, se descarta cualquier tipo de responsabilidad sancionadora. Partiendo de esta idea, habíamos rechazado que la Comisión Europea sancionase a la Administración matriz de una empresa pública por las infracciones que esta hubiese cometido, pese a que los controles que puede ejercer una Administración sobre sus entes

⁵⁰⁶ REBOLLO PUIG, M., «Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora», cit., p. 453.

⁵⁰⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* HUERGO LORA, A., «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 145, 1998, pp. 89-116.

públicos adscritos llevarían a la conclusión de que estos no actúan con la suficiente autonomía en el mercado⁵⁰⁸.

En España la cuestión se torna algo diferente porque el punto de partida es diferente. Pese a las críticas de algún sector de la doctrina, la CNMC sanciona a las Administraciones públicas no solo cuando actúan como operadores de mercado sino también cuando actúan como «poder público» y mediante su «actividad informal» o «material» participan en la comisión de una infracción de competencia⁵⁰⁹. Por lo tanto, lo que en el ámbito de las sanciones europeas impedía sancionar a la Administración ya no rige cuando los procedimientos sancionadores son tramitados por la CNMC o, incluso, por las autoridades autonómicas de competencia⁵¹⁰. No obstante, los casos en los que se

⁵⁰⁸ *Vid. supra.* apdo. 3.5 c) del presente Capítulo.

⁵⁰⁹ Se muestra crítico con esta práctica, MARCOS FERNÁNDEZ, F., «¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?», cit., pp. 1-41. El autor considera acertadamente que la práctica de la CNMC se aparta de la jurisprudencia del TJ al respecto (aunque, de nuevo, creo que lo primero sería determinar si esta cuestión viene determinada exclusivamente por el Derecho europeo o existe algún margen de apreciación para los EM). Pero también señala el cambio de criterio de la CNC que en anteriores expedientes sancionadores no había sancionado a la Administración pública facilitadora del cártel hasta el conocido como «Cártel de los vinos de Jerez» (Expediente S/0167/09/ Productores de Uva y Vinos de Jerez). En este caso la CNC por primera vez decidió declarar responsable de la infracción a una Administración pública en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público, en concreto a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, aunque no se la llegó a sancionar. Lo mismo sucedió en un expediente posterior (S/0314/10, Puerto de Valencia) en el que se declara responsable de la infracción a la Consellería de Infraestructura y Transportes, pero no se le impuso sanción alguna (una exposición sobre la situación anterior a estas resoluciones puede encontrarse en BAÑO LEÓN, J. M.^a, «Libre competencia y Administración Pública: Derecho Administrativo y Derecho antitrust», en REBOLLO PUIG, M., (dir.), *Derecho de la regulación económica. IX Comercio Interior (Tomo II)*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 1203-1259, pp. 1214-1223). Lo cierto es que, según MARCOS FERNÁNDEZ, no había razones para tal cambio de criterio, pero, al menos, me parece de alabar la práctica en este caso de la CNC de no imponer sanciones precisamente por haber cambiado ese criterio. Por último, y en esto coincido plenamente con el autor, se utiliza como título de imputación la figura del «facilitador» que en ningún caso aparece recogida en la LDC y pone en duda la aplicación del principio de legalidad sancionadora, tal y como ha estudiado MARTÍN FERNÁNDEZ, C., «El facilitador de infracciones de competencia», cit., pp. 559-572. Sobre la responsabilidad de la Administración pública en los casos en los que no actúa como operador económico, *vid. también*, MARTÍN FERNÁNDEZ, C., «¿Puede la autoridad de competencia sancionar a la Administración por vulnerar la libre competencia actuando como poder público? Una visión comparada de España e Italia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, cit., pp. 455-498, pp. 459-465 y CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, M., «La administración pública como infractora de las normas de competencia: ¿aplicación extensiva o racional?», cit., pp. 73-97.

⁵¹⁰ Cuando existe un acto administrativo o incluso un reglamento que pueda restringir la competencia y por tanto ser contrario a la LDC, la CNMC ya no sanciona, sino que está legitimada para impugnar ese acto o reglamento ante la jurisdicción contenciosa, tal y como recoge el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Existe un debate en la doctrina, del que da cuenta MARTÍN FERNÁNDEZ, C., *Ibid.*, pp. 482-485 sobre si la CNMC puede sancionar a la Administración una vez declarada la invalidez en vía contenciosa del acto administrativo o del reglamento (o, incluso, sin necesidad de declararla, lo que a mí me parece totalmente improcedente en virtud de la presunción de validez y, en definitiva, de que esa norma o acto es eficaz mientras no se anule. No se puede mediante el ejercicio de una potestad sancionadora de dudoso encaje legal soterrar esa eficacia y validez. Como ha indicado BAÑO LEÓN, la presunción de validez de los actos y reglamentos puede ser

sanciona a estas Administraciones son por su participación directa en la infracción. En ningún caso se plantea, y esto es lógico, extender la responsabilidad a la Administración matriz como si de una sociedad *holding* se tratase.

Las últimas resoluciones de la CNMC acreditan lo anterior. Como ya se ha puesto de manifiesto, en la Resolución de 18 de febrero de 2022 (Expediente S/0041/19) se impone una multa a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos sin ni siquiera plantearse la posible responsabilidad solidaria de la SEPI (titular del 100% de las acciones) ni tampoco del ministerio de Hacienda, al cual está adscrita esta última. Por el contrario, esta extensión de responsabilidad se aprecia en la Resolución de la CNMC de 8 de marzo de 2018, (Expediente S/DC/0788/16, Mensajería y Paquetería empresarial) donde se sanciona a Correos Express Paquetería Urgente y solidariamente por su condición de matriz a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos. Es decir, en el ámbito de las

enervada, pero tiene que ser la Ley la que expresamente lo reconozca. *Vid.* BAÑO LEÓN, J. M.^a, «La aplicación del derecho “antitrust” a la administración pública», en GUILLÉN CARAMÉS, J., (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 61-86, pp. 67-68.) La reciente STS de 30 de marzo de 2023, ECLI:ES:TS:2023:1624 parece excluir esa sanción cuando haya un acto o reglamento previo, fiándolo todo a la vía contenciosa (FJ^o5). Independientemente de esta cuestión, cuando existe una actividad «formal» de la Administración la CNMC cuenta con un remedio (el recurso), más o menos eficaz, del cual carece cuando esta actividad es informal, lo que la obliga a acudir directamente a la imposición de sanciones o incluso a otros métodos como la terminación convencional del procedimiento sancionador (tal y como detalla MARCOS FERNÁNDEZ, F., «¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?», cit., pp. 31-34). Creo que de esta práctica tiene gran parte de culpa la configuración del objeto del contencioso-administrativo en España anclada en la necesidad, por lo general, de deducir una pretensión frente a un acto administrativo o a un reglamento (con la excepción de la vía de hecho y el recurso frente a la inactividad). Fuera de estas opciones, no existe, al estilo alemán, la posibilidad de ejercitar una acción contra cualquier actuación material de la Administración que permita impugnar, volviendo a nuestro caso, estas conductas materiales contrarias a la defensa de la competencia (con petición de medidas cautelares de cese de esa conducta) y que no están respaldadas en un acto o un reglamento. La reforma del contencioso en esta cuestión mediante la apertura del objeto del proceso sería otra vía más para evitar la inadecuada técnica de llevar a las Administraciones públicas (cuando no actúan como empresas) al procedimiento sancionador. Tomo estas reflexiones (que traslado al ámbito de la competencia) del trabajo de HUERGO LORA, A., «Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada», *RAP*, n.º 189, 2012, pp. 41-73. Baste añadir, que el recurso a la vía de hecho no sirve para impugnar esta actividad material. En primer lugar, porque el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia solo legitima a la CNMC para impugnar actos y reglamentos, pero, además, porque no toda actividad material equivale a una vía de hecho, tan solo aquella que tenga naturaleza «coactiva» (que no es el caso) e, incluso, no toda actividad coactiva puede ser reconducible por la vía de hecho. Sobre la insuficiencia del recurso de la vía de hecho para impugnar la actividad material de la Administración, *vid.* de nuevo, HUERGO LORA, A., «Del recurso contra la vía de hecho al recurso contra la actividad material de la Administración», *RGDA*, n.º 28, 2011, pp. 1-19, pp. 4-14. Sin embargo, ha defendido la legitimación de la autoridad de competencia para impugnar la vía de hecho—siempre que restrinja la libre competencia— de una Administración, GUILLÉN CARAMÉS, J., «La impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J., (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, cit., pp. 441-457, pp. 450-452. Sin embargo, hay que aclarar que su análisis se produce en un contexto legislativo previo a la entrada en vigor de la Ley 3/2013.

empresas públicas, la responsabilidad de la matriz se cierra en la última «empresa» del grupo, sin traspasar, *a priori*, a otras administraciones.

Ahora bien, si esa Administración interviene directamente en la conducta de la empresa infractora el resultado puede ser diferente. Lo que la CNMC en principio no aplica es la presunción del ejercicio de una influencia decisiva, pero eso no significa que cuando la Administración participe en la infracción a través de su empresa no pueda ser ella también sancionada. En el ámbito de la AGE es complicado que esto ocurra, pero no así en sociedades mercantiles locales donde muchas veces los propios concejales del Ayuntamiento integran el órgano de administración de la sociedad. En este sentido, en la Resolución de 3 de marzo de 2009 (Expediente 650/08 Funerarias Baleares) se impone una multa a la sociedad mercantil local EFMSA (Empresa Funeraria Municipal, S.A.) por abuso de posición de dominio de la que se declara responsable solidario al Ayuntamiento de Palma de Mallorca. En este caso, la presidencia de EFMSA recaía en una concejalía por lo que existía una conexión muy cercana entre el Ayuntamiento y la propia sociedad. Y, por ello, la CNC decide declarar responsable solidario al Ayuntamiento, ya que, según la propia resolución «la conducta de una empresa, en este caso EFMSA, es también imputable a la que la controla, el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, porque el comportamiento de aquella está determinado por esta».

Por lo tanto, cuando exista una verdadera «confusión» entre la Administración pública matriz y su empresa pública no es descartable que la CNMC extienda la responsabilidad hacia esta Administración. Ciertamente esto ha ocurrido una vez y para una sociedad mercantil local, pero creo que, de seguir este criterio, muchos Ayuntamientos podrían resultar afectados. No así las sociedades estatales donde tal confusión no se da. Este criterio se puede apreciar también para un tema ciertamente paralelo al aquí expuesto como es el de la responsabilidad de la Administración matriz por las deudas de sus sociedades mercantiles públicas. Carmen CHINCHILLA MARTÍN ha dado cuenta de la multitud de sentencias que precisamente declaran o extienden esta responsabilidad sobre todo cuando se produce una coincidencia entre las personas que ocupan los órganos de la Administración matriz y los de la sociedad⁵¹¹. Si bien esta cuestión, como destaca la autora, no está en absoluto cerrada (porque existen pronunciamientos de todo tipo), esa coincidencia de representantes que resta autonomía

⁵¹¹ CHINCHILLA MARÍN, C., «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?», cit., pp. 48-56.

a la sociedad pública suele ser un criterio determinante a la hora de extender la responsabilidad⁵¹².

6. POSIBLE EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA MÁS ALLÁ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

6.1. Incorporación a la LRJSP

El concepto de empresa, en su vertiente de responsabilidad de la sociedad matriz por las conductas de sus filiales, nació en un contexto muy determinado y para un tipo de infracciones muy peculiares como son las del Derecho de la competencia. Por eso, sería apresurado incorporar este concepto de forma genérica, por ejemplo, en la LRJSP. Más allá de la idea de la «empresa» como responsable de una infracción, existen diferentes fórmulas que permiten afrontar el problema de la autoría y responsabilidad de las infracciones dentro del grupo de empresas. La solución básica y más fácil de extender a cualquier ley sectorial es la de la autoría mediata de la sociedad matriz. Si la matriz se aprovecha de su filial para cometer una infracción, si esta es un instrumento de aquella, lo lógico es que tanto la matriz como la filial puedan ser consideradas autoras de esa infracción y, por lo tanto, responsables de las sanciones que correspondan. Al igual que ha hecho la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, la LRJSP puede incorporar en el artículo 28.1 la autoría mediata entre personas jurídicas (y, por supuesto, entre personas físicas). Esta reforma debería enmarcarse en una regulación mucho más ambiciosa de la autoría y la participación en el Derecho administrativo sancionador, tal y como reclama la doctrina⁵¹³. La extensión de esta responsabilidad, es decir, qué sanción o sanciones corresponden a cada una es una cuestión que queda reservada para el siguiente capítulo. Baste apuntar que el principio que debe regir aquí es el de sancionar a la matriz y a la filial como si se

⁵¹² De hecho, en las «acotaciones» al trabajo de CHINCHILLA MARTÍN que hace Mercedes FUERTES LÓPEZ precisamente se señala que, pese a que existen sentencias que admiten la responsabilidad del ente matriz y otras que no, y pese al abundante número de pronunciamientos judiciales, «sí se advierten algunos hilos que enhebran las soluciones con criterios similares. Así, es más frecuente encontrar condenas a los ayuntamientos a satisfacer las deudas sociales cuando sabemos que la junta general es el Pleno municipal o que muchos consejos de administración se integran por concejales y funcionarios locales. Pero fuera de esos casos trasladar la responsabilidad no es tan común». Además, la propia autora muestra una postura más restrictiva que CHINCHILLA MARTÍN sobre la admisión de la responsabilidad civil de la administración matriz, aunque la admite precisamente en estos casos en los que se produce un solapamiento de los cargos. Vid. FUERTES LÓPEZ, M., «Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas», *RAP*, n.º 206, pp. 67-97, pp. 71-75.

⁵¹³ Vid. CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración», cit., pp. 34-35.

tratasen de un único sujeto, lo que traducido al ámbito de las multas permite hacer responsables solidarios a la matriz y a la filial de una única sanción (y no imponer una a cada sociedad).

No obstante, el concepto de empresa debería incorporarse, ahora sí, a la LRJSP, para posibilitar la responsabilidad de la matriz por las multas impuestas a sus sociedades filiales. Esta responsabilidad debería de ser subsidiaria, limitada a los casos en los que la filial no pueda afrontar el pago íntegro de la multa. Al igual que sucede en la aplicación del concepto de empresa por las autoridades de competencia, la Administración debería de contar con un margen de apreciación a la hora de seleccionar la concreta sociedad del grupo sobre la que ejecutar esa multa. Esa selección no puede ser aleatoria y debería estar presidida por el criterio de la facilidad en la ejecución de esa multa. Como se verá más adelante, aunque algo se ha apuntado en este Capítulo, la ejecución de sanciones administrativas a sociedades que están domiciliadas en el extranjero y que no tienen bienes en España se antoja complicado. La Administración ya no puede hacer uso de sus potestad ejecutiva y deberá requerir de la colaboración de otra Administración extranjera donde radiquen los bienes de esa sociedad matriz.

6.2. Extensión a otras leyes sectoriales

La extensión del concepto de empresa, salvo la excepción que se acaba de mencionar, deberá decidirse en función de las características del ámbito de aplicación de una determinada ley. Por el momento, ya se ha señalado que en otros ámbitos donde las infracciones son particularmente graves– infracciones de la *FCPA* por conductas de corrupción internacional– se iba admitiendo progresivamente la responsabilidad de la matriz por las infracciones cometidas por su filial, con argumentos muy próximos a la doctrina de la empresa.

Otro sector en el que se permite responsabilizar a las matrices de las conductas de sus filiales es en el de las llamadas «sanciones» del Banco Mundial⁵¹⁴. Estas sanciones se enmarcan en la colaboración que existe entre el Banco Internacional de Reconstrucción y Comercio y el propio Banco Mundial. El Banco Internacional de Reconstrucción y Comercio otorga préstamos a los Estados para la construcción de infraestructuras y encarga la gestión y el control sobre esos préstamos al Banco Mundial. En el ejercicio de

⁵¹⁴ Para una explicación más detallada de las sanciones del Banco Mundial, *vid.* NIETO MARTÍN, A., «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho global», *cit.*, pp. 63-66, y MARTÍNEZ SALTÓ, I., y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, P., «Introducción al sistema de sanciones del Banco Mundial: régimen sancionador y prácticas sancionables», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2021, pp. 1-22.

sus competencias de supervisión, el Banco Mundial impone una serie de medidas (mal llamadas sanciones) a las empresas (privadas) que participan en el desarrollo de los proyectos financiados por una serie de conductas particularmente graves (corrupción, estafa, acuerdos colusorios y obstrucción a la justicia)⁵¹⁵. En este sentido, en el documento que regula el procedimiento para la imposición de «sanciones» por parte del Banco Mundial⁵¹⁶ se aclara que las sanciones también pueden imponerse a los «afiliados», esto es, «cualquier persona natural o jurídica que controla, está controlada o está bajo el mismo control» que la empresa sancionada.

Por su parte, el concepto de empresa también parece haber recalado el ámbito de la protección de datos. El expositivo 150 del RGPD aclara que «si las multas administrativas se imponen a una empresa, por tal debe entenderse una empresa con arreglo a los artículos 101 y 102 del TFUE». Este párrafo le ha servido al Comité Europeo de Protección de Datos para entender, en sus Directrices sobre el cálculo de multas, que las autoridades nacionales encargadas de imponer las multas correspondientes puedan sancionar a la matriz por las infracciones que comete su filial. Al igual que sucede en el Derecho sancionador de la competencia, se trata de una responsabilidad solidaria junto con su filial de una única multa. Misma solución creo que debería extenderse a aquellos sectores en los que la propia normativa europea ya impone que a la hora de calcular la multa, se utilice como referencia el volumen de negocios consolidado de la matriz (blanqueo de capitales, mercado de valores y supervisión bancaria)⁵¹⁷.

Como consecuencia de lo anterior, me parece que el concepto de empresa debe reservarse a aquellos sectores en los que los protagonistas son las grandes empresas, o en los que las infracciones más graves o que más daños producen son las cometidas por estos

⁵¹⁵ Digo que el término sanción, al menos en su sentido estricto, no es correcto porque ni el Banco Mundial, como organización internacional que es tiene una potestad sancionadora propiamente dicha, ni la naturaleza de las medidas responde a un fin exclusivamente aflictivo. En este sentido, estas medidas pueden ser de tres tipos: la amonestación, la restitución (devolución de las cantidades asignadas y los beneficios que se pudieran haber obtenido) y el *debarment*, que es una suerte de prohibición de contratar que impide a la empresa o empresas sancionadas participar de forma definitiva o durante un periodo determinado en los proyectos financiados por el Banco Internacional de Reconstrucción y Comercio. No obstante, probablemente el término sanción se utilice para facilitar la explicación del protagonismo creciente de actores no estatales en la persecución de determinados delitos e infracciones, mediante procedimientos a los que se les incorpora muchas de las garantías propias del *ius puniendi* estatal, sobre todo aquellas vinculadas con el derecho de defensa (sobre este fenómeno, *vid.* NIETO MARTÍN, A., *Ibid.*, pp. 63-66). Sin embargo, pese a ese traslado de garantías, se puede apreciar cómo sin mayores problemas se prescinde de la responsabilidad personal de la persona jurídica para extenderla a aquellas personas con las que forma un grupo.

⁵¹⁶ Disponible: <https://www.worldbank.org/en/about/unit/sanctions-system/sanctions-board/key-documents>

⁵¹⁷ *Vid. infra.* apdo. 4.2 del Capítulo IV.

entes. Un ejemplo puede ser el futuro Reglamento sobre Inteligencia Artificial de la UE, aunque en el texto de la propuesta de Reglamento, si bien se habla de sanciones a «empresas», no se aclara, tal y como hace el RGPD, si este concepto debe interpretarse con arreglo al Derecho de la competencia. En consecuencia, también me parecen acertadas las sugerencias de alguna doctrina penal de trasladar también a la responsabilidad penal de las personas jurídicas el concepto de empresa⁵¹⁸, bajo la perspectiva de que las conductas recogidas en el Código Penal son aquellas que revisten de mayor gravedad. En cualquier caso, el concepto de empresa está muy vinculado a la imposición de unas sanciones muy concretas como son las multas administrativas y responde, precisamente, a la idea de lograr que estas se adapten mucho mejor a la realidad económica del infractor (una empresa integrada dentro de un grupo) y de garantizar el cobro de esta. Para la imposición de sanciones no pecuniarias, los criterios para responsabilizar a la matriz deberían ser otros. Lo expongo en el siguiente capítulo con mayor detenimiento.

⁵¹⁸ Vid. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., pp. 29-30, que afirma que «un salto similar debe efectuarse a fin de solventar los casos de grupos de empresas, en los que, aunque la infracción pueda localizarse en una filial, la responsabilidad última y, por tanto, la sanción debe localizarse y determinarse atendiendo a la empresa madre. **El derecho sancionador de la Unión Europea ha aportado ya soluciones razonables en este punto**».

IV

LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y EL GRUPO DE EMPRESAS

1. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD CONJUNTA DE LA MATRIZ Y LA FILIAL

Cuando una matriz es responsable por una infracción que comete su filial, es importante determinar hasta dónde llega su responsabilidad (la de la matriz). Es decir, de qué tipo de sanciones debería ser responsable la sociedad matriz. Lo primero de todo es diferenciar la multa del resto de las sanciones administrativas. En cuanto a la primera, se debería generalizar la solución del Derecho sancionador de la competencia, esto es, la responsabilidad solidaria de la matriz y la filial respecto a una única multa. Se debe descartar la imposición de dos o más sanciones de multa, una por cada sociedad del grupo responsable de la misma infracción. Precisamente de lo que se trata es de buscar reglas que permitan tratar al grupo de empresas como una única realidad. Imponer una sanción a cada sociedad del grupo sería tanto como asumir que cada una ha actuado de forma individual y completamente independiente al resto de sociedades que forman dicho grupo. Lo importante no es el número de sanciones sino el importe final de esta, de tal forma que la multa en su conjunto sea proporcional pero también disuasoria. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico existen otro tipo de sanciones administrativas distintas de la multa⁵¹⁹. Sin embargo, la sencillez con la que opera la responsabilidad solidaria en el caso de las multas no es trasladable a este tipo de

⁵¹⁹ No entro en el debate sobre la naturaleza jurídica de algunas de estas sanciones administrativas, lo que además excedería del objeto de este trabajo. Baste apuntar que en nuestra doctrina existe un debate muy vivo al respecto. Por un lado, Miguel CASINO RUBIO ha defendido que solo la multa cumple verdaderamente ese requisito de ser un mal que se impone por la comisión de una infracción administrativa, que solo ella persigue en exclusiva dicha finalidad y que, por tanto, solo ella debería ser considerada como sanción. No obstante, esta opinión es minoritaria y la mayor parte de la doctrina admite la existencia de sanciones diferentes a la multa. Para los efectos de este trabajo, asumimos esta segunda postura por ser la que recogen las leyes, lo que hace que rijan las mismas garantías tanto para la imposición de la multa como para el resto de las sanciones comúnmente denominadas «accesorias». *Vid.* CASINO RUBIO, M., *El concepto constitucional de sanción administrativa*, cit., pp. 143-179, Huergo Lora, A., *Las sanciones administrativas*, cit., pp. 240-359, REBOLLO PUIG, M., «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», cit., pp. 54-84 o SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pp. 54-73.

sanciones. No es lo mismo imponer una única multa (si acaso más elevada por la circunstancia de haber sancionado a la matriz, como sucede en el Derecho sancionador de la competencia) que, por ejemplo, una prohibición de contratar que afecte tanto a la matriz como a la filial. Lo mismo se puede decir respecto de otras medidas que a veces se incluyen en el catálogo de sanciones accesorias de una determinada ley, como el cierre de locales, la prohibición de recibir subvenciones o la prohibición de ejercicio de una determinada actividad económica⁵²⁰.

En primer lugar, la responsabilidad solidaria de la matriz se justificaba en la necesidad de lograr una mayor capacidad disuasoria de la multa y así elevar su importe o asegurar su pago. No obstante, en algunas de las sanciones que hemos mencionado realmente no existe una causa que habilite la sanción a la sociedad matriz. Por ejemplo, prohibir a la matriz ejercer una actividad económica que no ejerce no eleva esa capacidad disuasoria de la multa. En esta circunstancia, la imposición de la sanción únicamente a la sociedad filial es suficiente.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad puede limitar la extensión de estas sanciones a la sociedad matriz. Imaginémonos el cierre de un establecimiento de la sociedad matriz por la comisión de una infracción en materia de consumidores (artículo 50.3 del TRLGDCU) producida en el ámbito de actividad de su sociedad filial. Es cierto, que la relación de las sanciones administrativas con la infracción que las precede es meramente «arbitraria»⁵²¹ o «incongruente»⁵²². La sanción tiene un carácter exclusivamente aflictivo, solo busca retribuir. Cuanto mayor sea esa relación, más difícil será justificar su naturaleza sancionadora (el ejemplo de la retirada del carné de conducir por la pérdida de puntos)⁵²³. Con la clausura de los locales sucede lo mismo: si el cierre del local se vincula con la actividad en la que se produce la infracción y su duración está condicionada a la remoción de los elementos que causan la infracción, no existe como tal una finalidad retributiva sino de restablecimiento de la legalidad o de satisfacción de otros

⁵²⁰ Es evidente que hay otras sanciones en las que ni siquiera se plantea el problema. Por ejemplo, siempre que la ley lo califique como sanción, la revocación de un acto favorable (una licencia) por la comisión de una determinada infracción. En este caso, solo se puede sancionar a la sociedad que sea titular de esa licencia. Lo contrario constituiría un acto administrativo nulo por su contenido imposible.

⁵²¹ Vid. HUERGO LORA, A., *Ibid.*, pp. 225-234.

⁵²² Vid. REBOLLO PUIG, M., *Ibid.*, pp. 67-68.

⁵²³ La prueba es que, precisamente con relación a la retirada del carné por la pérdida de puntos, existen posturas encontradas sobre su naturaleza sancionadora. A favor: CANO CAMPOS, T., «¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?», *RAP*, n.º 184, 2011, pp. 79-119, en contra: CASINO RUBIO, M., «La disputada naturaleza jurídica de la declaración de pérdida de vigencia del permiso de conducción por extinción del saldo de puntos», *Documentación Administrativa*, n.º 284-285, 2009, pp. 253-271.

finés de interés general (protección de los consumidores)⁵²⁴. Por lo tanto, la clausura del local, cuando es una verdadera sanción administrativa, no necesita guardar una relación ni con esa infracción previa ni con la actividad de la filial, pero sí debe respetar el principio de proporcionalidad. Esta cuestión debe valorarse caso a caso, aunque se pueden apuntar algunos criterios mínimos: (i) el grado de intervención de la sociedad matriz (su nivel de intervención en la conducta de la filial) y el carácter culposo o doloso de la infracción, (ii) la gravedad de esta y, (iii) la relación que exista entre la matriz y la filial. Si se produce una «confusión» entre ambas (mismos trabajadores, locales, personal o directivos), entonces es más fácil justificar la imposición de esa sanción accesoria. Si, por el contrario, matriz y filial tienen su propio ámbito de negocio y están claramente separadas la una de la otra, la sanción en este caso sí puede ser desproporcionada.

En tercer lugar, a los efectos de determinar las posibles sanciones a imponer, es fundamental valorar cuál es el grado de participación de la matriz en la infracción. No es lo mismo que la matriz haya participado directamente a través de su filial (un supuesto de autoría mediata) que la matriz sea declarada responsable, como ocurre en el Derecho sancionador de la competencia, por formar junto con su filial una unidad económica, sin necesidad de probar su involucración en los hechos. El problema en este caso es la compatibilidad de la sanción con la presunción de inocencia. De nuevo, creo que es necesario remitirnos a los motivos que habíamos empleado para justificar en el ámbito del Derecho sancionador de la competencia y, en general, para las personas jurídicas, la limitación del alcance de algunos principios. Entre otros, se había aludido al contenido patrimonial de la multa, que la convertía en una sanción administrativa «menos personal». Sin embargo, sin llegar a alcanzar el grado máximo que demandan las penas privativas de libertad, en estas sanciones accesorias sí existe un contenido que guarda una relación más directa con el autor de la infracción. Por lo tanto, si para la multa puede ser suficiente que matriz y filial sean parte de la misma «unidad económica», no debería ser así para la imposición de otras sanciones accesorias. En estos casos, me parece necesaria la prueba de la participación en la infracción. A lo sumo, se puede admitir que se impongan determinadas sanciones administrativas, pero limitando su alcance al de la filial. Por ejemplo, establecer la prohibición de contratar para la matriz y para la filial, pero limitando su extensión geográfica y objetiva (servicios o productos afectados por la

⁵²⁴ *Vid.* REBOLLO PUIG, M., *Ibid.*, p. 69.

prohibición) al ámbito en el que se produjo la infracción de la sociedad filial⁵²⁵. En este contexto, el interés que tiene sancionar a la matriz no es tanto aumentar el carácter disuasorio de la multa sino evitar que mediante reestructuraciones dentro del grupo o mediante movimiento de activos se consiga sortear la prohibición de contratar.

El criterio que se acaba de exponer se puede apreciar en una reciente y muy importante comunicación de la CNMC sobre la prohibición de contratar derivada de las infracciones de competencia. Según los artículos 72.2 y 72.3 de la LCSP, la determinación del alcance y duración de la prohibición de contratar puede ser apreciada por la propia CNMC (o por la autoridad autonómica de competencia) en la resolución sancionadora o por el ministro de Hacienda y Función Pública, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, una vez que se ha remitido el expediente por parte de la CNMC o la autoridad autonómica de competencia. Hasta ahora, la CNMC ha optado por esta segunda opción. En sus resoluciones tan solo declara de forma genérica la prohibición de contratar y da traslado del expediente al ministro de Hacienda y Función Pública para que fije su alcance y duración, lo que ha sido en ocasiones criticado⁵²⁶. Sin embargo, el pasado 13 de junio se aprobó la Comunicación 1/2023 de la CNMC sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia por la CNMC⁵²⁷. En esta Comunicación, la CNMC ya declara su intención de ejercer ella misma la competencia para determinar el alcance de la prohibición de contratar. La regla general para determinar el alcance geográfico y el alcance del bien o servicio sobre el que recaería la prohibición de contratar es que esta se ciña al correspondiente con la infracción. No obstante, se contempla la extensión del ámbito

⁵²⁵ Propone esta solución, GUILLÉN CARAMÉS, J., «Las prohibiciones de contratar por infracciones del Derecho de la competencia: ¿son o no verdaderas sanciones? La necesaria reconsideración de su naturaleza jurídica», cit., p. 350-351.

⁵²⁶ Uno de los principales problemas del procedimiento para la fijación del alcance y la duración de la prohibición de contratar por el ministro de Hacienda es que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado está integrada, entre otros, por «dos vocales de los representantes de las organizaciones empresariales designadas por el Presidente de la Comisión entre los que formen parte del Pleno», lo que desde luego le resta independencia a la hora de elaborar el informe preceptivo relacionado con la prohibición de contratar. Señala este problema y defiende la necesidad de que la CNMC asuma su propia competencia para determinar el alcance de la prohibición de contratar, CANEDO ARRILAGA, M.P., «La prohibición de contratar en materia de competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, cit., pp. 399-425, pp. 412-418.

⁵²⁷ Para un primer comentario sobre esta Comunicación, *vid.* GUILLÉN CARAMÉS, J., «Towards greater legal certainty in Public Enforcement of Competition Law: The CNMC Guidelines on Public Procurement Bans», en *Kluwer Competition Law Blog* (Blog), disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/07/21/towards-greater-legal-certainty-in-public-enforcement-of-competition-law-the-cnmc-guidelines-on-public-procurement-bans/>, (consultado el 21/07/2023).

geográfico o de producto de la prohibición de contratar en los casos en los que exista una «**implicación y vinculación activa** de otras entidades del mismo grupo empresarial en las prácticas sancionadas, incluidas las matrices responsables de la infracción»⁵²⁸.

Por lo tanto, la CNMC descarta la extensión de la prohibición de contratar salvo que se pruebe una «implicación» de otras sociedades del grupo, lo que requerirá, como es lógico, una prueba concluyente, sin que sea suficiente la presunción de ejercicio de influencia decisiva, que es válida para la responsabilidad solidaria sobre la multa. Por el momento, esta cuestión solo se ha planteado en el Derecho sancionador de la competencia (porque es donde el fenómeno de la responsabilidad de las matrices ha cobrado especial interés). No obstante, me parece que es un criterio que puede extenderse a cualquier otra situación en la que la matriz es declarada también responsable de la infracción. Si, en el procedimiento sancionador se prueba la involucración personal de esta en la infracción y, además, se respeta el principio de proporcionalidad, es posible que se impongan a la matriz las sanciones accesorias que correspondan.

Finalmente, aunque ya lo hemos adelantado mínimamente, quizá lo más importante respecto a estas sanciones accesorias sea contemplar medidas que garanticen su cumplimiento. Por ejemplo, imaginémosnos una filial a la que se le prohíbe ejercer una actividad o se le impone la prohibición de recibir determinadas subvenciones. Sería muy sencillo traspasar los activos a otra sociedad del grupo, constituir una nueva o fusionarse con otra para, de esta forma, operar bajo la capa de otra persona jurídica. En algunos casos, las leyes ya evitan esta práctica. El artículo 71.3 de la LCSP establece que «las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas»⁵²⁹. Idéntico contenido tiene también el artículo 13.

⁵²⁸ En concreto, el punto 31 de la Comunicación 1/2023, respecto al alcance geográfico de la prohibición establece que «no cabe descartar que quizás el alcance pudiera exceder a tal mercado (se refiere el mercado donde se produjo la infracción) tomando en cuenta el grado de implicación y vinculación activa de otras entidades del mismo grupo empresarial en las prácticas sancionadas, incluidas las matrices responsables de la infracción, lo que podría determinar que el alcance geográfico fuera superior al de la práctica concreta, por afectar a entidades de ese alcance o por tener su origen la conducta en órganos de decisión de esas otras entidades». En lo que se respecta al alcance de producto (bien o servicio) en el que recae la prohibición, se añaden en el punto 32 previsiones similares: «Si bien los productos afectados por la infracción deberían estar en principio comprendidos en la prohibición de contratar no cabría descartar en determinados casos también otros que puedan ser contratados por la administración con las entidades jurídicas del mismo grupo implicadas activamente en la conducta, incluidas las matrices».

⁵²⁹ Esta disposición ha sido interpretada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 25/09, de 1 de febrero de 2010: «Extensión de la prohibición de contratar declarada a una

2 j) de la LGS en lo que se refiere a la prohibición de obtener subvenciones. Estas disposiciones deberían incorporarse en cada ley que contemple sanciones fácilmente esquivables mediante reestructuraciones empresariales y operaciones asimiladas.

Sentado lo anterior, centraremos ahora nuestro análisis en el cálculo de la multa administrativa. En primer lugar, ahondaremos en el estudio de las sanciones a las empresas y las particularidades y los problemas que surgen cuando se sanciona a una gran empresa (apdo. 3). En segundo lugar, expondremos las particularidades que obliga a introducir el fenómeno de los grupos de empresas a la hora de individualizar una sanción (apartado 4). Como preludeo, expondremos brevemente los requisitos y límites constitucionales que tiene el legislador a la hora de fijar el importe de las multas (apdo. 2).

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA CUANTÍA DE LAS MULTAS

La multa es la sanción principal en el Derecho administrativo sancionador español, tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas. La multa tiene que ser lo suficientemente disuasoria porque de lo contrario no sería capaz de cumplir la finalidad preventiva que buscan las sanciones administrativas. Para ello, es importante que se adecúe a la capacidad económica del sujeto infractor. La imposición de la multa no puede girar únicamente en torno a esta circunstancia. También es necesario que exista una relación de proporcionalidad adecuada entre la gravedad del castigo y su importe. Sin embargo, en los últimos años los esfuerzos han ido dirigidos a corregir la falta de capacidad disuasoria de estas, especialmente cuando el sujeto infractor es una sociedad de dimensiones considerables. De esta forma, han proliferado, como hemos puesto de relieve en la introducción de este trabajo, un importante número de multas administrativas con importes millonarios o multimillonarios.

empresa a las restantes que integran un grupo». En este Informe, la Junta Consultiva entiende que esta previsión del artículo 71.3 (en aquel momento artículo 49.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) permite apreciar la continuación empresarial no solo en casos de empresas de nueva constitución o de nueva adquisición a la que se le transfiere la actividad de la sancionada, sino también en empresas previamente constituidas. Para apreciar esa continuación, habrá que valorar los órganos de dirección de las empresas, su objeto social y los medios humanos y materiales. He accedido a este Informe gracias a la cita que recoge RODRÍGUEZ FIDALGO, D., «La primera aplicación de la prohibición para contratar por ilícitos de competencia. Comentario a la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de marzo de 2019», en el blog del Observatorio de Contratación Pública, disponible en: <https://obcp.es/opiniones/la-primera-aplicacion-de-la-prohibicion-para-contratar-por-ilicitos-de-competencia#diez> (consultado el 20/06/2023).

Sin embargo, no siempre las multas alcanzan esas cantidades. Es decir, no siempre se adecúa a la capacidad económica del infractor. Es más, no está claro que sea constitucionalmente exigible que así lo haga (de hecho, la LRJSP no incorpora la capacidad económica del infractor entre los criterios de graduación de la multa). Pongamos dos ejemplos muy claros: en la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, la cuantía máxima de las multas se limita a 380.000 euros (pese a que la liberalización del sector ha permitido la entrada de empresas importantes)⁵³⁰. También un repaso al sistema sancionador de una ley tan importante como la LISOS da cuenta de los efectos tan dispares que produce una cuantía excesivamente reducida de las sanciones. En materia de prevención de riesgos laborales, el grado máximo de la multa prevista para las infracciones muy graves es de 491.866 a 983.736 euros (artículo 40.2 c). En ambos casos, en función del tamaño de la empresa, la multa podrá ser disuasoria o prácticamente irrelevante.

Por lo tanto, por un lado, es conveniente plantearse si la Constitución española obliga a garantizar que la multa sea lo suficientemente disuasoria. Por el otro, hay que valorar si existe algún límite en nuestra Constitución que prohíba la imposición de multas tan elevadas o la utilización para la determinación de la multa de magnitudes como el volumen de negocios que provoca que se alcancen tales cifras.

2.1. Principio de igualdad y capacidad económica del infractor

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite –pero no obliga– que las multas se adapten a la capacidad económica del sujeto infractor. En la STC 76/1990 de 26 de abril, el TC avaló la inclusión de la capacidad económica del sujeto infractor entre los criterios para determinar el importe final de la multa. En dicha sentencia, el TC entendía que no se vulneraba el artículo 14 de la Constitución por permitir que la multa sea diferente en función de las circunstancias económicas del infractor. Además, señalaba que «la pura igualación de las multas puede conllevar un grado de aflicción sobre los sancionados si las circunstancias económicas de estos son desiguales» (FJ 6º), consideraciones que recientemente han vuelto a ser repetidas en la STC 74/2022, de 14 de junio (FJ 5º e).

⁵³⁰ La CNMC precisamente advirtió en su informe al anteproyecto de ley de reforma de la Ley del sector ferroviario (informe IPN/CNMC/002/20) sobre la necesidad de actualizar la cuantía de las multas. Sin embargo, el legislador hizo caso omiso a dicha advertencia y finalmente aprobó la Ley 26/2022, de 19 de diciembre sin modificar dichas cuantías.

Sin embargo, estas reflexiones del TC no se han traducido en una obligación genérica al Legislador para adaptar la multa a la capacidad económica del sujeto infractor. No se puede extraer esta conclusión de la jurisprudencia del TC. De esta forma, ante una misma infracción, los efectos para cada empresa pueden ser muy diferentes, lo que genera una desigualdad entre las pequeñas y las grandes empresas. Ambas habrán cometido la misma infracción, pero el reproche será totalmente dispar⁵³¹. Frente a esta situación, Javier GARCÍA LUENGO ha defendido que el principio de igualdad de trato recogido en el artículo 14 de la Constitución no solo permite, sino que obliga a que el legislador tenga en cuenta la capacidad económica del infractor en la graduación de las multas. Como apunta el autor, en este caso no se trata de exigir un derecho subjetivo a «la desigualdad de trato» o al «trato normativo desigual» –que el TC siempre rechaza– sino de la obligación de provocar la misma aflicción por conductas que presentan idéntico desvalor. De esta forma, la falta de toma en consideración de la capacidad económica del infractor vulneraría el derecho a la igualdad de trato de todos los sujetos infractores⁵³².

No obstante, en muchas leyes la capacidad económica está ausente de los criterios de graduación de la multa. Lo mismo sucede, como ya apuntamos, en el artículo 29.3 de la LRJSP, donde también se prescinde de este elemento⁵³³. No obstante, la nueva Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, que aspira a cumplir esa función de ley general sobre esta materia (en el País Vasco) sí contempla la valoración de la capacidad económica, al igual que sucede en países como Alemania donde existe una ley estatal sobre el ejercicio de la potestad

⁵³¹ Además, esta falta de apreciación de la capacidad económica a la hora de fijar la multa genera otra serie de efectos colaterales nada deseables. Como ha señalado Javier GARCÍA LUENGO, los expedientados con menores recursos tendrán mayor presión para reconocer su responsabilidad y acogerse a los descuentos que ofrece la figura del pronto pago. *Vid.* GARCÍA LUENGO, J., «La reducción de las sanciones administrativas por reconocimiento de la responsabilidad o pago voluntario», cit., p. 40.

⁵³² *Vid.* GARCÍA LUENGO, J., «La adaptación de las sanciones pecuniarias administrativas a la capacidad económica del infractor y los problemas de tipicidad de las medidas sancionadoras», *RGDA*, n.º 38, 2015, pp. 1-26, pp. 12-13. Comparte la opinión de GARCÍA LUENGO, pero señalando que esta no ha sido la visión del TC sobre la cuestión, IZQUIERDO CARRASCO, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, cit., pp. 141-176, pp. 143-144.

⁵³³ Sobre la determinación de las sanciones administrativas a partir de la LRJSP, *vid.* MARINA JALVO, B., «La determinación de las sanciones administrativas. Normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y en la Ley 40/2014, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», *REDA*, n.º 195, 2018, pp. 101-129.

sancionadora⁵³⁴. Pero, en definitiva, la jurisprudencia del TC, por el momento, no obliga a ello.

2.2. Principio de proporcionalidad: su relación con la determinación y graduación de las multas

Otro argumento con el que se intenta justificar la obligación del legislador de tener en cuenta la capacidad económica del infractor es el del principio de proporcionalidad de las sanciones⁵³⁵. En concreto, para GARCÍA LUENGO «una sanción impuesta sin tener en cuenta el criterio de la capacidad económica del sujeto sancionado incurrirá en una vulneración del principio de proporcionalidad en sentido estricto, bien porque generará un gravamen excesivo en función del fin perseguido [...] o bien porque el perjuicio será escaso y por lo tanto se desatenderá la persecución del fin»⁵³⁶.

Indudablemente, el principio de proporcionalidad de las sanciones opera tanto para su determinación como para su individualización⁵³⁷. No obstante, no estoy convencido de que el principio de proporcionalidad de las multas permita llegar tan lejos. Para ser más precisos, no creo que el control que los tribunales pueden realizar mediante el principio de proporcionalidad (tanto a la hora de valorar la proporcionalidad en abstracto –lo que queda reservado al TC por tratarse del control de las disposiciones de una norma con rango de ley– como respecto al control individual de una sanción particular) permita anular un artículo o una sanción por no tener en cuenta dicha capacidad económica.

⁵³⁴ El artículo 17.3 de la Ley *OWiG* establece que «las bases para la graduación de la multa son la gravedad de la infracción y el reproche personal del infractor. También las circunstancias económicas de los infractores se tienen en cuenta; en las infracciones de escasa consideración, por regla general esta circunstancia no se tendrá en cuenta» (la traducción es mía).

⁵³⁵ *Vid.* IZQUIERDO CARRASCO, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», cit., pp. 144-153, REBOLLO PUIG, M., «Sanciones pecuniarias», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, cit., pp. 985-1000, pp. 990-991, GARCÍA LUENGO, J., «La adaptación de las sanciones pecuniarias administrativas a la capacidad económica del infractor y los problemas de tipicidad de las medidas sancionadoras», cit., pp. 15-16, y GALLARDO CASTILLO, M.J., *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, cit., pp. 227-228.

⁵³⁶ GARCÍA LUENGO, J., *Ibid.*, p. 16.

⁵³⁷ Lo ha señalado SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 256-259. Sobre este principio, *vid.* también DÍAZ GONZÁLEZ, G.M., «Legalidad, proporcionalidad y márgenes de apreciación en la determinación de las sanciones administrativas. Una crítica de la jurisprudencia constitucional», *RGDA*, n.º 62, 2023, pp. 1-41, pp. 1-27.

a) Principio de proporcionalidad y la determinación legal de las multas

Como apuntaba, el principio de proporcionalidad opera en dos fases distintas: primero, en la determinación legal de las sanciones y su alcance y posteriormente, en la individualización concreta de estas sanciones. En relación con el primer punto, la jurisprudencia del TC se ha ceñido única y exclusivamente a comprobar que la norma sancionadora no incurra en un «patente derroche inútil de coacción que convierta la norma en arbitraria»⁵³⁸. En ocasiones, también se añade que «el principio de proporcionalidad solo dará lugar a la censura de inconstitucionalidad cuando a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo Legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador»⁵³⁹. Esta línea jurisprudencial es la que también mantiene el TEDH, que vincula la proporcionalidad de las multas con el derecho de propiedad, de tal forma que se prohíben las multas que supongan una restricción excesiva de este derecho, reconocido en el artículo 1 del Protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁴⁰. Por lo tanto, esta jurisprudencia no permite declarar la inconstitucionalidad de una Ley (o, en el caso de una hipotética sentencia del TEDH, llevar a cabo su modificación), por considerar que la multa carece de capacidad disuasoria para un infractor por no adecuarse a su capacidad económica. No lo permite, sencillamente, porque ese control excede de las posibilidades del TC o del TEDH.

A raíz de esta cuestión, LASCURAÍN considera que la falta de capacidad disuasoria de la sanción podría ser contraria al principio de proporcionalidad por su falta de idoneidad. Es decir, la multa no cumpliría con el primero de los requisitos del conocido triple test de proporcionalidad, ya que se consideraría inidónea para alcanzar el fin normativo que se persigue, esto es, la represión de una determinada conducta. Para el citado autor, no puede ser proporcional una sanción que no alcanza el fin que persigue porque se restringiría la libertad de actuación de un individuo sin ningún beneficio que lo

⁵³⁸ STC 74/2022, de 14 de junio, STC 122/2021, de 2 de junio, STC 127/2009, de 26 de mayo o STC 55/1996, de 28 de marzo entre otras.

⁵³⁹ STC 74/2022, de 14 de junio y STC 55/1996, de 28 de marzo.

⁵⁴⁰ STEDH de 11 de enero de 2007, *Affaire Mamidakis c. Grecia*, STEDH de 18 de septiembre de 2013, *Affaire S.C. Comples Herta Import Export S.R.L. Lipova c. Rumanía*, entre otras. Señala la coincidencia de esta jurisprudencia, Izquierdo Carrasco, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», cit., pp. 144-145.

justificase. Por ser gráficos, dice, se trata de «que la rueda sea redonda si la queremos para rodar». De hecho, considera que «la multa de baja cuantía para el muy acaudalado infractor» podría ser un ejemplo de sanción inidónea⁵⁴¹. Sin embargo, acto seguido reconoce los límites del control de constitucionalidad de las leyes en lo que se refiere al juicio de proporcionalidad. Ya en este supuesto, circunscribe ese control a comprobar que no se produce un «patente derroche inútil de coacción». Lo contrario, sería obligar al Tribunal Constitucional a la «determinación previa de la norma óptimamente funcional» para posteriormente compararla con la que efectivamente se está enjuiciando. Pero, como ya se ha expuesto, el TC rechaza realizar este tipo de análisis que corresponden exclusivamente al Legislador. De hecho, el propio TC ha señalado en alguna ocasión que no le corresponde ejercer «un papel de legislador imaginario» y, por lo tanto, verse abocado a «realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son constitucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido» (STC 161/1997, de 30 de octubre)⁵⁴².

Por lo tanto, el control de constitucionalidad, en el caso de las multas, se limita a que no sean excesivamente elevadas en relación con la gravedad de la infracción. Sin embargo, el TC no entra a valorar si estas son disuasorias o no. Esta cuestión queda en manos del legislador y en su amplia discrecionalidad para elegir qué tipo de protección hay que dispensar a cada bien jurídico. En definitiva, el principio de proporcionalidad es un límite sobre el «exceso» de sanción, pero difícilmente puede considerarse como una prohibición de «defecto», traduciendo la clásica expresión alemana de *Untermaßverbot*, vinculada exclusivamente a la obligación estatal de proteger de forma adecuada (mediante el derecho penal) determinados derechos fundamentales⁵⁴³, cuestión que ahora no es relevante.

Es cierto, no obstante, que la LRJSP vincula, al menos indirectamente, el carácter disuasorio de las multas con su proporcionalidad. El artículo 29 lleva por título «principio de proporcionalidad» y en su párrafo segundo recoge que «el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas». Esta previsión, a la que hay que reconocerle su buena intención, vinculará únicamente al

⁵⁴¹ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 159-189, pp. 165-167.

⁵⁴² Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Ibid.*, pp. 176-182.

⁵⁴³ Sobre esta cuestión, me remito a las referencias aportadas en la nota al pie n.º1 de este trabajo.

Legislador autonómico debido a su carácter básico (lo que abriría la puerta a un posible control por inconstitucionalidad mediata de las sanciones que no cumplan dicho requisito) pero es de difícil aplicación práctica. La determinación de los beneficios que puede generar una infracción es una cuestión muy compleja, incierta e imprecisa, sobre todo por la falta de datos y la cantidad de factores a considerar. De ahí que, de nuevo, el control que en su caso podría ejercer el TC por esa inconstitucionalidad mediata es muy laxo y circunscrito a una falta de proporcionalidad patente.

Por otro lado, muchas veces las Directivas europeas obligan a los Estados miembros a introducir sanciones (generalmente multas) «efectivas, disuasorias y proporcionadas», por lo que en este caso parece necesario, de una forma u otra, tener en cuenta la capacidad económica del infractor⁵⁴⁴. No obstante, en el ámbito europeo se diferencia entre una sanción «disuasoria» y una sanción «proporcionada», ya que se busca un equilibrio entre sanciones excesivamente elevadas e insignificantes. De esta forma, el principio de proporcionalidad se circunscribe, también en el Derecho europeo, al exceso de punición, visión que además refrenda el TJ⁵⁴⁵.

b) Principio de proporcionalidad e individualización de la multa

El principio de proporcionalidad también opera a la hora de individualizar la sanción administrativa. Si la ley recoge la capacidad económica del infractor ya no hay mayor problema. Sin embargo, es cuestionable que, a falta de una disposición expresa, la Administración pueda incrementar el importe concreto de una multa (dentro del margen u horquilla que le permite la Ley), por mor del genérico principio de proporcionalidad. Sin embargo, en nuestra doctrina, Manuel IZQUIERDO CARRASCO ha defendido esta

⁵⁴⁴ Lo señala, FUENTETAJA PASTOR, J.A., «La potestad sancionadora de la Unión Europea: fundamento y alcance», cit., pp. 245-247.

⁵⁴⁵ Recuérdese, sin ir más lejos, la reciente condena del TJ al Reino de España en relación con el famoso modelo «720» de declaración de bienes en el extranjero al considerar el carácter desproporcionado de las multas que contemplaba la ya derogada DA 18º de la LGT, introducida por la Ley 7/2012 de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude (STJ de 27 de enero de 2022, Comisión Europea c. Reino de España, C-788/19, ECLI:EU:C:2022:55). Por otro lado, el TJ ha indicado en alguna que el control de proporcionalidad se ciñe al carácter excesivo de la respuesta sancionadora. Por ejemplo, en la STJ de 12 de julio de 2001, Paraskevas Louloudakis, C-262/99ECLI:EU:C:2001:407 considera que la graduación de las sanciones por parte de los Estados miembros tiene que hacerse «respetando el principio de proporcionalidad», lo que conlleva que «las medidas administrativas o sancionadoras no deben sobrepasar lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, y la sanción no debe ser tan desproporcionada con relación a la gravedad de la infracción que constituya un obstáculo a las libertades reconocidas en el tratado (apartado 67 de la sentencia y demás jurisprudencia ahí citada). Sobre el principio de proporcionalidad de las sanciones en el Derecho europeo, de nuevo, *vid.* FUENTETAJA PASTOR, J.A., *Ibid.*, pp. 257-258.

posibilidad, tanto para aumentar como para reducir el importe de las multas, aunque lo considera como una mera facultad de la Administración dentro de su margen de apreciación para determinar la cuantía de la sanción⁵⁴⁶.

En mi opinión, en lo que se refiere al incremento de las multas, si las leyes han decidido excluir la capacidad económica del infractor como criterio para la graduación de las sanciones administrativas, el principio de legalidad impone la sujeción a estas circunstancias. Además, a pesar de que es una cuestión hasta el momento de escaso interés en la jurisprudencia, se puede encontrar algún pronunciamiento en la línea de la posición aquí defendida. Me refiero a la STS de 24 de septiembre de 1996, ECLI:ES:TS:1996:5025. El caso es curioso porque, en un primer momento, la Delegación del Gobierno en Castilla-La Mancha había sancionado al director de una sucursal bancaria, cuando lo que correspondía era la sanción a la propia sucursal, según la normativa aplicable. El particular recurre en alzada ante el ministro del Interior que ordena que se retrotraiga el procedimiento y se dirija contra la sucursal bancaria. En este caso, la multa que impone la Delegación de Gobierno asciende de 50.000 pesetas (la prevista originalmente para el director de la sucursal) a 250.000 pesetas. Sin embargo, tanto el TSJ como el TS censuran este aumento de la multa, y se ordena reducir su importe a la cantidad originaria de 50.000 euros. En este sentido, el TS considera que la Administración actuó de forma arbitraria porque la normativa aplicable «no autoriza a graduar las sanciones en función de las condiciones subjetivas o personales del infractor (ser persona jurídica, atendiendo a su capacidad económica, volumen de negocio, etc.)».

Por otro lado, la regulación legal del principio de proporcionalidad que hace el artículo 29 de la LRJSP creo que permite llegar a la misma conclusión. En el apartado cuarto se establece que «cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior». Por supuesto que entre esas «circunstancias concurrentes» puede estar la capacidad económica del sujeto infractor⁵⁴⁷, si la multa le resultase manifiestamente desproporcionada a su situación. Pero, en este caso, el precepto solo permite reducir y no incrementar el importe de la multa.

⁵⁴⁶ IZQUIERDO CARRASCO, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», cit., pp. 163-164.

⁵⁴⁷ Lo defiende IZQUIERDO CARRASCO, M., *Ibid.*, pp. 152-153.

c) Principio de proporcionalidad y reducción de la cuantía de la multa

Como regla general, el principio de proporcionalidad tampoco obliga a la Administración a tener en cuenta la situación económica del infractor para reducir el importe de las multas. La Administración tendrá que graduar el importe de la sanción en atención a las circunstancias que determine la Ley, entre las que se puede encontrar la capacidad económica del infractor. La falta de esta consideración no convierte a la multa automáticamente en desproporcionada. Tan solo lo será cuando, en atención a la gravedad de la infracción, el reproche sea excesivo.

La jurisprudencia ha sido clara censurando las quejas de los recurrentes sobre este extremo y ha señalado expresamente que la Administración no tiene que rebajar la multa en función de la capacidad económica del infractor si la propia Ley no lo prevé. Por ejemplo, en la STS de 22 de junio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:178, el TS confirma el criterio del consejo de ministros que desestimó un recurso de reposición de una empresa sancionada al amparo de la Ley del sector de hidrocarburos por no haber considerado su capacidad económica a la hora de individualizar el importe de la multa. También en alguna sentencia de la AN⁵⁴⁸ y de los TSJ⁵⁴⁹ podemos encontrar pronunciamientos similares. A mi entender, esta jurisprudencia es correcta. Si el TC da un margen lo suficientemente amplio al Legislador como para no incluir la capacidad económica del infractor entre los criterios que determinan el importe de la sanción, lo lógico es que la Administración respete dicha decisión.

Por ello, el principio de proporcionalidad de las sanciones tan solo permitirá una rebaja de las sanciones cuando la falta de consideración de esa capacidad económica permita la imposición de una multa que genere un reproche excesivo en relación con la gravedad y demás circunstancias relacionadas con la infracción⁵⁵⁰. Es, en definitiva, el criterio que se esconde tras el mencionado artículo 29.4 de la LRJSP; si en una situación concreta la gravedad de la infracción y las circunstancias concurrentes (la capacidad económica, por ejemplo) hacen que la sanción correspondiente sea desproporcionada, la Administración «podrá» imponer la sanción inferior en grado. Incluso me parece posible que la Administración pueda reducir una multa dentro de la horquilla sancionadora, sin

⁵⁴⁸ SAN de 26 de octubre de 2012, ECLI:ES:AN:2012:4360, FJ 6º.

⁵⁴⁹ STSJ de Andalucía de 3 de marzo de 2014, ECLI:ES:TSJAND:2014:2624, FJ 3º.

⁵⁵⁰ De hecho, el principio de proporcionalidad muchas veces es invocado por los propios tribunales para rebajar la cuantía de las multas, pero aludiendo justamente a esa relación entre la gravedad de la sanción y las circunstancias relacionadas con la conducta infractora. Lo expone NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 529-531.

necesidad de rebajar el grado, en los casos en los que considere que dicha rebaja no sea justificada pero sí una mera reducción del importe de la multa. Razonamientos similares se pueden encontrar en alguna sentencia⁵⁵¹.

El legislador tiene un grado de apreciación muy amplio para determinar la cuantía de las multas y si considera que la protección de un determinado bien jurídico requiere el establecimiento de multas elevadas, precisamente para garantizar su capacidad disuasoria, los tribunales deberán ser respetuosos con su decisión. Es más, el legislador puede considerar que la comisión de determinadas infracciones merece incluso la desaparición de las empresas⁵⁵². De ahí que existan sanciones perfectamente válidas (que están reservadas siempre para las infracciones más graves) como la revocación de la autorización para realizar una actividad o la suspensión del ejercicio de la actividad que pondrían a la empresa probablemente en causa de disolución por «cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social» (artículo 363.1 a) de la LSC). Por lo tanto, el control de proporcionalidad por la vía de la capacidad económica deberá ser muy limitado.

Por otro lado, no se puede pasar por alto la jurisprudencia que en el ámbito del Derecho de la competencia ha desarrollado el TJ en relación con la rebaja de la multa y las situaciones de crisis empresariales. En primer lugar, el mero hecho de que la empresa o el sector donde opere esté en dificultades económicas o acumule pérdidas no puede considerarse como una causa de justificación o un atenuante que reduzca la responsabilidad del infractor. Esta regla general (que en algún caso muy puntual se ha excepcionado) viene justificada porque precisamente en este tipo de contextos económicos las empresas están más predispuestas a coludir, tal y como afirma el TJ⁵⁵³ y el TGE⁵⁵⁴. Por lo tanto, la Comisión Europea no está obligada a reducir, en estas

⁵⁵¹ En la STS de 2 de diciembre de 1988, ECLI:ES:TS:1988:8473 el Tribunal Supremo decide rebajar el importe de la multa en aplicación del principio de proporcionalidad de las sanciones, valorando la gravedad de la infracción (lo que suele ser lo más frecuente) pero también la capacidad económica del infractor. En la jurisprudencia de los TSJ encontramos casos en los que los recurrentes alegan que la multa es desproporcionada por superar su capacidad económica o por provocarles su pago graves dificultades económicas. Los tribunales, en estos casos, rechazan el argumento, pero sobre la base de que el particular no ha acreditado o lo ha hecho de forma insuficiente (por ejemplo, alegar que es pensionista) esas dificultades económicas. Se pueden citar la STSJ de Madrid, de 7 de julio de 2017, ECLI:ES:TSJM:2017:8007, FJ 4º, STSJ del País Vasco de 12 de mayo de 2017, ECLI:ES:TSJPV:2017:1722, FJ 2º y STSJ de Cantabria de 20 de octubre de 2020, ECLI:ES:TSJCANT:2021:794.

⁵⁵² Recoge este argumento IZQUIERDO CARRASCO, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», cit., p. 160.

⁵⁵³ STJ de 8 de diciembre de 2011, KME, C-389/10 P, ECLI:EU:C:2011:816, apartado 97.

⁵⁵⁴ STGE de 16 de septiembre de 2013, Roca, T-412/10, ECLI:EU:T:2013:444, apartado 163.

circunstancias, el importe de la multa. Mismo criterio ha mantenido la AN respecto a las multas impuestas por la CNMC⁵⁵⁵.

En segundo lugar, la Comisión Europea es muy reticente a admitir una rebaja de las multas por el mero hecho de que las empresas estén en una situación económica complicada. El apartado 35 de las Directrices de la Comisión Europea sobre el cálculo de las multas de competencia establece que «en circunstancias excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular. La Comisión no concederá por este concepto ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria. La reducción solo podrá concederse sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa, en las condiciones fijadas por las presentes Directrices, pondría irremediamente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor». Por lo tanto, las meras dificultades económicas no justifican la reducción del importe de la sanción, limitándose a situaciones muy puntuales.

La jurisprudencia del TGE, al interpretar el alcance de esas Directrices cuando son invocadas por una empresa⁵⁵⁶, también señala el carácter excepcional de la reducción de la cuantía de las multas. En primer lugar, entiende que para aplicar dicha reducción tienen que concurrir de forma cumulativa dos requisitos: la existencia de un «contexto económico y social particular» y la puesta en peligro de la «viabilidad económica de la empresa en cuestión». En lo que se refiere a este segundo requisito, el TGE considera incluso que la mera posibilidad de entrar en concurso o liquidación no es suficiente para apreciar esta circunstancia porque, en principio, esta situación «no implica necesariamente la desaparición de la empresa en cuestión. Esta puede continuar existiendo como tal, bien cuando la sociedad se recapitalice, bien cuando otra entidad adquiera globalmente los elementos de su activo». Aparte, esta circunstancia no es por sí misma suficiente. Es necesaria la existencia de un contexto económico y social particular que justifique la reducción del importe de la multa. Esto se cumpliría cuando la

⁵⁵⁵ SAN de 26 de octubre de 2012, ECLI:ES:AN:2012:4360, FJ 6º.

⁵⁵⁶ El TGE puede controlar e interpretar las Directrices de la Comisión en materia de multas ya que, según el propio Tribunal, en el momento en el que la Comisión adopta sus propias reglas de conducta se queda vinculada a las mismas sin posibilidad de apartarse de ellas. Por ello, los recurrentes invocan algún punto de esas Directrices que consideran incumplido por la Comisión a la hora de individualizar la sanción y el TGE se ve obligado a interpretar dicho punto y a analizar la licitud de la actuación de la Comisión con referencia al mismo (STGE de 2 de junio de 2016, Moreda-Riviere Trefilerías y otros, asuntos acumulados T-426/10 a T-429/10 y T-438/12 a T-441/12, ECLI:EU:T:2016:335).

desaparición de la empresa provocase un «aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos a los que la empresa afectada vende o de los que se abastece»⁵⁵⁷.

En nuestro país, las actuales Indicaciones provisionales de la CNMC sobre la determinación de las sanciones derivadas de las infracciones de competencia no recogen nada similar, como tampoco lo hacía la anterior Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones de competencia. Incluso se ha rechazado que la situación de concurso pueda ser valorada a los efectos de determinar el importe de la multa, tal y como refleja la SAN de 24 de junio de 2014, ECLI:ES:AN:2014:2916, en la que se indica que «respecto de la situación de crisis económica que atraviesa la recurrente y que ha llegado a la declaración de concurso, lo cierto es que no debe ser tenida en cuenta, conforme a la doctrina de esta Sala, pues la misma ha resultado ser posterior a la de la conducta antijurídica, sin que tenga eficacia suficiente para minusvalorar la gravedad de la misma». Sin embargo, más bien parece que se hace referencia a la situación económica del infractor a los efectos de disminuir el desvalor de la acción (lo que ya hemos visto que se rechaza) que a la reducción de la multa en aplicación del principio de proporcionalidad⁵⁵⁸.

En definitiva, el principio de proporcionalidad de las sanciones no impide que una multa pueda poner en peligro la viabilidad de una empresa. Incluso cuando algunas normas, en este caso de Derecho de la competencia, de alguna forma u otra quieren evitar esta situación, son muy cautas a la hora de admitir la rebaja. Pero todo ello se deriva de

⁵⁵⁷ Todos los entrecomillados están sacados de la STGE de 2 de junio de 2016, Moreda-Riviere Trefilerías y otros/, asuntos acumulados T-426/10 a T-429/10 y T-438/12 a T-441/12, ECLI:EU:T:2016:335, apartados 491 a 500, donde se cita una abundante jurisprudencia del TGUE que confirma la constancia de estos criterios. El segundo de los requisitos es muy pernicioso y debería, en mi opinión, suprimirse. Si solo se permite la reducción de la multa a empresas cuya desaparición provoque esas circunstancias adversas en el mercado, tan solo optarían a dicha rebaja las grandes empresas del sector. Es lo que en otros sectores se ha conocido como *too big to fail*. Por lo tanto, la situación de extrema gravedad económica de la empresa debería ser suficiente para apreciar una rebaja de la multa. De hecho, en Alemania es el criterio que mantiene el Bundeskartellamt. En sus Directrices para el cálculo de multas (*Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren*, aprobadas el 11 de octubre de 2021) somete la reducción de la cuantía de la multa a tres circunstancias plenamente coherentes: (i) la existencia probada de la falta de capacidad económica que ponga en «peligro de existencia» a la empresa, (ii) que la multa fuese la causa de ese peligro de existencia y (iii) que no sea suficiente para garantizar la viabilidad de la empresa el pago a plazos (*Ratenzahlung*), el aplazamiento (*Stundung*), u otras facilidades de pago (*Zahlungserleichterungen*).

⁵⁵⁸ Tengo esta impresión porque en el recurso de casación la empresa alega incongruencia omisiva ya que la AN no había valorado la falta de proporcionalidad de la sanción por no atender a la situación en la que se encontraba la infractora en el momento de la imposición de la sanción. Es decir, que la AN había confundido la capacidad económica desde el punto de vista del desvalor de la acción y desde el punto de vista del principio de proporcionalidad (que además operan en dos momentos distintos). Pese a ello, el TS (STS de 3 de febrero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:348, FJ 4º), entiende que no se produjo dicha congruencia omisiva ya que considera que la AN se había pronunciado sobre el fondo del asunto, lo que me parece realmente cuestionable y pone de manifiesto cierta confusión.

una mera elección fruto de la ponderación entre el pago de la sanción y los daños «colaterales» que ello pueda generar, sin necesidad de que venga impuesto por el principio de proporcionalidad de las sanciones donde la gravedad de la infracción juega un papel preponderante.

Por último, nada impide a una empresa recurrir la sanción administrativa correspondiente alegando su falta de proporcionalidad en relación con su situación económica. Sin embargo, la empresa no puede (o, mejor dicho, no debería, porque está abocado a la inadmisión) interponer, en última instancia, un recurso de amparo ante el TC. El TC no reconoce un derecho fundamental a la proporcionalidad de las sanciones. Es decir, para el TC la proporcionalidad de las multas se vincula con el artículo 1.1 (la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico) y del artículo 10.1 de la CE en referencia a la dignidad de las personas⁵⁵⁹, de ahí que el particular no pueda acudir en amparo ante el TC. Como mucho, en un caso concreto podrá pedirle al tribunal *a quo* que plantee una cuestión de constitucionalidad por considerar que la determinación legal del marco sancionador conlleva un «patente derroche inútil de coacción».

2.3. ¿Existe un límite a la cuantía de las multas?

Hay leyes que permiten la imposición de sanciones de una cuantía muy elevada. La principal causa está en la utilización de parámetros contables para calcular el importe de las multas. De esta forma, cuanto mayor es el tamaño de la empresa, mayor será la cuantía de la multa. La situación puede ser controvertida porque en la actualidad muchas multas administrativas impuestas a personas jurídicas superan las que recoge el Código Penal para estos entes. De nuevo, la búsqueda de cierta sistemática en la separación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal se convierte en un asunto verdaderamente complejo. Sin ir más lejos, el límite actual de la multa penal para las personas jurídicas cuando se calcula según el sistema de días-multa está en los 9 millones de euros a la par que abundan leyes administrativas con límites mucho mayores⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Sobre esta cuestión, me remito al análisis de DÍAZ GONZÁLEZ, G.M., «Legalidad, proporcionalidad y márgenes de apreciación en la determinación de las sanciones administrativas: una crítica de la jurisprudencia constitucional», cit., pp. 361-365.

⁵⁶⁰ No obstante, este análisis es limitado en tanto que no todas las penas a las personas jurídicas recogidas en el Código Penal siguen el sistema de días-multa y muchas veces se contempla una multa en función de un coeficiente sobre los beneficios derivados del delito. En estos casos, en función de ese beneficio, la multa sí podría ser más alta que la que se contempla en el Derecho administrativo sancionador. Sobre los dos sistemas de cálculo de la pena de multa a personas jurídicas, *vid.* ROCA DE AGAPITO, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», cit., pp. 384-390.

Sin embargo, esta situación no creo que sea constitucionalmente reprochable, siempre que en la regulación de estas multas se respeten los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad. En este caso, la prohibición de sanciones «confiscatorias» no está recogida en nuestra Constitución, que tan solo introduce el principio de no confiscatoriedad en el sistema tributario (artículo 31.1 de la CE)⁵⁶¹.

Desde el momento en el que se admite la existencia misma del Derecho administrativo sancionador de las personas jurídicas (STC 246/1991, de 19 de diciembre), necesariamente se tiene que aceptar que las multas alcancen esas cifras. En el fondo, más allá de sus peculiaridades, las sanciones son un instrumento para la garantía del cumplimiento del ordenamiento jurídico. En sectores en los que existe una fuerte intervención administrativa, las sanciones se convierten en una herramienta más de control. Por eso se trasladan, con mayor o menor intensidad, las garantías del Derecho penal, para permitir y no para excluir su uso. Incluso en los países más reticentes a admitir su existencia, se ha terminado por aceptar el empleo de sanciones administrativas a la hora de tutelar los intereses públicos⁵⁶². Por lo tanto, si se quiere que la Administración pueda actuar con eficacia y que el Derecho administrativo sancionador sea una herramienta útil para ello, es necesario que las multas sean elevadas si el sujeto al que se sanciona es una gran empresa⁵⁶³.

Como digo, no creo que se pueda encontrar alguna sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que, al menos indirectamente, nos lleve a conclusiones contrarias. Las multas tienen que respetar, es obvio, el principio de proporcionalidad. Es decir, no se podrán prever multas tan elevadas (o porcentajes sobre el volumen de negocios muy altos) cuando el desvalor de la acción no tenga una entidad suficiente para merecer dichas sanciones. Al respecto, ya hemos dicho que el legislador dispone de un margen muy amplio a la hora de determinar el importe de las sanciones, que el control de

⁵⁶¹ REBOLLO PUIG, M., «Sanciones pecuniarias», cit., p. 987. Sin embargo, defiende la prohibición de confiscatoriedad, también para las sanciones, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2018, p. 359.

⁵⁶² El ejemplo más claro es el del Reino Unido, como ha estudiado BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Derecho administrativo sancionador en el sistema jurídico británico: regulatory enforcement and sanctions act», cit., pp. 1-21.

⁵⁶³ Por este motivo no puedo compartir la postura de SANTAMARÍA PASTOR que cuestiona el importe de las multas por el mero hecho de que este sea elevado (*Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, cit., p. 359). Me parece que la crítica puede tener su fundamento en determinados sectores, pero creo que es necesario realizar dicha crítica en función de la capacidad económica de cada sujeto infractor. Esto es lo que ha provocado que las multas sean millonarias.

constitucionalidad es muy laxo⁵⁶⁴ y que dicho control en ningún caso se traduce en comprobar si existe «una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado»⁵⁶⁵. Pero, además, el TC en la Sentencia 74/2022 ha validado la utilización del volumen de negocios (que es lo que normalmente genera que la multa sea tan elevada) como parámetro para el cálculo del importe de las multas, añadiendo, además, que «el uso de esta magnitud económica no constituye una anomalía en nuestro Derecho administrativo sancionador»⁵⁶⁶, mencionado, por otro lado, el ejemplo de la LDC y de la LPBC⁵⁶⁷.

Un criterio un tanto similar lo podemos hallar en el Conseil Constitutionnel francés. Por supuesto que no es una jurisprudencia que vincule a nuestro Tribunal Constitucional pero ya sabemos que el dialogo entre tribunales muchas veces conduce a cierta uniformidad de criterios. En la *Décision n° 2017-634* de 2 de junio de 2017 se discutía sobre la posible inconstitucionalidad del artículo L.621-15 del *code moétaire et financier* según la redacción dada por la *loi du 22 octobre 2010* en el que preveía para determinadas infracciones relacionadas con el mercado de valores (abuso de información privilegiada, la manipulación de precios o la difusión de información falsa) una sanción de hasta 100 millones de euros. Se consideraba que dicho precepto podría vulnerar el principio de proporcionalidad de las «penas», también aplicable a las sanciones administrativas. Sin embargo, el Conseil Constitutionnel consideró que el precepto no es contrario a dicho principio poniendo en valor que el sistema sancionador persigue la protección de los inversores y el buen funcionamiento del mercado, e, indirectamente el «orden público económico»⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ Vid. DÍAZ GONZÁLEZ, G.M., «Legalidad, proporcionalidad y márgenes de apreciación en la determinación de las sanciones administrativas: una crítica de la jurisprudencia constitucional», cit., pp. 20-21. En ocasiones, ese control de mínimos lleva a admitir la constitucionalidad de disposiciones que efectivamente son muy dudosas con el principio de proporcionalidad. Un ejemplo es la STC 74/2022, de 14 de junio de la que el citado autor, en tono crítico, da cuenta en su trabajo (pp. 27-37).

⁵⁶⁵ STC 74/2022 de 18 de julio de 2022, FJ 3°.

⁵⁶⁶ De nuevo en la STC 74/2022, FJ 5° d).

⁵⁶⁷ En el voto particular de la sentencia precisamente se critica la utilización de este ejemplo de la LDC y también de la LPBC, donde, como en seguida veremos, las sanciones también son muy elevadas. Se parte de que en estos casos está justificado que existan sanciones tan elevadas precisamente por la importancia de los bienes jurídicos que ahí se protegen, lo que se cuestiona que suceda en el caso particular enjuiciado (sanción del 2% del volumen de negocios de la entidad, con un mínimo de 20.000 euros y un máximo de 600.000 euros, por la infracción cometida por un operador económico en el marco de un procedimiento de inspección por negarse a la aportación o al examen de libros de contabilidad, registros fiscales, ficheros, programas, sistemas operativos y de control o consista en el incumplimiento del deber de facilitar la entrada o permanencia en fincas y locales o el reconocimiento de elementos o instalaciones, actualmente recogida en el artículo 203.6 b) 1°).

⁵⁶⁸ Sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo sancionador francés, con cita además de esta jurisprudencia, vid. PETIT, J., «La proporcionalidad de las sanciones administrativas», trad. I. Milkes, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 22, 2019, pp. 367-397.

Por lo tanto, el deseo del legislador de proteger de forma eficaz determinados bienes jurídicos mediante el Derecho administrativo sancionador permite y legitima el empleo de sanciones administrativas elevadas. Las sanciones a las que hacemos alusión se producen en sectores en los que está perfectamente justificado que así sea, como ha puesto de relieve el Conseil Constitutionnel y nuestro TC con esas alusiones al Derecho de la competencia. La protección del sector bancario, del mercado de valores, del sector asegurador, la defensa de la competencia, del medioambiente, la regulación del sector energético, la protección de datos o la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo son bienes jurídicos cuya protección justifica que las sanciones sean graves y disuasorias.

2.4. La doctrina constitucional sobre la predeterminación legal de las sanciones administrativas

Por muy elevada que pueda ser una multa, su importe máximo siempre tiene que estar previamente recogido en una norma con rango de Ley. El Tribunal Constitucional ha sido claro en cuanto a que las leyes tienen que recoger el límite superior del alcance de las sanciones administrativas⁵⁶⁹. Es una exigencia del principio de predeterminación legal de las sanciones y penas, que es una manifestación más del principio de legalidad material (tipicidad) y, por tanto, del artículo 25.1 de la Constitución⁵⁷⁰. El infractor tiene que conocer cuál es la respuesta sancionadora máxima a la que se puede exponer. Esto no impide que la Administración disponga de un margen de apreciación a la hora de

⁵⁶⁹ En muchas ocasiones el TC ha señalado que el derecho a la legalidad sancionadora se aplica también al Derecho administrativo sancionador, que el mismo refleja «la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes» y que ello no supone la «exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta, pero en modo alguno cabe encomendar por entero tal correspondencia a la discrecionalidad judicial o administrativa, ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la administración por norma legal vacía de contenido material propio» (STC 150/2020, de 22 de octubre, FJ 3º con cita a otras sentencias). Además, el TC señala que esa determinación de la sanción tiene que hacerse dentro de unos «límites» (STC 145/2013, de 11 de julio, FJ 8º o STC 14/2021, de 28 de enero FJ 6º) por lo que todo hace indicar que es necesaria la existencia de un tope máximo. Para el supuesto que aquí nos interesa, destaca la STC 29/1989 de 6 de febrero donde se consideró que una disposición en la que se establecía que la sanción para infracciones muy graves era de 2.500.000 pesetas «en adelante» era contraria al artículo 25.1 de la Constitución. En puridad, el asunto es algo más complejo de lo que aquí se expresa, pero a los efectos que aquí nos interesa la anterior conclusión es correcta.

⁵⁷⁰ STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 4º, entre otras. Se puede encontrar un repaso reciente a esta jurisprudencia en REBOLLO PUIG, M. y CANO CAMPOS, T., «Reserva de Ley y correlación entre las infracciones y sus sanciones: ¿es constitucional el artículo 117.1 de la Ley de Aguas?», *RAP*, n.º 217, 53-90, pp. 60-65.

individualizar la multa (aunque no es necesario)⁵⁷¹. Tan solo significa que tiene que hacerlo dentro de unos límites.

La mayoría de las leyes de nuestro ordenamiento jurídico se adecúan a estas exigencias. Por lo general, clasifican las infracciones en leves, graves y muy graves y posteriormente fijan distintas horquillas en función de la gravedad de la infracción. De esta forma, se asegura ese límite superior del que hablábamos. Por este motivo, difícilmente puede admitirse la constitucionalidad de disposiciones como la del artículo 63.3 c) de la LDC que, para el caso en el que no se pueda determinar el volumen de negocios, contempla sanciones de «más de 10 millones de euros» en el caso de infracciones muy graves. Por otro lado, nada impide que la Ley establezca que, bajo determinadas condiciones, se pueda superar ese límite máximo. Pero aquí también se deberá recoger, con un mínimo de certeza, el importe máximo de la multa. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando una ley permite incrementar el importe de la multa hasta los beneficios obtenidos con la infracción cuando el sistema ordinario de cálculo de la multa no lo logre⁵⁷².

Una vez que existe ese límite superior, puede ocurrir que la distancia entre este y el límite inferior (si existe) sea tan amplia que verdaderamente el infractor no pueda anticipar con un mínimo grado de certeza la correlación entre la infracción y la sanción. De esta forma, cuanto mayor sea el margen del que dispone la Administración para recorrer esa horquilla, mayores serán las posibles dudas de constitucionalidad⁵⁷³. El

⁵⁷¹ STC 14/2021, de 28 de enero, FJ^o6, con cita a otras sentencias del TC. En principio, no existe ninguna exigencia constitucional que obligue al legislador a dejarle un margen de apreciación a la Administración a la hora de fijar el importe de la multa. Las multas fijas son perfectamente compatibles con nuestro sistema constitucional. En estos casos, es el legislador quien anticipa el juicio de la Administración y anuda directamente la consecuencia sancionadora a cada infracción. Siempre que ese juicio sea adecuado y respete el principio de proporcionalidad (por ejemplo, que no se contemple la misma sanción para infracciones de muy distinta gravedad), no habrá tacha de inconstitucionalidad, tal y como ha puesto de relieve DÍAZ GONZÁLEZ, G.M., «Legalidad, proporcionalidad y márgenes de apreciación en la determinación de las sanciones administrativas: una crítica a la jurisprudencia constitucional», cit., pp. 25-27.

⁵⁷² Este tipo de disposiciones, que recogen el mandato que hace el artículo 29.2 de la LRJSP, son muy frecuentes en la parte relativa a las sanciones de las leyes urbanísticas de las CCAA. Se puede citar, a modo de ejemplo, el artículo 282.2 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, el artículo 161.3 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia o el artículo 117.4 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

⁵⁷³ Manuel IZQUIERDO CARRASCO ha señalado esta posible inconstitucionalidad partiendo de la base de que la fijación de multas mediante horquillas no es contraria a la Constitución pero que lo podría ser siempre que la norma recoja «unos márgenes excesivamente amplios que impidan conocer con certeza el reproche que merece la realización del comportamiento prohibido». *Vid.* IZQUIERDO CARRASCO, M., «La determinación de la sanción administrativa», cit., p. 220. Un planteamiento similar se puede encontrar en CANO CAMPOS, T., *Sanciones Administrativas*, cit., p. 125 y REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, cit., p. 754.

principio de tipicidad aspira precisamente a ese conocimiento previo del individuo de las consecuencias de su conducta.

En nuestro caso, esta cuestión es especialmente importante porque si la Administración interviene en un sector «transversal» necesita suficiente margen para que la multa sea capaz de englobar a cualquier tipo de empresa, independientemente de su tamaño. El TC no pone reparos a que la Administración cuente con determinados márgenes a la hora de individualizar o concretar el importe de una sanción administrativa. Sin embargo, si ese margen es demasiado amplio, se podría poner en cuestión el cumplimiento del principio de predeterminación legal de las sanciones. En la tipificación de algunas conductas, el TC ha considerado incompatibles con el artículo 25.1 de la CE formulaciones «tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición»⁵⁷⁴. Pero hasta el momento no ha habido ningún pronunciamiento expreso sobre la compatibilidad del artículo 25.1 de la CE con la fijación de horquillas sancionadoras excesivamente amplias⁵⁷⁵, aunque en alguna sentencia se puede intuir el criterio del TC.

En la STC 14/2021, de 28 de enero, el TC avaló la constitucionalidad del artículo 153.1 de la LOREG, entre otras cuestiones, porque el margen de discrecionalidad con el que contaba la Administración era lo suficientemente «estrecho» como para satisfacer las exigencias del artículo 25 de la CE. El problema de fondo con respecto a este precepto y que motivó la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad, es que en la LOREG no existen criterios de graduación de la multa; tan solo se contempla multas de 300 a 3.000 euros (si el infractor es una autoridad o un funcionario) o de 100 a 1.000 euros (si es un particular). Pero el TC no apreció reproche de constitucionalidad alguno porque, como digo, la horquilla era «estrecha» y porque además en el artículo 29.3 de la LRJSP ya se recogen una serie de criterios de graduación que reducen aún más el margen de apreciación de la Administración⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Por ejemplo, en la STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2 se afirma que «la garantía material tiene un alcance absoluto, de manera que la norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador».

⁵⁷⁵ Lo señala CASINO RUBIO, M., «La graduación *ad hoc* de las infracciones. Motivos para la discusión», *REALA*, n.º 16, 2021, pp. 53-70, p. 66 que además advierte del buen número de leyes administrativas que contemplan márgenes tan amplios. Aquí nos hemos ceñido a estos tres ejemplos por estar más conectados con el ejemplo de este trabajo.

⁵⁷⁶ El TC no lo señala pero me parece importante indicar, para mayor claridad, que, aunque las disposiciones sobre la aplicación subjetiva de la LRJSP no incluyan a la Junta Electoral Central, esta Ley se aplica con carácter supletorio por la remisión que hace el artículo 120 de la LOREG a la «Ley de

Por otro lado, para defender la constitucionalidad del precepto, el TC menciona la STC 150/2020, de 22 de octubre, en la que se declaró inconstitucional el artículo 40 de la Ley Foral 7/2006, de 20 de junio de defensa de los consumidores y usuarios. Entre otras cosas, el TC señaló que la horquilla era «amplísima» (multas de hasta 600.000 euros en el caso de una infracción muy grave). Sin embargo, la razón de peso no fue la amplitud de la horquilla, sino el hecho de dejar en manos de la Administración la previa clasificación de la gravedad de las infracciones (en función de una serie de criterios), técnica que ya había sido más veces censurada por el TC. En estos casos, el TC considera que la correlación entre las infracciones y las sanciones no está lo suficientemente predeterminada en la Ley, porque requiere de una intervención previa de la Administración a la hora de individualizar la sanción (calificar la gravedad de la infracción)⁵⁷⁷. Por lo tanto, que la horquilla sancionadora fuese tan amplia no era más que un motivo adicional para reflejar que en este contexto el ciudadano no cuenta con los elementos suficientes para identificar «con la precisión suficiente» las consecuencias de la comisión de una infracción.

En definitiva, la mayor o menor amplitud de la horquilla sancionadora no ha sido, por el momento, el origen de los posibles vicios de inconstitucionalidad de estas leyes. No obstante, de la doctrina del TC se puede extraer que efectivamente existe una relación entre la predeterminación de las sanciones y la amplitud de la horquilla.

procedimiento administrativo» (recuérdese que la DF 13^o de la LRJSP establece que en las referencias normativas a la Ley de Procedimiento Administrativo deberán entenderse a la LRJSP o a la LPAC, según corresponda). Por lo tanto, a falta de una regulación sobre la individualización de la sanción en la LOREG, la Junta Electoral Central deberá aplicar lo dispuesto en la LRJSP. Ha defendido esta aplicación subsidiaria de la LRJSP a la Junta Electoral Central con carácter general pero también haciendo especial mención a la potestad sancionadora, TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., «La Administración Electoral: la Junta Electoral Central. Su sujeción al Derecho Administrativo», *RVAP*, n.º 105, 2016, pp. 275-313.

⁵⁷⁷ Sobre esta jurisprudencia del TC, aunque en un tono crítico, *vid.* CASINO RUBIO, M., «La graduación *ad hoc* de las infracciones. Motivos para la discusión», *cit.*, pp. 57-60. Por otro lado, una cuestión diferente es que la Ley remita ya no a la resolución sancionadora sino al reglamento a la hora de clasificar las infracciones en leves, graves y muy graves y que, en función de esa clasificación reglamentaria, se pueda imponer una sanción leve, grave o muy grave. Es lo que actualmente sucede con el artículo 117.1 de la Ley de Aguas. En una ocasión, el TC inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad sobre este precepto (ATC 34/2013), sin embargo, la doctrina ha criticado dicho auto y ha defendido la inconstitucionalidad del precepto. *Vid.* REBOLLO PUIG, M., y CANO CAMPOS, T., «Reserva de Ley y correlación entre las infracciones y sus sanciones: ¿es constitucional el artículo 117.1 de la Ley de Aguas?», *cit.*, pp. 53-90.

3. PROBLEMAS Y DIFICULTADES EN EL CÁLCULO DE LAS MULTAS A LAS EMPRESAS

El objeto o el sector que regula cada ley provoca que muchas veces estas estén dirigidas a empresas de muy diferente tamaño. Por ello, es muy complicado configurar en una misma ley un sistema de sanciones que sea capaz de satisfacer las exigencias de proporcionalidad y disuasión que demanda cada empresa. No obstante, se han experimentado diversas fórmulas para lograr este objetivo. Principalmente hay dos: que la ley contemple una horquilla en la que el límite máximo de la multa es una cantidad fija muy elevada o que este límite máximo se calcule a partir de una determinada magnitud contable de la empresa infractora (principalmente, el volumen de negocios). De esta forma se intenta evitar que la afectación de la sanción ante una misma infracción sea muy desigual. Sin embargo, estas fórmulas incurren en dos riesgos sobre los que ahora ahondaremos un poco más. El primero es de índole constitucional y está relacionado con lo que se acaba de ver sobre la amplitud de las horquillas y la predeterminación legal de las sanciones. El segundo es una cuestión de técnica legislativa: las Administraciones no siempre aprovechan los márgenes que les concede la Ley y tienden a mantener un nivel de multas generalmente bajo.

Es importante resaltar que, para lograr esa capacidad disuasoria, no siempre es necesario que la multa se adapte a la capacidad económica del sujeto infractor. También es disuasoria una multa cuando se calcula a partir de un múltiplo relacionado con los beneficios obtenidos por la infracción (o conceptos próximos como la cantidad dejada de ingresar, presente en la LGT)⁵⁷⁸. Como en este caso la sanción guarda más relación con el tipo de infracción que con el tamaño del infractor, prescindiremos de su análisis. Baste apuntar que las dificultades a la hora de calcular dicho beneficio provocan que algunas leyes introduzcan otras alternativas a la hora de cuantificar el importe de las sanciones. Por ejemplo, permiten utilizar al órgano sancionador la magnitud que contemple la multa

⁵⁷⁸ Para un repaso sobre las diferentes formas de determinar el *quantum* de las multas en el Derecho administrativo sancionador español, *vid.* IZQUIERDO CARRASCO, M., «La determinación de la sanción administrativa», *Justicia administrativa: Revista de Derecho administrativo*, n.º Extra 1, 2001, pp. 207-258, pp. 218-221.

más alta⁵⁷⁹ o que el órgano sancionador acuda a otra magnitud cuando no pueda determinar los beneficios derivados de la infracción⁵⁸⁰.

3.1. Los límites de las multas a partir de cantidades fijas

Podemos encontrar varios ejemplos en los que la diferencia entre la cuantía mínima y la máxima es muy elevada. La Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (en adelante, «Ley de Industria») prevé sanciones de multa de hasta 100 millones de euros para las infracciones muy graves (artículo 34.1 c), la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, «Ley del Sector Eléctrico»), multas de 6 a 60 millones (sin que en ningún caso pueda superar el importe final de la multa el 10% del volumen de negocios del infractor) y en la Ley General de Telecomunicaciones las multas pueden alcanzar los 20 millones de euros (salvo que la competencia para sancionar recaiga en la CNMC, en cuyo caso se calcula la horquilla a partir de los beneficios obtenidos para la infracción). En primer lugar, todas estas leyes deberían haber incorporado la capacidad económica del infractor entre los criterios que permiten graduar el importe final de la multa. Sin embargo, tan solo lo hace la Ley de Industria en su artículo 34⁵⁸¹.

Pero lo que plantea mayores problemas, como se podrá intuir, es la amplitud de los márgenes de los que dispone la Administración a la hora de individualizar la multa. Estas leyes tan solo incorporan una serie de criterios para graduar la multa, pero en absoluto se indica cómo ha de valorarse cada uno de ellos. Tampoco se indica si la Administración

⁵⁷⁹ Lo hace, por ejemplo, el artículo 312.1 de la LMV.

⁵⁸⁰ Así, por ejemplo, el artículo 109 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que «por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quintuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será el dos por ciento del volumen de negocios total obtenido por la entidad infractora en el último ejercicio».

⁵⁸¹ El artículo 34 de la Ley menciona entre esos criterios la «capacidad económica del infractor» y también el «volumen de facturación de la entidad, incluido el grupo al que pertenezca». Todo parece indicar, que la primera referencia está pensada para las sanciones a las personas físicas mientras que esas alusiones al volumen de actividad o volumen de facturación son una concretización de la forma en la que la Administración tiene que determinar la capacidad económica cuando sancione a personas jurídicas (la Ley de Industria permite sanciones tanto a personas físicas como a personas jurídicas). No obstante, Es mejor que las leyes indiquen la forma en la que la Administración tiene que valorar la capacidad económica del infractor. Para el caso de las personas físicas no es tan importante porque la regulación del Código Penal ya ofrece un modelo al que acogerse (artículo 50.5 del CP). Sin embargo, para las personas jurídicas el modelo del Código no es apropiado porque hace referencia a la «situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo». Este precepto también se utiliza para valorar la capacidad económica de las personas jurídicas cuando se impone a estos entes una multa que sigue el sistema de días-multa, pero lo cierto es que está pensando fundamentalmente en multas a personas físicas, tal y como refleja la mera lectura del precepto y el hecho de que este ya existía antes de que se introdujese la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal.

tiene que imponer la multa en su grado superior o inferior en función del número de criterios que concurran. En este contexto, no está claro que las leyes cumplan con ese grado de predeterminación suficiente que el Tribunal Constitucional exige para que el infractor pueda anticipar mínimamente las consecuencias de su conducta.

Realmente, el problema principal no es la amplitud de la horquilla, sino la inexistencia de criterios que reduzcan el margen de apreciación de la Administración⁵⁸². Por ello, una solución adecuada sería la aprobación de un reglamento de desarrollo para precisar la forma en la que la Administración tiene que valorar cada circunstancia que se introduce en la Ley. Por ejemplo, en el ámbito del Derecho sancionador de la competencia, tanto en España como en otros países de nuestro entorno, las propias ANC aprueban sus directrices para fijar el cálculo de las multas de forma tal que ellas mismas reducen la discrecionalidad que le concede la Ley. Estas directrices, al menos en España, no tienen naturaleza reglamentaria, pero sirven como modelo para avanzar hacia una mayor concretización del cálculo de las multas.

Es una solución (la del reglamento) que además es respetuosa con el principio de reserva de ley porque el contenido esencial de la sanción (los importes y las circunstancias para su determinación) ya viene recogida en una norma con rango de ley⁵⁸³. De hecho, el artículo 27.2 de la LRJSP, recogiendo una consolidada jurisprudencia de nuestro TC⁵⁸⁴,

⁵⁸² La existencia de unos criterios a la hora de determinar el conjunto de sanciones a imponer es en lo que se apoyó el TC cuando tuvo que enjuiciar aquellos casos en los que las leyes, además de la sanción de multa, facultaban a la Administración a imponer otra sanción, sin que en ningún caso estuviera obligada a ello. Así, por ejemplo, en la STC 113/2002, de 9 de mayo, se discutía si el artículo 67.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que establecía que en el caso de infracciones graves «podrá además» imponerse la sanción de suspensión del carné de conducir era compatible con el artículo 25.1 de la CE. El TC sostuvo la constitucionalidad del precepto porque en el artículo 69 se recogían una serie de criterios para la graduación de las sanciones, los cuales también tenían que ser atendidos por la Administración a la hora de justificar la imposición de la sanción de la retirada del carné, por lo que «la imposición de la sanción [...] no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, por una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave o muy grave, y, por otra, por la concurrencia de los criterios preestablecidos en el art. 69.1 LSV». De nuevo, para un repaso de esta jurisprudencia y de otros casos similares, *vid.* CASINO RUBIO, M., «La graduación *ad hoc* de las infracciones. Motivos para la discusión», *cit.*, pp. 61-63.

⁵⁸³ Esta solución ya la propuso en su día Manuel REBOLLO PUIG considerándola plenamente compatible con la reserva de ley. *Vid. Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, *cit.*, p. 754.

⁵⁸⁴ El TC ha admitido esa relajación de la reserva de ley en materia sancionadora, de tal forma que no opera con las mismas exigencias que en el Derecho penal. Sin embargo, la reserva de ley obliga al legislador a regular por sí mismo «los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes», sin que sea lícito «tipificar nuevas infracciones, ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria» (STC 16/2004, de 23 de febrero, FJº 5, y en el mismo sentido: la STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 5º o la STC 305/1993, de 25 de octubre, entre otras). Un repaso a esta jurisprudencia puede encontrarse en MESTRE DELGADO, J.F., «Principio de legalidad», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, *cit.*, pp. 733-741, pp. 733-736, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., «Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e

admite esta solución cuando establece que las «disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes».

Por otro lado, entregar a la Administración márgenes de apreciación tan amplios no siempre contribuye a garantizar que las multas sean suficientemente disuasorias, aunque la horquilla efectivamente lo permita. Si bien los topes pueden ser en abstracto muy elevados, las Administraciones no siempre los aprovechan, pese a que la gravedad de la infracción y el tamaño del infractor así lo requiera⁵⁸⁵. Este fenómeno se ha calificado en Estados Unidos como *nullification*. Las Administraciones son conscientes de que la imposición de una multa tan elevada a una empresa puede tener daños colaterales importantes, como la pérdida de puestos de trabajo, y se mantienen cautas a la hora de sancionar a las empresas⁵⁸⁶. También las Administraciones de un país pueden tener la tentación de mantener un nivel de multas reducido, ante la creencia que, de esta forma, no perjudican en exceso a las empresas de su país respecto de sus competidoras en el extranjero.

En el historial de la práctica de nuestras administraciones y tribunales (la *nullification* también afecta al Derecho penal de las personas jurídicas) encontramos ejemplos que apuntan en esta dirección. En el ámbito del Derecho tributario, se suprimió de la LGT el criterio de la capacidad económica para el cálculo de las multas porque se utilizaba únicamente para reducir el importe de la sanción (así se recogía en la memoria que acompaña a la Ley 25/1995, de 20 de julio de modificación parcial de la Ley General

irretroactividad», *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008, pp. 65-83, pp. 71-74, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo VII, El Reglamento*, BOE, Madrid, 2015, pp. 84-87.

⁵⁸⁵ Vid. al respecto, PEÑALVER I CABRÉ, A., «Responsabilidad ambiental y potestad sancionadora en materia ambiental», en TOLIVAR ALAS, L., HUERGO LORA, A. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *El patrimonio natural en la era del cambio climático: Actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2022, pp. 323-352, pp. 326-328, que cuestiona por motivos similares la utilidad de horquillas tan amplias. Por su parte, KOENIG, C., «An economic analysis of the single economic entity doctrine in Eu Competition Law», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 13, issue 2, 2017, pp. 1-47, p. 43, menciona que, en el ámbito de la competencia, las ANC no «agotan» su capacidad sancionadora, lo que vincula con la falta de capacidad disuasoria de las multas en este sector.

⁵⁸⁶ Vid. FARALDO CABANA, P., «¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., PÉREZ MACHÍO, A.I., UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. (dirs.), *Armonización penal europea*, IVAP, Oñati, 2013, pp. 77-113, pp. 102-104, que traslada estas reflexiones al ámbito de la jurisdicción penal y la imposición de penas a personas jurídicas.

Tributaria)⁵⁸⁷. En el terreno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también se ha puesto de manifiesto la mala *praxis* de algunos juzgados y tribunales a la hora de cuantificar el importe de la multa. Cuando esta se determina a partir del sistema de días-multa, el importe de la cuota diaria se fija en función de la capacidad económica del infractor. Sin embargo, muchos tribunales no realizan ningún tipo de investigaciones sobre su capacidad económica por lo que imponen multas próximas al mínimo legalmente previsto. En otras ocasiones, se realizan estas investigaciones, pero utilizando datos que en absoluto reflejan esa capacidad económica, como la escritura de constitución de la sociedad⁵⁸⁸.

Por lo tanto, si el margen de apreciación del operador jurídico está limitado, lo que se puede conseguir por esa vía reglamentaria, no solo se reducirá la falta de predeterminación legal de la sanción, sino que además se evitarán o se corregirán determinadas prácticas que pueden poner en cuestión la efectividad de las sanciones.

3.2. El empleo del volumen de negocios

Una forma más sofisticada para establecer el importe máximo de las multas es la utilización de porcentajes sobre magnitudes contables. En nuestro ordenamiento jurídico, por imposición del Derecho de la Unión en la mayoría de los casos, predomina el volumen de negocios. Por un lado, la utilización del volumen de negocios permite que el máximo (y el mínimo, si se contempla) de las multas se adapte a cada empresa. De esta forma, se corrige un defecto del sistema de cuantías fijas. Por muy elevado que sea esta cuantía, habrá empresas para las que la multa seguirá siendo baja. La alternativa es contemplar horquillas todavía mayores, pero parece preferible la utilización de una magnitud contable. Por otro lado, los problemas que apuntábamos sobre la *nullification* y la falta de predeterminación legal de las sanciones se incrementan notablemente, sin que hasta el momento se haya puesto solución alguna al respecto. No obstante, antes de desarrollar en profundidad estas cuestiones, es conveniente hacer alguna aclaración conceptual sobre el

⁵⁸⁷ Lo señalan GARCÍA LUENGO, J., «La adaptación de las sanciones pecuniarias administrativas a la capacidad económica del infractor y los problemas de tipicidad de las medidas sancionadoras», cit., p. 4 e IZQUIERDO CARRASCO, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», cit. p. 162.

⁵⁸⁸ Me remito al clarificador artículo de FUENTES OSORIO, J.L., «Dolorosa, pero no letal. La cuantía de la multa según la capacidad económica de la persona jurídica», *Indret*, n.º 2, 2022, pp. 203-229, pp. 208-212. Aquí se pueden apreciar con más detalle el análisis de las sentencias que ponen de relieve la práctica que el propio autor denuncia.

volumen de negocios, porque en ocasiones las leyes pueden inducir a cierta confusión en cuanto a su cálculo.

a) Breve aclaración sobre el concepto de volumen de negocios

El volumen o cifra de negocios equivale a otros términos que a veces se encuentran como el de «volumen de ventas», o «volumen de facturación»⁵⁸⁹. En ocasiones, al término volumen de negocios se le añade adjetivos que en realidad no aportan nada. Por ejemplo, la LDC habla del «volumen de negocios total mundial» de la empresa infractora, el RGPD hace referencia al «volumen de negocio total anual global» y el Reglamento de Servicios Digitales añade la coletilla de «anual en todo el mundo». En otros casos, las leyes y también los reglamentos europeos tan solo hacen referencia a la «cifra de negocios» (Ley del Sector Eléctrico), al «volumen de negocios total anual» (LMV) o al «volumen de negocios total» (artículo 23.1 del Reglamento 1/2003). Como digo, estos adjetivos no añaden nada porque el volumen de negocios, salvo disposición en contrario, siempre será total y mundial, es decir, representa el conjunto de los importes que se obtienen por la venta de los productos y de la prestación de los servicios (o cualquier otro ingreso derivado de la actividad ordinaria de la empresa), independientemente del país o sector en el que se produzcan esas ventas o servicios⁵⁹⁰.

Por lo tanto, la referencia a total se contrapone a sectorial (es decir, el que realiza una empresa en un determinado sector de actividad). A su vez, la mención mundial se contrapone al volumen de negocios que corresponde a un determinado país o región⁵⁹¹. Si la ley no dice nada, el volumen de negocios que se deberá utilizar para calcular la multa es el total y mundial. La administración solo puede reducir este alcance cuando la ley expresamente lo contemple⁵⁹², y no faltan casos en nuestro ordenamiento jurídico. Por

⁵⁸⁹ El artículo 34 de la Ley de Industria habla de «volumen de facturación» y el artículo 21.d) de la Ley 28/2015 de 30 de julio, para la defensa de la calidad alimentaria del «volumen de ventas».

⁵⁹⁰ Es la definición que da el artículo 35 del Código de Comercio. En concreto, el artículo lo define como los «importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas, así como el Impuesto sobre el Valor Añadido, y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios, que deban ser objeto de repercusión».

⁵⁹¹ Lo señala, GONZÁLEZ DE ZÁRATE CATÓN, P., «La vertiente geográfica del volumen de negocios de la empresa sancionada sobre el que se calcula el importe de su multa: ¿volumen de negocios a nivel mundial o a nivel nacional?», en RECUERDA GIRELA, M.A. (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 218-230, pp. 224-226.

⁵⁹² Esta postura es la que mantiene el TS. En el Derecho de la competencia existió una disparidad de criterios entre la CNMC y la AN en cuanto al cálculo de este volumen de negocios, dado que la AN consideraba que el volumen de negocios sobre el que había que calcular el importe de la sanción era el volumen de negocios de la empresa en el sector de actividad en el que se producía la infracción, pese a que

ejemplo, la Ley 28/2015, de 30 de julio, para la defensa de la calidad alimentaria utiliza el término volumen de ventas **en el sector** (artículo 21), o la LOSSEAR que en el artículo 198.c) contempla que el límite máximo para las infracciones muy graves cometidas por es del 1% del volumen de negocios, el cual irá referido al volumen de negocio **en España**, cuando la infractora sea una entidad que opere en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios.

Finalmente, debe hacerse una última diferencia entre el volumen de negocios individual y el consolidado. El artículo 42 del Código de Comercio obliga a las sociedades dominantes o matrices a formular las cuentas anuales consolidadas de todo el grupo, de las que forma parte el volumen de negocios consolidado. Sin embargo, el artículo 42.2 del mismo Código aclara que esta obligación de consolidación contable no dispensa a la matriz de formular sus propias cuentas anuales individuales. Por lo tanto, cuando se sanciona a una sociedad matriz, si la ley no dice nada, deberá utilizarse el volumen de negocios individual. Para utilizar la cifra de negocios consolidada es necesario que se prevea expresamente en la ley, tal y como hace, por ejemplo, el artículo 67.2 de la Ley del Sector Eléctrico. A veces se contempla, incluso, que se utilice el volumen de negocios consolidado cuando se sanciona no ya a la matriz, sino a la filial. Esto es algo más polémico y sobre ello nos detendremos más adelante.

b) El elevado margen de apreciación de la Administración

El principal problema que esconde la utilización del volumen de negocios es el margen de apreciación que se le otorga a la Administración en la individualización de la multa, mucho mayor que cuando el límite se fija con una cuantía fija. Además, cuanto

la LDC en ese momento hablaba del «volumen de negocios total». Sin embargo, el TS zanjó la cuestión en la STS de 29 de enero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:112 afirmando que es al legislador a quién compete establecer el alcance del volumen de negocios, por lo que si no se menciona un volumen de negocios «parcial» se deberá calcular la multa conforme al volumen de negocios «total o global» (FJ 8º). Años más tarde se modificó la LDC para transponer la Directiva ECN+ y se añadió el adjetivo «mundial» (porque lo mencionaba la Directiva). Sin embargo, en absoluto esa modificación produjo un aumento de la cuantía de las multas porque, como hemos dicho, global, total, mundial, o, simplemente, volumen de negocios, es lo mismo. De hecho, el TS ha inadmitido varios recursos de casación contra sentencias de la AN en las que se avalaba que se calculase la multa en base al «volumen de negocios total mundial de la entidad» (la AN modificó su doctrina a raíz de la sentencia del TS). El TS entiende que esa cuestión ya está resuelta por esa STS de 29 de enero de 2015, dictada en un momento en el que la LDC tan solo se hablaba de volumen de negocios «total o global» pero sin referencia al término mundial, por lo que el TS asume implícitamente que es lo mismo. Las sentencias objeto de los recursos de casación fueron las SAN de 14 de junio de 2018 ECLI:ES:AN:2018:2578, SAN de 22 de junio de 2018, ECLI:ES:AN:2018:2901, los cuales fueron inadmitidos por sendos Autos del TS por carecer manifiestamente de interés casacional. (ATS de 15 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1591A y ATS de 22 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1912A).

mayor sea el volumen de negocios de la empresa mayor será ese margen de apreciación y, por tanto, mayor el riesgo de que se produzca el fenómeno de la *nullification*.

Cuando una ley establece que el límite máximo de las sanciones de multa es un porcentaje del volumen de negocios, algunas administraciones calculan primero la cantidad en euros que supone dicho porcentaje para posteriormente imponer la multa que consideren. Es decir, estas administraciones no gradúan la multa mediante puntos porcentuales (el 1 %, el 2%, el 4%...), los cuales se acercarán al porcentaje máximo previsto cuanto más grave sea esa infracción. Por lo tanto, si esta es la práctica de las administraciones, al fin y al cabo, lo único que se consigue es que tengan un margen de apreciación mayor, por lo que son trasladables todos los problemas sobre la indeterminación y la *nullification* que hemos comentado.

Un reflejo de esta práctica lo encontramos en las sanciones de la AEPD. En el año 2021, Mercadona alcanzó con la AEPD un acuerdo de terminación convencional por el que fue declarada responsable de una infracción muy grave de los artículos 72.a) y e) de la LOPDGDD, lo que le supuso una multa de 2 millones de euros⁵⁹³. Para este tipo de infracciones, el RGPD contempla multas de hasta el 4% del volumen de negocios total global anual del ejercicio financiero anterior (artículo 83.5). En el caso concreto, pese a que no existía ninguna circunstancia atenuante, la multa tan solo representó el 0,0008% del volumen de negocios de Mercadona⁵⁹⁴. Los descuentos que se aplicaron al caso derivados de la terminación convencional (no se indica el importe) no modifican estas conclusiones. Si acaso, se elevaría levemente ese porcentaje, pero seguiría siendo minúsculo.

También sucede lo mismo con algunas de las sanciones de la CNMV. En este caso, el contenido de la resolución no es público, pero sí el nombre del infractor y la infracción cometida, lo que nos permite, al menos, estimar cuál podría haber sido el importe máximo de la multa. Por una infracción muy grave del artículo 262.12 de la anterior Ley del Mercado de Valores⁵⁹⁵, se impuso una multa a Caixabank de 2.5 millones (publicada en el BOE el 1 de junio de 2022), mientras que el volumen de la entidad en el año 2020 fue

⁵⁹³ Resolución de la AEPD en el procedimiento PS/00120/2021.

⁵⁹⁴ Estos cálculos se realizan a partir de los datos que la propia Resolución de la AEPD ofrece, entre los que se indica que Mercadona en el año 2019 tenía una cifra de negocios «de más de 25.000 millones». Se ha optado por utilizar simplemente los 25.000 millones. Esto se produce porque la AEPD no tiene una sistemática clara sobre la determinación del importe de la multa. En sus resoluciones tan solo se indica qué circunstancias de las mencionadas en la LOPDGDD se tienen en cuenta a la hora de graduar el importe de la multa para posteriormente fijar una cuantía a tanto alzado, procurando que no se supere el límite del 4%.

⁵⁹⁵ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

de 659.332 millones de euros, según las cuentas anuales depositadas ese año. En este caso, el importe máximo de la multa previsto en la Ley era del 10% del volumen de negocios.

No todas las administraciones siguen esta práctica. La CNMC, que, como hemos dicho, tiene publicadas unas Indicaciones provisionales sobre la determinación de las sanciones derivadas de las infracciones de la LDC y de los artículos 101 y 102 del TFUE, establece la multa en función de un porcentaje sobre ese volumen de negocios. Es decir, la multa final no es una cantidad a tanto alzado, sino que se fija a partir de puntos porcentuales en función de la gravedad de la conducta y la responsabilidad individual de cada infractor. Cuanto más grave es la conducta y mayor es el reproche al sujeto responsable, más cerca estará el porcentaje de ese 10% que es el límite máximo previsto para las sanciones muy graves (o del 5% o el 1% si la infracción es grave o leve). Sin embargo, la CNMC es la única que actúa de esta forma, lo que además se confirma por el hecho de ser el único organismo que tiene aprobadas unas directrices sobre el cálculo de la multa (al menos que sean públicos) y, por tanto, una sistemática clara sobre el cálculo de la multa.

Como se puede observar, el margen de apreciación de la Administración es amplísimo y, salvo en el caso de la CNMC, desconocemos el sistema que se utiliza para individualizar la multa. Si volvemos al caso de Mercadona, la AEPD podría haber impuesto una multa de 0 a 1.000 millones de euros. Si ya nos parecía cuestionable que la Ley de Industria recogiese multas de hasta 100 millones de euros, ahora la crítica es mucho más clara.

Una solución intermedia es la de establecer un límite mínimo en cada horquilla que prevea la Ley, de tal forma que el máximo previsto para las infracciones graves coincida, por ejemplo, con el mínimo para las infracciones calificadas como muy graves. Sin embargo, esta solución no está exenta de dudas. Se ha advertido que estos porcentajes intermedios favorecen a que, en determinados casos, las multas sean demasiado elevadas, por lo que se considera que es mejor prescindir de ellos⁵⁹⁶. Pero si esto es así, quizá el problema sea el de calificar un determinado comportamiento como muy grave e, incluso yendo más allá, de establecer prácticamente por defecto un sistema de cálculo de las

⁵⁹⁶ Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», p. 170-171 (nota al pie, n.º 59). El autor pone el ejemplo de la reforma operada de la LOSSEC que llevó a cabo el RDL 19/2018 de 23 de noviembre para, entre otras cosas, eliminar el porcentaje mínimo de esas horquillas porque obligaba al Banco de España a imponer sanciones excesivamente elevadas.

sanciones a partir de una clasificación de la infracción en tres grandes grupos según su gravedad (muy graves, graves y leves) –lo que ha sido calificado de «tosco»⁵⁹⁷– ya que obliga a recoger para conductas muy diversas el mismo tipo de multa⁵⁹⁸. Quizá el modelo del Código Penal, que a cada delito le anuda su propia pena, sea mucho más adecuado. Por otro lado, si se trata de evitar multas desproporcionadas, se podrían mantener las horquillas mínimas para cada grupo de infracciones y, cuando en un caso concreto se considere que la multa es efectivamente desproporcionada, recurrir al artículo 29.4 de la LRJSP que permite imponer la sanción en su grado inferior. Pero, con independencia de lo anterior, lo cierto es que la introducción de límites inferiores en las horquillas no solucionaría, creo, el problema de la falta de predeterminación legal de las multas (sí ayudaría con el de la *nullification*). En una gran empresa, las diferencias entre las cantidades que equivalen al 5 y al 10% del volumen de negocios siguen siendo muy amplias.

En mi opinión, la concesión a la Administración mediante la introducción del volumen de negocios de márgenes de apreciación tan amplios se deriva, sustancialmente, de la importancia relativa que tiene el principio de legalidad en el Derecho sancionador de la Unión Europea. El volumen de negocios como criterio para calcular el importe de las multas viene impuesto por normas de la Unión Europea que posteriormente son transpuestas en nuestro ordenamiento jurídico. También puede suceder, que dicha obligación se recoja en un Reglamento europeo que la Administración española directamente tenga que aplicar, como en el caso del RGPD. Sin embargo, el modelo sancionador del Derecho de la Unión Europea, el que rige para sus propias instituciones con competencias sancionadoras, no solo pasa por fijar el importe máximo de la multa en un porcentaje sobre el volumen de negocios, sino que, además, la propia institución aprueba unas directrices en las que aclara la fórmula o el método a partir del cual va a calcular la multa. No es necesario si siquiera que los parámetros que se introduzcan en esas directrices coincidan con los que se recogen en el Reglamento de turno. El volumen

⁵⁹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, cit., p. 358.

⁵⁹⁸ Han señalado esta cuestión, en tono crítico, REBOLLO PUIG M. y CANO CAMPOS, T., «Reserva de ley y correlación entre las infracciones y sus sanciones: ¿es constitucional el art. 117.1 de la Ley de aguas?», cit., p. 67. Como dentro de esos tres grupos se tienen que integrar un buen número de infracciones de distinta naturaleza a los que, en abstracto, se les asigna la misma sanción, el legislador deja un margen muy amplio a la Administración para que pueda atender a las singularidades propias de cada infracción. Sin embargo, la LRJSP ya empuja a esa calificación porque el artículo 27.1 establece que se clasificarán por Ley las infracciones administrativas en leves, graves y muy graves. Las leyes estatales pueden prescindir de este artículo, pero no las autonómicas porque la disposición tiene carácter básico.

de negocios tan solo funciona como un límite que garantiza que la multa no sea excesivamente elevada y nada más.

El ejemplo más conocido es el del Derecho sancionador de la competencia, pero también se puede mencionar el de la potestad sancionadora del BCE en el marco de la supervisión bancaria (Reglamento (UE) 1024/2013, de 15 de octubre de 2013)⁵⁹⁹. En este caso, el propio BCE ha aprobado una «Guía sobre el método de determinación de sanciones administrativas de multa» en la que se detalla la forma en la que se fija el importe base de la multa y los posteriores ajustes al alza o a la baja en función de las circunstancias agravantes o atenuantes que concurren. Ya solo en última instancia se comprueba que la multa no excede del 10% del volumen de negocios. De esta forma, se consigue cierta seguridad jurídica para los infractores y, además, mayores facilidades a la hora de impugnar la multa si la Comisión, o, en su caso, el BCE, se apartan de sus propias directrices. Como ha reiterado el TJ, cuando se adoptan unas directrices, la Administración reduce su facultad de apreciación por las propias normas de conducta que se ha autoimpuesto, de tal forma que las partes pueden alegar la vulneración de estas⁶⁰⁰.

Sin embargo, este sistema europeo no es compatible con el principio de legalidad sancionadora tal y como está recogido en nuestra Constitución. En primer lugar, en ningún caso el volumen de negocios se puede utilizar como un límite extrínseco o umbral de nivelación de la cuantía de las multas. De nuevo, hay que traer a colación la STS de 29 de enero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:112 en la que el Tribunal Supremo obligó a la CNMC a abandonar su anterior sistema de cálculo de multas, que reproducía el de la Comisión Europea, porque precisamente esa forma de emplear el volumen de negocios no respetaba el principio de legalidad⁶⁰¹. Por lo tanto, si la ley recoge que las multas no

⁵⁹⁹ Sobre las competencias sancionadoras del BCE en el marco del MUS, vid. ESTEBAN RÍOS, J., *El ejercicio de las potestades supervisora y sancionadora en el marco del Mecanismo Único de Supervisión*, cit., pp. 501-552.

⁶⁰⁰ STJ de 12 de noviembre de 2014, Guardian Industries, C-580/12 P, ECLI:EU:2014:2363, apartado 55 y jurisprudencia allí citada.

⁶⁰¹ En el apdo. 5.3 a) del Capítulo III, en concreto, en la nota al pie n.º 487, ya se ha hecho referencia a esta sentencia y a la doctrina que la ha analizado en profundidad, no obstante, conviene, a efectos aclaratorios, recordar brevemente la parte de la sentencia que, para este apdo., más interesa. La CNMC empleaba el porcentaje del 10% del volumen de negocios recogido en la LDC (o del 5% o del 1%, en función de la gravedad de la infracción) como un umbral de nivelación o límite extrínseco y no como el porcentaje máximo dentro de un arco sancionador prefijado por la Ley. La CNMC primero calculaba el importe de las multas en función de un porcentaje sobre el volumen de ventas del mercado afectado por la infracción y posteriormente reducía esa cantidad hasta el 10% del volumen de negocios. Esta práctica provocaba que realmente no existiese un límite máximo reservado para las infracciones más graves a partir del cual y hacia abajo se pudiese imponer las multas por conductas que mostrasen un menor desvalor. Para el TS, esa práctica era incompatible con las garantías constitucionales del artículo 25.1 de la CE. Para ser exactos, el TS llegó a afirmar que el principio de predeterminación de las sanciones administrativas «harían

pueden superar el 10% del volumen de negocios, la Administración no puede calcular la multa con referencia a otros parámetros, ni utilizar el volumen de negocios como un comprobante final de la proporcionalidad de la multa. Tiene que existir una correlación entre el porcentaje máximo prevista en la Ley y la gravedad de las infracciones de tal forma que cuanto más grave sea esa conducta, más próxima tendrá que estar la multa a ese porcentaje máximo.

En segundo lugar, los problemas de falta de predeterminación normativa de las sanciones no pueden ser colmados con instrumentos de *soft law* como son las directrices europeas, sino, a lo sumo, mediante la aprobación de un reglamento de desarrollo de la Ley. Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico carecemos de ese ese segundo elemento de «cierre» del sistema que, al igual que las directrices europeas, limite el margen de apreciación de la Administración.

Sentado lo anterior, no hay que perder de vista el principio de primacía del Derecho de la Unión. En alguna ocasión, es la propia norma europea la que directamente establece el sistema de sanciones a imponer, sin dejar ningún margen al Legislador nacional, tal y como sucede, por ejemplo, con el RGPD. En este caso, la cuantía y la individualización de las multas está regulado en su integridad por el RGPD. De hecho, el artículo 76 de la LOPDGDD, «sanciones y medidas correctivas», ya remite directamente al RPDG⁶⁰².

De esta manera, el principio de primacía del Derecho de la Unión desplaza las disposiciones constitucionales internas, entre ellas, el principio de predeterminación legal de las sanciones, a la hora de controlar la validez del acto de ejecución del RGPD (una sanción), recordándonos de nuevo la jurisprudencia «Melloni» y «Åkerberg Fransson»⁶⁰³. De hecho, como muestra del modelo en el que piensa el legislador europeo, el 24 de mayo de 2023 el Comité Europeo de Protección de Datos, en base a la competencia que le otorga el RGPD para garantizar la aplicación coherente del propio reglamento (artículo 70.1 e),

muy difícilmente compatible con ellas (con las garantías del artículo 25.1 de la CE) un sistema a tenor del cual las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin haberse previamente establecido por Ley, y a tales efectos, un intervalo o escala que comprenda la multa máxima. **Un sistema que no fijase aquella escala y solo contuviese una previsión para después atemperar el resultado del cálculo a un límite externo reductor se enfrentaría a serios problemas de compatibilidad con aquellas garantías constitucionales»** (FJ 7º).

⁶⁰² El artículo el artículo 83.1 del RGPD recoge la obligación de cada autoridad de control de garantizar la imposición de multas administrativas efectivas, proporcionadas y disuasorias «con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 5 y 6». Posteriormente, establece las circunstancias en base a las cuales la propia autoridad tendrá que individualizar la sanción, y fija la cuantía máxima de la misma. Es decir, es el Reglamento quien, por así decirlo, «agota» la regulación de esta cuestión.

⁶⁰³ Sobre las implicaciones de esta jurisprudencia, *vid. supra.* apdo. 5.2 c) del Capítulo III.

aprobó unas Directrices (las 4/2022) sobre el cálculo de las multas del RGPD que, de nuevo, restringe el amplio margen de apreciación de las autoridades nacionales de protección de datos⁶⁰⁴.

No obstante, en otros campos las Directivas tan solo establecen que las multas no superen una cantidad máxima, que se calcula (por regla general) a partir de un porcentaje sobre el volumen de negocios. A veces también añaden los criterios a partir de los cuales se debe graduar el importe de la multa. Y, en todo caso, siempre se contempla que las sanciones sean proporcionales, disuasorias y efectivas, lo que no deja de ser una manifestación del principio de efectividad a la hora de aplicar del Derecho de la Unión⁶⁰⁵. Sin embargo, respetando esos límites, el legislador puede hacer las precisiones que considere necesarias, por lo que en absoluto se puede considerar que la norma europea agote la regulación. En este escenario, sí entra en juego los controles de constitucionalidad de cada Estado miembro. Además, y por mucho que el Derecho de la Unión pueda pensar que a la transposición de la Directiva le debería seguir la aprobación de unas directrices por la administración competente, la transposición del propio Derecho europeo debe hacerse respetando la disciplina normativa interna de cada Estado miembro, y, por tanto, la reserva de ley tanto forma como material⁶⁰⁶. De esta forma, en nuestro ordenamiento jurídico esa reducción necesaria del margen de apreciación de la Administración corresponde a la Ley o, en su caso, al Reglamento de desarrollo de la Ley.

⁶⁰⁴ Disponibles en: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2022/guidelines-042022-calculation-administrative_en

⁶⁰⁵ Vid. FUENTETAJA PASTOR, J., «La potestad sancionadora de la Unión Europea: fundamento y alcance», cit., pp. 242-243.

⁶⁰⁶ Vid. DÍAZ GONZÁLEZ, G.M., *La reserva de ley en la transposición de las directivas europeas*, cit., pp. 115-126. Es importante dejar claro que, aunque efectivamente el modelo que subyace detrás de esas normas europeas es el expuesto, en ningún caso se exige a los Estados miembros a la hora de transponer las directivas que respeten esa discrecionalidad con la que cuenta, por ejemplo, la Comisión Europea. Por lo general, los Estados miembros tendrán que asegurar que la autoridad en cuestión pueda imponer multas disuasorias, proporcionales y efectivas y que se ajusten a las disposiciones que contiene la norma europea. Fuera de estos aspectos, en ningún caso se impone una «reserva de administración» que impida a los Estados miembros regular de forma más detallada el marco sancionador. Con esto quiero indicar que no estamos ante el famoso problema de la «reserva de administración» que se planteó en la STJ de 3 de diciembre de 2009, Comisión c. República Federal Alemana, C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749, donde la Ley alemana de telecomunicaciones que transponía la Directiva europea en la materia restringía indebidamente el margen de apreciación que la Directiva reservaba a las autoridades nacionales para decidir sobre la necesidad de regulación de nuevo mercado. En estos casos ya sí existe un «factor de relativización» del respeto a esa reserva de ley, expresión que utiliza, DÍAZ GONZÁLEZ, G.M., *Ibid.*, p. 126. Sobre esta cuestión y los problemas que plantea relacionados con la reserva de ley y el artículo 52.1 de la CDFUE, vid. BAÑO LEÓN, J. M.^a., «Reserva de administración y Derecho comunitario», en ESPLUGUES MOTA, C., y PALAO MORENO, G., (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 837-850.

3.3. Alternativas al volumen de negocios

En principio, el cálculo de la multa en función del volumen de negocios permite que esa multa se adapte a la situación económica de cada empresa en el momento en el que se dicta la resolución sancionadora. En este sentido, las leyes obligan a la Administración a tomar como referencia el volumen de negocios del ejercicio anterior al de la imposición de la sanción, de tal forma que se refleje, en mayor o menor medida, la situación actual de la empresa⁶⁰⁷. Sin embargo, esto ha sido puesto en cuestión por la doctrina. Javier GARCÍA LUENGO ha puesto de manifiesto que realmente el volumen de negocios no es una magnitud que refleje de forma fidedigna la capacidad económica de una empresa, porque no tiene en cuenta las posibles pérdidas o gastos en los que esta incurre en el desarrollo de su actividad⁶⁰⁸. Además, también puede suceder que en un

⁶⁰⁷ En alguna ocasión ha sucedido que el volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción era muy reducido, lo que obligaba a imponer una multa muy inferior a la que, en condiciones normales, le hubiera correspondido. Nótese que en estos casos no se trata de que no sea posible determinar el volumen de negocios de la empresa (lo que permite acudir a otras magnitudes, si la ley las contempla) sino que el volumen de negocios es muy reducido o inexistente. Estas situaciones se dan cuando la empresa infractora traspasa sus activos antes del inicio del ejercicio anterior al de imposición de la multa a otra empresa de tal manera que durante ese ejercicio anterior no tiene ningún tipo de actividad, aunque jurídicamente sigue existiendo. En estos casos, el TS ha interpretado que la expresión volumen de negocios en el «ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa» puede interpretarse como el ejercicio completo más próximo en el que la empresa haya mantenido su actividad económica (STS de 19 de enero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:578). Esta doctrina también se encuentra en la jurisprudencia del TJ (STJ de 7 de junio de 2007, Britannia Alloys and Chemicals Ltd, C-76/06 P, ECLI:ECLI:EU:C:2007:326. Ahora bien, antes de trasladar automáticamente esta jurisprudencia a otros sectores diferentes del Derecho de la competencia es conveniente apuntar por qué resulta tan importante para la CNMC o la Comisión Europea determinar de esta forma el importe de la multa. Se podría pensar que no tiene sentido calcular una multa en atención a un volumen de negocios que en absoluto refleja la situación actual de una empresa sin actividad económica ya que esta no tendrá ningún tipo de capacidad para pagar esa multa. Sin embargo, en los casos en los que una empresa vende su negocio o sus activos a otra, de tal forma que esta última continúa con la actividad económica de la primera, las autoridades de competencia sancionan a la empresa que adquiere los activos en virtud de la doctrina del «sucesor económico». Por lo tanto, es importante calcular la multa en atención al último ejercicio completo de actividad económica porque la multa se impone al sucesor económico y no el infractor originario.

⁶⁰⁸ GARCÍA LUENGO, J., «La adaptación de las sanciones pecuniarias administrativas a la capacidad económica del infractor y los problemas de tipicidad de las medidas sancionadoras», cit., p. 6. También el TS ha hecho alguna crítica esporádica a la utilización del volumen de negocios. En el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que dio origen a la STC 74/2022 (ATS de 25 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2021:2129A) se pone en cuestión («a efectos meramente polémicos», dice) que la cifra de negocios exprese con claridad la capacidad económica porque esta debe determinarse «aun con matices y diferencias, en función del beneficio o la ganancia, que no coincide o no tiene por qué coincidir con tal magnitud de la cifra de negocios». Sin embargo, esto no es del todo correcto porque una empresa puede presentar un año pérdidas, pero, a pesar de ello, tener un patrimonio bastante elevado (por ejemplo, por tener una cifra alta de reservas). En otras ocasiones el TS ha sido más «amable» con la cifra de negocios, llegando incluso a afirmar que «el volumen o cifra de negocios es un dato o indicador contable que revela la capacidad y situación económica del sujeto infractor, y, en esa misma medida, permite calcular a priori la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él» (STS de 29 de enero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:112, FJ 8º). En la misma línea, el TC ha considerado que la «cifra de negocios es una de las magnitudes más adecuadas que pueden tomarse con referencia respecto de un sujeto que realiza actividades económicas» y, por ello, da lugar a sanciones proporcionales de modo riguroso» (STC 74/2022, FJ5º d).

determinado año el volumen de negocios haya aumentado de forma extraordinaria por causas meramente coyunturales y pasajeras, como puede ser un cambio inestable en la demanda de un producto. Piénsese, por ejemplo, en el reclamo de los servicios de limpieza durante los periodos más intensos de la pandemia de COVID-19. Como consecuencia de todo lo anterior, se han hecho propuestas para sustituir al volumen de negocios como criterio de referencia en la determinación de las multas a empresas.

Una primera opción puede ser los ingresos o beneficios netos de la empresa⁶⁰⁹. Sin embargo, el principal inconveniente que presenta es que una empresa puede presentar pérdidas un año y, pese a todo, acumular un patrimonio muy elevado fruto de buenos años anteriores. Además, se introduciría un incentivo un tanto perverso para la comisión de infracciones administrativas a las empresas que se encuentren en esa situación económica adversa ya que serían conscientes del importe reducido de la multa. De hecho, es en esas situaciones de escasez de ingresos cuando las empresas pueden tener mayores tentaciones de cometer una infracción administrativa bien para obtener unas ganancias ilícitas o bien para ahorrarse algún tipo de coste⁶¹⁰.

Otra alternativa es la que propone GARCÍA LUENGO: tomar como referencia el patrimonio neto de las empresas, al considerar que en este caso se refleja mucho mejor su situación económica⁶¹¹. No obstante, IZQUIERDO CARRASCO ha criticado esta posibilidad porque muchas empresas actúan en el mercado sin apenas patrimonio, por lo que para ellas la multa podría ser insignificante⁶¹². Por otro lado, habría que tomar ciertas cautelas a la hora de fijar los porcentajes correspondientes para el cálculo de las multas. Una mera sustitución de estos parámetros sin modificar los porcentajes podría provocar una reducción generalizada de la capacidad disuasoria de las multas, porque, por lo general,

⁶⁰⁹ Lo propone FUENTES OSORIO, J.L., «Dolorosa, pero no letal. La cuantía de la multa según la capacidad económica de la persona jurídica», cit., pp. 211-213, aunque refiriéndose al sistema de días-multa previsto para las penas a las personas jurídicas.

⁶¹⁰ *Vid.* IZQUIERDO CARRASCO, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», cit., p. 166.

⁶¹¹ Algún autor ha propuesto la utilización de los ingresos o beneficios netos de la empresa como criterio para determinar la capacidad económica del infractor (*vid.* FUENTES OSORIO, J.L., «Dolorosa, pero no letal. La cuantía de la multa según la capacidad económica de la persona jurídica», cit., pp. 211-213, aunque refiriéndose al sistema de días-multa previsto para las penas a las personas jurídicas). Sin embargo, no me parece adecuado utilizar esta magnitud porque una empresa puede presentar pérdidas un año y, sin embargo, acumular un patrimonio muy elevado fruto de buenos años anteriores. Piénsese, por ejemplo, en los periodos de crisis en los que algunas empresas importantes presentaban cuentas de pérdidas y ganancias en negativo pero que tenían una solidez financiera bastante consolidada. Por no hablar de los incentivos perversos que pueden encontrar empresas que se encuentra en pérdidas de cometer una infracción (por ejemplo, para intentar salir de esta situación) al ser conscientes de que la multa será de una cantidad muy baja. En contra de la utilización de los beneficios netos se muestra también IZQUIERDO CARRASCO, M., *Ibid.*, p. 166.

⁶¹² IZQUIERDO CARRASCO, M., *Ibid.*, p. 166.

la cifra de negocios de las principales empresas de nuestro país es superior a su patrimonio neto⁶¹³. También es posible (e, incluso deseable) que la Ley contemple ambas magnitudes y se permita a la Administración acudir a aquella que permita imponer la multa más alta, tal y como hace la LMV.

Igualmente, para corregir los posibles defectos del volumen de negocios, se puede introducir en la Ley la capacidad económica del infractor entre los criterios de graduación de las multas⁶¹⁴. Esto lo podemos encontrar en la LOSSEC, que contempla multas del 10% del volumen de negocios para las infracciones muy graves (artículo 97) pero permite graduar la multa en función de, entre otras circunstancias, la solidez financiera de la persona jurídica responsable (artículo 103 e). Un supuesto parecido lo recoge el Régimen sancionador aplicable a las infracciones previstas en el Reglamento 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el RDL *ómnibus* 5/2023 de 28 de junio. En él se prevén multas de hasta 2 millones de euros o de hasta el 4% del volumen de negocios pero se permite graduar la sanción en función de: (i) «la solidez financiera del prestador de servicios de alojamiento de datos», pero sobre todo y más importante (ii) en atención a la naturaleza y el tamaño del prestador de servicios de alojamiento de datos considerado responsable, en particular si es una microempresa o una pequeña o mediana empresa (que generalmente pueden estar más perjudicadas por el cálculo de la multa a partir del volumen de negocios)⁶¹⁵.

Finalmente, una última opción para evitar que la multa sea excesivamente elevada cuando se utiliza el volumen de negocios la ofrece la práctica de la CNMC. En las Indicaciones provisionales sobre el cálculo de las multas por conductas contrarias al Derecho de la competencia se incorporó un criterio de cierre mediante el que la CNMC

⁶¹³ Para llegar a esta conclusión se han analizado las últimas cuentas anuales consolidadas de las empresas que actualmente forman el denominado «IBEX 35». Las empresas cuya cifra de negocios es superior al patrimonio neto son las siguientes: Acciona, Acerinox, ACS, Amadeus, Arcelor Mittal, Cellnex, Ferrovial Servicios, Fluidra, IAG, Iberdrola, Inditex, Indra, Logista, Mapfre, Melia Hotels, Naturgy, Repsol, Rovi, Sacyr, Telefónica. Como se puede apreciar, algunas de estas empresas han sido objeto de importantes multas de competencia. Sin embargo, en el sector bancario la tónica es la contraria. Todos los bancos del Ibox 35 (Unicaja, Santander, BBVA, Sabadell, Bankinter y CaixaBank) tienen más patrimonio neto que cifra de negocios. También se encuentran en esta situación Colonial, Merlin Properties, Redeia, Endesa Grifols e Iberdrola. Todos estos datos son públicos y pueden consultarse tanto en la web de la CNMV como en la página web corporativa de cada empresa.

⁶¹⁴ También propone esta solución IZQUIERDO CARRASCO, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», cit., p. 171, aunque advierte de las dificultades que podría suponer para la determinación de la sanción.

⁶¹⁵ Vid. LOZANO CUTANDA, B., «Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo de un *ius puniendi* alternativo», cit., p. 30

reduce la sanción cuando el importe de la multa resulta desproporcionado. El origen de este «límite de proporcionalidad» (así lo llama la CNMC) está en los problemas que origina el cálculo de la multa en base al volumen de negocios total. Hay empresas (sobre todo las llamadas «multiproducto») que pueden tener un volumen de negocios muy elevado pero que, en realidad, el sector en el que se produce la infracción representa una parte muy pequeña de su actividad. De esta forma, cabe esperar que los beneficios que la empresa obtiene por esa infracción no sean muy elevados por lo que el cálculo de la multa a partir del volumen de negocios total puede derivar en la imposición de una sanción desproporcionada⁶¹⁶. Para evitar esta situación, se hace una «comprobación final de proporcionalidad» que pasa por realizar una estimación del beneficio ilícito de la infracción a partir de un porcentaje (que se fija normalmente a partir del margen bruto de explotación del sector) sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción de cada empresa. Este beneficio ilícito estimado se multiplica por una cantidad de entre 1 a 4 (fijada en función de la duración y tamaño del infractor) y en el caso en el que la multa sea superior a dicha cantidad se reduce para cumplir con el principio de proporcionalidad.

Más allá de que en el seno de la propia CNMC ha habido alguna controversia sobre el empleo de este criterio⁶¹⁷ y de que realmente en la mayor parte de los expedientes no

⁶¹⁶ De hecho, se ha comprobado que el actual sistema de determinación de las multas recogido en la LDC provoca que la mayoría de los (pocos) casos en los que la multa es disuasoria son aquellos en los que la empresa es multiproducto. El motivo es evidente y es que, si la empresa tiene una actividad pequeña en relación con su actividad total en el sector de la infracción, los beneficios obtenidos del cártel tampoco serán tan elevados pero la sanción se calculará sobre una magnitud que sí es elevada. Por el contrario, cuando la empresa concentra su actividad en un sector y este representa la mayor parte de su volumen de negocios las multas difícilmente son disuasorias. *Vid.* el estudio publicado por los consejeros de la CNMC Ane Martín, Carlos Merino y Javier García-Verdugo «Determinantes de la capacidad de disuasión de las sanciones de competencia en España (2015-2019)», publicado en 2021 y disponible en: <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/actividad-institucional/sanciones-infracciones-contra-competencia> donde se explica al detalle este fenómeno.

⁶¹⁷ Se trata del voto particular de la consejera D^a. M. del Pilar Canedo a la Res. de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/2016, Electrificación y electromecánicas ferroviarias, en el que precisamente se aplicó por parte de la sala de competencia el límite de proporcionalidad. La crítica que hace la consejera creo que pone de manifiesto la situación actual del sistema de multas en este sector. No comparte la opinión mayoritaria de la sala de que el factor de proporcionalidad se emplee únicamente como criterio para reducir el importe de la multa, pero nunca para elevarlo. Comparto el razonamiento de la consejera, pero es cierto, como creo haber explicado en este trabajo, que la proporcionalidad de las sanciones se vincula con el «exceso» y no con el «defecto» y que en alguna ocasión los tribunales han reprochado a la Administración la consideración de la situación económica del infractor sin estar legalmente previsto. Ni siquiera, aunque las Indicaciones provisionales introdujesen esta posibilidad de aumentar la multa, se solventaría este problema. La LDC no contempla la situación económica o el tamaño del infractor como criterio de graduación de las sanciones. Por otro lado, la consejera también critica que la multa se iguale al beneficio ilícitamente obtenido (recuérdese que el umbral se calcula multiplicando el beneficio ilícito entre un número comprendido entre 1 y 4). En este caso, la multa sería «neutra» lo que colocaría al infractor en la misma posición que con anterioridad a la comisión de la infracción por lo que la capacidad disuasoria sería nula.

es necesario utilizarlo (lo que ya manifiesta la escasa capacidad disuasoria de las multas)⁶¹⁸, este límite de proporcionalidad me parece. Sin embargo, resulta difícil extenderlo a otros sectores. Ya se ha apuntado que calcular el beneficio obtenido con una infracción es extremadamente difícil. De hecho, las Indicaciones provisionales de la CNMC hablan de la estimación de ese beneficio, pero para realizar esta operación se cuenta con una abundante literatura económica que ha estudiado en profundidad cómo se puede calcular dicha magnitud, sobre todo en el caso de los cárteles⁶¹⁹.

3.4. Sistemas diferenciados y/o progresivos para el cálculo de la multa

Frente a la generalización de una única horquilla para todas las empresas, una alternativa menos explorada pero que últimamente se va abriendo paso es la de establecer diferentes horquillas en función del tamaño de la empresa infractora. En principio, la utilización de parámetros contables como el volumen de negocio ya permite tener en cuenta la situación económica de cada sociedad. Sin embargo, estos sistemas de multas están más bien pensados para grandes empresas, donde su volumen de negocios sí refleja

Estando también de acuerdo con este punto, no hay que olvidar que a la multa le suelen seguir un importante número de acciones *follow-on* o la posibilidad de imponer la prohibición de contratar, por lo que habría que añadir también estos factores a la hora de valorar la capacidad disuasoria. No obstante, me parece que por razones de prevención general se debería suprimir esa magnitud de 1, y, por lo menos, subirla hasta 1,5 ó 2. Ya, por último, hace unas consideraciones sobre la problemática de utilizar el margen de beneficio en el sector como forma de calcular el beneficio ilícito obtenido pero lo cierto es que la literatura económica recoge esa magnitud (bien es cierto, junto con la elasticidad de la demanda y la subida de precios derivada de la infracción). Sin embargo, dicha cuestión queda fuera del objeto del estudio de este trabajo y merecería una reflexión mucho más detallada.

⁶¹⁸ De las últimas Resoluciones de la CNMC, solo en una («Electrificación y electromecánicas ferroviarias») se aplicó la rebaja de proporcionalidad): Res. de 19 de julio de 2023, Expte. S/0008/21, Licitaciones material militar, Res. de 4 de julio de 2023, Expediente S/0002/21, Bases de Datos Empresariales, Res. de 2 de febrero de 2021, Expte. S/0644/18, Radiofármacos, Res. de 1 de octubre de 2019, Expte. S/DC/0612/17 Montaje y Mantenimientos Industriales, Res. de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/2016, Electrificación y electromecánicas ferroviarias, Res. de 12 de julio de 2018, Expte. S/DC/0569/15 Baterías y Automoción, Res. de 8 de marzo de 2018, Expte. S/DC/0578/16, Mensajería y paquetería empresarial, Res. 21 de noviembre de 2017, Expte. S/DC/0562/15, Cables BT/MT y Res. de 28 de julio de 2016, Expte. SAMAD/09/2014, Concesionarios Nissan.

⁶¹⁹ De hecho, el porcentaje que se aplica sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción se calcula, como he apuntado, a partir del margen bruto de explotación en el sector y, en el caso de que se dispongan de los datos, de la subida de precios derivada de la infracción y de la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Estos parámetros coinciden con los que se utilizan en la literatura económica para detectar el beneficio ilícito de un cártel, tal y como pone de relieve el estudio realizado por el consejero Javier García-Verdugo Sales, «Valoración económica de las sanciones de competencia», publicado en 2016, en especial en las páginas 6 a 10 del informe y con abundante cita de dicha literatura económica. Disponible en: <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/actividad-institucional/sanciones-infracciones-contra-competencia>.

una imagen fiel de la realidad económica de esa empresa; en el caso de empresas más pequeñas la utilidad de estas magnitudes puede ser más cuestionable⁶²⁰.

Este razonamiento subyacía en el proyecto de ley por el que se quería reformar el sistema de sanciones administrativas a personas jurídicas en Alemania (*Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*, más conocido como *Verbandsanktionengesetz* –ley de sanciones a personas jurídicas⁶²¹–). Aunque el proyecto no llegó a aprobarse⁶²², merece la pena destacar los motivos por los que se intentó llevar a cabo dicha reforma.

En Alemania las personas jurídicas tan solo son sancionadas en aplicación de la Ley de infracciones o «contravenciones» administrativas (*OWiG*), incluso cuando el hecho que origina la sanción es un delito. No existe, por tanto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque sí pueden ser sancionadas administrativamente por delitos que cometen sus representantes o trabajadores⁶²³. El problema es que el límite máximo de las multas cuando se trata de delitos dolosos es de 10 millones de euros (artículo 30.2 de la *OWiG*), cantidad muchas veces insuficiente. En la parte justificativa del proyecto de ley (*Begründung*), se indicaba que este límite de los 10 millones rige con independencia del tamaño de las empresas, por lo que «no permite la imposición de sanciones disuasorias a empresas multinacionales con solidez financiera por los delitos que ellas cometen y, por

⁶²⁰ Vid. LOZANO CUTANDA, B., «Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo de un *ius puniendi* alternativo», cit., p. 30. La autora destaca que la responsabilidad de la persona jurídica en el Derecho administrativo sancionador «lleva al Legislador a fijar las multas pensando en las grandes corporaciones», poniendo como ejemplo en la nota al pie que sigue a continuación la cuantificación de las sanciones en base a la cifra de negocios.

⁶²¹ Lo cierto es que la traducción española del término *Verband* sería «asociación». En alemán también existe la palabra *juristische Person*, pero, a diferencia de lo que sucede en nuestro lenguaje jurídico, *Verband* se utiliza en el sentido amplio de la palabra por lo que comprende también a las sociedades de capital. De hecho, en el artículo 2 del Proyecto de Ley ya se indica claramente que una *Verband* incluye a las personas jurídicas de derecho público o privado. Lo importante era que esa *Verband* realizase una actividad económica, que era el requisito de aplicabilidad de la ley.

⁶²² Este proyecto de ley fue fruto del acuerdo para la formación de la *Große Koalition* (coalición de gobierno entre los dos principales partidos de Alemania). Sin embargo, recibió algunas críticas por lo que finalmente no se llegó a aprobar. En el acuerdo de la *Ampel Koalition* se comprometían a revisar el sistema de sanciones a empresas, teniendo especial consideración por la cuantía de las multas (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>) por lo que no es descartable que a lo largo de esta legislatura contemos con un nuevo proyecto que incorpore algunas ideas del que aquí estudiamos.

⁶²³ Es importante apuntar que el nuevo proyecto formalmente no pretendía introducir en Alemania la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque en este caso las sanciones eran impuestas por un juez y no por la Administración, se contempla específicamente la exclusión de la aplicación de la *OWiG* en los casos de comisión de delitos por representantes o trabajadores de la empresa. Se trataba de una suerte de «tercera vía» (*dritten Spur*) entre el derecho de contravenciones y el derecho penal, probablemente para preservar los principios nucleares de este que son, como hemos visto a lo largo de este trabajo, difícilmente trasladables cuando se trata de sancionar de forma efectiva a empresas multinacionales. Vid. al respecto, SCHÄFER, M., „Das neue Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft- ein Paradigmenwechsel innerhalb des deutschen Strafrechts?», *Wistra*, n.º 3, 2021, pp. 89-102.

lo tanto, pone en desventaja a las pequeñas y medianas empresas»⁶²⁴. Para evitar esta situación, en el artículo 9 del proyecto se introducían dos formas de calcular las multas, de tal forma que, con carácter general, el importe máximo de la multa sería de 10 millones de euros (5 en caso de delitos imprudentes), salvo que la empresa infractora tuviese un volumen de negocios de más de 100 millones de euros. En estos casos, el tope máximo de la multa pasa de 10 millones al 10% del volumen de negocios (5% en caso de delitos imprudentes), permitiendo, además, tener en cuenta las circunstancias económicas de la empresa.

En la Unión Europea se están dando pasos en una dirección muy similar mediante las directrices y demás instrumentos de *soft law* que se aprueban para precisar los criterios de cálculo de las multas. En estos casos, ya hablamos de sistemas de multa progresivos porque el porcentaje sobre el que se calcula la multa será mayor cuanto mayor sea tamaño de la empresa. En las Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos sobre el cálculo de las multas del RGPD se recoge un sistema para calcular el importe base de la multa a partir de un porcentaje (en función de la gravedad de la infracción) sobre la multa máxima posible que contempla el RGPD (2% o 4 % del volumen de negocios, según la infracción cometida)⁶²⁵. Posteriormente, ese importe base se modifica en función del tamaño de la empresa. Para ello se establecen siete grupos, cada uno de los cuales agrupa a las empresas según su volumen de negocios. Por ejemplo, si la empresa tiene un volumen de negocios de 2 a 10 millones de euros, el importe de la multa deberá fijarse

⁶²⁴ „Die Höchstgrenze des Ahndungsteils der Verbandsgeldbuße von zehn Millionen Euro gilt unabhängig von der Unternehmensgröße; sie lässt insbesondere gegenüber finanzkräftigen multinationalen Konzernen keine empfindliche Sanktion von Verbandstaten zu und benachteiligt damit kleinere und mittelständische Unternehmen”. Por otro lado, el proyecto también se encarga de explicar que en muchas ocasiones las multas superan la cantidad de los 10 millones de euros (además de los supuestos de sanciones en materia de competencia o en otros sectores donde lo impone directamente el Derecho de la Unión). Pero esto sucede por la aplicación de la figura del *Vermögensabschöpfung*, que lo podríamos traducir como el decomiso de las ganancias derivadas de la infracción. Ya se ha explicado que en Alemania la multa se puede dividir en parte sancionadora y parte de incautación de beneficios. En este caso, el proyecto considera que un castigo de como máximo 10 millones de euros es insuficiente para que exista un verdadero castigo (*echte Ahndung*) contra esa empresa. Se puede consultar el proyecto en el siguiente enlace:

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html

⁶²⁵ En el punto 60 de las Directrices se dispone lo siguiente: «Sobre la base de la evaluación de los factores expuestos anteriormente, se considera que la infracción tiene un nivel de gravedad (i) bajo, (ii) medio o (iii) alto. [...]. Al calcular la multa administrativa por infracciones de un nivel de gravedad bajo, la autoridad de control determinará el importe de partida para el cálculo posterior en un punto comprendido entre el 0 y el 10% del máximo legal aplicable. Al calcular la multa administrativa por infracciones de gravedad media, la autoridad de control determinará el importe de partida para el cálculo posterior en un punto comprendido entre el 10 y el 20 % del máximo legal aplicable. Al calcular la multa administrativa por infracciones de un nivel de gravedad alto, la autoridad supervisora determinará el importe de partida para el cálculo posterior en un punto entre el 20 y el 100% del máximo legal aplicable».

entre el 0,3% y el 2% del importe base original de la multa. Si el volumen de la empresa es superior a 250 millones, pero inferior a 500, la multa se fijará en una cantidad de entre el 40 y el 100% de la cantidad inicial. Si el volumen de la empresa es superior a esos 500 millones, entonces no se contempla ningún tipo de ajuste. A partir de esa cantidad, la multa podrá incrementarse o reducirse en función de las circunstancias agravantes y atenuantes sin que en ningún caso pueda superar los límites máximos fijados en el RGPD.

Otro ejemplo lo encontramos en el sistema de cálculo de multas del BCE en el marco de la supervisión bancaria. Según la Guía sobre el método de determinación de sanciones administrativas de multa, para fijar el importe base se establecen cinco grupos en función del tamaño de la entidad según su volumen de activos totales. Posteriormente se establece un cuadro con el importe base de la multa para cada grupo, dividido también según la gravedad de la infracción. Sobre la cantidad resultante se aplica un ajuste proporcional en base a las diferencias del tamaño de la infractora y (i) el tamaño medio de la entidad supervisada en su grupo y (ii) el tamaño medio de la entidad del grupo superior o inferior (si el tamaño de la infractora es superior al de la media de su grupo, se compara con el del grupo superior, y si no, con el del grupo inferior). Finalmente, se aplican las circunstancias agravantes y atenuantes que el BCE considere y, en última instancia, se comprueba que la multa no exceda del 10% del volumen de negocios⁶²⁶.

También existe algún ejemplo entre las leyes españolas. La nueva Ley General de Comunicación Audiovisual⁶²⁷ contempla diferentes horquillas en función de los ingresos devengados en el mercado español cuando la infracción se produzca en los «servicios de comunicación audiovisual televisivos lineales, televisivos a petición y de los servicios de intercambio de vídeo a través de plataforma» (artículo 160.1 a))⁶²⁸. Además, en el caso

⁶²⁶ No es descartable que cuando las Directivas obligan a los EM a introducir la capacidad económica como criterio para la graduación de las multas estén pensando en sistemas muy similares a los aquí expuestos. De hecho, uno de los ejemplos que mencionamos fue el de las multas que recoge la LOSSEC en el ámbito de la supervisión bancaria, que precisamente transpone una Directiva (la 2013/36 de 26 de junio) donde se establece que las multas deberán tener en cuenta la solidez financiera de la entidad (artículo 70 c). Sin embargo, a la transposición de la Directiva no le han acompañado mayores precisiones y se han reproducido, sin más, los criterios para determinar el alcance de las multas. Por lo tanto, tampoco sabemos cómo aplica la Administración dicho criterio.

⁶²⁷ Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

⁶²⁸ Este sistema de sanciones se utiliza para los tres tipos de infracciones (muy graves, graves, o leves). A modo de ejemplo, se reproduce el artículo 160.1 a) donde se contempla el importe de las multas por infracciones muy graves:

1. Las infracciones muy graves serán sancionadas:

a) En el caso de los servicios de comunicación audiovisual televisivos lineales, televisivos a petición y de los servicios de intercambio de vídeo a través de plataforma, con multa:

1.º De hasta 60.000 euros para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4, sean inferiores a dos millones de euros;

de que estos ingresos sean superiores a 50 millones de euros ya no se establece una cantidad a tanto alzada, sino que se fija el máximo de la horquilla en el 3% de esos ingresos, aunque se limita el importe de la multa en un máximo de 1.500.000 euros, lo que de nuevo puede generar distorsiones entre empresas cuyos beneficios, aun superando los 50 millones, son muy dispares.

Este sistema de determinación de las multas podría servir de ejemplo para más leyes. Por un lado, se puede conseguir que las multas sean disuasorias y, por el otro, se mitigan los riesgos que supone la utilización de magnitudes contables para las sanciones a empresas más pequeñas. Además, es un sistema perfectamente compatible con nuestra Constitución. Desde el momento en el que el Tribunal Constitucional ha aceptado que se pueda valorar la capacidad económica del infractor para evitar que las multas conlleven un «muy diferente grado de aflicción sobre los sancionados» (STC 76/1990, de 30 de mayo, FJ 6º), es lícito que la misma infracción se castigue con multas diferentes según el patrimonio del infractor. De hecho, uno de los argumentos del recurso de inconstitucionalidad frente al artículo de la LGT que contemplaba la graduación de las multas en función de la capacidad económica del infractor era que el principio de progresividad tributaria del artículo 31.1 de la CE no podía extenderse al sistema sancionador. Sin embargo, el TC señala que en ningún caso la constitución prohíbe que «la progresividad pueda ser tenida en cuenta a la hora de regular las sanciones tributarias» (STC 76/1990, FJ 6º) y, por ende, cualquier tipo de sanción.

4. LA RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE LA SOCIEDAD FILIAL Y EL CÁLCULO DE LA MULTA

La forma de determinar e individualizar una multa precisa de algún matiz cuando se sanciona a una sociedad filial de un grupo de empresas. Ya existe alguna ley que obliga a valorar la capacidad económica de la sociedad teniendo presente su pertenencia a un grupo de empresas. Otras contemplan que el volumen de negocios que se emplea para el

2.º De hasta 300.000 euros para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4, sean superiores o iguales a dos millones de euros e inferiores a diez millones de euros;

3.º De hasta 600.000 euros para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4, sean superiores o iguales a diez millones de euros e inferiores a cincuenta millones de euros;

4.º De hasta el tres por ciento de los ingresos devengados en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa conforme a su cuenta de explotación, con un máximo de 1.500.000 euros, obtenidos por la prestación del servicio de comunicación audiovisual en el mercado audiovisual español, para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4 sean iguales o superiores a cincuenta millones de euros.

cálculo de la multa sea el volumen de negocios consolidado (el del grupo), independientemente de si la sociedad infractora es la matriz o la filial. En cuanto a la reincidencia, la jurisprudencia europea admite, en el caso de las sanciones de competencia, que computen las infracciones previamente cometidas por otras sociedades del mismo grupo al que pertenece el infractor. Ya Cicerón en sus «Oficios» recordaba que la pena no debería ser superior a la culpa, transmitiendo un principio plenamente asumido en la actualidad. En la individualización de una multa o de cualquier otra sanción solo se puede tener en cuenta elementos relacionados con el infractor. De lo contrario, se abriría la puerta a la responsabilidad objetiva. Sin embargo, la realidad de los grupos de empresas requiere, como veremos, la flexibilización de este principio.

Por otro lado, baste apuntar que no en todos los casos esta circunstancia es relevante. Por ejemplo, a la hora de valorar la naturaleza de los perjuicios causados, el grado de culpabilidad, la existencia de intencionalidad para la individualización de una sanción, la colaboración con la Administración, el beneficio obtenido, todos ellos criterios que aparecen con mucha frecuencia en las leyes, es indiferente quién ha cometido la infracción que se pretende castigar.

4.1. La capacidad económica y la sociedad filial

En algunas leyes sectoriales se incluye la valoración de la capacidad económica del sujeto infractor como uno de los criterios para graduar la multa⁶²⁹. El hecho de que la sociedad pertenezca a un grupo podría condicionar la valoración de la capacidad económica, de tal forma que no sea solo necesario examinar la situación individual de la filial sino la del grupo en su conjunto. El tratamiento doctrinal ha sido escaso y tan solo se puede mencionar algún ejemplo que se aproxima mínimamente. En relación con la multa penal a personas físicas, hay situaciones en las que es necesario realizar algunas «ficciones» para determinar la capacidad económica de un infractor, como por ejemplo

⁶²⁹ Un ejemplo muy importante es el de la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas. De hecho, ha realizado una regulación bastante completa de esta cuestión, ordenando incluso a la Administración que realice «un cálculo económico lo más detallado posible a los efectos de la infracción, así como un estudio de la capacidad económica de la persona responsable, cuando dicha capacidad sea significativa». Otros ejemplos son: el artículo 59.1 h) de la LPBC, el artículo 20.2 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, el artículo 69 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, el artículo 142 del RDL *ómnibus* 5/2023 de 28 de junio, en el que se incorpora el Régimen sancionador aplicable a las infracciones previstas en el Reglamento 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas, el artículo 34.2 g) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria y el artículo 64 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

con los estudiantes que carecen de ingresos. En estos casos, se entiende que se debería valorar su patrimonio conforme al derecho a la prestación de recibir alimentos regulada en el Código Civil⁶³⁰. En la regulación de la valoración de la capacidad económica del Código Penal tampoco encontramos especialidad alguna para los grupos de empresas (ni tampoco, a decir verdad, para las personas jurídicas, para las que rige el mismo artículo que para las personas físicas, el 50.4 del CP).

En el ámbito del Derecho administrativo sancionador sí existe algún ejemplo aislado que contempla esta cuestión. El artículo 34.2 g) de la Ley de Industria permite graduar el importe final de la multa en función de, entre otras circunstancias, «el volumen de facturación de la entidad, **incluido el grupo al que pertenezca**». Pero más allá de esta disposición, el resto de las leyes que incluyen la capacidad económica del infractor entre los criterios de graduación de la multa guardan silencio. No obstante, no creo que sea contrario a Derecho que la Administración valore la pertenencia a un grupo de empresas a la hora de determinar dicha capacidad económica. Lo que se pretende al valorar la capacidad económica del infractor es que la multa no tenga un grado de aflicción diferente. Por lo tanto, creo que es importante no prescindir de un elemento que puede ser diferencial a la hora de valorar la situación de una sociedad. Pertenecer a un grupo de empresas permite a las empresas tener mayores recursos disponibles procedentes de otras empresas del grupo. Y, al contrario, también puede suceder que esa filial tenga cuantiosas ganancias, pero se encuentre en un grupo en el que el resto de las sociedades presentan pérdidas elevadas. En este escenario, la valoración de la situación económica del grupo permitiría una rebaja de la multa a esa primera filial.

Al comienzo de este trabajo hemos insistido en la diferencia entre la realidad «jurídica» y la realidad «económica» del grupo de empresas. Son dos perspectivas completamente distintas: mientras que la primera se centra en el individuo (en la persona jurídica), la segunda permite tratar a todas las sociedades como un único sujeto económico de naturaleza colectiva. Por lo tanto, cuando se trata de analizar la realidad económica de una sociedad que forma parte de un grupo de empresas, no es necesario

⁶³⁰ GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M.A., ALASTUEY DOBÓN, C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 98., ROCA DE AGAPITO, L., «Pena de multa», en ROCA DE AGAPITO, L. (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 89-99, p. 93, ROLDÁN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Akal Editor, Madrid, 1983, p. 86.

que se tenga que imponer esa vertiente jurídica sobre la económica, porque entonces estaremos haciendo una valoración ficticia de esa realidad económica⁶³¹.

Para esta cuestión, me parece procedente volver a traer a colación los límites del alcance del principio de personalidad de las sanciones cuando se trata de una persona jurídica societaria. Además, no estamos ni siquiera hablando de responsabilizar a una sociedad por la conducta de otra sociedad del grupo, sino tan solo de que se tenga en cuenta la presencia de este para fijar de forma adecuada la dimensión económica de la infractora.

En estos casos, podrá ser complejo determinar cuándo una sociedad se encuentra en una situación de grupo. Es decir, si se permite utilizar los criterios del artículo 42 del Código de Comercio (la existencia de un control) o es necesario acreditar la presencia de una dirección unitaria dentro del grupo de empresas. Tal y como hemos recogido al comienzo de este trabajo, solo cuando concorra esa dirección unitaria podemos hablar de grupo de empresas. Son esos intereses comunes entre las empresas los que provocan la distorsión entre la realidad jurídica y la económica. Por lo tanto, me parece más adecuada la segunda opción. El artículo 42 del Código de Comercio es una mera regulación de la consolidación contable que, si bien puede utilizarse como punto de partida, en ningún caso me parece que sea un criterio definitivo. De hecho, en estas circunstancias, la doctrina de la «empresa» del Derecho de la competencia vuelve a ser especialmente útil. Si una sociedad posee la totalidad o la casi totalidad del capital social de otra, se puede presumir sin mayores problemas que ambas constituyen la misma empresa. Si se permite su uso para sancionar a las sociedades matrices, con mayores motivos se debería para la valoración de la capacidad económica de una filial.

A lo sumo, el principio de legalidad puede constituir el único límite para la utilización del factor grupo a la hora de valorar la capacidad económica. Algunas leyes

⁶³¹ Piénsese por ejemplo en el artículo 142 del RDL *ómnibus* 5/2023 de 28 de junio, en el que se incorpora el Régimen sancionador aplicable a las infracciones previstas en el Reglamento 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas, que establece que uno de los criterios para determinar la sanción es «la naturaleza y el tamaño del prestador de servicios de alojamiento de datos considerado responsable, en particular, si es una microempresa o una pequeña o mediana empresa». Se entiende que la lógica del precepto es reducir el importe de la multa cuando se trate de empresas de este tamaño, pero a la hora de definir lo que se entiende como micro, pequeña o mediana empresa habrá que tener presente si estas forman parte de un grupo. De hecho, la Recomendación de la Comisión Europea de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas ya señala que «para reflejar mejor la realidad económica de las PYME, y excluir de esta calificación a los grupos de empresas cuyo poder económico sea superior al de una verdadera PYME, conviene distinguir diferentes tipos de empresas según sean autónomas, tengan participaciones que no impliquen posición de control, o estén vinculadas a otras empresas».

precisan que se debe tener en cuenta una magnitud de la empresa infractora y no de otras. Por ejemplo, el artículo 53 de la Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada establece que «para la graduación de las sanciones, los órganos competentes tendrán en cuenta [...] **el volumen de actividad de la empresa de seguridad, despacho de detectives el volumen de actividad de la empresa de seguridad, despacho de detectives, centro de formación o establecimiento contra el que se dicte la resolución sancionadora**». Más allá de estas situaciones, cuando solo se alude con unos términos o con otros a la capacidad económica del infractor no hay inconveniente en valorar ese factor grupo.

Por otro lado, no solo en el ámbito de las personas jurídicas se ha planteado la posibilidad de valorar los ingresos de un tercero cuando el infractor tiene con él una relación de dependencia. En el Derecho alemán de contravenciones se pueden tener en cuenta los ingresos y la situación financiera del cónyuge o de la pareja de hecho cuando uno sea económicamente dependiente del otro⁶³². Es cierto, no obstante, que algún autor rechaza valorar las circunstancias económicas de una sociedad matriz a la hora de determinar la multa de una filial, salvo que entre ellas exista un contrato de dominación o un contrato de transferencia de beneficios⁶³³. Sin embargo, me parece una postura excesivamente formalista ya que se puede llegar a una situación de dominación sin necesidad concluir dichos contratos. De hecho, el artículo 18 de la *Aktiengesetz* hace depender la existencia de un grupo de la dirección unitaria, no del contrato de dominación.

4.2. La utilización del volumen de negocios consolidado para calcular la multa a una sociedad filial

Una cuestión un tanto más compleja es la del cálculo del volumen de negocios (u otra cifra contable) para fijar el importe de la multa. La regla general es que se utilice el volumen de negocios presente en las cuentas anuales individuales de la sociedad infractora. Sin embargo, existen varios ejemplos en los que específicamente se ordena a la Administración que utilice el volumen de negocios consolidado cuando la infractora pertenezca a una sociedad matriz, todos ellos por imposición del Derecho europeo.

⁶³² MITSCH, W., «Höhe der Geldbuße», in MITSCH, W. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar. Ordnungswidrigkeitengesetz*, cit., pp. 335-399, p. 369. Recuérdese que el artículo 17.3 de la *OWiG* contempla las circunstancias económicas del infractor como uno de los criterios a la hora de graduar el importe de la multa.

⁶³³ *Vid.* MEYER-LINDEMAN, H.J., «81- Bußgeldvorschriften», cit., p. 3073.

En concreto, las leyes que contemplan esta posibilidad son la LOSSEC⁶³⁴, la LMV⁶³⁵ y la LPBC⁶³⁶. A estas tres se le suma la regulación del RGPD⁶³⁷. Al volumen de negocios consolidado también se refiere la Ley del Sector Eléctrico, aunque aquí el papel es más limitado porque las multas se fijan en función de unos máximos y unos mínimos. Solo en última se indica que no puede superar el 10% del importe neto anual «de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo al que pertenezca dicha empresa». Es decir, no se utiliza como cifra que marca las diferentes horquillas sino como una suerte de factor último de proporcionalidad. En el resto de los casos el límite superior de la horquilla se fija a partir de un porcentaje del volumen de negocios que varía según la gravedad de la infracción. No obstante, aquí también existen matices importantes.

En la LMV, en la LOSSEC y en la LPBC se establece que «si el sujeto obligado sancionado es una empresa matriz o una filial de una empresa matriz que tenga que establecer cuentas financieras consolidadas de conformidad con el artículo 22 de la Directiva 2013/34/UE, el volumen de negocios total a considerar para el cálculo de la sanción máxima a imponer, será el volumen de negocios anual total o el tipo de ingreso correspondiente, conforme a las Directivas sobre contabilidad pertinentes, según la cuenta consolidada más reciente disponible, aprobada por el órgano de gestión de la empresa matriz». De esta forma, por el mero hecho de, a efectos contables, pertenecer a un grupo de empresas, una sociedad filial ve cómo el arco sancionador se extiende mucho más de lo que, en principio, le correspondería si solo se evaluase su situación económica individual. Paradójicamente, en el Derecho europeo de la competencia, para imputar la sanción a la matriz y, por ende, para calcular el límite del 10% sobre el volumen de negocios del grupo, es necesario probar el ejercicio de una influencia decisiva sobre la filial, que solo se presume cuando la participación de la matriz alcance o se aproxima al cien por cien del capital social. Por el contrario, la obligación de consolidar cuentas se genera, entre otras circunstancias, a partir de la posesión, de forma directa o indirecta, de la mayoría de los derechos de voto en esa filial. En consecuencia, la utilización del

⁶³⁴ Artículo 97.2. 2º de la LOSSEC.

⁶³⁵ El sistema de la LMV es un tanto complejo. En primer lugar, en el artículo 312 se establece lo que podemos llamar un «régimen general» en el que se contempla el cálculo del volumen de negocios a partir de las cuentas anuales consolidadas, incluso cuando la sancionada es una filial. Pero como la Ley transpone muchas directivas europeas, en los artículos siguientes se contemplan especialidades para determinadas infracciones. Para calcular la multa en estos casos, la LMV utiliza el volumen de negocios volumen de negocios consolidado.

⁶³⁶ Artículo 56.2 de la LPBC. Un estudio completo sobre el sistema sancionador regulado en esta Ley puede verse en ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., «El régimen sancionador en la Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo», *REDA*, n.º 159, 2013, pp. 287-328

⁶³⁷ Considerando 150 del RGPD en relación con el artículo 83.4 del mismo RGPD.

volumen de negocios consolidado para calcular el importe de la multa es mucho más sencilla en estos sectores.

El modelo del RGPD sí se parece mucho más al del Derecho europeo sancionador de la competencia. Los artículos 83.4 y 83.5 del Reglamento tan solo contemplan multas de hasta un 2% o 4% del volumen de negocios, sin indicar nada más. Sin embargo, en el considerando 150 del Reglamento se señala que «si las multas administrativas se imponen a una empresa, por tal debe entenderse una empresa con arreglo a los artículos 101 y 102 del TFUE» de tal forma que, siempre que se cumpla este requisito, el importe máximo de la multa también se calcula sobre el volumen de negocios consolidado de la sociedad matriz. En este sentido, en la Decisión de 20 de agosto de 2021 de la Data Protection Commission de Irlanda por la que se sancionó a WhatsApp con una multa de 225 millones de euros se puede apreciar cómo se calculó el importe máximo posible de la multa sobre el volumen de negocios consolidado de las cuentas anuales que presentaba la matriz titular de todas las acciones, Facebook, Inc. (ahora Meta), pero sin sancionar a esta⁶³⁸, aplicando ese concepto de empresa.

En nuestra doctrina, IZQUIERDO CARRASCO ha advertido de la utilización del volumen de negocios consolidado en las sanciones a las filiales, aunque sin aparentemente censurar su uso. A lo sumo, señala que el único requisito para su utilización es que las leyes lo recojan expresamente, conclusión que compartimos⁶³⁹. Por el contrario, en Alemania esta regulación ha sido bastante criticada poniendo especial acento en su incompatibilidad con el principio de culpabilidad al introducir en la graduación de la sanción una circunstancia ajena al infractor⁶⁴⁰. De hecho, se ha llegado a afirmar que, en

⁶³⁸ En particular, se detalla esta cuestión en las páginas 251 a 257 de la Decisión, disponible en: <https://www.dataprotection.ie/en/dpc-guidance/law/decisions/whatsapp-ireland-ltd-august-2021-0>. Lo curioso de este caso, que pone de manifiesto la confusión que existe a veces a la hora de utilizar estos parámetros, es que en el proyecto de decisión la autoridad irlandesa de protección de datos pretendía utilizar la suma del volumen de negocios individual de WhatsApp y de Facebook, Inc. y no el volumen consolidado del grupo. La autoridad alemana consideraba que se debía utilizar el volumen de negocios consolidado de tal forma que en aplicación del artículo 60.4 del RGPD formuló una objeción. Al estar en desacuerdo la autoridad irlandesa, y según ordena el propio artículo 60.4 en relación con el artículo 65, se remitió la cuestión al Comité Europeo de Protección de Datos para que adoptase una decisión vinculante. En esa Decisión (Decisión vinculante 1/2021 de 28 de julio de 2021), el Comité estableció no solo que ese volumen de negocios tiene que ser el consolidado, sino que además se tiene que emplear este también a la hora de fijar el importe de la multa y no solo como techo sancionador máximo.

⁶³⁹ IZQUIERDO CARRASCO, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», cit., p. 172.

⁶⁴⁰ HAUS, F., «Verfassungsprinzipien im Kartellbußgeldrecht-ein Auslaufmodell? Zu den anwendbaren Maßstäben bei der Bemessung umsatzbezogener Geldbussen nach 81 Abs. 4 GWB», *NZKart*, n.º 5, 2013, pp. 183-195. Por su parte, ESTEBAN RÍOS, J., *El ejercicio de las potestades supervisora y sancionadora en el marco del Mecanismo Único de Supervisión*, cit., pp. 536-537 desliza que podría tratarse de una extensión de responsabilidad a la matriz «por no haber controlado de forma debida el actuar de sus filiales» (nota al pie núm. 148).

definitiva, las leyes presumen cierta participación de la sociedad matriz en la infracción de su filial, buscando, en el fondo, hacerla responsable de la infracción de su filial⁶⁴¹. Sin embargo, creo que, en definitiva, esto es una falsa polémica. También, de alguna forma, se introducen esas circunstancias ajenas cuando se calcula la multa a una matriz a partir del volumen de negocios consolidado (y, por tanto, el de todas sus filiales) y no de su volumen de negocios individual. En definitiva, toda referencia al volumen de negocios consolidado genera el mismo problema, independientemente de si la sociedad es una matriz o una filial. El volumen de negocios consolidado mejor refleja la situación económica del grupo y de ahí su importancia (y su uso).

Además, el Tribunal Supremo alemán (BGH) en su sentencia de 26 de febrero de 2013 consideró compatible con el citado principio de culpabilidad el empleo del volumen de negocios consolidado incluso cuando la infractora es la filial. En este caso, se trataba de una sanción en materia de competencia en un momento en el que la Ley alemana de defensa de la competencia tan solo empleaba el concepto de empresa para el cálculo del volumen de negocios; el sujeto responsable de la multa seguía siendo únicamente la persona jurídica autora de la infracción. Los argumentos del BGH son muy interesantes y adoptan una visión muy realista del fenómeno del grupo de empresas.

En primer lugar, considera que la utilización del volumen de negocios busca adecuar la sanción a la realidad económica del infractor por lo que, en esta «evaluación económica», es fundamental fijarse en la «unidad económica» de la que forme parte la persona jurídica. Para ello es determinante la utilización del volumen de negocios consolidado. Si lo que se pretende es lograr sanciones disuasorias, no se puede tener en cuenta únicamente los «datos económicos de la persona jurídica» sino los de la «empresa» (en el sentido del Derecho de la competencia) en su conjunto. De esta forma se evitan además las posibles «transferencias de activos» (*Vermögensverschiebungen*) dentro del grupo con las que se pretendiese rebajar el impacto de la sanción, reduciendo el volumen de negocios artificialmente. Ya fuera de Alemania, podemos encontrar idénticos argumentos en una importante resolución del *Conseil Constitutionnel* francés (*Décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015*) en la que además se rechaza expresamente la vulneración del principio de responsabilidad personal. A lo sumo, se podría plantear su inconstitucionalidad por su incompatibilidad con el principio de proporcionalidad de las sanciones, lo que, para el asunto en concreto (multas de competencia), se rechaza.

⁶⁴¹ ACHENBACH, H., «Neue Sanktionen im Finanzmarktrecht- alte und neue Zweifelsfragen», *Wistra*, n.º 1, 2018, pp. 13-21, p. 17-18.

En mi opinión, las conclusiones del BGH (y las del *Conseil Constitutionnel* francés) son acertadas, pero me parece necesario hacer ciertas puntualizaciones.

En primer lugar, en el caso alemán se trataba, al igual que sucede con el RGPD, de utilizar el concepto de «empresa» para calcular una multa impuesta a una sociedad filial. Pero si se emplea este concepto a estos efectos, entonces parece más razonable hacerlo para declarar también a la matriz responsable de forma solidaria junto con su filial. Además de lograr los legítimos objetivos que señalaba el BGH, existiría otro patrimonio sobre el que poder ejecutar la sanción y así reducir los riesgos de su impago. La utilización del volumen de negocios consolidado permite que esas transferencias de activos dentro del grupo queden neutralizadas a la hora de calcular el importe de la multa, pero, si no se sanciona a la matriz, la Administración podrá encontrarse ante una sociedad despatrimonializada a la hora de ejecutar forzosamente la multa. De hecho, el Comité Europeo de Protección de Datos ha incluido en sus Directrices sobre el cálculo de las multas del RGPD la posibilidad de que la autoridad competente también declare responsable solidaria a la matriz, en aplicación de ese concepto de «empresa» que recoge el considerando 150 del RGPD⁶⁴².

En segundo lugar, el respeto al principio de personalidad de las sanciones se cumple mucho mejor en los casos en los que se aplica el concepto de empresa del Derecho de la competencia que cuando se hace una referencia al grupo de empresas a efectos de consolidación contable, como sucede en LMV, en la LOSSEC y en la LPBC. Lo que caracteriza a los grupos de empresas y les convierte en una realidad económica es esa influencia de una sociedad sobre las demás. La situación de consolidación de cuentas tan solo nos indica que la matriz está en condiciones de ejercer efectivamente su control, pero no que lo haya hecho. Por ello me parece mucho mejor extender el régimen sancionador de la competencia a otros sectores que incorporar el concepto de volumen de negocios consolidado sin sancionar a la sociedad matriz.

De nuevo hay que advertir que, hasta el momento, la utilización del volumen de negocios consolidado ha sido impuesta por el Derecho de la Unión, sin dejar margen al Legislador nacional a la hora de su transposición⁶⁴³. En consecuencia, se vuelven a

⁶⁴² Ya hemos criticado la falta de consideración de los principios de legalidad a la hora de regular los sujetos responsables de las infracciones de competencia, consideraciones que se vuelven a trasladar aquí.

⁶⁴³ No es casualidad que estas disposiciones las encontremos en normas relacionadas con la supervisión bancaria y del mercado de valores. La respuesta normativa a la crisis financiera del año 2008 ha propiciado una regulación mucho más exhaustiva del legislador comunitario del ejercicio por parte de las autoridades de los Estados miembros o, incluso, de las propias instituciones comunitarias (como sucede con el BCE),

desplazar los cánones de control interno de constitucionalidad a la hora de enjuiciar estos artículos o las sanciones impuestas con base a ellos. En su caso (y a excepción del RGPD), un argumento para anular alguna de las multas impuestas conforme a estas leyes puede estar, de nuevo, en la falta de predeterminación legal de las sanciones por concederle un margen de apreciación tan amplio a la Administración. A estos efectos, es indiferente que el volumen sea el del infractor o el del grupo en su conjunto.

Además, me parece matizable la crítica sobre la posible sanción «indirecta» a las sociedades matrices. Esto dependerá del uso que haga cada Administración del volumen de negocios (que, de nuevo, pone de manifiesto la necesidad de una regulación mucho más detallada). No es lo mismo que el volumen de negocios se emplee tanto para calcular el importe base de la multa como para fijar el límite superior de la horquilla sancionadora, que se utilice únicamente para esta última cuestión. En el primer escenario sí podríamos hablar de una sanción indirecta a la matriz, pero no así en el segundo. Por seguir con el ejemplo del RGPD, las Directrices señalan que, en función de la gravedad de la infracción, el importe base de la multa se determina a partir de un porcentaje sobre el límite sancionador máximo (2% o 4% del volumen de negocios)⁶⁴⁴. En este caso, el volumen de negocios cumple esa doble función y, de esta forma, la sanción que le corresponde a la filial sería equivalente, en líneas generales, a la que le podría haber correspondido a su matriz si hubiera cometido ella la misma infracción. De hecho, como habíamos señalado, esas Directrices ya contemplan la responsabilidad solidaria de la matriz junto con su filial.

4.3. La reincidencia por infracciones de otras sociedades del grupo

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 29.3 de la LRJSP recoge la reincidencia como uno de los criterios que tiene que apreciar la Administración a la hora

de sus potestades de supervisión y sanción. De esta forma, la importancia del Derecho europeo para el Derecho administrativo sancionador de los Estados miembros se ha incrementado notablemente en los últimos años, al menos en estos sectores de intervención. Lo explica PASCUA MATEO, F., *Las sanciones en serio: hacia un sistema administrativo sancionador común en el mercado de valores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 57-59.

⁶⁴⁴ Para mayor claridad, vuelvo a reproducir el punto 60 de las Directrices: «Sobre la base de la evaluación de los factores expuestos anteriormente, se considera que la infracción tiene un nivel de gravedad (i) bajo, (ii) medio o (iii) alto. [...]. Al calcular la multa administrativa por infracciones de un nivel de gravedad bajo, la autoridad de control determinará el importe de partida para el cálculo posterior en un punto comprendido entre el 0 y el 10% del máximo legal aplicable. Al calcular la multa administrativa por infracciones de gravedad media, la autoridad de control determinará el importe de partida para el cálculo posterior en un punto comprendido entre el 10 y el 20 % del máximo legal aplicable. Al calcular la multa administrativa por infracciones de un nivel de gravedad alto, la autoridad supervisora determinará el importe de partida para el cálculo posterior en un punto entre el 20 y el 100% del máximo legal aplicable».

de graduar la sanción. En este sentido, existe reincidencia «por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa». Lo que en este caso se plantea es si la reincidencia se puede apreciar no solo a partir de las infracciones que comete la persona jurídica que se sanciona sino también por las que, en ese periodo de un año, han podido cometer otras sociedades del mismo grupo de empresas. IZQUIERDO CARRASCO plantea la cuestión de la siguiente manera: «piénsese en El Corte Inglés (una persona jurídica que tiene todos los centros comerciales) y en Carrefour (una persona jurídica para cada centro comercial). En el primer escenario, todas las infracciones de cada centro comercial computarían a los efectos de la reincidencia; no así en el segundo escenario. Esto es, ante una situación sustancialmente idéntica, la respuesta sancionadora administrativa sería distinta dependiendo de algo tan aleatorio como una decisión de organización empresarial»⁶⁴⁵.

En el Derecho sancionador de la competencia se ha dado solución a este problema mediante la aplicación, otra vez, del concepto de «empresa». La jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea permite tener en cuenta las infracciones que ha cometido cualquier sociedad dentro de la «empresa» sin que sea necesario que la sociedad sobre la que se quiere aplicar la reincidencia haya participado en esas infracciones previas. En este sentido, se permite computar la infracción de una filial tanto para apreciar la reincidencia a la hora de sancionar a otra filial del grupo⁶⁴⁶ como a la matriz de este grupo⁶⁴⁷. Aunque por el momento no se ha dado el caso, también podría seguirse este mismo criterio con respecto a la sanción de una filial si previamente ha sido sancionada su sociedad matriz⁶⁴⁸. Los dos únicos requisitos a los que está sometida esta posibilidad son que las sociedades involucradas formen parte de la misma empresa a los efectos del Derecho de la competencia en el momento en el que se cometió la primera infracción y que la Comisión Europea pruebe esta circunstancia en la resolución sancionadora. Como ya hemos visto,

⁶⁴⁵ Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», cit., p. 149-150 (nota al pie n.º 16).

⁶⁴⁶ STPI de 30 de septiembre de 2003, T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin, ECLI:EU:T:2003:250, apartado 290.

⁶⁴⁷ STJ de 5 de marzo de 2015, Comisión y otros/Versalis, asuntos acumulados C-93/13 P y C-123/13P, ECLI:EU:C:2015:150, apartados 86 a 103.

⁶⁴⁸ En la Sentencia «Sumal», comentada en otro apartado de este trabajo (*vid. supra.* apdo. 4.1 del Capítulo III), el TJ utilizó el argumento de la posibilidad de apreciar la reincidencia de una persona jurídica para sancionar a otra para reforzar la idea de que no es necesario sancionar a la sociedad filial para ejercer una acción *follow on* de reclamación de daños por las infracciones cometidas por la matriz. Por lo tanto, todo hace indicar que el TJ indirectamente confirma esta posibilidad.

si la participación de la matriz en el capital social de sus filiales está próxima al 100%, la presunción del ejercicio de una influencia decisiva facilita enormemente esta prueba. Aunque en la realidad siempre opera así, me parece que para la reincidencia podría ser una prueba definitiva. No creo que sea necesario exigir el mismo estándar probatorio para la reincidencia que para declarar responsable solidaria a la matriz de las multas impuestas a su filial.

Esta solución del Derecho sancionador europeo de la competencia debería trasladarse al Derecho administrativo sancionador español para así lograr lo que IZQUIERDO CARRASCO califica como la neutralidad con «ciertas decisiones de organización empresarial». No tenemos constancia de que, hasta el momento, alguna Administración (ni siquiera la CNMC) haya valorado las sanciones previamente impuestas a otras sociedades del grupo para apreciar la reincidencia⁶⁴⁹. No se puede criticar esta solución porque el principio de legalidad de las sanciones impide una solución contraria. Por ello, puede ser interesante una reforma de la LRJSP de tal forma que se introduzca el concepto de empresa del Derecho sancionador de la competencia a los efectos de la reincidencia. Sería una redacción sencilla: «a los efectos de apreciar la reincidencia se tendrán en cuenta las infracciones que hayan sido cometidas por las personas jurídicas con las que el infractor forme parte de una misma empresa. El concepto de empresa se interpretará de conformidad con el Derecho sancionador de la competencia».

Esta propuesta creo que da un significado y un sentido mucho más adecuado a la reincidencia cuando hablamos de grupos de empresas. Si la Administración ya ha

⁶⁴⁹ LAGUNA DE PAZ, J.C., *Tratado de Derecho administrativo. General y económico*, Civitas, Cizur Menor, 2023, p. 1694-1695 ha señalado como ejemplo de valoración a los efectos de reincidencia de la matriz de las sanciones previas a sus filiales la STS 5129/2016, ECLI:TS:2016:5129. Sin embargo, en este caso la cuestión es algo diferente de lo que aquí estamos planteando. Se trataba de la sanción que se impuso al Banco Santander por una infracción en materia de blanqueo de capitales que previamente había cometido el Banco Banesto, que fue absorbido por el Banco Santander con anterioridad al pago de la multa. Esto provocó que finalmente fuese este segundo banco el responsable del pago de la multa. Para el cálculo de la sanción, se consideró a los efectos de reincidencia una sanción previa en materia de blanqueo de capitales que ya se había impuesto a Banesto. El problema es que en este caso el Banco Santander es responsable de la sanción en su condición de «sucesor jurídico» del Banco Banesto (como si fuese el Banco Banesto) por lo que se calcula la multa como si se hubiese impuesto al Banco Banesto, teniendo en cuenta todas las circunstancias agravantes y atenuantes que en su caso se hubieran tenido en cuenta para sancionar a este banco si no hubiera sido absorbido. Desde luego que este es un primer paso que, al menos, abre la puerta para contemplar la reincidencia en otros supuestos. En este caso, formalmente la Administración apreció la reincidencia a la hora de sancionar a una matriz por la conducta de su filial (Banco Banesto era filial del Santander en el momento en el que cometió la infracción). Lo que restaría sería que se apreciase la reincidencia cuando la matriz, u otra sociedad del grupo, responda en concepto de autor de la infracción y no en su condición de sucesor jurídico.

señalado en una primera ocasión a través de la resolución administrativa (que tiene que ser firme en vía administrativa) que una filial del grupo ha cometido una infracción, la matriz del grupo debería asegurarse de que esa conducta no se extienda a lo largo del grupo. Además, al contrario de lo que en su día sucedía con el ya derogado concepto de «reiteración» que recogía la Ley 30/1992, la reincidencia se refiere a infracciones de la misma «naturaleza» lo que limita la extensión de la responsabilidad dentro del grupo. Me parece contrario al principio de proporcionalidad agravar la responsabilidad de una filial por cualquier infracción que haya cometido otra sociedad del grupo, independientemente de la ley infringida. No obstante, al tratarse de infracciones de la misma naturaleza en un periodo breve de tiempo (un año a partir de la firmeza en vía administrativa de la primera resolución) no existe tal falta de proporcionalidad. Simplemente, se pone de manifiesto la continuidad de una conducta dañosa contra un determinado bien jurídico dentro de un mismo grupo de empresas, lo que hace que las infracciones posteriores merezcan un mayor reproche.

Por otro lado, aunque no se trata de sanciones administrativas, en el ordenamiento jurídico encontramos algún caso en el que la sanción a una sociedad del grupo puede privar a otra sociedad de determinados beneficios. En este sentido, en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, se prohíbe la obtención de una licencia de explotación de las actividades relacionadas con el juego a aquellas sociedades que estén integradas en grupos de empresas en los que existan entidades que hayan sido sancionadas, mediante resolución administrativa firme, por dos o más infracciones muy graves en los últimos cuatro años por incumplimiento de la normativa de juego del Estado (artículo 13.2 c). En relación con la obtención de ayudas económicas, en el RDL 20/2022, de 27 de diciembre se aprobó una ayuda extraordinaria para sufragar el precio de determinados productos energéticos para los titulares de vehículos de motor destinados al transporte de mercancías, transportes de pasajeros y taxis, de la que han quedado excluidas las sociedades afectadas por sanciones impuestas por la Unión Europea a raíz de la invasión de Ucrania por parte de Rusia, limitación que se extiende a «empresas controladas por personas, entidades y órganos afectados» por este tipo de sanciones⁶⁵⁰.

⁶⁵⁰ Aunque se ha generalizado su uso, para este tipo de medidas el término sanción es incorrecto porque en ningún caso se está imponiendo un mal por la comisión de una infracción previa. Estas medidas (congelación de activos, prohibición de realizar actividades en un territorio, embargos...), tienen una naturaleza coercitiva ya que solo buscan poner fin a una situación de vulneración de derechos humanos cometida por un determinado país. Finalizada dicha situación, cesan tales medidas. Para un análisis más detallado, *vid.* DÍAZ GONZÁLEZ, G.M., «Smart o targeted sanctions y Derecho de la Unión Europea: la

Sin llegar a ser supuestos idénticos al de la reincidencia, estos ejemplos ponen de relieve que la consideración de las sanciones de otras sociedades del grupo no es algo tan extraño. Es cierto que existe una diferencia evidente entre la denegación de una ayuda o una licencia y una sanción administrativa. No obstante, en cuanto que se trata de una limitación de derechos, también las primeras tendrán que cumplir con el principio de proporcionalidad. En estas situaciones, la falta de consideración de la realidad de un grupo de empresas y, por tanto, la permanencia de un criterio eminentemente formalista puede privar a la Ley de alcanzar los fines que se propone. Por lo tanto y como conclusión, me parece necesario y justificado adaptar la figura de reincidencia en el sentido propuesto.

5. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARALELOS Y *NON BIS IN IDEM*

La internacionalización de las empresas mediante sucursales o mediante sociedades filiales puede provocar que, ante una misma infracción que se extienda a lo largo del grupo, o que cause efectos en distintos países, la autoridad competente de cada país decida iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. La coordinación y el intercambio de información entre las diferentes Administraciones, especialmente las de los Estados miembros de la Unión, favorece este inicio simultáneo o subsiguiente de los procedimientos. De esta forma, el inicio de un procedimiento administrativo (o un proceso penal) o, en última instancia, la imposición de una sanción administrativa (o de una pena) puede provocar el comienzo de un procedimiento de naturaleza similar en otro u otros países (o que se inicien investigaciones para posteriormente iniciar ese procedimiento). Este fenómeno ha sido calificado por la doctrina como «procedimientos paralelos» y su estudio está directamente relacionado con los problemas de *non bis in idem* y la acumulación de sanciones procedentes de diferentes países⁶⁵¹. La situación para nada es extraña y existen ejemplos que lo acreditan.

En el ámbito del Derecho administrativo sancionador de la competencia, recientemente el TJ se ha tenido que pronunciar sobre un caso en el que tanto la autoridad alemana de competencia como la austriaca habían iniciado procedimientos sancionadores

difícil configuración de un sistema adecuado de garantías judiciales», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2022*, cit., pp. 335-387, sobre la naturaleza jurídica de las medidas, pp. 380-384.

⁶⁵¹ Vid. NAZZINI, R., «Parallel Proceedings in Eu Competition Law. Ne Bis in Idem as a Limiting Principle», in VAN BOCKEL, B., (ed.), *Ne bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 131-166, y MEYER, F., «Multiple Sanktionierung von Unternehmen und *ne bis in idem*», in STEIN, U., GRECO, L., JÄGER, C., WOLTER, J., (Hrsg.), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, pp. 535-557.

contra dos empresas (Nordzucker y Sudzucker) por prácticas contrarias a la libre competencia. Una cuestión similar ha sucedido en relación con Amazon. La autoridad italiana de defensa de la competencia y la Comisión Europea iniciaron sendos procedimientos administrativos sancionadores contra dicha empresa por prácticas contrarias al artículo 102 del TFUE. Sin abandonar el campo del Derecho de la competencia, también se encuentran resoluciones de la Comisión Europea en las que se recogen alegaciones de las empresas sobre la eventual desproporcionalidad de la posible multa de la Comisión sobre la base de otras multas previamente impuestas, por ejemplo, en los Estados Unidos o en Canadá, o por reclamaciones civiles derivadas de esas sanciones⁶⁵². En el ámbito de la protección del mercado de valores también se ha producido algún caso en el que una empresa ha sido investigada paralelamente por varios supervisores y posteriormente sancionada. La entidad financiera Fortis (ahora Ageas) y su filial holandesa fueron objeto de procedimientos sancionadores iniciados tanto por la autoridad holandesa de los mercados financieros (AFM o Autoritet Financiële Markten) como por la autoridad belga (FSMA o Financial Services Market Authority) por difundir información falsa sobre la solvencia de la entidad⁶⁵³.

El fenómeno de los procedimientos paralelos también está presente en el ámbito de la protección de los consumidores. Me refiero al caso de la manipulación de los motores de la compañía Volkswagen. La conducta se originó en Alemania, donde está domiciliada la matriz del grupo, pero afectó a ciudadanos de todo el mundo porque los vehículos se distribuían a través de las filiales extranjeras de Volkswagen. De hecho, en nuestro país se llegó a interponer una querrela contra Volkswagen España, S.A. por presuntos delitos contra los consumidores, contra el medio ambiente, estafa, fraude, falsedad documental y contra la hacienda pública. Sin embargo, en este caso no se produjo una condena penal en España porque el juzgado central de instrucción decidió dar traslado de la investigación

⁶⁵² En la Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 2005, Asunto COMP/F/38.443-Sustancias químicas para la industria del caucho, una de las sancionadas (Crompton) solicita a la Comisión que se aplique como circunstancia atenuante el hecho de que ha llegado a acuerdos con las autoridades estadounidenses y canadienses para el pago de varias multas por el mismo cártel. También, en la STPI de 29 de abril de 2004, T-236/01, Tokai Carbon, ECLI:EU:T:2004:118, apartados 130 a 15, se rechaza que la Comisión Europea haya vulnerado el principio de *non bis in idem* por haber sancionado a una empresa que ya había sido previamente sancionada en Estados Unidos y en Canadá. En la STPI de 15 de marzo de 2006, asunto T-15/02, BASF AG, ECLI:EU:T:2006:74, apartado 192, también se menciona las multas que había pagado una de las demandantes en Estados Unidos, Canadá y Australia y, a su vez, una serie de daños civiles que le reclamaban en Estados Unidos.

⁶⁵³ Cita este caso, LUCHTMAN, M., «The ECJ'S Recent Case Law on *ne bis in idem*: implications for law enforcement in a shared legal order», *Common Market Law Review*, n.º 55, 2018, pp. 1717- 1750, pp. 1718-1720.

a las autoridades alemanas, país en el que posteriormente Volkswagen A.G. (la matriz) fue objeto de una sanción administrativa de conformidad con el artículo 30 de la Ley *OWiG*. Los motivos que llevaron al juzgado central de instrucción a adoptar esta decisión fueron dos. Por un lado, no constaba que los empleados de la filial española conociesen la manipulación de los motores de los vehículos que vendían. Por el otro, previamente se habían producido unos encuentros entre la fiscalía alemana y la fiscalía española en la que se acordó que fuese la primera la encargada de investigar los hechos acaecidos en España, por estar en mejor condición para ello (Auto del JCI n.º 2 de 23 de noviembre de 2018). El asunto llegó incluso hasta el TC, dando origen a la STC 1/2023 de 6 de febrero en la que se planteó si la decisión de trasladar la investigación a Alemania había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso a la jurisdicción, lo que el TC rechazó.

El problema de los procedimientos paralelos también se manifiesta cuando una administración decide hacer un uso extraterritorial de sus potestades administrativas. El *enforcement* de la *FCPA* estadounidense es el supuesto más representativo. Como hemos descrito en otro apartado de este trabajo, la *FCPA* castiga exclusivamente conductas vinculadas con la corrupción en el extranjero de determinadas empresas estadounidenses o que cotizan en alguna bolsa de valores estadounidense. De esta forma, el inicio de un procedimiento contra una empresa por las infracciones que recoge la *FCPA* en ocasiones provoca que las autoridades del país donde se produjeron los hechos inicien también procedimientos de naturaleza sancionadora contra esa empresa y/o contra las personas físicas responsables⁶⁵⁴. En España, se ha planteado esta posibilidad con respecto a la empresa alemana Fresenius. La matriz del grupo llegó a un *non prosecution agreement* con la *SEC* y el *DOJ* por el que se comprometía a pagar un total de 231 millones de dólares. Se la acusaba de una serie de sobornos en varios países con el fin de resultar adjudicataria de contratos públicos de suministro de material sanitario. En concreto, en el *non prosecution agreement* firmado con el *DOJ*, se describe cómo empleados de la filial española de Fresenius (Fresenius Medical Care España, S.A.U.), firmaban falsos contratos de consultoría con médicos o profesionales de algunos hospitales públicos, realizaban donaciones a proyectos dirigidos por estos médicos o les pagaban la asistencia a congresos. A cambio, estos médicos proporcionaban a Fresenius información sobre las licitaciones que se iban a llevar a cabo en sus hospitales, conseguían que se redactasen

⁶⁵⁴ *Vid.* BLANCO CORDERO, I., «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem*», cit., pp. 5-10.

los pliegos a su medida o, en general, ejercían cierta influencia a la hora de seleccionar al contratista⁶⁵⁵. Por el momento, aunque sería posible, no consta que se haya iniciado en España ningún procedimiento penal contra la filial de Fresenius, ni contra los empleados de la compañía, ni tampoco contra los médicos (que también podrían ser objeto de eventuales expedientes disciplinarios)⁶⁵⁶.

5.1. El carácter nacional del *non bis in idem*

Por regla general, el *non bis in idem* no impide la existencia de procedimientos sancionadores paralelos en varios países, pese a que se dirijan contra la misma empresa y por los mismos hechos. El *non bis in idem* tiene una doble vertiente, una de carácter procedimental que impide el inicio de un segundo procedimiento sancionador cuando ya existe una primera resolución firme sobre el fondo del asunto, y otra de carácter sustantivo, que simplemente prohíbe la imposición de dos sanciones a una persona por los mismos hechos⁶⁵⁷. En los textos internacionales en los que se recoge este principio, el *non bis in idem* se limita a su contenido procedimental, sin embargo, la jurisprudencia de nuestro TC ha prestado mayor atención a la prohibición de doble castigo y, bajo determinadas condiciones, admite un doble enjuiciamiento (salvo que se trate de dos procesos penales)⁶⁵⁸. Independientemente de la perspectiva que se adopte, que aquí no es

⁶⁵⁵ Se pueden consultar estos hechos en el *non prosecution agreement* firmado por Fresenius que, además, es público: <https://www.justice.gov/opa/pr/fresenius-medical-care-agrees-pay-231-million-criminal-penalties-and-disgorgement-resolve>.

⁶⁵⁶ Vid. VILLEGAS GARCÍA, M.A., y ENCINAR DEL POZO, M.A., «El caso Fresenius: el día D de la FCPA en España», *La Ley Penal*, n.º 140, 2019, pp. 1-16 y OTERO GONZÁLEZ, P., «Corrupción de empresas multinacionales, ineficacia del tipo y buena gobernanza. (¿Por qué no hay sentencias condenatorias en España por este delito?)», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 23, 2022, pp. 65-92, pp. 72-76.

⁶⁵⁷ En relación con el tercer elemento del *non bis in idem* (el interés jurídico protegido), tanto la jurisprudencia del TEDH como la del TJ a diferencia de nuestro TC, acogen un «idem factum» por lo que resulta irrelevante ese interés jurídico protegido. De esta forma, el estándar de protección es mayor. Sin embargo, sentencias recientes del TEDH como del TJ han abierto la puerta a la existencia de un segundo procedimiento, siempre que exista cierta proximidad y conexión entre ambos y, además, en el caso del TJ, que se protejan intereses complementarios. Esto ha llevado a algún autor a afirmar que, a efectos prácticos, la jurisprudencia española sea compatible con la europea (pese a la disparidad en el enfoque). Vid. CANO CAMPOS, T., «Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, cit., pp. 28-69, pp. 38-39. Para un tratamiento más detallado de la jurisprudencia del TJ y del TEDH sobre el *non bis in idem* y sus avances recientes, vid. CUBERO MARCOS, J.I., «Las aporías del principio *non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador», *RAP*, 207, n.º 207, 2018, pp. 253-288, pp. 273-284, BUENO ARMIJO, A., «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea», *RAP*, n.º 218, 2022, pp. 171-206.

⁶⁵⁸ En lo que a nuestro país respecta, destaca principalmente el artículo 4 del protocolo n.º 7 del CEHD y el artículo 50 de la CDFUE. Ambos textos hacen referencia a ese *non bis in idem* procedimental porque específicamente recogen que nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya ha sido absuelto o condenado por una sentencia penal firme (preceptos que se aplican también

tan relevante, tanto en una vertiente como en otra se exige una resolución previa, con el pequeño matiz de que en el caso del *non bis in idem* sustantivo esa resolución tiene que ser de condena (tiene que imponerse una sanción). En este contexto, si el *non bis in idem* impidiese el inicio de un segundo procedimiento en otro país cuando la empresa ya ha sido sancionada, se obligaría a un reconocimiento extraterritorial de la primera sentencia o resolución administrativa firme; se le otorgaría fuerza de cosa juzgada. Por este motivo, el *non bis in idem* tan solo tiene un alcance nacional; es decir, se impone como un límite frente a procedimientos o sanciones que surgen dentro de un mismo territorio, sin que tenga una dimensión extraterritorial. Esta idea enlaza directamente con la de soberanía⁶⁵⁹. Si un Estado tiene que limitar el ejercicio del *ius puniendi* por lo que haya hecho otro Estado, se estaría reconociendo una cesión de soberanía en favor de ese Estado y, por ende, un recorte en el alcance de sus potestades sancionadoras. Por lo tanto, las resoluciones sancionadoras extranjeras no tienen efecto de «cosa juzgada» y, en consecuencia, no impiden el inicio de un procedimiento sancionador allí donde las autoridades se consideren competentes para ello⁶⁶⁰.

a las sanciones administrativas como consecuencia de la doctrina *Engel* del TEDH que también recoge el TJ). Sin embargo, el alcance del *non bis in idem* procedimental en España es mucho más limitado y se ha vinculado con cuestiones que realmente no reflejan el significado de esa vertiente procedimental, esto es, con la prioridad de la jurisdicción penal y con la vinculación para el órgano administrativo de los hechos probados en sede penal. En nuestro país, la prohibición hace referencia a la imposibilidad de sancionar unos mismos hechos dos veces, cuando se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento (lo refleja el artículo 31. 1 de la LRJSP). Por el contrario, no siempre se prohíbe un segundo procedimiento, de hecho, tan solo se impide el inicio de un segundo proceso penal cuando ya haya recaído una sentencia penal firme que se pronuncie sobre el fondo del asunto y exista idéntico sujeto y fundamento. Si el primer procedimiento es administrativo, sí es posible iniciar un segundo proceso penal, aunque para respetar la vertiente sustantiva del *non bis in idem* la pena deberá tener en cuenta (técnica del «descuento») la sanción administrativa previamente impuesta (recientemente, STC 2/2023, de 6 de febrero, también la STC 2/2003, de 19 de febrero). También es posible el inicio de un segundo procedimiento sancionador, independientemente de si el primero es penal o también administrativo, siempre y cuando ese segundo procedimiento administrativo sancionador, por sus características o por la sanción a imponer no pueda equipararse al proceso penal, lo que difícilmente ocurrirá (STC 334/2005 de 20 de diciembre. Quizá esta conclusión podría revisarse cuando se tratase de personas jurídicas). Expone esta doctrina del TC, aunque de forma crítica, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, cit., pp. 172-200. Sobre las divergencias entre el *non bis in idem* español y europeo, vid. BUENO ARMIJO, A., «El principio non bis in idem en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, cit., pp. 276-278, CANO CAMPOS, T., *Ibid.*, pp. 29-39 y PÉREZ MANZANO, M., «La prohibición de incurrir en *bis in idem* en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)», en PÉREZ MANZANO, M., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 149-200.

⁶⁵⁹ Señala esa conexión entre el *ius puniendi* y la soberanía ROGALL, K., «§ 5 Räumliche Geltung», in MITSCH, W. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar. Ordnungswidrigkeitengesetz*, cit., pp. 126-138.

⁶⁶⁰ Vid. VERVAELE, J., «*Ne bis in idem* ¿un principio trasnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», *Indret*, n.º 1, 2014, pp. 1-32, pp. 6-12, PÉREZ MANZANO, M., «Sobre la legitimidad y la

5.2. La excepción de las sanciones administrativas impuestas en aplicación de una norma de Derecho de la UE

El artículo 50 de la CFDUE dispone que «nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley». Pese a referirse a condenas penales, el precepto también se aplica a aquellas sanciones administrativas que en virtud de los conocidos criterios *Engel* del TEDH (asumidos por el TJ⁶⁶¹) se califiquen también como penales. Por lo tanto, la regla que acabamos de ver se excepciona dentro de la Unión Europea. En este caso, podemos hablar de un *non bis in idem* transnacional con respecto a las resoluciones firmes de otros Estados miembros en las que se aplique Derecho de la Unión (artículo 53.1 de la CDFUE)⁶⁶². De esta forma, la resolución firme en la que se condene o se absuelva a una empresa en un Estado miembro podría impedir iniciar o continuar un segundo procedimiento en otro Estado por los mismos hechos. En puridad, no se prohíbe la existencia de procedimientos paralelos (aunque sí sucesivos) pero la resolución del primer procedimiento genera un «efecto guillotina» sobre el resto, que automáticamente tendrían que ser archivados⁶⁶³. En estos casos, creo que es correcto afirmar que estaríamos ante un verdadero acto administrativo transnacional, porque la

necesidad de las limitaciones a la prohibición de incurrir en *bis in idem* en un contexto transfronterizo europeo. A propósito de la STJ 27.05.2014 (Gran Sala), as. Zoran Spasic (C. 129/14 PPU)», *REDE*, n.º 54, pp. 123-154, pp. 134-135, y de la misma autora, «La prohibición de incurrir en *bis in idem* en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo), cit., pp. 153-154, BUENO ARMIJO, A., «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea», cit., pp. 174-176, CANO CAMPOS, T., «Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo» cit., p. 30, este último con cita a la jurisprudencia del TEDH en la que se recoge que la prohibición de incurrir en *non bis in idem* contenida en el artículo 4 del protocolo número 7 al CEDH tan solo tiene un alcance nacional (STEDH de 22 de mayo de 2007, Böheim c. Italia, y STEDH de 5 de septiembre de 2014, Trabelsi c. Bélgica). Cuestión diferente es que los Estados voluntariamente (mediante la firma de un convenio, por ejemplo) reconozcan algún tipo de validez a las sentencias dictadas en otros países. Es lo que sucedió mediante la adhesión española al CAAS cuyo artículo 54 dispone que «una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

⁶⁶¹ STJ de 5 de junio de 2012, Bonda, C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319.

⁶⁶² Este requisito de la aplicación de Derecho de la Unión para que opere la protección dispensada por la CDFUE no se refiere únicamente a la aplicación directa de una norma de la Unión (por ejemplo, la aplicación por parte de las ANC de los artículos 101 y 102 del TFUE) sino de cualquier norma interna que tenga una conexión material con algún ámbito del Derecho de la Unión. Sobre esta cuestión y sobre la interpretación «amplia» del TJ sobre este requisito, *vid.* ALONSO GARCÍA, R., «A vueltas con el ámbito de aplicación de los Derechos fundamentales de la UE», *REDE*, n.º 73-74, 2020, pp. 13-20.

⁶⁶³ Tomo la expresión de MEYER, F., «Multiple Sanktionierung von Unternehmen und *ne bis in idem*», cit., p. 541.

sanción despliega sus efectos jurídicos más allá del ámbito territorial en el que el órgano administrativo ejerce su competencia⁶⁶⁴.

Sin embargo, la cuestión es algo más compleja. En primer lugar, en cuanto al *idem factum* o identidad de hechos, este no se puede apreciar de forma «abstracta», sino, como afirma el TJ, con especial atención a la dimensión espaciotemporal que la resolución sancionadora toma como referencia a la hora de imponer el castigo. En este sentido, cuando una conducta infractora produce efectos en varios Estados miembros, solo existirá una prohibición de iniciar un segundo procedimiento sancionador cuando en el primero se haya tenido en cuenta todos esos efectos. Por el contrario, si la resolución sancionadora tan solo tiene en cuenta los efectos que esa infracción produjo en su territorio, nada impide a otro Estado miembro iniciar un procedimiento para valorar esas conductas con respecto a lo sucedido dentro de su territorio. Lo mismo sucede con las infracciones de naturaleza continuada: si bien esa sucesión de hechos dentro de un plan preconcebido se convierte en una única infracción, es posible que un Estado tan solo sancione los hechos que se produjeron en su territorio y, de esta forma, «fraccione» la infracción continuada.

Esto fue lo que sucedió en la STJ de 22 de marzo de 2022, Nordzucker/Südzucker, C-151/20, ECLI:EU:C:2022:203. Se trataba de dos empresas alemanas productoras de azúcar que habían llegado a acuerdos de reparto geográfico del mercado tanto en Alemania como en Austria. La presentación de una solicitud de clemencia de una de ellas ante el Bundeskartellamt alemán provocó que se iniciasen tanto en Alemania como en Austria procedimientos de investigación. En el caso alemán, el Bundeskartellamt, a los meros efectos de prueba, incorporó una conversación entre dos empleados de Nordzucker y Südzucker sobre el reparto del mercado en Austria. Por este motivo, el tribunal austriaco que era competente para declarar la existencia de la infracción entendió que el objeto de la conducta que se pretendía sancionar ya había sido objeto de un procedimiento previo

⁶⁶⁴ Sobre el concepto de acto administrativo transnacional resulta indispensable la consulta a BOCANEGRA SIERRA, R., y GARCÍA LUENGO, J., «Los actos administrativos transnacionales», *RAP*, n.º 177, 2008, pp. 9-29, en cuanto al concepto, especialmente las pp. 12-16. Por su parte, Julia ORTEGA BERNARDO hace mención de las sanciones de competencia de las ANC cuando aplican los artículos 101 y 102 del TFUE como un ejemplo de acto administrativo transnacional desfavorable (*vid.* ORTEGA BERNARDO, J., «El acto administrativo transnacional en el Derecho europeo del mercado interior», en ARROYO JIMÉNEZ, L., y NIETO MARTÍN, A., (dirs.), *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 97-121, pp. 102-104). En mi opinión, esta condición solo la adquiere, como ahora apuntaré, cuando la ANC de un determinado Estado miembro sanciona también los efectos que una determinada conducta produce en otro Estado miembro. Si en la resolución sancionadora solo se incluyen los efectos en su propio territorio (aunque se manifiesten también en otros Estados miembros) no creo que se pueda otorgar a ese acto administrativo el calificativo de transnacional porque no impedirá al segundo Estado miembro ejercer su competencia sancionadora.

en Alemania, por lo que el principio de *non bis in idem* impedía la imposición de una sanción. Finalmente, el Tribunal Supremo austriaco (Oberster Gerichtshof) planteó al TJ varias cuestiones prejudiciales relacionadas con el *non bis in idem*. Para lo que aquí interesa, es importante la tercera pregunta. En síntesis, se cuestiona si para apreciar la existencia de *non bis in idem* es necesario tener en cuenta si la autoridad de competencia de un Estado miembro incluyó en su primera resolución los efectos de la infracción en otro Estado miembro⁶⁶⁵. Efectivamente, el TJ considera que para que concurra el requisito del *idem factum* el órgano jurisdiccional o administrativo en cuestión tendrá que analizar si el primer procedimiento versó sobre los mismos hechos «teniendo en cuenta el territorio, el mercado de productos y el período a los que se refiere dicha decisión». Para el caso concreto, el Tribunal europeo apunta que la mera mención de un «elemento fáctico que se refiere al territorio de otro Estado miembro no basta para considerar que ese elemento fáctico sea el origen de las actuaciones o que haya sido acogido por esa autoridad entre los elementos constitutivos de tal infracción». Añade el TJ que «es preciso comprobar si esa autoridad se pronunció efectivamente sobre el referido elemento fáctico, determinar la responsabilidad de la persona perseguida por tal infracción y, en su caso, imponerle una sanción, de modo que deba considerarse que dicha infracción incluye el territorio de ese otro Estado miembro»⁶⁶⁶.

Algo similar sucedió a raíz de los procedimientos de investigación que iniciaron tanto la Autoridad italiana de defensa de la competencia como la Comisión Europea respecto a una conducta de Amazon contraria al artículo 102 del TFUE. El procedimiento se inició en Italia el 10 de abril de 2019 y terminó con la imposición de una multa por un importe que superaba los 1.100 millones de euros. Meses más tarde, la Comisión Europea incoó un procedimiento por la misma conducta contra Amazon, pero señalando en la

⁶⁶⁵ El contenido exacto de la pregunta fue el siguiente: «¿Es importante además para la aplicación del principio *non bis in idem* el hecho de que la resolución de imposición de una multa emitida en primer lugar por la autoridad de competencia de un Estado miembro haya tenido realmente en cuenta los efectos de la infracción en materia de competencia en otro Estado miembro cuya autoridad de competencia no se ha pronunciado hasta un momento posterior en el procedimiento en materia de competencia del que conocía?».

⁶⁶⁶ Una cuestión previa que no se examina en la sentencia del Tribunal de Justicia pero que, en mi opinión, sí tenía cierta importancia, es la del alcance de las potestades sancionadoras de las autoridades nacionales de competencia de cada Estado miembro a la hora de aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE. Es decir, si las ANC son competentes para sancionar no solo las conductas contrarias a los artículos 101 y 102 del TFUE que tienen lugar en su territorio sino también las que suceden en otro Estado miembro de la UE. Como no existe una norma expresa en el Reglamento 1/2003 que reconozca dicha posibilidad, el Abogado General en sus Conclusiones entendió que no existía dicha competencia para enjuiciar los efectos de esas conductas que se producen más allá del territorio sobre el que la ANC ejerce su competencia, limitándose por tanto al enjuiciamiento de la conducta con respecto a cada Estado miembro (CAG de 2 de septiembre de 2021, C-151/20, ECLI:EU:C:2021:681, apartados 72 a 81). Mantiene una opinión contraria, NAZZINI, R., «Parallel Proceedings in Eu Competition Law», cit., pp. 133-134.

propia resolución que su investigación iba abarcar todo el Espacio Económico Europeo exceptuando a Italia, precisamente porque en este país ya se había iniciado una investigación. Amazon llegó incluso a recurrir la decisión de incoar el procedimiento de investigación. Consideraba que la Comisión no podía excluir el mercado italiano ya que el artículo 11 apartado 6 del Reglamento 1/2003 obliga a las ANC a archivar los procedimientos en curso cuando la Comisión decide iniciar el suyo propio⁶⁶⁷. Pero el TJ, al resolver el recurso de casación de Amazon contra un primer auto de inadmisión del TGUE (el acuerdo de incoación no es susceptible de recurso), tan solo limitó el alcance de la obligación de las ANC de continuar con su propio procedimiento (o de iniciarlo) cuando intervenga la Comisión Europea, a los casos en los que ese procedimiento se refiera a los mismos hechos en el sentido que acabamos de describir. En concreto, esa prohibición tan solo opera en casos de «procedimientos paralelos tramitados por las autoridades de competencia de los Estados miembros y de la Comisión contra las mismas empresas en relación con las mismas conductas supuestamente contrarias a la competencia, **producidas en el mismo o los mismos mercados de productos y en el mismo o los mismos mercados geográficos durante el mismo o los mismos periodos**»⁶⁶⁸.

En definitiva, si se trate de resoluciones en las que se aplica Derecho de la Unión, es importante que la autoridad que quiera iniciar el segundo procedimiento tenga acceso a la primera resolución para que pueda valorar si sobre la conducta sobre la que pretende iniciar ese procedimiento ya ha recaído una resolución firme. No obstante, esta «división» de las infracciones en función del territorio donde se producen los hechos altera el concepto de infracción continuada. Si se segmenta cada infracción en función del territorio se rompe esa continuidad. De esta forma, donde en principio solo cabría una sanción (si se produjesen las conductas en un solo Estado) finalmente se imponen varias⁶⁶⁹. En mi opinión, en estos casos aun admitiendo que no se vulnera el *non bis in*

⁶⁶⁷ El artículo 11.6 del Reglamento 1/2003 establece que «La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia». La estrategia procesal de Amazon parecía bastante clara: si la Comisión asumía la investigación sobre el mercado italiano la autoridad italiana no podría continuar con la tramitación del procedimiento porque la decisión adolecería de un vicio de competencia al decaer la misma por la aplicación de ese artículo 11 apartado 6 del Reglamento 1/2003, de tal forma que solo se le impondría una única multa a Amazon (la de la Comisión).

⁶⁶⁸ STJ de 20 de abril de 2023, Amazon.com, C-815/21 P, ECLI:EU:C:2023:308, apartados 26 a 31.

⁶⁶⁹ Lo señala, NAZZINI, R., «Parallel Proceedings in Eu Competition Law», cit., pp. 145-148.

idem, el principio de proporcionalidad (con el que guarda una estrecha relación el concepto de infracción continuada)⁶⁷⁰ sí obligaría a, de alguna manera, tener presente la primera sanción impuesta y a prestar atención al sistema de cálculo de la multa que se emplea (por ejemplo, si se utiliza el volumen de negocios global o limitado al territorio, o, incluso, limitado al sector de actividad en el territorio).

Por otro lado, lo lógico es que los Estados, en aplicación del principio de territorialidad, se ciñan a castigar aquellas conductas que suceden dentro de su territorio lo que provoca la fragmentación de la que acabamos de hablar. Sin embargo, ya hemos visto en el asunto *Nordzucker* como a veces se plantean dudas sobre el alcance de la competencia territorial de cada administración. Además, en las llamadas infracciones de resultado diferido es posible que tanto el Estado en el que se cometió la infracción como aquel en el que despliegue sus efectos se consideren competentes para su enjuiciamiento⁶⁷¹.

Para evitar estos hipotéticos riesgos, algunos Reglamentos de la UE recogen el conocido como sistema de «ventanilla única». De esta forma, le otorgan la competencia a una determinada autoridad o a la propia Comisión para la investigación y sanción de cualquier infracción cometida dentro del territorio de la UE. Así, desaparecen esos problemas de *non bis in idem* y procedimientos paralelos⁶⁷². Esto no impide que el resto de las autoridades de cada Estado miembro colaboren estrechamente con la autoridad principal en el ejercicio de sus funciones. En otras ocasiones, para lograr una aplicación más efectiva de la normativa europea, pero garantizando a su vez el respecto al *non bis in idem*, se ha optado por reforzar la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros. En el Reglamento 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2017 sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores, se introdujo el concepto de «infracción generalizada con dimensión comunitaria» y, en vez de designar a la autoridad única competente para perseguir dicha infracción, se prevén una serie de medidas que mejoran la cooperación entre las autoridades a la hora de dirigir sus

⁶⁷⁰ CANO CAMPOS, T., *Sanciones administrativas*, cit., p. 140.

⁶⁷¹ Lo señala, GÓMEZ TOMILLO, M., «Bases para la aplicación en el espacio del Derecho administrativo sancionador: principio de territorialidad y responsabilidad de las sociedades matrices por los hechos cometidos por sus filiales», cit., p. 423.

⁶⁷² Este fenómeno lo encontramos, por ejemplo, en el RGPD, cuyo artículo 56.1 le otorga la competencia sobre el control relativo al tratamiento de datos transfronterizos a la autoridad de control del establecimiento principal del responsable o encargado de tratamiento o en el caso de la competencia del BCE sobre las entidades financieras «significativas» en el marco del Mecanismo Único de Supervisión.

procedimientos, lo que tiene una vinculación muy clara con el *non bis in idem* procedimental.

Una forma de «sortear» las limitaciones del *non bis in idem* para iniciar un segundo procedimiento sería la de incoar el mismo contra una filial del grupo que no hubiese sido objeto del primero. En el caso de los grupos de empresas, siempre que exista identidad de hechos, no debería ser posible iniciar un segundo procedimiento contra una filial del mismo grupo. En este caso, se cumpliría el requisito de la identidad de sujetos pese a que estemos ante personas jurídicas diferentes. Para apreciar esta circunstancia, me parece de nuevo muy útil el empleo del concepto de «empresa» del Derecho sancionador de la competencia. De hecho, en los casos en los que se trate de procedimientos por infracción del artículo 101 o 102 del TFUE es evidente que la regla que aquí se propone se tiene que aplicar porque recordemos que en el Derecho sancionador de la competencia se parte del concepto de «empresa» como sujeto infractor⁶⁷³. En el resto de los supuestos en los que se aplique Derecho europeo me parece que también debería extenderse este criterio. No obstante, parece que la normativa comunitaria mantiene un criterio contrario. En este sentido, el Reglamento de Mercados Digitales establece que «la Comisión debe tener en cuenta todas las multas sancionadoras y multas coercitivas impuestas **a la misma persona jurídica** por los mismos hechos mediante una decisión definitiva en el marco de procedimientos relativos a una infracción de otras normas nacionales o de la Unión, a fin de garantizar que el total de las multas sancionadoras y las multas coercitivas impuestas corresponda a la gravedad de las infracciones cometidas»⁶⁷⁴.

5.3. Nuevos escenarios a partir de las Sentencias «Menci», «Nordzucker» y «Bpost»

Sin abandonar la excepción europea, es importante tener presente tres sentencias bastante recientes del TJ sobre la prohibición de incurrir en *non bis in idem* que afectan directamente a la cuestión aquí estudiada. Tradicionalmente y salvo una excepción en el Derecho de competencia que ya ha sido superada, el *non bis in idem* en el ámbito de la Unión Europea tenía (y tiene) fundamentalmente una naturaleza procedimental y se asienta sobre la idea del *idem factum*. Se prohíbe, por tanto, iniciar un segundo procedimiento o proceso de naturaleza sancionadora cuando ya haya una resolución firme

⁶⁷³ Señalan este aspecto, CAPPAL, M., and COLANGELO, G., «A unified test for the European *ne bis in idem* principle: the case study of digital markets regulation», *SSRN*, 2021, pp. 1-29, pp. 16-17, disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3951088>.

⁶⁷⁴ Sobre el alcance de este artículo en relación con el *non bis in idem* nos detendremos a continuación.

con respecto al mismo sujeto y a los mismos hechos, independientemente del interés jurídico protegido. Sin embargo, el TJ en los Asuntos «Menci», «Nordzucker» y «Bpost» ha matizado el alcance de este *non bis in idem* (tal y como previamente también había hecho el TEDH) por la vía de la limitación proporcional de derechos fundamentales que permite el artículo 52.1 de la Carta⁶⁷⁵. El TJ parte de la base de que el *non bis in idem* impide iniciar un segundo procedimiento por los mismos hechos, pero permite limitar el alcance de la garantía siempre y cuando se establezca dicha limitación por ley, se respete su contenido esencial y la limitación sea proporcional. Respecto al segundo requisito, el TJ ha precisado que se respeta el contenido esencial del derecho siempre y cuando la normativa en cuestión persiga intereses complementarios al objetivo perseguido con la primera sanción (lo que lo aproxima al criterio del interés jurídico protegido). Finalmente, para cumplir con el requisito de proporcionalidad, es necesario evaluar «si los dos procedimientos se han tramitado de manera suficientemente coordinada y próxima en el tiempo, y si la sanción impuesta, en su caso, a raíz del primer procedimiento desde el punto de vista cronológico se ha tenido en cuenta al evaluar la segunda sanción (descuento de la primera sanción), de modo que la carga resultante, para las personas afectadas, de tal acumulación se limite a lo estrictamente necesario y que el conjunto de las sanciones impuestas corresponda a la gravedad de las infracciones cometidas»⁶⁷⁶.

Esta jurisprudencia del TJ es importante para nuestro caso porque, cumpliéndose esos requisitos, se permitiría la existencia de procedimientos sancionadores paralelos. Es decir, ya no se produciría ese «efecto guillotina» del que hablábamos. Sentado lo anterior, cuando los procedimientos traen causa de una norma nacional que transpone una norma europea, o aplican directamente una normativa comunitaria (como sucede en el Derecho de la competencia) es difícil pensar que se cumpla el requisito de la existencia de intereses

⁶⁷⁵ STJ de 20 de marzo de 2018, Menci, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197, STJ de 22 de marzo de 2022, Bpost, C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202 y STJ de 22 de marzo de 2022, Nordzucker/Südzucker, C-151/20, cit. Un análisis más detallado de la evolución de la jurisprudencia del TJ y del TEDH en BUENO ARMIJO, A., «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea», cit., pp. 184-198, CAPPAL, M. and COLANGELO, G., «Applying *ne bis in idem* in the aftermath of *Bpost* and *Nordzucker*: the case of Eu Competition policy in Digital Markets», *Common Market Law Review*, n.º 60, 2023, pp. 431-456, pp. 433-444, CANO CAMPOS, T., «Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo», cit., pp. 48-62. También, ciñéndose exclusivamente a la evolución de la jurisprudencia del TEDH, GÓMEZ TOMILLO, M., «Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH», *Indret*, n.º 2, 2020, pp. 421-456, pp. 429-436 y MARTÍN FERNÁNDEZ, C., «La jurisprudencia europea sobre los procedimientos punitivos vinculados: Una oportunidad para que España se alinee con Europa en la garantía del *non bis in idem*», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T., (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2023*, cit., pp. 243-275, pp. 260-267.

⁶⁷⁶ STJ de 22 de marzo de 2022, Bpost, C-117/20, cit., apartado 51.

o fines complementarios⁶⁷⁷. No obstante, se ha defendido que en los casos en los que la armonización sea mínima (por ejemplo, no se regule el alcance de la competencia de cada Estado miembro, el importe de las sanciones, las medidas de aplicación de la normativa comunitaria y las vías de cooperación entre Estados miembros) la aplicación del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro sería un objetivo complementario válido que no activaría la prohibición del *non bis in idem*⁶⁷⁸. Pese a ello, y en íntima conexión con lo anterior, el requisito de la proporcionalidad que ha introducido el TJ complica mucho las cosas porque exige que los procedimientos se tramiten de forma coordinada y próxima en el tiempo, lo que en un contexto transnacional es muy difícil⁶⁷⁹. Se ha afirmado, incluso, que no se cumpliría este requisito si el segundo procedimiento se inicia cuando el primero ya ha finalizado⁶⁸⁰. Por ello, este criterio debería examinarse con mucha menos intensidad o directamente repensarse cuando se trate de procedimientos seguidos por autoridades de diferentes Estados miembros.

La cuestión ha cobrado especial interés a raíz de la aprobación del Reglamento de Mercados Digitales porque se plantean una serie de escenarios en los que se podrían producir vulneraciones del *non bis in idem*. El Reglamento de Mercados Digitales contiene prohibiciones que, en algunos casos, están inspiradas directamente en casos en los que se sancionó, tanto por la Comisión Europea como por alguna ANC, a las grandes plataformas digitales por incumplir la normativa de competencia⁶⁸¹. Pero el Reglamento de Mercados Digitales, pese a que otorga a la Comisión Europea la competencia exclusiva para la imposición de sanciones, no desplaza ni modifica la normativa de defensa de la competencia en esta materia. Por lo tanto, tanto la Comisión Europea como las ANC mantienen intactas sus competencias. Además, algunos Estados miembros como Alemania han incorporado en su LDC prohibiciones muy similares a las que recoge el Reglamento de Mercados Digitales⁶⁸².

⁶⁷⁷ Vid. LUCHTMAN, M., «The ECJ'S Recent Case Law on *ne bis in idem*: implications for law enforcement in a shared legal order», cit., pp. 1743-1744.

⁶⁷⁸ Vid. LUCHTMAN, M., *Ibid.*, pp. 1743-1744.

⁶⁷⁹ Lo señala, BUENO ARMIJO, A., «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea», *RAP*, cit., p. 195. Llega a decir que esta jurisprudencia, con respecto a las relaciones transnacionales, «incurre en lo temerario».

⁶⁸⁰ Vid. BUENO ARMIJO, A., *Ibid.*, p. 194.

⁶⁸¹ Para un análisis detallado de estos casos, vid. COLANGELO, G., «The European Digital Markets Act and Antitrust Enforcement: A Liaison Dangereuse», *European Law Review*, n.º 5, 2022, pp. 597-621. También recoge esta coincidencia, HERNÁNDEZ LÓPEZ, C., «La regulación europea de los mercados digitales: justificación, técnicas y límites», *RAP*, n.º 221, 2023, pp. 121-148, pp. 138-139.

⁶⁸² No obstante, en estos casos se plantea si las sanciones impuestas con base a esos artículos muy similares a los del Reglamento de Mercados Digitales que se incorporan en las Leyes de defensa de la

En relación con lo anterior, es evidente que los riesgos de incurrir en *non bis in idem* son claros. La imposición de una sanción administrativa por parte de una ANC por un comportamiento que también esté prohibido por el Reglamento de Mercados Digitales privaría a la Comisión Europea de iniciar el procedimiento sancionador correspondiente. Como ya hemos señalado, la jurisprudencia del TJ restringe mucho la admisibilidad de un segundo procedimiento y, en todo caso, exige que ambos persigan finalidades complementarias. Si en este caso esto se cumple es dudoso⁶⁸³. Sin embargo, el expositivo once del Reglamento de Mercados Digitales trata de disipar estas dudas y afirma que «persigue un objetivo complementario, pero distinto al de proteger la competencia no falseada en un mercado determinado, tal como se define en el Derecho de la competencia, que es el de garantizar que los mercados donde haya guardianes de acceso sean y sigan siendo disputables y equitativos» para más adelante concluir que «el presente Reglamento tiene por objeto proteger un interés jurídico diferente del protegido por esas normas y debe aplicarse sin perjuicio de la aplicación de estas»⁶⁸⁴. Además, para dar cumplimiento a la jurisprudencia del TJ, el Reglamento de Mercados Digitales, obliga a la Comisión Europea a tener en cuenta «todas las multas sancionadoras impuestas a la misma persona jurídica por los mismos hechos mediante una decisión definitiva en el marco de procedimientos relativos a una infracción de otras normas nacionales o de la Unión, a fin de garantizar que el total de las multas sancionadoras y las multas coercitivas impuestas corresponda a la gravedad de las infracciones cometidas». Para cumplir con el requisito de que los procedimientos se tramitan de forma coordinada, se regulan obligaciones específicas de cooperación con las autoridades nacionales competentes encargadas de hacer cumplir las normas en materia de competencia (artículo 48).

De esta forma, siempre que se considere que se persiguen objetivos complementarios, lo que ya digo que es cuestionable, una primera resolución firme no

competencia nacionales pueden considerarse como actos que aplican el Derecho de la Unión y, en consecuencia, si es de aplicación la Carta. *Vid.*, CAPPAL, M., COLANGELO, G., «Applying *ne bis in idem* in the aftermath of *Bpost* and *Nordzucker*: the case of Eu Competition policy in Digital Markets», cit., pp. 466-467, que, para el caso alemán, consideran que la CDFUE sería de aplicación porque la norma persigue el mismo objetivo que la norma europea de competencia y, por tanto, se estaría aplicando el Derecho de la Unión.

⁶⁸³ *Vid.* COLANGELO, G., «The European Digital Markets Act and Antitrust Enforcement: A Liaison Dangereuse», cit., pp. 4-6.

⁶⁸⁴ Una exposición detallada de los objetivos del Reglamento en RIBERA MARTÍNEZ, A., «An inverse analysis of the digital markets act: applying the *Ne bis in idem* principle to enforcement», *European competition journal*, vol. 19, n.º 1, 2023, pp. 86-115, pp. 88-97. Otro argumento que apunta la autora es que la base legal del Reglamento de Mercados Digitales es el artículo 114 del TFUE (garantizar el funcionamiento del mercado interior) y no el 103 que es el específico del Derecho de la competencia.

impediría una segunda resolución, tanto si esta fue dictada por la Comisión Europea como por una autoridad nacional de competencia⁶⁸⁵. Lo complicado en este caso será, como ya hemos visto, conseguir esa proximidad temporal entre los procedimientos. De esta forma, si no se ha iniciado el segundo procedimiento cuando ya exista una primera resolución firme, es complicado defender que se ha cumplido con tal requisito. Por otro lado, la obligación de descuento de la primera sanción impida la imposición de una segunda multa (sobre todo si la primera es de la Comisión Europea), pero, por ejemplo, sí sería posible, en el caso español, la imposición de una prohibición de contratar⁶⁸⁶.

En conclusión, para poder iniciar o continuar un segundo procedimiento lo primero que habrá que tener en cuenta son los hechos objeto del primer procedimiento, en especial, su dimensión temporal y territorial. Si los hechos sobre los que versa el segundo procedimiento ya han sido objeto de un primer procedimiento, entonces el segundo procedimiento solo será válido en el caso en el que se persiga una finalidad complementaria pero no idéntica a la de la primera resolución, y se cumpla con el criterio de proporcionalidad en los términos expresados (descuento de la sanción y coordinación y proximidad entre procedimientos).

5.4. El principio de proporcionalidad como vía para reconocer las sanciones extranjeras

Los límites que acabamos de exponer tan solo operan cuando se aplica de Derecho de la Unión. Si este requisito no se cumple, no existe ningún límite para iniciar un segundo

⁶⁸⁵ No obstante, se ha apuntado que en el caso de la Comisión Europea lo lógico es que priorice el *enforcement* del Reglamento de Mercados Digitales que, además, contempla multas de cuantía equivalente a las del Reglamento 1/2003 e, incluso, en algún supuesto superiores. Señala esta cuestión la entrada de blog «Ne bis in idem and the DMA: the CJEU's judgments in bpost and Nordzucker-Part II en *The Platform Law Blog* (dirigido por el despacho especialista en Derecho de la competencia *Geradin Partners*).

⁶⁸⁶ En el ya derogado REPEPOS se recogía la obligación de tener en cuenta la sanción impuesta previamente por los Órganos Comunitarios a los efectos de graduar la sanción correspondiente, permitiendo su compensación (artículo 5.2). Esta disposición ha pasado a la LRJSP, pero en términos algo confusos de forma tal que prácticamente se ha desnaturalizado. El artículo 31.2 dispone que «Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, **y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento**, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción». El problema es que si no concurre esta identidad de sujeto no tiene sentido aminorar ni compensar el importe de la multa porque estaremos ante un sujeto completamente distinto. Tomás CANO CAMPOS (*Sanciones administrativas*, cit., pp. 143-144) ha entendido que este artículo podría aplicarse a los casos en los que el órgano de la Unión sanciona a la persona jurídica mientras que la legislación española también permite la sanción a los representantes de esa persona jurídica. También podría tener cobertura bajo ese artículo el descuento de la sanción a una sociedad cuando otra con la que forma un grupo de empresas ya haya sido sancionada por un órgano de la Unión. No obstante, en estos casos hemos defendido que se entienda que ambas son el mismo sujeto y, por tanto, tan solo se podrá imponer una segunda sanción cuando se persiga un interés complementario y se cumpla el resto de los requisitos fijados por el TJ.

procedimiento (o un tercero, un cuarto...). La CDFUE ya no sería de aplicación y no hay ningún texto internacional vinculante para España en el que se contemple el carácter transnacional del *non bis in idem*, ni siquiera, como ya hemos dicho, el protocolo número 7 del CEHD. Nuestra Constitución guarda silencio al respecto (porque tampoco recoge expresamente el *non bis in idem*) y el TC no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance territorial de este principio. Sin embargo, existe un consenso amplio en la doctrina al respecto⁶⁸⁷ y pronunciamientos de tribunales que tradicionalmente han influenciado a nuestro TC comparten el mismo criterio.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha declarado que el *non bis in idem*, salvo excepciones basadas en acuerdos internacionales que pudieran suscribir los Estados, tan solo tiene un alcance nacional de tal forma que los Tribunales alemanes no están vinculados por las resoluciones extranjeras sobre un mismo hecho. El Tribunal de Karlsruhe considera que lo contrario supondría, como también hemos advertido aquí, una reducción de la soberanía alemana que tan solo puede establecer el propio Legislador alemán. Además, destaca expresamente que los textos internacionales que recogen el *non bis in idem* (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) tampoco le otorgan un estatus internacional y, por ende, no existe ni una costumbre internacional ni un principio general del derecho que reconozca tal alcance⁶⁸⁸.

Pese a lo anterior, tampoco parece deseable que una empresa tenga que soportar una concatenación de sanciones por un mismo hecho, independientemente de si esas multas proceden de un Estado u otro. En el ámbito de las sanciones por el incumplimiento de la *FCPA* estadounidense en los últimos años tanto la *SEC* como el *DOJ* están alcanzando acuerdos con las autoridades de los países correspondientes para garantizar de que solo se impone una única multa cuyas cantidades se distribuyen posteriormente entre el resto de las autoridades. De esta manera, por un lado, se evita la acumulación de sanciones a la empresa afectada y por el otro, se respeta (mínimamente) la soberanía de cada Estado⁶⁸⁹.

Volviendo al caso de Fresenius, en nuestro país se ha señalado que uno de los motivos por los que quizás no se hayan iniciado acciones penales contra la filial española

⁶⁸⁷ Vid. apdo. 5.1 de este Capítulo.

⁶⁸⁸ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 04. Dezember 2007- 2 BvR 38/06 -, Rn.24-37.

⁶⁸⁹ Sobre estos acuerdos, vid. BLANCO CORDERO, I., «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem*», pp. 17-20.

de la compañía sea un cierto temor o sospecha de incurrir en *non bis in idem*⁶⁹⁰. No obstante, el principio que limitaría las posibilidades de sancionar a la compañía no es el *non bis in idem* sino muy probablemente el de proporcionalidad. En estos casos, si esos hechos ya han sido sancionados por un país de forma adecuada y suficiente, la necesidad del castigo se difumina. El Tribunal Constitucional alemán ha reconocido esta vinculación entre la proporcionalidad y las sanciones o penas impuestas en el extranjero⁶⁹¹. De hecho, el artículo 51.3 del Código penal alemán (*Strafgesetzbuch* o *StGB*) impone la apreciación o valoración de la pena impuesta en el extranjero en el caso de una sentencia sobre los mismos hechos. Si esta pena es de multa, se debe descontar de la que se pretenda imponer. El Tribunal Constitucional considera este precepto como una muestra del respeto al principio de proporcionalidad al que está obligado el legislador alemán.

Este criterio me parece que es trasladable a nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, tanto el órgano administrativo como, en su caso, el juez penal, pueden iniciar un segundo procedimiento o proceso e, incluso, también pueden imponer las sanciones o penas que consideren siempre y cuando tengan en cuenta esa primera sanción. En el caso de las multas, la técnica del descuento es lo procedente, pero, siempre y cuando esté justificado, podría imponerse otro tipo de sanciones no pecuniarias. Para realizar esta operación no me parece que sea necesario un reconocimiento legal expreso. Los tribunales de lo penal descuentan de la pena de multa las sanciones administrativas previas sin que exista mayores problemas (así se aprecia en la STC 2/2023, de 6 de febrero y en la STC 2/2003, de 16 de enero); en este caso lo exige el *non bis in idem*, en el otro, directamente el principio de proporcionalidad.

Por lo tanto, si bien el *non bis in idem* fuera de los casos en los que se aplique el Derecho de la Unión no tiene un alcance transnacional, las sanciones que hayan impuesto en el extranjero pueden limitar de alguna forma el ejercicio de potestades sancionadoras en el territorio donde se cometió esa infracción. Es una exigencia del principio de proporcionalidad y de la necesidad y utilidad del castigo, no del *non bis in idem*.

⁶⁹⁰ OTERO GONZÁLEZ, P., «Corrupción de empresas multinacionales, ineficacia del tipo y buena gobernanza. (¿Por qué no hay sentencias condenatorias en España por este delito?)», cit. p. 73.

⁶⁹¹ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 04. Dezember 2007- 2 BvR 38/06 -, Rn. 46-47. En concreto, el BVerfG ha dicho que «A lo único que obliga el principio de proporcionalidad es a garantizar que, las consecuencias penales que sufre el infractor por un acto punible- **entre las que se encuentran los efectos de un proceso penal en el extranjero y una eventual condena-** deben tener una justa relación con la gravedad de la lesión al bien jurídico protegido y la culpabilidad individual en su conjunto».

6. EJECUCIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS A SOCIEDADES DOMICILIADAS EN EL EXTRANJERO

Es posible que la Administración imponga sanciones administrativas a sociedades domiciliadas en el extranjero. En las explicaciones clásicas sobre la aplicación del Derecho administrativo en el espacio se recurre al artículo 8 del Código Civil que dispone que «las Leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español»⁶⁹². Como es de sobra conocido, esta regla se exceptiona en determinados casos en el Derecho penal donde el artículo 23 de la LOPJ reconoce cierta eficacia extraterritorial a algunos preceptos del Código Penal, de tal forma que delitos cometidos en el extranjero también puedan ser enjuiciados en España.

En el Derecho administrativo sancionador, salvo alguna excepción proveniente del Derecho comunitario (la hemos señalado a raíz del RGPD) tan solo se castigan aquellas conductas que se producen dentro del territorio español por aplicación del citado principio de territorialidad. Entre estas, también se encuentran aquellas infracciones que comete una empresa extranjera en España, a través, por ejemplo, de un empleado o representante de esta⁶⁹³. Sin embargo, este criterio en ocasiones puede ser matizado. En el ámbito del Derecho de la competencia, la posibilidad de sancionar a las matrices habilita a que sociedades que realmente no han cometido una infracción en España también sean declaradas responsables de forma solidaria con su filial de las multas correspondientes. También, la naturaleza de determinadas infracciones puede provocar que se sancione a empresas domiciliadas fuera de nuestro territorio. En el supuesto de las infracciones de resultado diferido, la doctrina considera que el *locus commissi delicti* puede ser tanto el lugar en el que se producen los hechos como aquel en el que se despliegan sus efectos (teoría de la ubicuidad)⁶⁹⁴. Finalmente, es posible, aunque por cuestiones probatorias un

⁶⁹² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp. 114-115 o SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2022, p. 138.

⁶⁹³ Sirva el ejemplo que se recoge en YBARRA BORES, A., *La ejecución de las Sanciones Administrativas en el ámbito de la Unión Europea*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006, pp. 128-129. Una empresa francesa titular de una cadena de supermercados instala sin autorización una gran valla publicitaria en territorio español visible desde la carretera, lo que está expresamente prohibido por la Ley de Carreteras.

⁶⁹⁴ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., «Bases para la aplicación en el espacio del Derecho administrativo sancionador: principio de territorialidad y responsabilidad de las sociedades matrices por los hechos cometidos por sus filiales», cit., p. 423.

tanto difícil, sancionar a la matriz extranjera en concepto de autora mediata de las conductas de su filial, trasladando también a este caso la teoría de la ubicuidad⁶⁹⁵.

Cuando se produzca alguna de las situaciones que acabamos de mencionar y la Administración haya impuesto una sanción administrativa a la entidad extranjera, se pueden plantear problemas a la hora de su ejecución. Si la empresa decide no abonar el importe de la multa, la Administración debe acudir al procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos para recaudarla. En el caso de que los activos de esa empresa en España sean insuficientes o, incluso, inexistentes para abonar el importe de la multa, la vía de apremio no será suficiente para que la Administración pueda cobrar esa multa⁶⁹⁶. De hecho, en algún caso es la propia Administración la que reconoce esa imposibilidad de cobro. Un supuesto un tanto lejano al objeto de este trabajo pero que ejemplifica bien lo que estamos diciendo lo podemos encontrar en la Resolución de 20 de diciembre de 2022, de la Dirección General de Tráfico por la que se acuerda la prescripción de derechos pendientes de cobro derivados de procedimientos sancionadores tramitados por las Autoridades dependientes del Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico y baja de los mismos en las cuentas del citado Organismo. En este caso, se declaran prescritos los derechos pendientes de cobro derivados de multas de tráfico firmes con anterioridad al 31 de diciembre de 2017 y que no fueron enviadas a la AEAT para iniciar la vía de apremio por encontrarse en alguno de los supuestos en los que la propia AEAT rechaza la remisión de los títulos ejecutivos. Entre ellos se encuentra el de «sanciones cuyo responsable no es residente en España», lo que ya manifiesta las dificultades en este caso para iniciar el procedimiento de apremio sobre el patrimonio.

Como excepción a lo anterior, en el ámbito de la Unión Europea se debe mencionar la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias. En este caso, el artículo 4.1 permite transmitir una resolución a la autoridad del Estado miembro en el que la persona sancionada (física o jurídica) posea propiedades, obtenga ingresos, o, en el caso de una persona jurídica, esté ubicada su sede. De esta forma, la sanción pecuniaria

⁶⁹⁵ Vid. GÓMEZ TOMILLO, *Ibid.*, p. 433-435. El autor defiende la autoría mediata para la sanción de las matrices por prácticas contrarias al Derecho de la competencia de sus filiales. En este trabajo hemos abogado por el mantenimiento del concepto de «empresa» pero hemos abierto la posibilidad de aplicar la autoría mediata (incluso sin tipificación legal expresa) para otros supuestos. Por lo tanto, las conclusiones del autor son en este caso extrapolables, pese a que no compartamos el ejemplo que toma como base.

⁶⁹⁶ Lo señala GONZÁLEZ ALONSO, A., «La ejecución transfronteriza de actos administrativos sancionadores en la Unión Europea», *Revista Unión Europea Aranzadi*, n.º 2, 2012, pp. 7-21, p. 11.

impuesta en un Estado puede ser ejecutada en otro, conforme a su propia legislación sobre la ejecución de sanciones (artículo 9).

No obstante, tradicionalmente han existido dudas respecto a la aplicación de este instrumento a las sanciones administrativas españolas. El artículo 1.a) de la Decisión Marco permite la ejecución tanto de penas pecuniarias como de sanciones administrativas, pero, en este último caso, «siempre que la persona afectada haya tenido la oportunidad de que su caso sea juzgado por un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales». De esta forma, cabría pensar que la Decisión Marco no permite la ejecución de sanciones si la jurisdicción penal no es la competente sobre el recurso contra la resolución sancionadora, como ocurre en nuestro país (a diferencia de otros como Alemania)⁶⁹⁷. De hecho, la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, que transponía la Decisión Marco, aclaraba en la exposición de motivos que las autoridades españolas no podían requerir la ejecución de las sanciones administrativas a otro Estado miembro por no cumplirse el requisito de la revisión por la jurisdicción penal⁶⁹⁸.

No obstante, en la STJ de 14 de diciembre de 2013, Baláž, C-60/12, ECLI:EU:C:2013:733, ante una petición de decisión prejudicial de un tribunal checo, el TJ precisó el alcance de la expresión órgano jurisdiccional con competencia en asuntos penales. Como con otras cuestiones (el concepto de sanción mismamente), el TUE aclaró que este es un «concepto autónomo» del Derecho de la Unión que no se limitaba a lo que formalmente se entendiese en cada Estado miembro por tribunal penal. De esta forma, consideró que un órgano jurisdiccional tiene competencia penal cuando este, además de poder ser calificado como órgano jurisdiccional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales, tiene «plena competencia para examinar el asunto en lo que

⁶⁹⁷ Dio cuenta de este problema, HUERGO LORA, A., *Las sanciones Administrativas*, cit., pp. 123-129. También, en el mismo sentido, *vid.* ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Unión Europea, asistencia y reconocimiento mutuos en materia de sanciones administrativas», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, cit., pp. 1213-1217, pp. 1215-1217 y GONZÁLEZ ALONSO, A., «La ejecución transfronteriza de actos administrativos sancionadores en la Unión Europea», cit., pp. 17-18.

⁶⁹⁸ En concreto, la exposición de motivos se pronunciaba de la siguiente manera: «También resulta necesario aclarar que la referencia en la Decisión Marco 2005/214/JAI a las sanciones administrativas tan solo se refiere a aquellas que sean recurribles en el orden penal. Se trata de una situación inexistente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que, si bien coexiste una tipificación penal con otra administrativa, las autoridades administrativas competentes no se encuentran en la situación prevista en la norma europea, ya que sus resoluciones son recurribles en vía contencioso-administrativa y no en vía penal. Por ello la ley no incluye estos supuestos como resoluciones dictadas en España cuya ejecución se pueda solicitar en otro Estado de la Unión Europea».

atañe tanto a la apreciación jurídica como a las circunstancias de hecho, y debe disponer, en particular, de la posibilidad de examinar las pruebas y de determinar sobre esa base la responsabilidad del interesado, así como la adecuación de la pena» (apartado 47). Por lo tanto, la Decisión Marco, según los criterios del TJ, tan solo exige que la sanción administrativa pueda ser recurrida ante un tribunal, no necesariamente penal, con competencia jurisdiccional plena para conocer sobre el fondo del asunto⁶⁹⁹.

En virtud de esta jurisprudencia, me parece posible que una autoridad española solicite a otro Estado miembro la ejecución de una sanción administrativa. Las Decisiones Marco no tienen efecto directo⁷⁰⁰, por lo que la Administración no puede inaplicar una norma de derecho interno por ser contraria a la Decisión Marco. Sin embargo, tal y como ha recordado el TJ, «el principio de interpretación conforme se impone respecto de las Decisiones Marco», de tal forma que se deberá hacer todo lo posible a la hora de interpretar la normativa interna para que sea respetuosa con la Decisión Marco⁷⁰¹. El límite de la interpretación conforme está en la interpretación *contra legem*. No obstante, la actual regulación de la ejecución de multas pecuniarias recogida en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (que derogó a la Ley 1/2008) no prohíbe expresamente que la Administración española solicite la ejecución de multas a otro Estado miembro de la Unión.

En primer lugar, en el artículo 173.1 de la Ley 23/2014 se define sanción pecuniaria de la misma forma que lo hace la Decisión Marco. En segundo lugar, y admitiendo el limitado valor de las exposiciones de motivos, han desaparecido las consideraciones que la anterior Ley 1/2008 hacía sobre la aplicabilidad de la propia Ley a las sanciones administrativas españolas (aunque vuelve a hacer las mismas precisiones erróneas sobre la necesidad del recurso ante la jurisdicción penal con respecto al exhorto europeo de obtención de pruebas). No obstante, es justo admitir que la Ley está pensando claramente en las multas penales porque, entre otras cosas, cuando regula las autoridades judiciales competentes en España para solicitar la ejecución de la multa tan solo hace referencia a los jueces de lo penal. Dicho esto, me parece que cabe una aplicación analógica de las disposiciones de la Ley (por ejemplo, en lo relativo a la competencia del órgano que debe

⁶⁹⁹ La doctrina afirma que esta sentencia viene a avalar el sistema de sanciones administrativas español y su control por el contencioso-administrativo en lo que se refiere a las exigencias de la Decisión Marco. *Vid.* ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», cit., pp. 152-153 (nota al pie n.º 54).

⁷⁰⁰ Así lo recogía expresamente el Tratado de la Unión Europea, según la versión modificada por el Tratado de Amsterdam.

⁷⁰¹ STJ de 16 de junio de 2005, Maria Pupino, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386, apartados 42 a 47.

solicitar la ejecución) y que la interpretación conforme permite solicitar esa ejecución. Además, aunque sobra decirlo, el artículo 4.3 de la Ley declara que la interpretación de las normas ahí recogidas «se realizará de conformidad con las normas de la Unión Europea» lo que refuerza el criterio que aquí se defiende. Con todo, me parece necesario una reforma que de una cobertura mucho más segura a las Administraciones públicas.

Independientemente de la cobertura que otorga para el caso español la Decisión Marco, también es importante destacar que el reconocimiento de la sanción y su posterior ejecución no es automático y está sometido, salvo en algunos supuestos propios del Derecho penal (los mencionados en el artículo 5), al requisito de la doble tipicidad. Además, algunos de los supuestos por los que se permite rechazar el reconocimiento de la resolución y la no ejecución podrían plantear problemas con el tipo de infracciones anteriormente descritas. Por ejemplo, se puede rechazar la ejecución cuando la resolución se refiere a hechos que «el Derecho del Estado de ejecución considere cometidos en su totalidad o en parte en el territorio del Estado de ejecución o en un lugar asimilado al mismo» o «se hayan cometido fuera del territorio del Estado emisor y el Derecho del Estado de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio».

Por otro lado, en el ámbito del Derecho sancionador de la competencia, donde destaca especialmente la sanción a sociedades extranjeras, se ha dado un paso muy importante en el reconocimiento y ejecución de sanciones procedentes de otros Estados de la Unión Europea. La Directiva ECN+ incorporó la obligación de ejecutar las multas procedentes de otras ANC siempre y cuando se trate de infracciones de los artículos 101 o 102 del TFUE. El artículo 26.1 de la Directiva dispone que: «los Estados miembros garantizarán que, a petición de la autoridad requirente, la autoridad requerida ejecute las decisiones por las que se impongan multas o multas coercitivas que haya adoptado, de conformidad con los artículos 13 y 16, la autoridad requirente. Esto se aplicará únicamente en la medida en que, después de haber hecho esfuerzos razonables en su propio territorio, la autoridad requirente haya comprobado que la empresa o la asociación de empresas contra la cual la multa o multa coercitiva tiene fuerza ejecutiva no tiene suficientes activos en el Estado miembro de autoridad requirente para permitir el cobro de la multa o multa coercitiva». Este artículo se ha transpuesto recientemente mediante la reforma del artículo 18 de la LDC que introdujo el artículo 219 del RDL *ómnibus* 5/2023 de 28 de junio.

Fuera del ámbito de la Unión Europea la ejecución de sanciones administrativas de multa es mucho más compleja. Se necesitaría un tratado internacional que permitiese el reconocimiento de las multas administrativas en otro territorio y que las autoridades competentes procedan a la ejecución de la multa. No es necesario que el tratado internacional obligue a un reconocimiento automático de esas sanciones. Se pueden introducir condiciones mínimas para ese reconocimiento: que la sanción sea firme, que no existan problemas de orden público, que la conducta no haya sido castigada ya en el país en el que se pretende ejecutar la sanción, etc. Desde luego esto es algo muy frecuente en el ámbito del Derecho internacional privado pero que, hasta el momento, no ha trascendido a las resoluciones administrativas sancionadoras.

Incluso en trabajos o propuestas encaminadas a favorecer e impulsar la cooperación entre autoridades administrativas de los diferentes países esta cuestión queda relegada a un segundo plano. En el Informe de la OCDE y la Red Internacional de Competencia sobre la Cooperación Internacional para la ejecución del Derecho de la Competencia, elaborado en el año 2021⁷⁰², se define el concepto de reconocimiento mutuo de decisiones como «aquél supuesto en el que se reconocen decisiones emanadas de autoridades de otra jurisdicción» lo que comprende, según la propia definición, «la ejecución de la decisión por las autoridades del país que reconoce la decisión». Sin embargo, pese a que en algunas de las audiencias previas a la elaboración del informe se había apuntado esa necesidad de avanzar en el reconocimiento mutuo de las decisiones provenientes de otras autoridades⁷⁰³, en el Informe se aclara que no se trata esta cuestión con especial detalle (en realidad, prácticamente se omite).

En este contexto, son trasladables las reflexiones que hemos hecho en otro apartado de este trabajo sobre la necesaria discrecionalidad de la Administración a la hora de seleccionar la matriz del grupo contra la que se dirige el procedimiento. No tiene sentido que se imponga una multa contra una sociedad si posteriormente pueden existir problemas para el cobro de esa multa por la falta de reconocimiento y ejecución de la resolución administrativa sancionadora.

⁷⁰² Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/oecd-icn-report-on-international-cooperation-in-competition-enforcement-2021.htm>.

⁷⁰³ Se puede consultar un resumen de las intervenciones de los expertos en esas audiencias en el siguiente enlace: <https://www.oecd.org/daf/competition/enhanced-enforcement-cooperation.htm>.

SUCESIÓN DE EMPRESAS Y EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA

1. ESCENARIOS POSIBLES

La sucesión de la empresa infractora se enmarca en los problemas que plantea el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora cuando la persona jurídica infractora (la sociedad) se ha extinguido. El punto de partida es que, como regla general, esta extinción de la persona jurídica no supone, a diferencia de la muerte de la persona física, la extinción de la responsabilidad administrativa sancionadora. En lo que se refiere a las sociedades mercantiles, esta extinción puede estar precedida de una disolución y posterior liquidación. La sociedad cesa en sus actividades y se reparte entre sus socios el haber social resultante en función de su cuota de participación en la sociedad (la cuota de liquidación). Pero también las sociedades mercantiles se pueden extinguir sin necesidad de proceder a esa liquidación del patrimonio. Se trata de las llamadas «modificaciones estructurales». En algunas de ellas, la sociedad se extingue, pero una sociedad (en el caso de la fusión o de la absorción) o varias (en el caso de la escisión total) continúan la actividad de la empresa infractora porque la Ley las considera como sucesoras universales de la sociedad extinta; la suceden en su patrimonio⁷⁰⁴. En la actualidad, estas modificaciones estructurales se encuentran reguladas en el Libro primero del RDL

⁷⁰⁴ En las fusiones, dos o más sociedades mercantiles se integran en una nueva entidad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante. Esta nueva entidad adquiere por sucesión universal los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas (artículo 34.1 de la LME). En el caso de la absorción, que es un tipo de fusión, una sociedad previamente existente adquiere por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda, para dar entrada a los socios procedentes de las sociedades absorbidas (artículo 34.2 de la LME). Finalmente, la escisión total se encuentra definida en el artículo 59 de la LME como «la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque y por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y, en su caso, cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas». (artículo 59 LME).

ómnibus 5/2023, de 28 de junio, que, para una mejor lectura, se identificará con el término «LME» (Ley de modificaciones estructurales).

Si la extinción de la sociedad privase a la Administración del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sería muy sencillo para las empresas eludir su responsabilidad. Bastaría con llevar a cabo una reestructuración mercantil para evitar el pago o la imposición de una multa, que a veces, como se ha visto, pueden alcanzar cantidades muy elevadas. Además, en el caso de los grupos de empresas, estas reestructuraciones son aún más sencillas porque la LME suprime algún requisito procedimental si la empresa que absorbe a una sociedad o con la que se fusiona es titular de al menos el 90% del capital social de dicha sociedad⁷⁰⁵.

Es importante señalar que esta extinción de la sociedad puede producirse en diferentes fases del procedimiento administrativo sancionador o, incluso, antes de su inicio. Así pues, la sociedad se puede extinguir con anterioridad a la incoación del propio procedimiento, durante su tramitación o incluso, cuando ya se haya impuesto la sanción (sin haberse ejecutado por completo). En todos estos casos, con el objetivo de evitar la impunidad de la sociedad infractora, se busca un nuevo sujeto al que imponerle la sanción que en su caso hubiese correspondido a esta sociedad infractora ya extinta. La regla general –que admite excepciones y matizaciones– es la siguiente: si existe una sociedad que continúa con la actividad económica de la infractora (lo que se produce en el caso de las modificaciones estructurales), es esta nueva sociedad la responsable de la sanción. En el caso de que la sociedad se haya disuelto y haya cesado en su actividad, se entiende que la multa deberá integrarse en esa cuota de liquidación de los socios y, por lo tanto, serán ellos, y hasta el límite de su cuota, los que respondan de la infracción de la sociedad extinta⁷⁰⁶. Sin embargo, como a continuación se detallará, no existe una solución clara y uniforme en nuestro ordenamiento jurídico. Además, estos criterios tienen un origen más jurisprudencial y doctrinal, lo que plantea importantes problemas con respecto al principio de legalidad.

⁷⁰⁵ En estos casos, la LME habla de «fusiones especiales» y diferencia las absorciones de sociedades íntegramente participadas (artículo 53) de las absorciones de sociedades participadas al noventa por ciento (artículo 54).

⁷⁰⁶ He estudiado esta cuestión, aunque limitándome a la absorción y fusión de sociedades mercantiles en un trabajo previo («Las sanciones y su incidencia en los procesos de fusión y adquisición de sociedades», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, cit., pp. 709-744. Algunas de las reflexiones que aquí incorporo son tributarias de ese trabajo previo. Sin embargo, en este caso el objeto del análisis es más amplio y no se ciñe a esos dos supuestos.

Como consecuencia de lo anterior, los cambios que se producen en la sociedad pero que no provocan su extinción (por ejemplo, un cambio en la titularidad de sus acciones o participaciones o una transformación de un tipo social a otro), *a priori*, no afectan al ejercicio de esa potestad administrativa sancionadora (el infractor permanece en el ordenamiento jurídico)⁷⁰⁷. Sin embargo, esta sociedad puede transmitir o ceder la totalidad de sus activos a otra sociedad, cesar en su actividad y que esta sea continuada por otra (con la que puede tener vínculos previos o no). Teóricamente, la Administración puede ejercer sus potestades contra la infractora porque, como digo, aún no se ha extinguido. Pero a efectos prácticos, el cobro de esa sanción resulta extremadamente complicado. Para estos casos también se ha planteado, especialmente en el Derecho de la competencia, la responsabilidad de la empresa que continúa la actividad de la infractora.

En la extinción de la responsabilidad sancionadora se puede apreciar, de nuevo, el contenido diferente del principio de responsabilidad personal para las personas físicas y jurídicas. Las sanciones no se pueden heredar porque lo impide el citado principio, que en este contexto también puede calificarse como principio de «intransmisibilidad de las sanciones». Sin embargo, cuando se trata de personas jurídicas, este principio casi se puede formular como su contrario: principio de «transmisibilidad de las sanciones». Aquí ya no existe aparentemente ningún reparo para sancionar a un sujeto que formalmente es diferente del que cometió la infracción.

2. EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD PENAL

Las leyes administrativas sancionadoras carecen de una regulación general y completa sobre las consecuencias de la extinción de la persona jurídica. La LRJSP guarda silencio y las pocas leyes sectoriales que regulan esta cuestión lo hacen de forma incompleta (no abarcan todos los supuestos en los que se puede extinguir una persona jurídica) y prevén soluciones dispares (no siempre coinciden en los sujetos que tienen que «suceder» a la empresa infractora). Estas lagunas han sido colmadas por la jurisprudencia.

⁷⁰⁷ Por lo tanto, una operación muy habitual en el tráfico jurídico como es la compraventa de acciones o participaciones de una compañía es irrelevante para el ejercicio de la potestad sancionadora. No obstante, ya se ha citado el artículo 273 de la LMV que permite que se condone, total o parcialmente, o que se aplazase el pago de las multas impuestas a personas jurídicas «cuando hayan pasado a estar controladas por otros accionistas después de cometerse la infracción, estén incurso en un procedimiento concursal, o se den otras circunstancias excepcionales que hagan que el cumplimiento de la sanción en sus propios términos atente contra la equidad o perjudique a los intereses generales». No obstante, el alcance de esta condonación o aplazamiento en el caso del cambio de titularidad de las acciones es muy limitado porque el artículo 273.3 lo prohíbe cuando haya mediado precio en la transmisión.

Por el contrario, el Código Penal regula con carácter general los efectos de la extinción de las personas jurídicas y su responsabilidad penal. En concreto, el artículo 130. 2 del CP establece lo siguiente:

«2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

Este artículo del Código Penal, calificado por la doctrina como «cláusula de cierre»⁷⁰⁸, recoge dos supuestos bien diferenciados. En el primer párrafo establece la responsabilidad penal del sucesor jurídico de la sociedad transformada, escindida, fusionada o absorbida, mientras que en el segundo caso se contemplan los supuestos de «disoluciones aparentes», es decir, aquellos casos en los que la sociedad se disuelve, pero existe otra sociedad que continúa su actividad. Es una disolución que no obedece a razones empresariales (dificultades económicas) sino que su única motivación es eludir la responsabilidad penal; es necesario, por lo tanto, acreditar ese ánimo fraudulento⁷⁰⁹.

Como se puede apreciar, por un lado, el Código Penal no regula aquellos supuestos en los que la sociedad se extingue y se liquida el patrimonio entre sus socios (salvo que esa disolución sea «aparente») ni los casos en los que la sociedad aún existe, pero ha traspasado la totalidad del patrimonio a otra sociedad. En este segundo supuesto, la persona jurídica formalmente sigue existiendo por lo que no se puede hablar de «disolución».

⁷⁰⁸ Vid. FEJOO SÁNCHEZ, B. J., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en, BAJO FERNÁNDEZ, M., FEJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 297-300, p. 298 y ZABALA GÓMEZ LÓPEZ, C., «M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Indret*, 2, 2020, pp. 195-224, p. 198.

⁷⁰⁹ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 Bis y 19 del Código Penal*, cit., p. 117 y DEL ROSAL BLASCO, I., «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa», en SUAREZ LÓPEZ, J.M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I., JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, cit., pp. 179-197, pp. 183-184.

Fuera de los dos supuestos que acabamos de mencionar, la extinción de la persona jurídica no supone, al contrario que para las personas físicas, la extinción de la responsabilidad penal. Se produce, por lo tanto, un traslado de esa responsabilidad a la persona jurídica o personas jurídicas que suceden a la ya extinta. En este contexto, son particularmente problemáticos los casos en los que esa responsabilidad surge tras una fusión, absorción o escisión total. Es perfectamente posible que la sociedad autora del delito se fusione, sea absorbida o se escinda en dos o más sociedades que no han participado en ese delito (lo pueden hasta desconocer). En estos casos, una persona jurídica resultaría penalmente responsable no por la comisión de un delito sino por el mero hecho de ser sucesora universal de otra persona jurídica, lo que ha sido criticado por la mayor parte de los penalistas⁷¹⁰.

⁷¹⁰ Se muestra particularmente crítico DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», cit., p. 163: «Si considerásemos que tras una absorción la entidad absorbente deviene penalmente responsable por un hecho con la que, en el momento de su comisión, no tuvo ningún contacto, nos encontraríamos ineludiblemente ante una norma que obliga a enjuiciar y declarar culpable a un sujeto por un hecho que, en el momento de su comisión, ni pudo evitar, ni le era atribuible». En esta misma línea FERNÁNDEZ TERUELO, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)», cit., p.36, que lo considera «una nueva vulneración del principio de personalidad de la pena. En términos similares se expresan, Díez Ripollés, J.L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *Indret*, n.º 1, 2012, pp. 1-26, p. 10, o GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, cit., p. 266. Por otro lado, entiende ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 Bis y 19 del Código Penal*, cit., p. 116, que el juez, en el ejercicio de la facultad de moderar la pena que le concede el artículo 130.2 del Código Penal, puede «llevar incluso a suspender la ejecución de la pena para impedir que una persona jurídica acabe pagando el delito de otra. Por otro lado, ZABALA GÓMEZ-LÓPEZ, C., *Ibid.*, p. 211 y 214-216, señala la práctica anglosajona (tanto en el ordenamiento jurídico estadounidense como en el británico), de los *Deferred prosecution agreements*, acuerdos de la empresa sucesora con la fiscalía, para que esta no ejerza la acusación penal, a los efectos de no perjudicar a trabajadores y acreedores por las sanciones más graves, siempre y cuando (i) aquella se comprometa a asumir determinados compromisos como implantar programas de *compliance* más severos en la empresa adquirida, y (ii) se haya hecho una auditoría legal o *due diligence* sobre el *compliance* de la adquirida. Más forzada me parece la interpretación que propone SERRANO ZARAGOZA, O., «Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 24, 2016, pp. 1-14. El autor parte de la inconstitucionalidad del artículo 130.2 CP si se entendiese que lo que se traslada es la pena, sin embargo, propone una construcción alternativa. El sucesor debe responder porque se ha producido un enriquecimiento injusto de la Administración: el comprador, al realizar una *due diligence*, ha contabilizado el riesgo de sanción por lo que ya la habría tenido en cuenta a la hora de valorar contablemente la sociedad. Si en este caso no se exigiese la «deuda de derecho público» (no habla de «pena»), el adquirente se estaría enriqueciendo injustamente a costa del Estado. No puedo compartir esta postura. En primer lugar, el Código Penal dice lo que dice («la fusión no extingue la **responsabilidad penal, que se transmite**») y por tanto se traslada la pena y no una suerte de «deuda de derecho público», y, en segundo lugar, no es correcta la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto: la Administración ni se enriquece ni se empobrece por el ejercicio de la potestad sancionadora porque el fin último de esta no es la recaudación, sino el castigo al infractor (HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, cit. p. 396). Por el contrario, una postura favorable a esta transmisión de la responsabilidad se puede encontrar en FARALDO CABANA, P., «La transmisión de las penas en las modificaciones estructurales de las personas jurídicas. Una reflexión sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a los entes colectivos», en DEMETRIO CRESPO, E., (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 431-450, 443-444.

Las escasas resoluciones judicial que han interpretado el artículo 130.2 del Código Penal acogen las críticas que se acaban de exponer. En particular, destaca el Auto 246/2019, de 30 de abril de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que revocó la imputación del Banco de Santander, previamente acordada por el Juzgado Central de Instrucción, por los delitos presuntamente cometidos por el Banco Popular en la ampliación de capital aprobada en mayo de 2016 (en la que el Banco Santander no participó). La AN, en línea con la doctrina que se acaba de exponer, entendió que el traslado automático de la responsabilidad penal vulnera el principio de culpabilidad, por lo que el artículo 130.2 del Código Penal tan solo debería aplicarse en caso de operaciones fraudulentas y no cuando obedezcan a «fines lícitos relacionados con intereses económicos, oportunidades de mercado, u otros de cualquier tipo, ajenos al encubrimiento delictivo»⁷¹¹.

3. LA DOCTRINA EUROPEA DE LA CONTINUIDAD ECONÓMICA Y EL TRASLADO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

3.1. La jurisprudencia del TJ sobre la continuidad económica

Al igual que para la atribución de la responsabilidad a las sociedades matrices, el TJ ha seguido un criterio antiformalista a la hora de solucionar los problemas de la extinción de la persona jurídica autora de la infracción. Este criterio se conoce como el de la «continuidad económica» y se ha aplicado a raíz de las sanciones por infracciones de la normativa de competencia⁷¹². La idea fundamental es que, cuando una empresa deja de existir, debe responder de las sanciones administrativas aquella empresa que continúe la actividad económica de la empresa extinta. Para ello, tiene que haber una «identidad

⁷¹¹ Se puede encontrar una crítica al Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 en LUZÓN CAMPOS, E., «La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 del Código Penal», *Diario LA LEY*, n.º, 9377, 2019, pp. 1-6, señalando los efectos adversos del artículo 130.2 en el caso concreto: riesgo reputacional y el posible impacto bursátil). En mi opinión, la AN debería haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad porque el artículo 130.2 del Código Penal no exige que la modificación estructural sea «fraudulenta» y contempla el traslado automático de la pena. Si la AN considera incompatible ese traslado automático con la CE, lo procedente hubiera sido interponer la citada cuestión, y no realizar una interpretación del Código que, en mi opinión, no tenía cabida.

⁷¹² *Vid.* al respecto, ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., y HORTALÁ I HALLVÉ, J., «Sucesión empresarial y responsabilidad por infracciones del Derecho de la Competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J., CUERDO MIR, M. (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, cit., pp. 163-189, pp. 165-174 y GUILLÉN CARAMÉS, J., «Responsabilidad sancionadora empresarial en el Derecho de la competencia y liquidación concursal», en VEIGA COPO, A. (dir.), *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la ley concursal*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2020, pp. 563-588, pp. 575-580.

económica» entre la empresa que cometió la infracción y la empresa que posteriormente responde de esa infracción. En este sentido, resulta muy didáctica la STPI de 17 de diciembre de 1991, T-6/89, Emichem Anic, ECLI:EU:T:1991:74 (posteriormente confirmada por el TJ): «cuando entre el momento en que se cometió la infracción y el momento en que la empresa en cuestión debe responder de la misma, la persona responsable de la explotación de la empresa ha cesado de existir jurídicamente, es preciso localizar, en un primer tiempo, el conjunto de elementos materiales y humanos que participaron en la comisión de la infracción para, en un segundo tiempo, identificar a la persona que ha pasado a ser responsable de la explotación de dicho conjunto, con el fin de impedir que la empresa pueda evitar responder de la infracción a consecuencia de la desaparición de la persona responsable de la explotación de la misma en el momento en que se cometió la infracción»⁷¹³.

Esta doctrina del TJ es directamente aplicable en los casos en los que se produce una modificación estructural en la que la sociedad se extingue, pero transmite todo su patrimonio a una o varias sociedades. En la fusión o en la absorción, es la empresa resultante de esa fusión o la empresa que absorbe a la sociedad infractora la que responde de la multa derivada de la infracción. Cuando lo que se produce es una escisión total, en la que se divide el patrimonio de la sociedad en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite a otra sociedad, será indispensable identificar qué sociedad adquiere la parte en la que se produjo esa infracción. En todos estos supuestos se cumple con el criterio de la continuidad económica porque la empresa absorbente, o resultante de la fusión, o de la escisión total es la sucesora universal de la empresa infractora y por tanto titular de los derechos y obligaciones correspondientes a la primera empresa.

En un primer momento, esta doctrina se aplicaba solo si la persona jurídica se extinguía. Sin embargo, el TJ también consideró que era posible trasladar la responsabilidad de una empresa a otra cuando la persona jurídica infractora cesa por completo en su actividad económica⁷¹⁴. Es decir, la persona jurídica está presente en el

⁷¹³ Como apuntaba, este criterio fue confirmado por el TJ en la Sentencia de 8 de julio de 1999, C-49/92 P, Anic Partecipazioni, cit., pero se encuentran sentencias de los años 70 y 80 en las que ya se aplicaba el criterio de la continuidad económica (STJ de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie, C-40/73, ECLI:EU:C:1975:174, apartados 80 a 84, o STJ de 28 de marzo de 1984, CRAM, C-29/83, ECLI:EU:C:1984:130, apartado 9). Hoy en día, esta jurisprudencia está suficientemente consolidada (STJ de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland, C-204/00/P, ECLI:EU:C:2004:6, apartado 59, STJ de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775, apartado 40 y STJ de 24 de septiembre de 2009, Raiffeisen Zentralbank Österreich, C-133/07 P, ECLI:EU:C:2009:648, apartado 79).

⁷¹⁴ STJ de 29 de marzo de 2011, ThyssenKrupp Niostta, C-352/09 P, ECLI:EU:C:2011:191, apartado 144, y STJ de 13 de junio de 2013, Versalis, C-511/11 P, ECLI:EU:C:2013:386, apartado 55.

tráfico jurídico, pero ya no desarrolla ninguna actividad ni cuenta con ningún tipo de activo. En este contexto, el TJ entiende que «existe el riesgo de que una sanción a una empresa que ya no ejerce actividades económicas pueda carecer de efecto disuasorio». Para evitarlo, se permite que la Comisión Europea, siempre y cuando el infractor haya cesado «jurídica o económicamente», sancione al nuevo titular de la unidad económica en la que se produjo esa infracción. De esta forma, si una empresa vende aquella unidad productiva, la escinde parcialmente o la segrega, pero no cesa su actividad económica –aunque ya no opere en un determinado mercado–, seguirá siendo ella misma la responsable de la multa⁷¹⁵. La doctrina de la continuidad económica tan solo se aplica cuando no existe, jurídica o económicamente, un sujeto al que se le puede imponer una sanción.

Esta regla tiene una excepción en los casos de los grupos de empresas. Aquí la responsabilidad sigue a la unidad productiva en la que se produjo esa infracción, con independencia de que la infractora haya cesado en su actividad o no⁷¹⁶. Lo que pretende el TJ en estos casos es neutralizar los posibles efectos que podría tener una reestructuración intragrupo para la imposición de una sanción administrativa. De esta forma se evita la creación de sociedades «vacías» de infracciones y se sanciona a aquella que ejerce la actividad económica en la que se originó la infracción. El TJ prescinde de la imputación de la persona jurídica para fijarse en el sustrato material que la forma. Como digo, esta es una regla pensada para los grupos de empresas, por lo que se excluye cuando la transferencia o la cesión de esa unidad productiva se produce entre personas jurídicamente independientes, que no tienen vínculos previos entre ellas. Pero en los grupos de empresas, al no ser tan relevante la persona jurídica que comete la infracción, se sigue el criterio de la continuidad económica. Por lo tanto, para que se produzca esa traslación de la responsabilidad sancionadora, es necesario que la empresa que transmite la unidad productiva y la empresa que la adquiere estén «bajo el control de la misma persona», y que «habida cuenta de los estrechos vínculos que las unen desde el punto de

⁷¹⁵ Resulta muy clara la STGUE de 6 de diciembre de 2018, T-531/15, Coveris Rigid France, ECLI:EU:T:2018:885: «cuando los activos de una sociedad que participó en una infracción son traspasados a un tercero, la responsabilidad sigue a esos activos solo en casos excepciones: cuando la sociedad propietaria de tales activos dejó de existir jurídica o económicamente».

⁷¹⁶ *Vid.* LAGUNA de PAZ, J.C., «El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas», cit., p. 64 y ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., y HORTALÁ I HALLVÉ, J., «Sucesión empresarial y responsabilidad por infracciones del Derecho de la Competencia», p. 171.

vista económico y organizativo», apliquen en esencia las mismas «instrucciones comerciales»⁷¹⁷.

3.2. La recepción en España de la doctrina del TJ

La jurisprudencia del TJ se añadió al artículo 61.1 de la LDC tras la reforma operada por el por el RDL 7/2021, de 27 de abril para transponer la Directiva ECN+ a nuestro ordenamiento jurídico. La nueva redacción del artículo 61.1 es la siguiente: «serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta ley o, **en el caso de empresas, sus sucesores legales o económicos**». En mi opinión, el precepto debería haber desarrollado con mayor precisión qué se entiende por sucesor económico (la sucesión jurídica no plantea dudas) y en qué supuestos se produce dicha sucesión. No obstante, a efectos prácticos, no parece que se vayan a plantear grandes problemas a la hora de aplicarlo. Ya antes de la entrada en vigor de esta reforma de la LDC, la CNMC venía aplicando la jurisprudencia del TJ con todos sus matices y excepciones⁷¹⁸. A su vez, también el TS había acogido esta jurisprudencia del TJ, incluso para sanciones por infracciones de otras leyes sectoriales ajenas al Derecho de la competencia (como a continuación se verá)⁷¹⁹. Por lo tanto, la LDC no ha hecho más que positivizar unos criterios para la transmisión de las sanciones

⁷¹⁷ STJ de 18 de diciembre de 2014, Parker Hannifin Manufacturing, C-434/13 P, ECLI:EU:C:2014:2456, apartados 40 y 41. También se recogen las mismas reflexiones en la STJ de 13 de junio de 2013, Versalis, C-511/11 P, cit., apartado 56 y STJ de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, cit., apartado 49.

⁷¹⁸ Un buen ejemplo constituye la Resolución de 1 de octubre de 2019, Expte. S/DC/0612/17 Montaje y Mantenimientos Industriales. En este caso, la CNMC aclara que «conforme a la jurisprudencia del TJ, el principio de la continuidad económica se aplica cuando no existe ninguna persona jurídica a la que se pueda atribuir la responsabilidad por la infracción en la que han estado involucrados los activos transferidos por diversas razones, entre ellas: porque la antigua propietaria haya dejado de existir legalmente; porque de facto sea material y objetivamente imposible reclamarle la multa por estar la empresa en liquidación; porque no desarrolle actividades económicas, o por fraude, esto es, porque la sucesión se realizara con el propósito de eludir las sanciones por una infracción de defensa de la competencia».

⁷¹⁹ El criterio general a la hora de trasladar la responsabilidad entre empresas lo recoge el TS en la Sentencia de 55221/2015 de diciembre, ECLI:ES:TS:2015:5531. En este caso, el TS afirmaba que el «el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho, en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas». A su vez, también el TS ha diferenciado entre aquellos casos en los que la venta o transmisión de la unidad productiva se produce dentro de un grupo de empresas y entre empresas independientes. En la STS 936/2016, de 4 de marzo, ECLI:ES:TS:2016:936 se anula una multa impuesta a la sociedad «Veripack Embalajes», que posteriormente fue confirmada por la AN, por haber participado en un cártel en el sector de los embalajes de plástico. La empresa Veripack tan solo había adquirido la nave y los activos de la sociedad infractora (AUTOBAR), que tras dicha operación continuó existiendo. El TS concluye que «la empresa a la que adquirió la rama de actividad relevante para este litigio no ha desaparecido, ni existe vínculo estructural ni económico entre una y otra, salvo las obligaciones que el derecho laboral impone por la contratación de trabajadores, y el derecho tributario exige en los supuestos de sucesión de empresas para la responsabilidad por el pago de las deudas tributarias».

administrativas que ya estaban plenamente asentados en la práctica de la CNMC y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3.3. Transmisión de sanciones y liquidaciones concursales

Una cuestión que no aclara el nuevo artículo 61.1 de la LDC y que ha sido objeto de controversias en la práctica de la CNMC es la transmisión de las sanciones cuando la venta de la empresa infractora (la unidad productiva) se produce en el curso de un procedimiento de liquidación concursal. En principio, como la empresa infractora ha cesado en su actividad y se encuentra en fase de liquidación, la doctrina de la continuidad económica permite que el procedimiento administrativo sancionador se siga contra la empresa que ha adquirido la unidad productiva vinculada con la infracción. Sin embargo, una primera Resolución de la CNMC (Resolución de 1 de octubre de 2019, Expte. S/DC/0612/17 Montaje y Mantenimientos Industriales), exoneró de responsabilidad a una empresa que había adquirido una unidad productiva en el marco de un procedimiento concursal. El argumento de la CNMC es que el por aquel entonces vigente artículo 146 Bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (actual artículo 224 de Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal) obligaba a que las transmisiones de unidades productivas se realizasen libres de cargas. En concreto, el artículo 146. Bis. 4 disponía que «la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concurso antes de la transmisión». De esta forma, la CNMC consideró que entre esos créditos se encontraban las multas derivadas de infracciones de competencia por lo que la legislación concursal impedía aplicar la doctrina del sucesor económico⁷²⁰.

Pese a lo anterior, la CNMC cambió de criterio en la Resolución de 5 de julio de 2022, Expte. S/0021/20, Obra Civil 2. En esta Resolución, la Sala de Competencia expresamente estableció que, aunque el artículo 146. Bis. 4 de la anterior Ley Concursal y el 224.1 de la vigente liberan a la empresa adquirente de la satisfacción de los créditos no satisfechos con anterioridad a la transmisión, ello no implica una exoneración genérica de cualquier tipo de responsabilidad. Decir esto, argumenta, «sería lo mismo que permitir que, frente a la transmisión de una unidad productiva, todas las infracciones

⁷²⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* GUILLÉN CARAMÉS, J., «Responsabilidad sancionadora empresarial en el Derecho de la competencia y liquidación concursal», cit., pp. 584-588. Por su parte, MARCOS FERNÁNDEZ, F., «Defensa de la competencia y «perdón concursal» en el blog jurídico *Almacén del Derecho* (consultado por última vez a 14/08/2023) disponible en: <https://almacendederecho.org/defensa-de-la-competencia-y-perdon-concursal>, se muestra muy crítico con la interpretación que ha hecho la CNMC del precepto de la Ley Concursal, calificándola incluso de «exorbitante».

administrativas cometidas por la concursada quedaran absolutamente impunes, sin perjuicio del momento en el que se producen (tanto antes como después de la declaración del concurso)»⁷²¹.

Como conclusión de lo anterior, se puede afirmar que el criterio más reciente de la CNMC es el de aplicar la doctrina de la continuidad económica incluso cuando la transmisión de la unidad productiva se produce en el marco de un procedimiento concursal. Para ello es necesario que la empresa infractora se haya extinguido o haya cesado su actividad económica o que entre esta y la adquirente existan vínculos estructurales previos. No obstante, me parece necesario una intervención del legislador que aclare las dudas y el alcance del actual artículo 224.1 de la Ley Concursal, porque esta cuestión no solo afecta a las multas administrativas de competencia sino, en general, a cualquier multa.

4. LA REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN DE LA EMPRESA INFRACTORA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ESPAÑOL

4.1. Su regulación en distintas leyes sectoriales

Nuestro ordenamiento jurídico carece de una solución única y aplicable a la extinción de la persona jurídica. Los artículos relativos a la potestad sancionadora de la LRJSP guardan silencio al respecto. Tan solo algunas pocas leyes sectoriales regulan esta cuestión y no siempre lo hacen de manera uniforme. En algunos casos, se siguen criterios muy similares a los del artículo 130.2 del Código Penal o a los de la jurisprudencia comunitaria, esto es, la responsabilidad de la empresa sucesora, pero, en otros, esta responsabilidad recae en personas físicas que integran la empresa extinta.

a) Leyes que responsabilizan a la empresa sucesora

Dejando a un lado a la LDC, para cuyo análisis me remito a lo expuesto en el apdo. 3 de este Capítulo, este primer grupo de leyes lo forman la LOSSEAR, la Ley de Auditoría de Cuentas, y la LGT. En lo que se refiere a la LOSSEAR, el artículo 201 dispone que «En el caso de entidades extinguidas por fusión, cesión global de activo y pasivo o escisión, la responsabilidad administrativa de las mismas por las sanciones de multa en el ámbito de la supervisión de los seguros privados será exigible a la entidad absorbente o

⁷²¹ Pese a este cambio de criterio, la empresa adquirente no fue sancionada porque la infractora no había cesado en su actividad económica y no existía entre ellas ningún vínculo estructural. Por lo tanto, no se cumplía ninguno de los requisitos para aplicar la doctrina de la continuidad económica.

de nueva creación, teniendo en cuenta, para el caso de la escisión, el porcentaje del patrimonio adquirido». Como se puede apreciar, la LOSSEAR, al igual que el Código Penal, establece la responsabilidad de la empresa que sucede a la infractora. Además, y a diferencia del artículo 130.2 del Código Penal, contempla la transmisión de la multa en el caso de una cesión global del activo y el pasivo, lo que parece razonable si atendemos a la lógica de esta operación. La cesión global del activo y el pasivo no necesariamente provoca la extinción de la sociedad, tan solo lo hace cuando la contraprestación –que nunca puede consistir en acciones– la reciban única y exclusivamente los socios de la sociedad⁷²². Solo en estos casos la Administración podrá sancionar al sucesor de la sociedad. Si la contraprestación la recibe la sociedad, esta continúa en el tráfico jurídico por lo que, en principio, la Administración podría sancionarla⁷²³. Lo que no regula la LOSSEAR es la responsabilidad sancionadora en caso de liquidación y posterior disolución de la entidad aseguradora. Es decir, limita la transmisibilidad de las sanciones exclusivamente a las modificaciones estructurales.

Mucho más completa es la regulación de la Ley de Autoría de Cuentas, en la que ya sí se regula quién es el sujeto responsable en el caso de sociedades disueltas y liquidadas. En este sentido, el artículo 83.1 establece que las multas impuestas a sociedades de auditoría disueltas y liquidadas se transmitirán a los socios, partícipes o cotitulares de la sociedad, que quedarán obligados solidariamente y hasta el límite del valor de su cuota de liquidación. Si se trata de una sociedad en la que no se limita la responsabilidad patrimonial de los socios, el importe de la multa se transmite íntegramente a estos. Sin embargo, esta transmisión de la responsabilidad se limita a los supuestos en los que la multa ya exista en el patrimonio de la sociedad. Es decir, si la extinción con liquidación de la persona jurídica se produce antes de que se imponga la multa, se extingue la responsabilidad sancionadora. El artículo 83.4 aclara que las reglas

⁷²² El funcionamiento de la cesión global del activo y del pasivo es el siguiente: se transmite en bloque y por sucesión universal todo el activo y el pasivo a un tercero, a cambio de una prestación que, podrá ir dirigida a la sociedad cedente, a los socios o a ambos, y que en ningún caso podrá constituir acciones, participaciones o cuotas sociales del cesionario (artículo 72.1 de la LME). Si la contraprestación la reciben única y exclusivamente los socios, la sociedad se extinguirá (artículo 72.2 de la LME). Para una exposición más detallada sobre la cesión global del activo y del pasivo, *vid.* HOEDL EIGEL, C., «La cesión global del activo y del pasivo», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R., (dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 861-898, o GÁLLEGO LANAU, M., *La cesión global del activo y pasivo en las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 78-129.

⁷²³ Lo habitual será que esta situación no se produzca porque la cesión global del activo y del pasivo se utiliza fundamentalmente para la liquidación de sociedades. De hecho, los pocos ordenamientos que la regulan, a diferencia del español, limitan su función precisamente a la liquidación y extinción de sociedades. Lo señala, HOEDL, EIGEL, C., *Ibid.*, p. 870.

sobre la responsabilidad administrativa en el caso de sociedades extinguidas se aplican también en los casos en los que la persona jurídica se extingue antes del inicio o de la conclusión del expediente sancionador. Sin embargo, el precepto matiza que en este caso las sanciones se podrán seguir exigiendo «a los sucesores». Pero el concepto de sucesor hace referencia a las sociedades que continúan con la actividad de la sociedad extinguida fruto de una modificación estructural. Los socios no «suceden» a la sociedad, sino que tan solo reciben una parte del patrimonio resultante de dicha liquidación (si el saldo es positivo).

Como se acaba de adelantar, para los casos en los que la sociedad se extingue, pero no se liquida, la Ley de Auditoría de Cuentas contempla el criterio de la continuidad económica, independientemente de si el procedimiento sancionador se ha iniciado o no, o si se ha finalizado. Así, el artículo 83.2 dispone que «en los supuestos de extinción o disolución sin liquidación de sociedades de auditoría, las sanciones de multa impuestas por la comisión de infracciones tipificadas en esta Ley se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de la correspondiente operación», añadiendo además que también se aplica este criterio en el caso de la cesión global del activo y pasivo. También se regula la responsabilidad del sucesor económico en el caso de las disoluciones «encubiertas o meramente aparentes», manteniendo el mismo criterio que el Código Penal (la redacción del precepto es idéntica). De nuevo, son trasladables las objeciones que se han hecho sobre la exigencia de que la sociedad se «disuelva». Una empresa puede vender sus activos a otra, la cual continúa con su actividad económica (mantiene clientes, trabajadores y proveedores, que es lo que exige la Ley de Auditoría de Cuentas) pero no adopta el acuerdo de disolución (aunque probablemente exista una causa de las contempladas en el artículo 363 de la LSC para ello). La sociedad permanece en el ordenamiento jurídico, pero no tiene ningún tipo de actividad. Por ello, es importante que no se exija esa disolución, porque limita las buenas intenciones del precepto.

Por último, fuera del Derecho administrativo sancionador en sentido estricto, es necesario mencionar el artículo 40 de la LGT. Al igual que en la Ley de Auditoría de Cuentas, se distinguen los casos en los que la persona jurídica se extingue con liquidación de aquellos en los que no se produce tal liquidación. En el primer supuesto, las responsabilidades tributarias, incluidas las sanciones, tal y como aclara el artículo 40.5 de la LGT, se transmiten de forma solidaria a los socios hasta el límite del valor de su cuota de liquidación, o por su cuantía íntegra, en el caso de que se trate de una sociedad en la que no se limite la responsabilidad personal de los socios. En el segundo supuesto, el

artículo 40.3 dispone que se transmitirán estas obligaciones tributarias a las «personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de la correspondiente operación», aclarando que el precepto también se aplica a las cesiones globales del activo y del pasivo (siempre que conlleve la extinción de la persona jurídica).

A diferencia de la Ley de Auditoría de Cuentas, la LGT no aclara si la transmisión de las sanciones administrativas opera también cuando estas aún no se hayan impuesto. Es decir, si es posible, en su caso, iniciar (o continuar) un procedimiento sancionador contra el sucesor jurídico de la sociedad infractora una vez que la sociedad ya se ha extinguido. Esto ha provocado la existencia de criterios dispares en la jurisprudencia. En la STJS de Castilla y León de 2 de octubre de 2009, ECLI:ES:TSJCL:2009:6188, se entendió que «las sanciones que pueden exigirse a los sucesores son las ya impuestas al tiempo de la extinción de la sociedad o las que puedan imponerse con posterioridad, derivadas, naturalmente, de infracciones cometidas por la sociedad durante su actividad». Sin embargo, el TS ha optado por una interpretación restrictiva y limitada a las sanciones que ya existan a la hora de producirse la extinción de la sociedad. En la Sentencia de 5 de junio de 2013, ECLI:ES:TS:2013:3487, el TS estableció que «hay que distinguir entre la responsabilidad por la sanción (que no es transmisible) y la responsabilidad derivada de la obligación pecuniaria que la sanción genera (que sí es transmisible)»⁷²⁴. Este criterio me parece que también es el que sigue la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas. El artículo 19.2 (extinción de la responsabilidad) dispone que «en los casos de extinción de la persona jurídica sancionada, **para la ejecución de la sanción o sanciones** se estará a lo que dispongan las normas administrativas sectoriales o la normativa de derecho privado que resulte aplicable». Esta remisión al derecho privado (en defecto de ley sectorial que regule la cuestión) obliga a considerar la multa como un pasivo más de la sociedad que se disuelve o a la que sucede otra sociedad. Pero es evidente que la Ley limita esta solución a la «ejecución de la sanción», por lo que es necesario que previamente exista algo que ejecutar.

⁷²⁴ Este criterio ya lo mantenía la Audiencia Nacional, tal y como pone de relieve la SAN de 29 de junio de 2007, ECLI:ES:AN:20073114, que cita CARRERAS MANERO, O., *La sucesión en el Derecho Tributario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 278. Se muestran partidarios de este criterio, SÁNCHEZ GERVILLA, A., *Fundamentos del Derecho sancionador tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 314, MARTÍNEZ LAGO, M.A., *La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 345-351.

b) La absorción como criterio de graduación de la multa

La LOPDGDD y la LSSI, ofrecen una solución un tanto curiosa y, a mi juicio, errónea, a la cuestión que aquí se está estudiando. La LOPDGDD establece que a la hora de graduar la sanción se podrá tener en cuenta, entre otras circunstancias, «la existencia de un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción, que no puede imputarse a la entidad absorbente» (artículo 76.2 de la LOPDGDD). Aún más clara es la LSSI, que configura esta misma circunstancia como una atenuante cualificada, de tal manera que el órgano sancionador tendrá que imponer a la empresa absorbente la multa que correspondiese a la escala de infracciones que preceda en gravedad a la que cometió la empresa infractora (artículo 39 Bis. e)⁷²⁵.

Tanto en un caso como en otro se permite imponer una multa (reducida) a la sociedad absorbente por las infracciones que comete la sociedad absorbida. Sin embargo, no se comprende los motivos que han llevado al Legislador a excluir al resto de modificaciones estructurales en los que la sociedad se extingue y existe una sociedad –en el caso de la fusión o la cesión global del activo o del pasivo– o varias –en el caso de la escisión total– que la suceden y que continúan con su actividad económica. De hecho, la absorción no es más que un tipo de fusión (artículo 34.2 de la LME) y su única diferencia con respecto a una fusión propiamente dicha es que en este último caso se constituye una nueva sociedad en la que se integran dos o más sociedades que, a continuación, se extinguen. De esta forma, se plantea una duda muy importante en los casos en los que se produzcan estas modificaciones estructurales que tienen efectos similares a los de una absorción. Como la ley no los menciona, se podría interpretar que o bien se extingue la responsabilidad sancionadora, o bien no se gradúa la multa, de tal forma que la sociedad sucesora responde por su importe íntegro. A mi juicio, el principio de legalidad de las sanciones impone la primera solución, por lo que parece evidente que urge una reforma de ambos preceptos.

Por otro lado, me parece que no es correcto que se contemple una reducción del importe de la multa por el mero hecho de que una sociedad absorba a otra. A lo sumo, la multa debería calcularse como si se impusiese a la sociedad originariamente infractora. Esto es, si, por ejemplo, la multa se calcula teniendo en cuenta el volumen de negocios

⁷²⁵ He estudiado en profundidad esta cuestión en mi trabajo «La sucesión de la empresa infractora en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», en CARBONELL PORRAS, E. (dir.), *Gobiernos locales y economía colaborativa*, Iustel, Madrid, 2022, pp. 199-210, a cuyas conclusiones me remito.

–como sucede en la LOPDGDD–, este volumen de negocios debería ser el correspondiente a la empresa infractora y no el de la empresa que la sucede. Pero más allá de este supuesto, no creo que existan argumentos que permitan justificar esta rebaja de la multa. Ambas leyes parece que implícitamente reconocen cierta injusticia en el hecho de que una sociedad que no ha participado en la infracción pueda terminar siendo responsable de una multa. Lo detallaré más adelante, pero es importante señalar que en las modificaciones estructurales la sociedad que formalmente se extingue, en realidad, se incorpora a otra sociedad. Materialmente continua su actividad bajo otro paraguas societario. De hecho, tal y como dispone el artículo 35 de la LME, los socios de la sociedad extinguida pasan a formar parte del capital social de la empresa absorbente o resultante de la fusión, en proporción a su participación en la sociedad y en función de la ecuación de canje de acciones o participaciones que se haya establecido (número de acciones o participaciones que corresponden en la sociedad sucesora por cada acciones o participación que se posea en la sociedad extinguida).

c) Leyes que responsabilizan a una persona física que comete o participa en la infracción

Este último grupo lo forman aquellas leyes que rompen con el criterio de la continuidad económica a la hora de trasladar las responsabilidades sancionadoras cuando la empresa se extingue. En estos casos, se busca un responsable dentro de la propia sociedad que ha cometido la infracción. Un ejemplo lo constituye el artículo 168.2 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía en el que se establece que «si la persona jurídica responsable se extinguiera antes de ser sancionada, se considerarán responsables las personas físicas que, actuando por ella, hicieron posible su comisión». Si la extinción se produce una vez impuesta la multa, se considera responsables a los sujetos anteriores y también, de forma solidaria, a los socios o partícipes del capital hasta el límite de la cuota de liquidación (artículo 168.3). Disposiciones muy similares las podemos encontrar también en la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía⁷²⁶ o

⁷²⁶ El artículo 90 de esta Ley es prácticamente idéntico al artículo 168 de la Ley 7/2021, con el único matiz que incorpora no solo las sanciones sino también la transmisión del comiso y que la responsabilidad de los socios en caso de disolución no es solidaria sino mancomunada. Lo curioso respecto a esta Ley andaluza de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía es que con anterioridad a su reforma operada por la Ley 3/2016, de 9 de junio, el artículo 93 permitía la condonación de sanciones

en la Ley 12/2016, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears⁷²⁷. En esta misma dirección, el artículo 45 de la Ley 8/2021, de 17 de noviembre, de Memoria Histórica y Democrática de Cantabria dispone que las personas físicas integrantes de los órganos de dirección de la persona jurídica que hubieran autorizado o consentido la comisión de la infracción «serán consideradas responsables, en su caso, si la persona jurídica se extinguiese antes de ser sancionada».

Estas leyes utilizan el término extinción independientemente de si esta se produce con o sin liquidación. Es cierto que las leyes andaluzas, cuando la sanción ya existe, hacen responsables, junto con la persona física autora de la infracción, a los socios hasta el límite de su cuota de liquidación, pero, en mi opinión, esto tan solo significa que si esa liquidación no se produce solo responderán los autores de la infracción y, en ningún caso, los socios. Además, tal y como se puede apreciar, estas leyes no responsabilizan de forma automática –como sucede con el criterio de la continuidad económica– a estas personas físicas que han cometido o han favorecido esa infracción (salvo que la multa forme parte de la cuota de liquidación). La doctrina del TC sobre la responsabilidad solidaria o subsidiaria de las sanciones tributarias, que ha sido expuesta en otra parte de este trabajo, ha entendido que este tipo de responsabilidades son «materialmente sancionadoras» (STC 85/2006, de 27 de marzo). Esta doctrina me parece que es directamente trasladable al caso que aquí nos ocupa y, por tanto, es necesario establecer un título de imputación que justifique la responsabilidad de la persona física en cuestión. De esta forma, la Administración deberá probar esa participación o ese consentimiento de la infracción para poder exigir la responsabilidad que originalmente correspondería a la persona jurídica infractora.

En mi opinión, el principal inconveniente que tiene esta solución es el riesgo de insolvencia del nuevo responsable de la infracción. Por supuesto que este riesgo dependerá de la cuantía de la multa y de la situación patrimonial de cada persona, pero cuando la multa es muy elevada, no tiene sentido exigírsela al administrador de esa sociedad o al posible autor material de la infracción. Por lo tanto, me parece preferible la generalización del criterio de la continuidad económica, prescindiendo de la

en los casos en los que se produjese un cambio de accionista, propietarios o gestores después de cometerse la infracción. Sin embargo, con la citada reforma se suprimió esa posibilidad de condonación y actualmente la Ley tan solo contempla la transmisión de las multas en los términos descritos.

⁷²⁷ En este caso la única diferencia con respecto a la Ley andaluza es que se contempla la transmisión del coste del restablecimiento de la realidad física alterada en los casos en los que se exige la multa a los socios como parte de su cuota de liquidación (artículo 165).

responsabilidad de los miembros de la persona jurídica cuando esta se extinga y exista otra que continúe con su actividad.

4.2. Las soluciones de la jurisprudencia española ante la falta de regulación

Salvo las excepciones que se acaban de mencionar, las leyes administrativas sancionadoras no contemplan una regulación completa sobre las consecuencias de la extinción de la persona jurídica. A veces, tan solo regulan la responsabilidad de los socios por las sanciones pendientes de cobro –como parte de su cuota de liquidación– tras la liquidación de la sociedad⁷²⁸, pero guardan silencio sobre las responsabilidades sancionadoras en los casos de extinción sin liquidación. En otras, directamente no se dice nada.

A pesar de la falta de esta falta de regulación, el TS no ha puesto ningún reparo en que el órgano sancionador competente trasladase esa sanción a los socios en el caso de la liquidación de la sociedad o a la sociedad sucesora en los supuestos de modificaciones estructurales. Ya en alguna sentencia de los años 90, el TS admitía esta posibilidad y diferenciaba expresamente las consecuencias de la muerte de la persona física de la extinción de la persona jurídica a los efectos sancionadores⁷²⁹. Sin embargo, ha sido en estos últimos años cuando la cuestión ha cobrado mucha mayor relevancia, principalmente como consecuencia del incremento de fusiones y reestructuraciones en el sector bancario. En este sentido, son ya varias las sentencias en las que el TS aplica directamente la jurisprudencia del TJ (citándola expresamente) para permitir que se responsabilice al sucesor jurídico o económico de una empresa de las sanciones de la empresa a la que sucede, independientemente de si la sanción ya se ha impuesto. Recientemente, el TS ha reiterado esta doctrina a raíz de una multa impuesta por el ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital al Banco Santander por una infracción del Banco Popular en materia de gobierno corporativo recogida en la LMV⁷³⁰. Se trata de la STS de 25 de abril de 2023, ECLI:ES:TS:2023:1884 en la que, además, el propio TS repasa otras sentencias en las aplicó los mismos criterios para trasladar

⁷²⁸ Algunos ejemplos los podemos encontrar en leyes importantes como son el artículo 59.3 de la LGS o el artículo 55 de la LPBC.

⁷²⁹ STS de 18 de abril de 1994, ECLI:ES:TS:19942560 y STS de 20 de septiembre, ECLI:ES:TS:19964971.

⁷³⁰ Recuérdese que las acciones del Banco Popular fueron transmitidas por un euro al Banco Santander que posteriormente absorbió, ya como socio único, al Banco Popular.

sanciones derivadas de infracciones de la LPBC⁷³¹ o de la LMV⁷³², a las que se le suman aquellas dictadas en el ámbito del Derecho sancionador de la competencia (donde la aplicación de la doctrina del TJ está mucho más justificada). De esta forma, para el TS, en los casos en los que la empresa infractora se extingue como consecuencia de una modificación estructural, este principio de continuidad económica permite que sea la empresa que sucede a la infractora la responsable de la sanción. Por lo tanto, en los supuestos de fusión o absorción, será la empresa resultante de la fusión o la empresa absorbente la responsable de las sanciones ya impuestas o que pudieran imponerse a la sociedad ya extinta (aquí hablamos de «sucesores jurídicos»)⁷³³. Se debería acoger la misma solución para responsabilizar a la empresa cesionaria en los casos en los que la cesión global del activo y del pasivo provoca la extinción de la sociedad. Y en lo que se refiere a la escisión total, en la que la sociedad se divide en dos o más partes, será necesario localizar qué sociedad de las adquirentes continúa con la actividad económica vinculada con la infracción. Para estos dos últimos supuestos no existe todavía ninguna sentencia del TS, pero me parece que los criterios de las anteriores son lo suficientemente claros como para llegar a tal conclusión.

Por otro lado, también el TS ha aplicado el criterio de la continuidad económica en los casos en los que el infractor sigue existiendo una vez que traspasa el negocio vinculado con la infracción. Aquí ya no se habla de sucesor jurídico sino de sucesor económico (la empresa que continúa con el negocio). Se pueden citar la STS de 13 de marzo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:814 y la STS de 13 de marzo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:815, ambas dictadas el mismo día. Tanto en un caso como en otro, el TS específicamente aclara que la sucesión en la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas también opera «en los supuestos en los que, aun conservando su personalidad jurídica, la empresa infractora cesa en el ejercicio de la actividad económica que motivó la infracción y dicha actividad económica pasa a ser desarrollada por la empresa que la sucede, pues, en estos casos, la entidad infractora aunque no haya dejado de existir jurídicamente si lo ha hecho económicamente». Sin embargo, por ceñirnos a la jurisprudencia del TJ –citada por el

⁷³¹ STS de 25 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4383 y STS de 23 de noviembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5129

⁷³² STS de 15 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1186, STS de 13 de marzo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:814 y STS de 13 de marzo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:815.

⁷³³ El criterio del TS en estos casos es firme y ha llegado a afirmar que «se admite como un supuesto que no plantea dudas, la transmisión de la responsabilidad cuando, como consecuencia de un proceso de transformación o fusión, la persona jurídica que cometió la infracción desaparece y su actividad económica se continúa por la sociedad resultante de ese proceso» (STS de 15 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1186)

propio TS–, el TS debería haber restringido esta doctrina del sucesor económico para los casos en los que entre la infractora y la empresa que continúa su actividad existen vínculos previos (como era el caso)⁷³⁴ o cuando, aun no existiendo esos vínculos, el infractor ha cesado por completo su actividad.

Estas soluciones creo que son apropiadas para resolver el problema de la extinción de la empresa infractora. Sin embargo, a falta de una Ley que específicamente las contemple, me parece que vulneran el principio de legalidad de las sanciones⁷³⁵. Los responsables de las infracciones y, por tanto, de las sanciones, tienen que estar recogidos en una norma con rango de ley. Ni siquiera es suficiente que sea un reglamento el que lo haga; tiene que ser la Ley la norma que recoja quién puede ser responsable de una sanción administrativa⁷³⁶. De hecho, pese a que la jurisprudencia más reciente no ha mostrado ningún reparo, el TS, en un supuesto de transmisión de las multas tributarias a los socios tras la liquidación de la sociedad, sostuvo que «cuando de extender las sanciones se trata, lo trascendente es que ha de existir un precepto que expresamente establezca esa extensión»⁷³⁷.

Algunos autores, en relación con la responsabilidad de los socios por las sanciones impuestas a la sociedad, han entendido que esta previsión legal no es necesaria, al menos en los casos en los que la multa ya se haya impuesto⁷³⁸. Como en estos casos la multa

⁷³⁴ La primera sentencia versa sobre la sanción impuesta a BFA por aquel entonces, la matriz de Bankia) por una infracción en materia de blanqueo de capitales que habían cometido Bancaja, Caja Madrid y Caixa Laietana y la segunda sobre una sanción impuesta a CaixaBank por una serie de infracciones de la LMV cometidas por la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa). En estos casos, los infractores (las cajas de ahorro), seguían existiendo (transformadas en fundaciones bancarias), sin embargo, sus negocios bancarios habían sido segregados y traspasados a otras entidades que continuaron con su actividad en este sector y de las que se convirtieron en sus principales accionistas.

⁷³⁵ De la misma opinión, BAÑO LEÓN, que afirma que «en el caso de extinción, y a falta de previsión expresa en la ley, no podrá exigirse responsabilidad». *Vid. Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, cit., p. 259.

⁷³⁶ Sobre el principio de legalidad en la determinación de los responsables, *Vid. REBOLLO PUIG, M.*, «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», cit., pp. 843-845.

⁷³⁷ STS de 1 de diciembre de 2010, ECLI:ES:TS:2010:6880. Esta sentencia es de la sección segunda (tributos) de la sala tercera del TS y se dicta para un caso en el que en el momento de la transmisión de esa multa no existía ningún precepto en la LGT que la contemplase, tal y como indica, SESMA SÁNCHEZ, B., «La potestad sancionadora tributaria: matices y singularidades», cit., p. 455 (nota al pie n.º 44).

⁷³⁸ Aunque, como explicaré, no me parece correcto acudir a argumentos puramente mercantiles, creo que es conveniente aclarar si la sanción administrativa tiene que ser firme para formar parte de ese «patrimonio» de la sociedad y poder exigírsela a los socios cuando se produce la disolución. Es conveniente aclararlo porque muchas veces para solucionar estos casos de transmisión de multas la jurisprudencia acude directamente al Derecho mercantil y, por lo tanto, es importante identificar el momento a partir del cual la multa ya forma parte de dicho patrimonio. En este sentido, en nuestra doctrina GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador: Parte general*, cit., p. 1000, consideran que las multas se integran en el patrimonio social a partir de su firmeza en vía administrativa, salvo que su ejecución

forma parte del patrimonio social, la legislación societaria da una cobertura suficiente para poder exigir a esos socios el importe de la multa⁷³⁹. De mantener este criterio, tampoco sería necesario regular la responsabilidad del sucesor jurídico de una empresa extinta mediante una modificación estructural porque la LME ya lo convierte en sucesor universal. La figura de la sucesión universal supone que la empresa sucesora se coloca en la misma posición que la empresa a la que sucede por lo que no solo respondería de las sanciones pendientes de cobro sino también de las que pudiesen derivar de infracciones ya cometidas, pero no sancionadas⁷⁴⁰.

Frente a estas posturas, me parece que sigue siendo necesario que sea una ley la que expresamente contemple la responsabilidad administrativa sancionadora derivada de una infracción que ha cometido otro sujeto. Si fuese suficiente la remisión al Derecho privado, también se debería aceptar la transmisión *mortis causa* de una multa administrativa a los

se encuentre suspendida por la jurisdicción contencioso-administrativa. En mi opinión, la sanción forma parte del patrimonio de la sociedad desde el momento en que la misma existe. Cuestión distinta es que la ejecución de esa sanción, de, en definitiva, ese acto administrativo, se difiera hasta la firmeza en la vía administrativa, o incluso, en la vía judicial en aquellos casos en los que se suspenda la ejecución del acto, lo que no equivale a decir que ese acto no exista (*vid.* CANO CAMPOS, T., «La presunción de validez de los actos administrativos», *REALA*, n.º 14, 2020, pp. 6-28, pp. 7-13). Si aplicásemos esa lógica al resto de los elementos que forman parte del pasivo de la sociedad, no se consideraría como parte del patrimonio una deuda cuyo pago no resulta exigible a la eficacia de la disolución o de cualquier otro tipo de operación mercantil. La sanción existe desde su imposición y por eso despliega una serie de efectos: se permite el pago voluntario a pesar de que no sea ejecutiva y la ejecución de otras medidas que pueden ser declaradas en la propia resolución sancionadora, como la exigencia al infractor de reponer la situación alterada a su estado originario o de indemnizar a la Administración los daños causados (*Vid.* CANO CAMPOS, T., «La ejecutividad de las sanciones y los enredos con la prescripción», *RAP*, 212, 2020, pp. 113-144, p. 123). No es lo mismo existencia y exigibilidad y por ello la sanción forma parte del patrimonio desde su imposición, criterio que mantiene REBOLLO PUIG, M., «Subvenciones. Potestad sancionadora», en LOZANO CUTANDA, B., (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, cit., pp. 1037-1055, p. 1049.

⁷³⁹ Lo han defendido, para la responsabilidad de los socios en los supuestos de extinción con liquidación del patrimonio de la sociedad, LAGUNA DE PAZ, J.C., «El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas», cit., p. 68, y DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 86 y CABALLERO SÁNCHEZ, R., «Las formas de extinción de la responsabilidad administrativa», *Justicia administrativa: Revista de Derecho administrativo*, n.º Extra 1, 2001, pp. 115-150, pp. 130-131. En realidad, más bien lo que sucedería es que esa deuda sería un pasivo más de la sociedad que debería pagarse con anterioridad al reparto de la cuota de liquidación (que no es más que el «sobrante» del patrimonio social), tal y como exige artículo 391.2 de la LSC o el artículo 235 del Código de Comercio.

⁷⁴⁰ La doctrina señala que la sucesión universal no es tanto una «transmisión de activos y pasivos sino una subrogación en todas las situaciones jurídicas», incluso en las «latentes». *Vid.* ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., *La sucesión universal en las modificaciones estructurales*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 196. De hecho, esta es la postura que mantuvo el TJ en la Sentencia de 5 de marzo de 2015, C-343/13, Modelo Continente Hipermercados, ECLI:EU:C:2015146. A raíz de una cuestión prejudicial del *Tribunal do Trabalho de Leiria*, el TJ dictaminó que dentro del concepto de «patrimonio» que recogía la Directiva Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (actual Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades) se incluían las infracciones cometidas con anterioridad a la eficacia de la fusión.

herederos del infractor persona física⁷⁴¹. Si bien algunas leyes contemplan la muerte del infractor como supuesto que extingue la responsabilidad administrativa sancionadora, muy pocas aclaran si esta extinción se produce también cuando la sanción ya se impuso⁷⁴². No obstante, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la mayoría de la doctrina consideran que el principio de personalidad de las sanciones impide que la multa forme parte del caudal hereditario, por lo que, incluso en los casos en los que la sanción es firme pero no se ha ejecutado por completo, la muerte del infractor impide su exigibilidad al deudor⁷⁴³. Pero estas consideraciones no se reproducen cuando se trata de una multa a una sociedad, o, en general, a una persona jurídica. Aquí se afirma que esa multa sí forma parte de un patrimonio y, en consecuencia, puede ser perfectamente exigible a los socios o a la sociedad que continúa la actividad de la sociedad extinguida⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ Defienden esta posibilidad, precisamente empleando el argumento de que la multa formaría parte del patrimonio del causante, QUINTERO OLIVARES, G. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Disolución de sociedades y extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Almacén del Derecho* (blog), disponible en: <https://almacenederecho.org/disolucion-de-sociedades-y-extincion-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas> (consultado el 16/08/2023).

⁷⁴² El artículo 39 de la LGT establece que en ningún caso se transmitirán por herencia las sanciones tributarias.

⁷⁴³ Recientemente el TS ha tenido oportunidad de recordar esta jurisprudencia a raíz de un caso en el que un heredero pretendía impugnar el acto administrativo sancionador que en el momento de la muerte del infractor no era firme (STS de 3 de junio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:1426). El TS entendió que la muerte del infractor provoca automáticamente la extinción de su responsabilidad, por lo que la Administración tiene que declarar automáticamente dicha extinción, sin que se pueda cuestionar el fondo de la resolución sancionadora por parte de los herederos (aunque la Administración no le exija la multa). También se puede encontrar algún otro ejemplo en sentencias más antiguas en las que el TS aclara que en el caso de las personas físicas el principio de personalidad de las sanciones impedía considerarlas una deuda civil «con independencia de que haya recaído o no resolución sancionadora firme en el momento de producirse la muerte del infractor» (STS de 20 de septiembre de 1996, ECLI:ES:TS:1996:4917). En la doctrina, han defendido esta extinción de la responsabilidad, CANO CAMPOS, T., *Sanciones Administrativas*, cit., p. 202, y GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador: Parte general*, cit., pp. 993-997, CABALLERO SÁNCHEZ, R., «Las formas de extinción de la responsabilidad administrativa», cit., p. 125, LAGUNA DE PAZ, J.C., «El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas», cit., p. 65, LASAGABASTER HERRARTE, I., «Causas de extinción de la responsabilidad», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, cit., pp. 151-157, p. 152, DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, cit., p. 82, LOZANO CUTANDA, B., *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1990, pp. 158-160, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo II*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, p. 372, PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, cit., p. 428. En Italia, también se ha vinculado la imposibilidad de transmitir *mortis causa* las multas con el principio de responsabilidad personal. Vid. SANDULLI, M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Jovene, Napoli, 1983, pp. 114-117 y GIOVAGNOLI, R., y FRATINI, M., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 131-134. Como explican los autores, esta extinción de la responsabilidad por muerte afecta también a los responsables solidarios del pago de la multa, lo que parece confirmar ese carácter de sanción «material» que también ha defendido nuestro TC.

⁷⁴⁴ STS de 20 de septiembre de 1996, ECLI:ES:TS:1996:4917: «en cualquier caso, es distinto el régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas en el supuesto de disolución de la persona jurídica sancionada que cuando se trata de la muerte o fallecimiento de la persona física sancionada. En el primer caso, en el momento de la disolución el haber social responde de las sanciones (art. 235 C. de Co, 277 LSA, 120 LRL), y estas forman parte del pasivo transmitido a los socios».

Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho privado, no existe tal diferencia; tanto la persona jurídica como la persona física tienen su propio patrimonio formado por derechos y obligaciones. Es decir, se hace una aplicación selectiva de las normas del Derecho privado, condicionada por esos principios del Derecho administrativo sancionador. Por lo tanto, si bien el principio de personalidad de las sanciones no impide, como ahora argumentaré, la transmisión de las sanciones en el caso de las personas jurídicas –como sí lo hace para las personas físicas–, sí lo debería hacer el de legalidad. Solo pueden ser responsables de una sanción aquellos que la ley establezca.

4.3. Propuesta de regulación y su compatibilidad con los principios sancionadores

El tratamiento que debe dar el ordenamiento jurídico a la extinción de la persona jurídica tiene que ser forzosamente diferente que el que le da a la muerte de la persona física. Para ello, no es tan necesario hacer consideraciones acerca de si la multa pertenece al patrimonio del infractor, sino simplemente apuntar que en un caso se justifica la necesidad de la sanción y en el otro no. No tiene ningún interés ni ninguna utilidad para el Derecho administrativo sancionador reclamar una multa a un heredero porque este no ha cometido la infracción y, por tanto, no existe ninguna justificación para su castigo. Los fines del Derecho administrativo sancionador no son recaudatorios. Ello no impide que la Administración pueda reclamar a los herederos los daños derivados de la infracción, los beneficios obtenidos mediante la misma u otro tipo de medidas no sancionadoras como la restitución de la situación anterior a la infracción. De hecho, alguna Ley ya recoge expresamente esta solución. Por ejemplo, el artículo 168.1 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía dispone que «la muerte de la persona física extingue su responsabilidad sancionadora sin perjuicio del restablecimiento de la legalidad, de las obligaciones indemnizatorias y del decomiso de las ganancias provenientes de la infracción»⁷⁴⁵. Sin embargo, cuando se trata de la extinción de una sociedad, que puede ser acordada libremente por sus socios, la falta de sanción puede generar auténticas situaciones de impunidad, cercenando la capacidad

⁷⁴⁵ De esta forma me parece que se soluciona mejor y de forma más respetuosa con el principio de la personalidad de las sanciones el problema de la transmisión *mortis causa* de los beneficios derivados de una infracción administrativa, lo que lleva a plantearse a Víctor BACA ONETO si debe formar parte de la herencia las multas aún no pagadas. *Vid.* ONETO BACA, V., «La extinción y la transmisión de la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas en los casos de disolución y liquidación, fusión y escisión de personas jurídicas», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T., (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2023*, cit., pp. 145-174, pp. 148-151.

disuasoria y la eficacia de las sanciones administrativas⁷⁴⁶. Los socios pueden disolver esa sociedad y constituir una nueva o pueden buscar fusionarse con otra y así evitar la imposición de una sanción. Simplemente por esto ya es necesario buscar un nuevo responsable; independientemente de si la sanción ya existe o no.

En este sentido, si la sociedad se disuelve y se liquida, la multa debería exigirse a los socios de forma solidaria y hasta el límite de su cuota de liquidación. Para los supuestos de las modificaciones estructurales que provoquen la extinción de la sociedad, la doctrina del sucesor jurídico ha dado una respuesta adecuada a estos casos. La empresa que sucede a la infractora será la nueva responsable del pago de la multa. No comparto las objeciones de la doctrina penal que ven en esta transmisión de la responsabilidad una vulneración del principio de personalidad de las sanciones⁷⁴⁷ y no ha sido únicamente el ordenamiento jurídico español el que lo ha regulado, como pone de manifiesto el ejemplo alemán⁷⁴⁸ o italiano⁷⁴⁹.

En las modificaciones estructurales, aunque la sociedad formalmente se extingue, en realidad se integra dentro de otra sociedad. En este sentido, los socios, los trabajadores y, en algunos casos, los administradores, pasan a formar parte de la sociedad sucesora que continúa con las relaciones jurídicas de esa primera sociedad. Por lo tanto, el sustrato material que integraba la infractora permanece bajo otro paraguas societario. Por ello me

⁷⁴⁶ En el mismo sentido, vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 403, LOZANO CUTANDA, B., *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, cit., p. 174, DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, cit., p. 88.

⁷⁴⁷ Vid. *supra*. apdo. 2 del presente Capítulo.

⁷⁴⁸ En Alemania el artículo 30. (2a) de la *OWiG*, que se reformó tras la entrada en vigor de la octava reforma de la *GWB*, regula la transmisión de la multa para los casos en los que la sociedad se extingue tras una fusión o una escisión total. Sin embargo, no se contempla la transmisión de las multas en los casos en los que se produce, por ejemplo, una transmisión completa de los activos de la empresa y el posterior cese de sus operaciones (sí para las multas por infracciones de la normativa de la competencia, tal y como indica el artículo 81 a (3) de la *GWB*). Vid. ACHENBACH, H., «Die Divergenz von Haftung und Ahndung und die Übernahme der europäischen Unternehmensgeldbuße in das deutsche Kartellrecht durch die 9. GWB-Novelle», in DÜNKEL, F., FAHL, C., HARDTKE, F., HARRENDORF, S., REGGE, J., SOWADA, C., (Hrsg.), *Strafrecht Wirtschaftsstrafrecht Steuerecht. Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks*, C.H. Beck, München, 2018, pp. 183-201, pp. 185-186. MEYER-LINDEMAN, H.J., «81- Bußgeldvorschriften», cit., pp. 3035-3040 y ROGALL, K., «Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen», cit., pp. 544-545. Una postura crítica con el alcance limitado de este artículo y la necesidad de recoger la doctrina de la unidad económica en la Ley *OWiG* la mantiene OST, K., «Die Regelung der Rechtsnachfolge und weitere Neuerungen im Kartellordnungswidrigkeitenrecht durch die 8. GWB-Novelle», in BIEN, F. (Hrsg.), *Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 305-329, pp. 311-312.

⁷⁴⁹ En Italia el Decreto legislativo 231/2001 que regula la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas por «infracciones vinculadas a delito», contempla la responsabilidad de la empresa sucesora en los casos de transformación (artículo 28) y fusión (artículo 29). Para la escisión parcial y la cesión de una empresa (*cessione di azienda*), se prevé la responsabilidad solidaria de la sociedad escindida/cedente y de la beneficiaria de la escisión/cesionaria. En este último caso, la responsabilidad se limita a las sanciones ya existentes (artículos 30 y 31). Señala esta cuestión, CERBO, P., «Las sanciones administrativas en Italia: un problema de Derecho constitucional», *Documentación Administrativa*, n.º 282-283, 2009, pp. 61-90, pp. 75-76. También, vid. GIOVAGNOLI, R., y FRATINI, M., *Le sanzioni amministrative*, cit., pp. 136-138.

parece perfectamente posible que se traspase esa sanción administrativa, siempre y cuando la multa se calcule como si se impusiese a la infractora originaria. Esto implica, entre otras cosas, que, si la multa se calcula en función del volumen de negocios u otros parámetros contables, se deberá tener en cuenta tan solo el de la sociedad infractora⁷⁵⁰.

También me parece apropiada la doctrina del sucesor económico, pensada para los casos en los que la persona jurídica infractora no se ha extinguido. Si entre la empresa que transmite la unidad vinculada a la infracción y la empresa que la adquiere existen vínculos previos, es razonable que el continuador de esa actividad económica sea el responsable la multa. De esta forma se garantiza mucho mejor esa eficacia en el ejercicio de la potestad sancionadora y se evita imponer una sanción a una sociedad que ya ha abandonado la actividad en la que se originó esa infracción⁷⁵¹. Además, como existen esos vínculos previos, es decir, como ambas sociedades pertenecen al mismo grupo de empresas, me parece más cuestionable hablar de responsabilidad por hechos ajenos.

Si no existen tales vínculos y las sociedades son completamente independientes, puede ser más complicado justificar esa traslación de la responsabilidad sancionadora. El TJ limita esta traslación de la sanción a los supuestos en los que la empresa infractora ha cesado su actividad, garantizando que la Administración pueda ejecutar la multa contra un patrimonio solvente. En este contexto, carece de sentido imponer una sanción a una sociedad que materialmente ya no existe, y razones de prevención general aconsejan a que, de alguna forma u otra, esa infracción se sancione. Pero lo que no está tan claro, o, mejor dicho, lo que merece una mayor justificación, es que esa sanción tenga que recaer en un tercero que adquiere la unidad de negocio y que no ha participado en la infracción, la cual puede incluso hasta desconocer.

⁷⁵⁰ Lo señala, LAGUNA DE PAZ, J.C., «El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas», cit., p. 67. Así lo ha exigido también el TS: «nada impide la transmisión de dicha responsabilidad a quienes perciben su patrimonio en proporción al mismo y con independencia de su participación en el ilícito» (STS de 13 de marzo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:814). No obstante, es posible tener en cuenta los cambios estructurales introducidos en la sociedad adquirida tras la modificación estructural a los efectos de atenuar la sanción (STS de 16 de diciembre, ECLI:ES:TS:2015:5531, FJº4). Igualmente, en Italia (artículo 31 del Decreto legislativo 231/2001) y en Alemania (artículo 30. (2a) de la OWIG) se prevé que la multa se calcule conforme a las condiciones económicas de la entidad originalmente infractora. Además, en Alemania, se exige que la multa no supere el valor de los activos adquiridos.

⁷⁵¹ En algún caso la Administración ha intentado imponer sanciones autónomas entre sí a la empresa infractora y a la empresa sucesora del negocio. Con buena lógica, la AN ha censurado esta posibilidad en la SAN de 2 de noviembre de 2017, ECLI:ES:AN:2017:4467, tal y como explican BAÑO LEÓN, M.ª. y BAÑO FOS, J. M.ª., «Infracciones y principios de derecho sancionador en el mercado de valores», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., et al. (dirs.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados. Tomo II*, cit., pp. 1603-1636, p. 1621.

En el Derecho tributario se ha acuñado la figura del responsable solidario del sucesor en la titularidad o en la explotación de un negocio. Esta responsabilidad solidaria no se limita solo a las obligaciones tributarias, sino también a las «sanciones impuestas o que puedan imponerse», salvo que el adquirente solicite a la Administración tributaria un certificado de deudas y sanciones, en cuyo caso la responsabilidad se limita a las sanciones ya existentes (artículo 175.2 de la LGT)⁷⁵². La legislación tributaria otorga un «puerto seguro» al adquirente y le permite conocer de antemano el alcance de su responsabilidad. Aunque formalmente la sanción la paga el nuevo titular de la explotación o negocio, este la descontará del precio que pague al vendedor o la tendrá en cuenta a la hora de realizar los cálculos sobre el valor de la empresa⁷⁵³. De esta forma, se da cierta seguridad jurídica, se garantiza el cobro de la multa y se consigue que quién resulte económicamente afectado por ella sean los socios de la sociedad infractora (que es uno de los fines de las sanciones a las personas jurídicas). Además, la LGT contempla esta sucesión independientemente de la situación económica del transmitente; no es necesario que se encuentre en una situación de cese de actividad para que opere esta responsabilidad solidaria.

Sin embargo, no se resuelven los problemas que se han planteado en el Derecho sancionador de la competencia y que pueden extenderse perfectamente a otros sectores. Cuando una empresa comete una infracción (de cualquier naturaleza) que lleve aparejada una sanción importante, los socios pueden decidir traspasar la empresa –la unidad de negocio– para evitar la imposición de esa sanción. El precio que pueden recibir por los activos, de no computarse la sanción (y los beneficios que pudieran generarse), será mucho más elevado que si se computase. Por lo tanto, si el ordenamiento jurídico contempla la responsabilidad del sucesor en la explotación, el adquirente tendrá la oportunidad de descontar de ese precio las sanciones que ya existan o pactar una cláusula contractual (con las garantías que se quiera) por la cual el vendedor se compromete a

⁷⁵² Vid. MARTÍNEZ LAGO, M.A., *La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias*, cit., pp. 238-243.

⁷⁵³ Por este motivo no puedo compartir los argumentos de algún sector de la doctrina tributaria (MARTÍNEZ LAGO, M.A., *Ibid.*, p. 241, y PENALVA SELMA, A., *La responsabilidad tributaria en las transmisiones inter vivos de empresas*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 279), que han criticado esta transmisión de sanciones por considerar que se vulnera el principio de personalidad de las sanciones. De nuevo, me parece que la realidad de las empresas invita a replantearse el alcance de este principio, pero, además, como creo haber explicado, materialmente la sanción la sufre el anterior titular de la explotación porque contractualmente se le descontará del precio a pagar. Y si el comprador no lo hace, estaríamos prácticamente en una situación de pago voluntario por tercero del importe de una multa, lo que el ordenamiento jurídico admite sin mayores problemas.

abonar el importe de las multas que tenga que pagar el comprador por las infracciones previas a esa compra⁷⁵⁴. De hecho, como ya se ha señalado, el Código Penal y también la Ley de Auditoría de Cuentas contemplan la misma solución para los supuestos de disoluciones «aparentes» de la persona jurídica. Tan solo sería mantener ese criterio si esa persona jurídica sigue existiendo, pero materialmente ya no ejerce ninguna actividad.

En conclusión, en los casos en los que una sociedad se disuelve y se liquida, deberían ser los socios los responsables, hasta su cuota de liquidación, de las multas impuestas o que se puedan imponer a esas sociedades. Si esa disolución es meramente aparente, porque existe otra empresa que continua con su actividad económica, o si simplemente no se ha disuelto, pero ha cesado esa actividad, la multa se debería trasladar al sucesor económico de la actividad. También debería responder el sucesor económico en los casos en los que, sin llegar a extinguirse (formal o materialmente), existan vínculos previos entre la sociedad infractora y la sucesora de la actividad. Por último, en los supuestos de modificaciones estructurales con extinción de la persona jurídica, debería ser el sucesor jurídico el que responda de esa multa.

5. TRANSMISIÓN DE SANCIONES NO PECUNIARIAS

Hasta ahora el análisis se ha centrado en las multas administrativas, pero el problema de la extinción del sujeto infractor se puede poner de manifiesto, como es lógico, con cualquier tipo de sanción. Sin embargo, mientras que la multa puede ser un coste más que la empresa adquirente asuma con su compra (aunque luego lo pueda exigir por vía contractual, según lo pactado, a los socios de la empresa infractora), las sanciones del tipo de inhabilitaciones o suspensiones para el ejercicio de una determinada actividad,

⁷⁵⁴ En el mismo sentido, *vid.* NIETO MARTÍN, A., «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», cit., p. 101. Por otro lado, es muy habitual en cualquier proceso de compraventa de empresas o *M&A* la configuración de un régimen de responsabilidad contractual basado en las llamadas «manifestaciones y garantías», en las que el vendedor realiza una serie de manifestaciones de cuya veracidad responderá indemnizando al comprador ante un hipotético incumplimiento. Por lo tanto, el vendedor puede garantizar que no ha cometido ninguna infracción de la normativa de competencia, ambiental o de protección de datos, por ejemplo. Y, por supuesto, también es posible que el propio comprador «manifieste» la existencia de un posible riesgo (una sanción) y que se pacte la asunción de dicho riesgo por parte del comprador. Sobre la utilización de estas cláusulas en la práctica mercantil, *vid.* GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, M., «Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R., (dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, cit., pp. 415-443, y CARRASCO PERERA, A., «Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento», en ÁLVAREZ ARJONA, J.M., y CARRASCO PERERA, A. (dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 253-330. Es más, es hasta posible que sea una aseguradora la que se haga cargo del pago de los daños derivados del incumplimiento de las cláusulas de manifestaciones y garantías, como he defendido en otro trabajo de forma más detallada. *Vid.* RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, D., «Las sanciones y su incidencia en los procesos de fusión y adquisición de sociedades», cit., pp. 734-736.

prohibiciones para contratar o prohibiciones para recibir subvenciones pueden producir un daño mucho mayor. Además, al contrario que las multas, es difícil que la extensión de estas sanciones pueda limitarse al patrimonio de la empresa infractora.

Hasta el momento, no existen pronunciamientos jurisprudenciales que aclaren si en estos casos se aplican las reglas que acabamos de ver para la transmisión de las multas. No obstante, las pocas leyes que han regulado esta cuestión dejan entrever un criterio claro: la transmisión de estas sanciones se permite, pero se restringe mucho más que la de las multas⁷⁵⁵. La LOSSEAR específicamente se refiere a las multas y la Ley de Auditoría de Cuentas diferencia entre la transmisión de multas, en los términos antes descritos, y la sanción de baja o incompatibilidad para ejercer la actividad de auditoría. En estos casos, el artículo 83.2 establece que «únicamente se transmitirán las sanciones de baja o de incompatibilidad impuestas por las infracciones cometidas por las sociedades de auditoría disueltas o extinguidas sin liquidación a las citadas sociedades que resulten de estas operaciones en aquellos casos en los que en estas últimas participen los mismos socios o los mismos partícipes que existían en las sociedades disueltas o extinguidas sin liquidación». Un criterio similar se puede encontrar tanto en la LGS como en la LCSP. El artículo 71.3 de la LCSP establece que «las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas». Y con idéntico contenido regula el artículo 13.2 j) la sucesión en la prohibición de obtener subvenciones.

⁷⁵⁵ De esta forma me parece que se superan algunas posturas que han pretendido negar la transmisibilidad de cualquier sanción administrativa (incluida la multa) por el mero hecho de que las sanciones no pecuniarias no se puedan transmitir, pretendiendo una solución unívoca para todo tipo de sanciones (*vid.* GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, cit., p. 12002). Como se acaba de poner de manifiesto, nuestro ordenamiento jurídico también contempla esta sucesión en el caso de sanciones no pecuniarias, aunque, como es lógico, de forma mucho más restrictiva y atendiendo a las diferencias sustanciales y evidentes que existen entre la multa y el resto de las sanciones administrativas. Por otro lado, no comparto el argumento de que, a diferencia de las sanciones pecuniarias, las no pecuniarias no forman parte del patrimonio de la empresa y por tanto no pueden ser transmitidas a la sucesora. Han defendido esta postura, CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Las formas de extinción de la responsabilidad administrativa*, cit., p. 131, y BACA ONETO, V., «La extinción y la transmisión de la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas en los casos de disolución y liquidación, fusión y escisión de personas jurídicas», cit., p. 170-171. En mi opinión, esto tan solo pone de relieve la necesidad de buscar una justificación más allá del Derecho privado a la transmisión de sanciones. Pero, además, en su caso, ya he señalado que la sucesión universal se refiere a la sucesión en una posición, no en un patrimonio. Por los mismos motivos el perjudicado de un daño puede reclamarle una indemnización a la empresa sucesora después de que se produzca la modificación estructural, aunque esa indemnización no exista en su patrimonio. E, igualmente, la Administración podría exigir (o debería poder) el restablecimiento de la legalidad a una empresa sucesora, aunque, de nuevo, esto no forme parte *strictu sensu*, de su patrimonio.

En todos estos casos, para que se pueda trasladar esa sanción no pecuniaria, es necesario que exista una identidad entre los socios de la primera sociedad infractora y los socios de la sociedad que adquiere o que continua con la actividad de la infractora. Es cierto que tanto la LCSP como la LGS hablan de «las personas que las rigen» lo que podría hacer pensar que se refiere más bien a los administradores de la sociedad que a los propios socios. No obstante, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 25/09, de 1 de febrero de 2010: «Extensión de la prohibición de contratar declarada a una empresa a las restantes que integran un grupo», ha entendido que ese término hace referencia tanto a los administradores como a los socios.

Por lo tanto, si en la sociedad sucesora ya no están presentes las personas que dirigían esa primera sociedad, tan solo se transmite la multa, pero no otras posibles sanciones accesorias. Esta situación se puede dar perfectamente en aquellas modificaciones estructurales que van precedidas de una compraventa de acciones o participaciones. En estos casos, una empresa primero adquiere el capital de otra y posteriormente la absorbe o lleva a cabo una fusión por la que se constituye una nueva sociedad. La falta de sanción en estos casos, además, permite dar una solución rápida a una posible situación de quiebra o de insolvencia de una sociedad afectada por esa sanción. Los socios tendrán que vender sus acciones o participaciones si quieren evitar esos problemas económicos (probablemente a un precio reducido por la situación de desventaja negocial en la que se encuentran) a otra sociedad que, una vez que se ha hecho con la titularidad de la sociedad infractora, la extingue por medio de una absorción y de esta manera «elimina» la prohibición de contratar.

Si, por el contrario, no se lleva a cabo esa compraventa de acciones previas, los socios de la sociedad o sociedades que se extinguen pasan a formar parte del capital social de la sociedad absorbente o resultante de la fusión o escisión total, con una participación que dependerá de la ecuación de canje pactada entre ambas sociedades. Por lo tanto, en la sociedad sucesora (que además continua con la actividad económica de la sociedad a la que sucede) están presentes tanto los socios de una sociedad que no ha cometido ninguna infracción como los de la sociedad infractora extinguida. Si se examinan los requisitos de las tres leyes que se acaban de mencionar, se puede apreciar cómo, en principio, sería posible también en estos casos la traslación de esa responsabilidad. Ahora bien, esto provocaría que aquella parte de la empresa que no ha cometido una infracción se «contaminase» de la que sí la ha cometido. Si la sanción ya existe con anterioridad a la modificación estructural, puede ser aceptable mantener este criterio porque las leyes,

en su caso, estarían forzando a esos socios a salir de la sociedad antes de la modificación estructural.

Sin embargo, puede ser más cuestionable aplicar esta solución cuando ni siquiera se ha iniciado el procedimiento administrativo sancionador y, por tanto, la sanción no se ha impuesto. Sobre todo, cuando existe una diferencia de tamaño entre las empresas que participan en dicha modificación estructural, de tal forma que la participación de los socios de la infractora en la sucesora queda muy diluida. En estos casos, el principio de proporcionalidad podría impedir la imposición de la sanción a la sociedad sucesora. Es cierto, no obstante, que el artículo 72.5 de la LCSP permite que el órgano que tiene que declarar la prohibición de contratar (en los casos en los que no opera de forma automática) no imponga dicha prohibición si la empresa acredita en el trámite de audiencia la «adopción de medidas técnicas, organizativa y de personal para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas», que en el caso de infracciones del Derecho de la competencia incluye la de acogerse al programa de clemencia. Por lo tanto, la empresa sucesora mediante la adopción de estas medidas evitaría la imposición de dicha prohibición. Me parece que esta solución podría contemplarse para sanciones de naturaleza similar.

Ya, por último, estas sanciones siempre se deben transmitir cuando se produzcan reestructuraciones dentro del mismo grupo de empresas, de tal forma que la Administración pueda imponer esa sanción a la persona jurídica titular de la unidad económica vinculada con esa infracción; solución perfectamente lógica y que evita que se aprovechen las situaciones de grupo para eludir estas sanciones.

En definitiva, sí es posible trasladar este tipo de sanciones administrativas, aunque los criterios tienen que ser mucho más restrictivos que para las multas. Esto aconseja que, mientras que la sucesión en el caso de las multas debería estar recogida en una ley general aplicable para todas ellas, que en nuestro ordenamiento jurídico sería la LRJSP, en el resto de las sanciones accesorias sea la ley sectorial aplicable la que regule la cuestión.

CONCLUSIONES

Primera. – La imposición de sanciones a grupos de empresas o, para ser exactos, a sociedades que forman parte de un grupo de empresas obliga a reconfigurar algunos de los postulados clásicos sobre los que se asienta la responsabilidad administrativa sancionadora de las personas jurídicas. Si el ordenamiento jurídico sancionador trata a estos entes de espaldas a su realidad (una única empresa formada por varias sociedades) se corre el riesgo de que las sanciones no sean lo suficientemente disuasorias. Por el momento, en mayor o menor medida, nuestro ordenamiento jurídico regula la responsabilidad de las sociedades que forman parte de un grupo como si fuesen sociedades «isla». Y esto, en parte, es lógico porque muchas de las soluciones que permiten afrontar con mayores dosis de realismo el fenómeno de los grupos de empresas ponen en cuestión el principio constitucional de responsabilidad personal de las sanciones administrativas. Sin embargo, este principio se presenta un tanto «edulcorado» en las sanciones a las personas jurídicas. La posibilidad –reconocida en alguna ley y en la jurisprudencia– de ejercer una acción de regreso por la imposición de una sanción a la persona jurídica, o la licitud de las sanciones conjuntas a la persona física y a sus representantes, ya dejan entrever que esa responsabilidad no es tan personal; no es idéntica a la responsabilidad sancionadora de una persona física. De esta forma, la importancia del principio de responsabilidad personal en el ámbito de las sanciones a las personas jurídicas queda necesariamente reducida. Si el ordenamiento jurídico justificó una primera «quiebra» –la responsabilidad de la persona jurídica– con argumentos próximos a la búsqueda de cierta eficacia en el ejercicio de la potestad sancionadora, esos argumentos también pueden estar presentes para justificar una segunda –la responsabilidad del grupo de empresas–.

Segunda. – La estructura jerarquizada de los grupos de empresas provoca que muchas de las decisiones que afectan a las sociedades filiales se tomen directamente desde los órganos decisorios de la matriz. Este esquema también se reproduce en la comisión de infracciones administrativas. Mientras que la infracción «aflora» en la actividad económica que desarrolla una determinada filial, la comisión de dicha infracción pudo haber sido decidida u ordenada desde los órganos de la matriz. Por ello, es fundamental

la búsqueda de sistemas de atribución de responsabilidades que eviten la impunidad con la que, en este aspecto, puede actuar una sociedad matriz. En este sentido, no es necesario realizar grandes construcciones dogmáticas e innovadoras, sino tan solo adaptar al fenómeno de los grupos de empresas técnicas que son perfectamente conocidas en el Derecho administrativo sancionador. De entre las diferentes opciones existentes, la más propicia para extender de forma genérica al ordenamiento jurídico sancionador es la de la autoría mediata entre matriz y filial. Esa «intromisión» de la que hablábamos hace que la matriz ostente el «dominio del hecho», convirtiendo a su filial en un mero «instrumento», lo que ya de por sí justifica la sanción a la sociedad matriz –siempre que se prueben estos extremos–. A su vez, esa regulación «genérica» de la responsabilidad de los grupos de empresas –que bien podría introducirse en las disposiciones sancionadoras de la LRJSP– se debe completar con la responsabilidad subsidiaria de las matrices del pago de la multa impuesta a sus filiales, evitando, como en alguna ocasión ha sucedido en el pasado, el riesgo de impago de la multa. La jurisprudencia del TC que obliga a extender las garantías propias del *ius puniendi* a este tipo de figuras no debería impedir, en este caso, que la Administración –sin necesidad de probar una participación en la infracción de la matriz– pueda exigir ese pago. Tal jurisprudencia nació para proteger a los administradores (personas físicas) de la extensión automática de las sanciones impuestas a las personas jurídicas por lo que debería mantenerse circunscrita a este ámbito.

Tercera. – Las particularidades de un determinado sector de intervención administrativa pueden aconsejar «elegir» sistemas de atribución de la responsabilidad sancionadora diferentes al de la autoría mediata. Además, esta beneficiaría principalmente a las grandes empresas, donde las responsabilidades están mucho más desconcentradas y donde resulta más difícil acreditar esa intromisión directa de la matriz en la conducta infractora de su filial. En este contexto, el TJ ha desarrollado un concepto –el de «empresa»– para hacer responsable a la matriz de las infracciones de su filial en materia de competencia cuando ambas formen parte de la misma «unidad económica». De esta forma, si la matriz ejerce una «influencia decisiva» en su filial, lo que además se presume cuando ostenta la práctica titularidad del capital social, la matriz responderá de las infracciones de su filial, sin necesidad de probar su conocimiento de la infracción o su involucración en esta. El origen «pretoriano» del concepto, sin una regulación lo suficientemente clara que lo acompañe, hace que surjan algunas dudas en su aplicación y

demanda una intervención del legislador comunitario que satisfaga las exigencias del principio de legalidad. En particular, resulta cuestionable la discrecionalidad que le ha entregado el TJ a la Comisión Europea a la hora de decidir si sanciona o no a la matriz y, de darse el caso, qué matriz dentro del grupo puede ser responsable de esa sanción. Esta discrecionalidad puede estar justificada en aquellos casos en los que una matriz está domiciliada en un Estado poco propenso a colaborar con la Comisión Europea en la investigación de la infracción y, especialmente, en la ejecución forzosa de la multa administrativa. O cuando durante el periodo infractor la filial haya estado bajo la influencia decisiva de diversas matrices y la imputación de todas ellas pueda generar exigencias procedimentales desproporcionadas para la Comisión Europea. Sin embargo, el TJ no exige a la Comisión Europea que exponga los motivos de su decisión, lo que se aleja del tradicional esquema de control judicial sobre las potestades discrecionales de la Administración y permite que esta elija libremente las sociedades del grupo a las que sanciona.

Cuarta. – La utilización del concepto de «empresa» resulta fundamental para lograr que las sanciones en materia de competencia tengan cierta capacidad disuasoria para los grupos de empresas porque permite calcular la multa sobre el volumen de negocios consolidado y, en su caso, ejecutarla contra un sujeto, *a priori*, más solvente. Tal es su utilidad que el RGPD también lo ha incorporado y sería deseable que se fuese extendiendo a otros sectores de intervención administrativa. Las, por otra parte, lógicas dudas de su compatibilidad con el principio de personalidad de las sanciones y con la presunción de inocencia han sido desterradas por el TJ, que ha entendido que la necesidad de una aplicación efectiva del Derecho de la competencia permite limitar el alcance de tales principios. El hecho de que se trate de sanciones de multa, de que los sujetos sancionados sean entidades mercantiles y de que matriz y filial sean solidariamente responsables de una única sanción –y no de una sanción a cada sociedad– llevan al TJ a buscar un «equilibrio» entre las garantías de las empresas y las potestades de la Administración, posición que expresamente se comparte y que coincide con la demanda de otorgarle una importancia apropiada –y no desmedida– a principios que, en su origen, se configuraron como límites al ejercicio del *ius puniendi* ante personas físicas.

Esta jurisprudencia del TJ incide, además, en el control que los tribunales de los Estados miembros pueden ejercer sobre las sanciones de las ANC cuando aplican, también, los artículos 101 y 102 del TFUE –la llamada aplicación conjunta del Derecho

comunitario de competencia—. En nuestro país, la CNMC está obligada a aplicar el concepto de empresa para sancionar a las matrices tal y como lo hace el TJ. Ya no es que lo recoja el propio artículo 61.2 de la LDC –que también– sino que, además, lo impone expresamente la Directiva ECN+. De esta manera, el Derecho de la Unión cercena cualquier «margen de apreciación» de los Estados miembros sobre el sistema de responsabilidad de las sociedades matrices. Al carecer de este, la jurisprudencia del TJ surgida en los Asuntos «Melloni» y «Åkerberg Fransson» prohíbe a los tribunales de los Estados miembros utilizar sus propios estándares nacionales de protección «iusfundamental» a la hora de examinar un acto administrativo de un órgano interno que aplique Derecho de la Unión. En consecuencia, la eventual protección que el artículo 25.1 de la CE pudiera dispensar a las sociedades matrices queda desplazada por la jurisprudencia del TJ sobre el principio de personalidad de las sanciones. Sin embargo, es cuestionable que la CNMC cumpla actualmente con el mandato de la Directiva ECN+. Si bien imputa a las matrices las infracciones de sus filiales tal y como lo hace la Comisión Europea, calcula la multa exclusivamente sobre el porcentaje del volumen de negocios de la filial, y no del consolidado de todo el grupo. De esta forma, la CNMC no sanciona verdaderamente a la «unidad económica» sino que exclusivamente convierte a la matriz en una especie de «aseguradora» del pago de la multa de su filial. No es este, desde luego, el fin primordial del concepto de «empresa», creado para alcanzar multas más elevadas y que se adapten a la realidad económica de los grupos de empresas.

Quinta. – La presencia de un grupo de empresas también incide en alcance y extensión de las sanciones administrativas, especialmente en lo que se refiere a la multa administrativa. Para el resto de las sanciones no pecuniarias (prohibiciones de contratar, de recibir subvenciones, del ejercicio de una determinada actividad, la retirada de una licencia, etc.), como regla general, la sanción solo debería afectar a aquella sociedad presente en el ámbito de actividad vinculado con la infracción, por lo común, la filial; es una exigencia del principio de proporcionalidad de las sanciones. Por el contrario, las multas pueden y deben extenderse a la sociedad matriz cuando esta sea sancionada junto con su filial, de tal forma que ambas resulten responsables solidarias de una misma sanción. Aparte, es fundamental que las multas sean, por un lado, lo suficientemente disuasorias, pero, por el otro, que respeten el principio de proporcionalidad. Para ello, se deben adaptar a la capacidad económica de cada empresa. Una forma de conseguirlo es mediante la fijación de los márgenes superiores del importe de las multas a partir de un

porcentaje sobre un parámetro contable; el más utilizado por nuestras leyes es el volumen de negocios. El problema que se esconde detrás de este sistema de cálculo de las multas es que concede márgenes de apreciación muy amplios a la Administración, mayores cuanto más grande sea la empresa sancionada. Tales márgenes de apreciación son censurables principalmente por dos motivos: se vulnera el principio de predeterminación legal de las sanciones (la distancia entre el importe mínimo y máximo de la multa es tan extensa que el infractor no puede conocer, con un mínimo de certeza, las consecuencias de su conducta) y se corre el riesgo de que la Administración –conocedora de los «daños colaterales» de las multas– muestre cierta reticencia a la hora de imponer multas lo suficientemente elevadas a las grandes empresas (fenómeno que se conoce como *nullification*). La forma de reducir estos márgenes de apreciación sería mediante la colaboración reglamentaria, lo que satisfaría perfectamente el principio de legalidad, no así, la aprobación por parte de la propia Administración de unas directrices internas sobre la cuantificación de las multas. Si bien este modelo –el de las directrices– impera en las instituciones comunitarias con competencias sancionadoras, no tiene cabida en nuestro sistema de fuentes.

A su vez, en ocasiones algunas leyes –sin necesidad de sancionar a la matriz– permiten calcular la multa a partir del volumen de negocios consolidado, lo que materialmente puede conducir a resultados próximos a los de la doctrina de la «empresa» del Derecho de la competencia sin tener que probar esa «influencia decisiva» de la matriz en su filial. Si bien existe alguna sentencia de tribunales de otros Estados que admiten esta práctica, parece más adecuado que, para estos casos, se extienda el concepto de «empresa» y se declare a la matriz responsable solidaria de la multa impuesta a su filial. No obstante, los problemas que, en su caso, se puedan esgrimir relacionados con el principio de personalidad por utilizar volúmenes de negocios «ajenos» están presentes independientemente de si se sanciona a la matriz –que también tiene su propio volumen de negocios individual– o exclusivamente a la filial. El volumen de negocios consolidado incluye el de todas las sociedades del grupo, por lo que –si de respetar el principio de personalidad se trata– se debería sancionar a todas ellas. De nuevo, en este punto, y en otros relacionados con la determinación de las sanciones (valoración de sanciones a otras sociedades del grupo a los efectos de la reincidencia), este principio necesariamente tiene que ser matizado para lograr un sistema de sanciones que se adecúe a la realidad de estos entes.

Sexta. – La internacionalización de las actividades de los grupos de empresas lleva aparejada la existencia de procedimientos administrativos sancionadores «paralelos». En ocasiones, una misma infracción administrativa es perseguida por autoridades de diversos países, lo que se ve favorecido por la colaboración que puede existir entre las diferentes Administraciones, iniciándose los procedimientos correspondientes de forma sucesiva. Esta acumulación de procedimientos sancionadores no supone una vulneración del *non bis in idem* porque este principio tiene un alcance meramente territorial o nacional: las resoluciones sancionadoras extranjeras no vinculan a las Administraciones de otro país.

Sin embargo, en determinadas circunstancias, una resolución extranjera sí puede condicionar el ejercicio del *ius puniendi* de un Estado. En primer lugar, en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 50 de la CFDE ha conferido un carácter extraterritorial al *non bis in idem* cuando se trate de asuntos en los que se aplique el Derecho de la Unión. En estos casos, la sanción administrativa (o la resolución absolutoria—en virtud del carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea—) se convierte en un verdadero acto administrativo «transnacional» que impediría a otro Estado iniciar, continuar o finalizar su propio procedimiento administrativo sancionador. No obstante, la jurisprudencia del TJ ha limitado bastante el alcance de esta garantía en lo que se refiere al *idem factum*, especialmente en el caso de infracciones continuadas. En cuanto a la identidad de sujetos, se debería tener en cuenta los procedimientos sancionadores iniciados ante otras sociedades del grupo, siempre y cuando formen parte de la «misma empresa» para, de nuevo, tratar a estas sociedades como si de una sola se tratase. En segundo lugar, ya fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el principio de proporcionalidad, vinculado con la justificación de la necesidad de un castigo, serviría como vía para conferir ciertos efectos a las resoluciones administrativas extranjeras. Sin necesidad de que estas resoluciones impidan el inicio de un segundo procedimiento, sí, al menos, deberían tenerse en cuenta a la hora de determinar e individualizar la sanción.

También, muy vinculado con esa internacionalización de los grupos de empresas está el tema de la ejecución de las multas de sociedades domiciliadas en el extranjero. Dentro del territorio de la Unión, pese a algunas dudas iniciales, la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, y la transposición que se ha hecho de la misma a nuestro ordenamiento jurídico otorgan una cobertura más o menos suficiente para solicitar la ejecución forzosa de la multa a la autoridad competente del Estado miembro donde la sociedad esté domiciliada o tenga sus activos. Fuera del territorio de

la Unión, no existen, por el momento, tratados internacionales que permitan el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras, lo que justifica cierta discrecionalidad de la Administración a la hora de seleccionar la matriz del grupo ante la que, en su caso, dirija el procedimiento sancionador, sin perjuicio de que se deberían impulsar avances en esta cuestión, sobre todo en sectores especialmente sensibles como el de la Competencia.

Séptima. – La extinción de las sociedades mercantiles, a los efectos de la imposición o de la exigencia de una sanción administrativa, no puede equipararse a la muerte del infractor persona física. Razones de prevención general y de eficacia en el ejercicio de la potestad sancionadora aconsejan a establecer soluciones para todo el ordenamiento jurídico que permitan buscar a un «sucesor» en la responsabilidad sancionadora de esa persona jurídica, independientemente de si en el momento en el que se produjo esa extinción la multa no ha sido impuesta todavía. Si a la extinción de la persona jurídica le precede la liquidación y posterior disolución de la sociedad, los socios deberán responder de esa multa hasta el límite del valor de su cuota de liquidación. En los casos en los que otra sociedad continúe con la actividad de la empresa extinta, la jurisprudencia del TJ ha ofrecido soluciones razonables, circunscritas al ámbito del Derecho de la competencia, que permiten trasladar esa responsabilidad al sucesor –jurídico o económico– de esa empresa infractora. Estos criterios deberían recogerse en una norma de alcance general –la LRJSP– para cumplir con las exigencias del principio de legalidad y superar las soluciones parciales, diversas y, en ocasiones, no demasiado afortunadas, que se encuentran en algunas leyes sectoriales. Por otro lado, los criterios para la transmisión de sanciones administrativas de contenido diferente a las multas deben ser más estrictos y no operar con la automaticidad con la que lo hacen para estas últimas. El principal objetivo en estos casos es evitar que las reestructuraciones internas dentro de un mismo grupo permitan eludir el cumplimiento de una sanción vinculada con el ámbito de actividad de una determinada sociedad. Por lo tanto, cuando empresa infractora y empresa sucesora compartan una serie de vínculos comunes que hagan presumir que ambas forman parte del mismo grupo de empresas, la Administración debería poder exigir la sanción accesoria a esa empresa sucesora. A diferencia de las multas, debe ser cada ley sectorial la que específicamente regule la transmisión de estas sanciones no pecuniarias.

SCHLUSSFOLGERUNGEN

Erstens. – Die Verhängung von Sanktionen gegen Unternehmensgruppen, genauer ausgedrückt gegen Gesellschaften, die zu einer Unternehmensgruppe gehören, erfordert eine Neugestaltung einiger der klassischen Postulate, auf denen die verwaltungsrechtlichen Verbandssanktionen fußen. Wenn sich das rechtliche Sanktionssystem von der Realität dieser Körperschaften abwendet (ein einziges Unternehmen, das aus mehreren Gesellschaften besteht), besteht die Gefahr, dass die Sanktionen nicht abschreckend genug sind. Derzeit regelt unsere Rechtsordnung mehr oder minder die Verantwortlichkeit von Gesellschaften, die zu einer Gruppe gehören, als wären sie „Inselunternehmen“. Dies ist zum Teil logisch, da viele der Lösungen, die einen realistischeren Umgang mit der Eigenartigkeit der Unternehmensgruppen ermöglichen, den verfassungsrechtlichen Grundsatz der persönlichen Haftung bei Verwaltungssanktionen und das Rechtsträgerprinzip infrage stellen. Allerdings wird dieser Grundsatz bei Sanktionen gegen juristische Personen etwas „beschönigt“. Die Möglichkeit, –in einigen Rechtsvorschriften und in der Rechtsprechung anerkannt– einen Bußgeldregress wegen der Verhängung einer Sanktion gegen eine juristische Person zu erheben, oder die Rechtmäßigkeit gemeinsamer Sanktionen gegen eine natürliche Person und ihre Vertreter, deuten bereits darauf hin, dass diese Verantwortlichkeit nicht sonderlich persönlich ist; sie ist nicht identisch mit der Verantwortlichkeit einer natürlichen Person. Die Bedeutung des Grundsatzes der persönlichen Haftung im Bereich der Sanktionen gegen juristische Personen wird dadurch zwangsläufig verringert. Wenn die Rechtsordnung einen ersten „Bruch“ –die Verantwortlichkeit der juristischen Person– mit Argumenten rechtfertigte, die dem Streben nach einer gewissen Effizienz bei der Ausübung der Sanktionsgewalt nahe stehen, so können diese Argumente auch zur Rechtfertigung einer zweiten herangezogen werden –die Verantwortlichkeit der Unternehmensgruppe–.

Zweitens. – Die hierarchische Struktur der Unternehmensgruppen führt dazu, dass viele Entscheidungen, die die Tochtergesellschaften betreffen, direkt von den Entscheidungsgremien der Muttergesellschaft getroffen werden. Dieses Muster findet sich auch bei der Begehung von Ordnungswidrigkeiten wieder. Während die Ordnungswidrigkeit in der wirtschaftlichen Tätigkeit einer bestimmten Tochtergesellschaft „auftaucht“, kann die Begehung dieser Ordnungswidrigkeit von den Organen der Muttergesellschaft beschlossen oder angeordnet worden sein. Es ist daher unerlässlich, nach Systemen für die Zurechnung der Verantwortlichkeit zu suchen, die die Strafflosigkeit vermeiden, mit der eine Muttergesellschaft in diesem Zusammenhang handeln kann. In dieser Hinsicht ist es nicht notwendig, große dogmatische und innovative Konstruktionen vorzunehmen, sondern einfach an der Eigenartigkeit der technischen Unternehmensgruppen anzupassen, die im Verwaltungsanktionsrecht wohlbekannt sind. Von den verschiedenen vorliegenden Optionen ist diejenige, die sich am besten eignet, um sie allgemein auf das Sanktionssystem auszuweiten, diejenige der mittelbaren Täterschaft zwischen Mutter und Tochtergesellschaft. Diese bereits beschriebene „Einmischung“, macht die Muttergesellschaft zum „Tätherrschaft“ und macht ihre Tochtergesellschaft zu einem bloßen „Instrument“, was an sich schon die Sanktionierung der Muttergesellschaft rechtfertigt –sofern diese Tatbestand nachgewiesen wird–. Diese „allgemeine“ Regelung der Verantwortlichkeit von Unternehmensgruppen –die durchaus in die Sanktionsbestimmungen der Gesetz zur Regelung des öffentlichen Sektors aufgenommen werden könnte– sollte ihrerseits durch die subsidiäre Haftung der Muttergesellschaften für die Zahlung der gegen ihre Tochtergesellschaften verhängten Geldbuße ergänzt werden, um der Nichtzahlung der Geldbusse zu vermeiden, wie es in der Vergangenheit in einigen Fällen geschehen war. Die Rechtsprechung der [spanischen] BVerfG wonach die Garantien des *ius puniendi* auf diese Rechtsfiguren ausgedehnt werden müssen, sollte die Verwaltung nicht daran hindern –ohne die Notwendigkeit, die Beteiligung an der Ordnungswidrigkeit der Muttergesellschaft nachzuweisen–, diese Zahlung in diesem Fall zu verlangen. Diese Rechtsprechung wurde entwickelt, um Geschäftsführer (natürliche Personen) vor der automatischen Ausweitung von Sanktionen zu schützen, die gegen juristische Personen verhängt werden, und sollte daher auf diesen Bereich beschränkt bleiben.

Drittens. – Die Besonderheiten eines bestimmten Bereichs von behördlichen Angriff können es ratsam erscheinen lassen, andere Systeme der Zurechnung der

Verantwortlichkeit als das der mittelbaren Täterschaft zu „wählen“. Dies käme vor allem großen Unternehmen zugute, bei denen die Tätigkeiten viel stärker dezentralisiert sind und bei denen es schwieriger ist, die direkte Einmischung der Muttergesellschaft in das rechtswidrige Verhalten ihrer Tochtergesellschaft nachzuweisen. In diesem Zusammenhang hat der EuGH ein Konzept –das des „Unternehmens“– entwickelt, um die Muttergesellschaft für die Wettbewerbsverstöße ihrer Tochtergesellschaft haftbar zu machen, wenn beide Teil derselben „wirtschaftlichen Einheit“ sind. Wenn also die Muttergesellschaft einen „bestimmenden Einfluss“ auf ihre Tochtergesellschaft ausübt, was auch vermutet wird, wenn sie praktisch das Aktienkapital hält, verantwortet die Muttergesellschaft für die Zuwiderhandlungen ihrer Tochtergesellschaft, ohne dass sie ihre Kenntnis von der Zuwiderhandlung oder ihre Beteiligung daran beweisen muss. Der „prätorische“ Ursprung des Begriffs ohne eine hinreichend klare Regelung gibt Anlass zu Zweifeln an seiner Anwendung und erfordert ein Eingreifen des gemeinschaftlichen Gesetzgebers, um den Anforderungen des Legalitätsprinzips zu genügen. Insbesondere der Ermessensspielraum, den der EuGH der Europäischen Kommission bei der Entscheidung einräumt, ob die Muttergesellschaft sanktioniert werden soll oder nicht, und wenn ja, welche Muttergesellschaft innerhalb der Unternehmensgruppe für eine solche Sanktion verantwortlich gemacht werden kann, ist fragwürdig. Dieser Ermessensspielraum kann in Fällen gerechtfertigt sein, in denen eine Muttergesellschaft ihren Sitz in einem Staat hat, in dem es unwahrscheinlich ist, dass sie mit der Europäischen Kommission bei der Verfolgung der Ordnungswidrigkeit und insbesondere bei der Zwangsvollstreckung der Geldbuße zusammenarbeitet. Oder wenn die Tochtergesellschaft während des Zeitraums, in dem die Ordnungswidrigkeit begangen wurde, unter dem maßgeblichen Einfluss mehrerer Muttergesellschaften gestanden hat und die Zurechnung aller Muttergesellschaften zu unverhältnismäßigen Verfahrensankorderungen an die Europäische Kommission führen könnte. Der EuGH verlangt jedoch nicht, dass die Europäische Kommission ihre Entscheidung begründet. Damit weicht er vom traditionellen Schema der gerichtlichen Kontrolle des Ermessen der Verwaltung ab und erlaubt ihr, die Gesellschaften der Gruppe, die sie sanktioniert, frei zu wählen.

Viertens. – Die Verwendung des Begriffs „Unternehmen“ ist von wesentlicher Bedeutung, um sicherzustellen, dass wettbewerbsrechtliche Sanktionen eine gewisse abschreckende Wirkung auf Unternehmensgruppen haben, da sie es ermöglichen, die

Geldbuße auf der Grundlage des konsolidierten Umsatzes zu berechnen und sie gegebenenfalls gegen eine von vornherein zahlungskräftigere Partei durchzusetzen. Die besondere Nützlichkeit des Begriff wurde durch dessen Aufnahme in die DSGVO bestätigt, und es wäre wünschenswert, diese Einbindung auf andere Bereiche der behördlichen Eingriffe auszudehnen. Die logischen Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der persönliche Haftung und der Unschuldsvermutung wurden vom EuGH ausgeräumt, der feststellte, dass die Notwendigkeit einer wirksamen Anwendung des Wettbewerbsrechts eine Begrenzung des Anwendungsbereichs dieser Grundsätze ermöglicht. Die Tatsache, dass es sich bei den Sanktionen um Geldbußen handelt, dass es sich bei den Sanktionierten um Unternehmen handelt und dass die Mutter und die Tochtergesellschaften gesamtschuldnerisch für eine einzige Bußgeld –und nicht eine Sanktion für jede Gesellschaft– verantworten, veranlasst den EuGH, ein „Gleichgewicht“ zwischen den Garantien der Unternehmen und den Gewalten der Verwaltung anzustreben, eine Position, die ausdrücklich geteilt wird und die mit der Forderung übereinstimmt, den Grundsätzen, die in ihrem Ursprung als Grenzen für die Ausübung des *ius puniendi* gegenüber natürlichen Personen gestaltet wurden, eine angemessene Bedeutung –und nicht unangemessen– zu verleihen.

Diese Rechtsprechung des EuGH wirkt sich auch auf die Kontrolle aus, die die Gerichte der Mitgliedstaaten über die Sanktionen der nationalen Wettbewerbsbehörden ausüben können, wenn sie auch die Artikel 101 und 102 AEUV anwenden –die sogenannte gemeinsame Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts–. In unserem Land ist das Kartellamt verpflichtet, den Begriff des Unternehmens auf die Sanktionierung von Muttergesellschaften anzuwenden, wie es der EuGH getan hat. Dies liegt nicht nur daran, dass es in Artikel 61.2 des Wettbewerbsgesetzes enthalten ist, sondern auch daran, dass es durch die ECN+ Richtlinie ausdrücklich vorgeschrieben ist. Das EU-Recht schränkt somit jeden „Ermessensspielraum“ der Mitgliedstaaten in Bezug auf das System der Haftung von Muttergesellschaften ein. In Ermangelung dessen verbietet es die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen „Melloni“ und „Åkerberg Fransson“ den Gerichten der Mitgliedstaaten, bei der Prüfung eines Verwaltungsakts einer nationalen Einrichtung, die Unionsrecht anwendet, ihre eigenen nationale grundrechtliche Schutzstandards anzuwenden. Folglich wird jeglicher Schutz, den Artikel 25. 1 der spanischen Verfassung für Muttergesellschaften bieten könnte, durch die Rechtsprechung des EuGH zum Grundsatz der Rechtspersönlichkeit von Sanktionen

verdrängt. Es ist jedoch fraglich, ob das Kartellamt derzeit dem Auftrag der ECN+ Richtlinie nachkommt. Zwar erhebt sie wie die Europäische Kommission Gebühren gegen Muttergesellschaften für Ordnungswidrigkeiten ihrer Tochtergesellschaften, doch berechnet sie die Geldbuße ausschließlich auf der Grundlage des prozentualen Anteils des Umsatzes der Tochtergesellschaft und nicht auf der Grundlage des konsolidierten Umsatzes der gesamten Unternehmensgruppe. Auf diese Weise sanktioniert das Kartellamt nicht wirklich die „wirtschaftliche Einheit“, sondern macht die Muttergesellschaft lediglich zu einer Art „Versicherer“ für die Zahlung der Geldbuße ihrer Tochtergesellschaft. Dies ist sicherlich nicht der Hauptzweck des Begriffs „Unternehmen“, der geschaffen wurde, um höhere Geldbußen zu erreichen, die an die wirtschaftliche Realität von Unternehmensgruppen angepasst sind.

Fünftens. – Das Vorhandensein einer Unternehmensgruppe wirkt sich auch auf den Umfang und das Ausmaß der verwaltungsrechtlichen Sanktionen aus, insbesondere im Hinblick auf die Geldbuße. Bei anderen nicht monetären Sanktionen (beispielsweise Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge oder Subventionen) sollte die Sanktion in der Regel nur das Unternehmen treffen, das in dem mit der Ordnungswidrigkeit verbundenen Tätigkeitsbereich tätig ist, was in der Regel die Tochtergesellschaft ist; dies entspricht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Sanktionen. Die Geldbußen hingegen können und sollten auf die Muttergesellschaft ausgedehnt werden, wenn diese zusammen mit ihrer Tochtergesellschaft sanktioniert wird, so dass beide gesamtschuldnerisch für dieselbe Sanktion verantworten. Darüber hinaus ist es von wesentlicher Bedeutung, dass die Geldbußen einerseits ausreichend abschreckend sind, andererseits aber auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Zu diesem Zweck müssen sie an die wirtschaftliche Fähigkeit des jeweiligen Unternehmens angepasst werden. Ein Weg, dies zu erreichen, besteht darin, die Obergrenzen für die Höhe der Geldbußen auf der Grundlage eines Prozentsatzes eines buchhalterischen Parameters festzulegen; der in unseren Gesetzen am häufigsten verwendete Parameter ist der Umsatz.

Das Problem bei diesem System der Bußgeldberechnung ist, dass es der Verwaltung einen sehr großen Ermessensspielraum einräumt, der umso größer ist, je größer das zuwiderhandelnde Unternehmen ist. Solche Ermessensspielräume sind vor allem aus zwei Gründen zu beanstanden: Der Grundsatz der Vorhersehbarkeit von Sanktionen wird verletzt (der Abstand zwischen Mindest und Höchstbetrag der Geldbuße ist so groß, dass der Täter die Folgen seines Verhaltens nicht mit einem Mindestmaß an

Sicherheit abschätzen kann), und es besteht die Gefahr, dass die Verwaltung –welche sich der "Kollateralschäden" von Geldbußen bewusst ist– eine gewisse Zurückhaltung bei der Verhängung hinreichend hoher Geldbußen gegen große Unternehmen zeigt (eine Realität, die als *Nullification* bekannt ist). Der Weg, diese Ermessensspielräume zu verringern, wäre der Erlass einer Rechtsverordnung, die dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts voll und ganz entsprechen würde, nicht aber der Erlass interner Leitlinien für die Bemessung von Geldbußen durch die Verwaltung selbst. Obwohl dieses Modell –das der Leitlinien– in EU-Institutionen mit Sanktionsbefugnissen vorherrscht, hat es in unserem Rechtsquellensystem keinen Platz.

Im Gegenzug erlauben einige Gesetze –ohne die Notwendigkeit, die Muttergesellschaft zu sanktionieren– die Berechnung der Geldbuße auf der Grundlage des konsolidierten Umsatzes, was zu Ergebnissen führen kann, die denen der „Unternehmenslehre“ des Wettbewerbsrechts sehr nahe kommen, ohne dass der „entscheidende Einfluss“ der Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft nachgewiesen werden muss. Obwohl es einige Urteile von Gerichten in anderen Staaten gibt, die diese Praxis zulassen, scheint es angemessener zu sein, in diesen Fällen den Begriff des „Unternehmens“ zu erweitern und die Muttergesellschaft gesamtschuldnerisch für die gegen ihre Tochtergesellschaft verhängte Geldbuße haftbar zu erklären. Die Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Rechtspersönlichkeit bei der Verwendung „unverbundener“ Umsätze ergeben können, bestehen jedoch unabhängig davon, ob die Muttergesellschaft –die auch ihren eigenen Umsatz hat– oder nur die Tochtergesellschaft sanktioniert wird. Der konsolidierte Umsatz umfasst den der gesamten Unternehmensgruppe, sodass –wenn der Grundsatz der Rechtspersönlichkeit gewahrt werden soll– alle von ihnen sanktioniert werden sollten. Auch in diesem Punkt und in weiteren, die mit der Festlegung von Sanktionen zusammenhängen (Bemessung von Sanktionen für andere Unternehmen der Gruppe zum Zwecke der Rückfälligkeit), muss dieser Grundsatz notwendigerweise eingeschränkt werden, um ein Sanktionssystem zu erreichen, das an die Realität dieser Körperschaften angepasst ist.

Sechstens. – Die Internationalisierung der Aktivitäten von Unternehmensgruppen bringt die Existenz „paralleler“ verwaltungsrechtlicher Sanktionsverfahren mit sich. Unter bestimmten Umständen kann jedoch eine ausländische Entscheidung die Ausübung des *ius puniendi* eines Staates bedingen. Erstens hat auf EU-Ebene Artikel 50 GRC dem

Verbot der Doppelbestrafung in Fällen, in denen EU-Recht gilt, einen extraterritorialen Charakter verliehen. In diesen Fällen wird die Verwaltungssanktion (oder der Freispruch –aufgrund des verfahrensrechtlichen Charakters des ne bis in idem Grundsatzes in der Europäischen Union–) zu einem echten „transnationalen“ Verwaltungsakt, der einen anderen Staat daran hindern würde, ein eigenes Sanktionsverfahren einzuleiten, fortzusetzen oder abzuschließen. Die Rechtsprechung des EuGH hat jedoch den Anwendungsbereich dieser Garantie in Bezug auf „dieselbe Tat“ bedeutend eingeschränkt, insbesondere bei fortgesetzten Verstößen. Was die Identität der Betroffenen angeht, so sollten die gegen andere Unternehmensgruppen eingeleiteten Sanktionsverfahren berücksichtigt werden, sofern sie zu „demselben Unternehmen“ gehören, um diese Gesellschaften wiederum so zu behandeln, als wären sie ein und dasselbe. Zweitens würde außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der an die Rechtfertigung der Notwendigkeit einer Sanktion geknüpft ist, dazu dienen, ausländischen Verwaltungsentscheidungen eine bestimmte Wirkung zu verleihen. Ohne dass diese Entscheidungen die Einleitung eines zweiten Verfahrens verhindern, sollten sie zumindest bei der Festlegung und Bemessung der Sanktion berücksichtigt werden.

Eng verbunden mit dieser Internationalisierung von Konzernen ist auch die Frage der Vollstreckung von Geldbußen gegen Unternehmen mit Sitz im Ausland. In der EU bieten der Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates vom 24. Februar 2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen und deren Umsetzung in spanisches Recht trotz anfänglicher Zweifel eine mehr oder weniger ausreichende Deckung, um die Vollstreckung der Geldbuße bei der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats zu beantragen, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat oder seine Vermögenswerte hält.

Siebten. – Das Erlöschen von Handelsgesellschaften zum Zwecke der Verhängung oder Forderung einer Verwaltungssanktion kann nicht mit dem Tod des Täters als natürliche Person gleichgesetzt werden. Aus Gründen der Generalprävention und der Effizienz bei der Ausübung der Sanktionsgewalt ist es ratsam, für die gesamte Rechtsordnung Lösungen zu schaffen, die es ermöglichen, einen „Nachfolger“ in der Sanktion dieser juristischen Person zu suchen, unabhängig davon, ob zum Zeitpunkt des Erlöschens die Geldbuße noch nicht verhängt worden ist. Geht dem Erlöschen der juristischen Person die Liquidation und anschließende Auflösung der Gesellschaft voraus,

so verantworten die Gesellschafter für diese Geldbuße bis zur Höhe des Wertes ihres Anteils an der Liquidation. In Fällen, in denen eine andere Gesellschaft die Tätigkeit der zuwiderhandelnde Unternehmen fortsetzt, hat die Rechtsprechung des EuGH vernünftige Lösungen angeboten, die sich auf den Bereich des Wettbewerbsrechts beschränken und es ermöglichen, diese Verantwortung auf den Nachfolger –rechtlich oder wirtschaftlich– der zuwiderhandelnde Unternehmen zu übertragen. Diese Kriterien sollten in einer allgemeinen Vorschrift –das Gesetz zur Regelung des öffentlichen Sektors– festgelegt werden, um die Anforderungen des Legalitätsprinzips zu erfüllen und die partiellen, unterschiedlichen und manchmal nicht sehr glücklichen Lösungen zu überwinden, die in einigen sektorspezifischen Rechtsvorschriften zu finden sind. Andererseits sollten die Kriterien für die Übertragung von Verwaltungsanktionen anderen Inhalts auf Geldbußen strenger sein und nicht mit dem Automatismus funktionieren, der für letztere gilt. In diesen Fällen soll vor allem verhindert werden, dass durch interne Umstrukturierungen innerhalb derselben Unternehmensgruppe die Vollstreckung einer Sanktion im Zusammenhang mit dem Tätigkeitsbereich einer bestimmten Gesellschaft umgangen werden kann. Wenn also das zuwiderhandelnde Unternehmen und das Nachfolgeunternehmen eine Reihe gemeinsamer Verbindungen aufweisen, die zu der Vermutung führen, dass beide zur selben Unternehmensgruppe gehören, sollte die Verwaltung die Möglichkeit haben, die zusätzliche Sanktion vom Nachfolgeunternehmen zu verlangen. Anders als bei Geldbußen sollte die Übertragung dieser nicht finanziellen Sanktionen in jedem sektorspezifischen Gesetz gesondert geregelt werden.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, H., «Die Divergenz von Haftung und Ahndung und die Übernahme der europäischen Unternehmensgeldbuße in das deutsche Kartellrecht durch die 9. GWB-Novelle», in DÜNKEL, F., FAHL, C., HARDTKE, F., HARRENDORF, S., REGGE, J., SOWADA, C., (Hrsg.), *Strafrecht Wirtschaftsstrafrecht Steurrecht. Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks*, C.H. Beck, München, 2018, pp. 183-201.
- «Gedanken zur Aufsichtspflichtverletzung (130 OWiG)», in BOSE, M., und STERNBERG-LIEBEN, D., (Hrsg.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70 Geburtstag*, Ducker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 367-380.
 - «Sanktionen gegen Unternehmen», in ACHENBACH, H., RANSIEKM. A., und RÖNNAU, T. (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, München, 2019, pp. 6-27.
 - «Zurechnung unternehmensbezogenen Handelns», in ACHENBACH, H., RANSIEKM. A., und RÖNNAU, T. (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, München, 2019, pp. 28-53.
 - «Neue Sanktionen im Finanzmarktrecht- alte und neue Zweifelsfragen», *Wistra*, n.º 1, 2018, pp. 13-21.
- ACKERMANN, T., «Organhaftung für Kartellgeldbußen: Gedanken zum Zeitvertreib», *NZKart*, nº.1, 2018, pp. 1-4.
- AGUILÓ REGLA, J., «Las presunciones en el Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2018, pp. 201-227.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «La responsabilidad administrativa de las personas que ostentan cargos de administración, dirección o control en las entidades de crédito», en REBOLLO PUIG, M. (dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 549-560.
- «La presunción de influencia decisiva y la presunción de inocencia en el Derecho europeo de la competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023*, Civitas, Cizur Menor, 2023, 109-144.
 - «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», *RAP*, n.º 195, 2014, pp. 135-167.
 - «Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo, en particular, la garantía de no autoincriminación de las empresas en competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS,

- T. (Dir.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 99-154.
- *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2007.
 - *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2008.
 - *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Algunas dudas sobre la duda razonable. Prueba de descargo, estándares de prueba e *in dubio pro reo*», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23, 2021, pp. 1-47.
- ALEGRE ÁVILA, J.M., «Potestad sancionadora y comunidades autónomas», *Documentación Administrativa*, *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008, pp. 221-232.
- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdés), CEPC, Madrid, 2001.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y LIÑÁN HERNÁNDEZ, P., «Crítica a la jurisprudencia europea sobre la imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales», *REDE*, 2012, pp. 229-250.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «¿Importa quién pague las multas?», *Almacén del Derecho* (blog), disponible en: <https://almacendederecho.org/importa-quien-pague-las-multas>, (consultado el 25/01/2023).
- «¿Por qué no puede regresar la sociedad contra el administrador exigiéndole el reembolso de las multas por cártel?», *Derecho Mercantil* (blog), disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2016/11/por-que-no-puede-regresar-la-sociedad.html>, (consultado el 02/08/2023).
 - «Cártel de camiones: estimación judicial de la cuantía del daño y legitimación de la filial nacional del grupo sancionado», *Almacén del Derecho* (blog), disponible en: <https://almacendederecho.org/cartel-de-camiones-estimacion-judicial-de-la-cuantia-del-dano-y-legitimacion-pasiva-de-la-filial-nacional-del-grupo-sancionado>, (consultado el 24/04/2023).
 - «El TJUE dice que Mercedes Benz España tiene que soportar la demanda de indemnización de los daños causados por Mercedes Benz AG al participar en el cártel de camiones», *Derecho mercantil* (blog), disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2021/10/el-tjue-dice-que-mercedes-benz-espana.html>, (consultado el 02/05/2023).

- «La imposición de multas a los directivos de una compañía por la participación de ésta en un cártel», *Derecho mercantil* (blog), disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2023/07/la-imposicion-de-multas-los-directivos.html>, (consultado el 02/08/2023).
 - «Las personas jurídicas no tienen derechos fundamentales: de ninguna clase (i)», *Almacén del Derecho* (blog), disponible en: <https://almacenederecho.org/las-personas-juridicas-no-tienen-derechos-fundamentales-de-ninguna-clase>, (consultado el 23/08/2023).
- ALONSO GARCÍA, R., «A vueltas con el ámbito de aplicación de los Derechos fundamentales de la UE», *REDE*, n.º 73-74, 2020, pp. 13-20.
- «La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español», *RAP*, n.º 121, 1990, pp. 213-243.
- ALONSO SOTO, R., «Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia», en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, 59-100.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., «El régimen sancionador en la Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo», *REDA*, n.º 159, 2013, pp. 287-328.
- «Los menores de edad en el Derecho administrativo sancionador», en HUERGO LORA, A., (dir.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 257-306.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., *La sucesión universal en las modificaciones estructurales*, Dykinson, Madrid, 2017.
- ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., y HORTALÁ I HALLVÉ, J., «Sucesión empresarial y responsabilidad por infracciones del Derecho de la Competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J., CUERDO MIR, M. (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 163-189.
- ARAUJO BOYD, B., *The notion of undertaking in EU competition law*, tesis doctoral, 2023 disponible en el repositorio institucional de la University of Glasgow: <https://theses.gla.ac.uk/83415/>.
- «Of undertakings, legal entities and group of companies. The CJEU's judgment in Sumal», *Chilling Competition* (blog), disponible en: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19/>, (consultado el 25/10/2021).
 - «Sujetos responsables y procedimiento sancionador», en GUILLÉN CARAMÉS, (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 231-239.

- ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución Española*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004.
- ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014.
- *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015.
 - «La autonomía institucional y procedimental de los Estados Miembros en la Unión Europea: mito y realidad», *RAP*, n.º 191, 2013, pp. 159-197.
 - «Unión Europea, asistencia y reconocimiento mutuos en materia de sanciones administrativas», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 1213-1217.
- AVERY, A., «Foreign Corrupt Practices Act: pleading parent subsidiary liability», *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, n.º. 131, 2015, pp. 132-149.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo sancionador español», en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D.M. (coords.) *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 18-32.
- «Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español», en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 26-54.
- BAÑO FOS, J. M.^a., *The dogmatic of article 101 TFUE and information exchanges*, Iustel, Madrid, 2018.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a., «Discrecionalidad administrativa en las sanciones de Derecho de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J., CUERDO MIR, M. (Dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 467-487.
- «La aplicación del derecho «antitrust» a la administración pública», en GUILLÉN CARAMÉS, J., (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 61-86.
 - «La evolución del Derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho público», *RAP*, n.º 200, 2016, pp. 295-314.
 - «Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.), *Los retos del Estado y de la Administración en el Siglo XXI*.

- Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 423-446.
- «Libre competencia y Administración Pública: Derecho Administrativo y Derecho “antitrust”», en REBOLLO PUIG, M., (dir.), *Derecho de la regulación económica. IX Comercio Interior (Tomo II)*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 1203-1259.
 - «Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J., (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 255-267.
 - «Reserva de administración y Derecho comunitario», en ESPLUGUES MOTA, C., y PALAO MORENO, G., (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 837-850.
 - *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a. y BAÑO FOS, J. M.^a., «Infracciones y principios de derecho sancionador en el mercado de valores», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., et al. (dirs.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados. Tomo II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 1603-1636.
- BAZ RODRÍGUEZ, J., «La revisión de la construcción jurisprudencial sobre la «empresa de grupo» como unidad de empresa laboral», *Trabajo y Derecho*, nº5, 2017. pp. 1-15.
- BECHTOLD/BOSCH, *GWB Kommentar*, C.H. Beck, München, 2021.
- BELANDO GARÍN, B., *La supervisión del mercado de valores europeo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- BERNING PIETRO, A.D., «Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares», en GAMERO CASADO, E., (Dir.), *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 277-319.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Derecho administrativo sancionador en el sistema jurídico británico: regulatory enforcement and sanctions act 2008», *RGDA*, n. °19, 2009, pp. 1-21.
- BLANCO CORDERO, I., «Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas», en SUAREZ LÓPEZ, J.M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I., JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 53-80.

- «Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas», en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (coord.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 97-127.
- «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. °16, 2020, pp. 1-46.

BOCANEGRA SIERRA, R., *La teoría del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2005.

BOCANEGRA SIERRA, R., y GARCÍA LUENGO, J., «Los actos administrativos transnacionales», *RAP*, n. °177, 2008, pp. 9-29.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Análisis de la aplicación jurisprudencial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 52, 2018, pp. 207-232.

BORDIÚ GARCÍA-OVIES, M., «La responsabilidad filial-matriz en la aplicación pública del Derecho de la competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 447-454.

BOUAZZA ARIÑO, O., «El concepto autónomo de sanción en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 309-333.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2022.

BUENO ARMIJO, A., «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea», *RAP*, n.º 218, 2022, pp. 171-206.

- «El (imperfecto) sistema de garantías del Derecho administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo», *REDE*, n. °23, 2012, pp. 135-164.
- «El principio non bis in idem en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 276-278.

CABALLERO SÁNCHEZ, R., «Las formas de extinción de la responsabilidad administrativa», *Justicia administrativa: Revista de Derecho administrativo*, n.º Extra 1, 2001, pp. 115-150.

- CALLOL GARCÍA, P., «Presente y futuro de la disuasión de los cárteles y otras prácticas anticompetitivas en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo enjuiciando el método de cálculo de las multas de la CNMC», en RECUERDA GIRELA, M.A., *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario de Derecho de la Competencia 2016*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 218-230.
- CALVO VERGEZ, J., «El régimen especial de los grupos de entidades en el IVA: análisis de la experiencia española a la luz de su evolución normativa», *Studi Tributari Europei*, vol. 10, 2020, pp. 17-66.
- CANALS I AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Editorial Comares, Granada, 2003.
- CANEDO ARRILAGA, M.P., «La prohibición de contratar en materia de competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 399-425.
- CANO CAMPOS, T., «¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?», *RAP*, n. °184, 2011, pp. 79-119.
- «El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la Administración», *RAP*, n. °201, 2016, pp. 25-68.
 - «El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», en BAUZÁ MARTORELL, F.J., (dir.), *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 207-236.
 - «La presunción de validez de los actos administrativos», *REALA*, n.º 14, 2020, pp. 6-28, pp. 7-13.
 - «Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 28-69.
 - *Las sanciones de tráfico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
 - *Presunciones y valoración legal de la prueba en el derecho administrativo sancionador*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
 - *Sanciones Administrativas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
- CAPPAL, M. and COLANGELO, G., «Applying *ne bis in idem* in the aftermath of *Bpost* and *Nordzucker*: the case of Eu Competition policy in Digital Markets», *Common Market Law Review*, n. °60, 2023, pp. 431-456.

- «A unified test for the European *ne bis in idem* principle: the case study of digital markets regulation», *SSRN*, 2021, pp. 1-29, disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3951088>.

CARACAS, C., *Verantwortlichkeit in internationale Konzernstrukturen nach 130 OWiG. An Beispiel der im Ausland straflosen Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, Nomos, München, 2014.

CARRASCO PERERA, A., «Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento», en ÁLVAREZ ARJONA, J.M., y CARRASCO PERERA, A. (dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 253-330.

CARRERAS MANERO, O., *La sucesión en el Derecho Tributario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

CASINO RUBIO, M., «El discutido cálculo de las multas en materia de defensa de la competencia», *RAP*, núm. 199, 2016, pp. 155-170.

 - «La disputada naturaleza jurídica de la declaración de pérdida de vigencia del permiso de conducción por extinción del saldo de puntos», *Documentación Administrativa*, n. °284-285, 2009, pp. 253-271.
 - «La graduación *ad hoc* de las infracciones. Motivos para la discusión», *REALA*, n.° 16, 2021, pp. 53-70.
 - *El concepto constitucional de sanción*, CEPC, Madrid, 2021.

CASTILLO DE LA TORRE, F., «Conductas competitivas impuestas o fomentadas por los Estados miembros: Deberes de los órganos que aplican el Derecho de la competencia y responsabilidad de las empresas (comentario a la Sentencia *Consortio Industrie Fiammiferi*, de 9 de septiembre de 2003)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. °17, 2004, pp. 161-191.

CAYÓN GALLARDO, A., «Infracciones y responsabilidades en el régimen especial del IVA para grupos de entidades», *Revista Técnica Tributaria*, n. °81, 2008, pp. 13-18.

CERBO, P., «Las sanciones administrativas en Italia: un problema de Derecho constitucional», *Documentación Administrativa*, n. °282-283, 2009, pp. 61-90.

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, M., «La administración pública como infractora de las normas de competencia: ¿aplicación extensiva o racional?, *Anuario de la Competencia 2019*, 2019, pp. 73-97.

CHINCHILLA MARTÍN, C., «El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014», *RVAP*, n.° 102, 2015, pp. 17-106.

CID MOLINÉ, J., «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», *RAP*, n. °140, 1996, pp. 131-171.

- CIERCO SEIRA, C., y VALENTÍN PAVEL, E., «La vinculación de la Administración sancionadora a la apreciación penal de los hechos», *RAP*, n.º 218, 2022, pp. 63-100.
- COCA VILA, I., «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 448 del CP)», *Indret*, n.º 3, 2021, pp. 69-99.
- COCA VILA, I., y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros de D&O», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXIV, 2021, fasc. 1, pp. 113-216.
- COLANGELO, G., «The European Digital Markets Act and Antitrust Enforcement: A Liaison Dangereuse», *European Law Review*, n.º 5, 2022, pp. 597-621.
- COSTAS COMESAÑA, J., «La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., (coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, Granada, 2017, pp. 11-78.
- «La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., y OLMEDO PERALTA, E. (Dirs.), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC 2021)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 27-56.
 - «Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia», en GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 217-229.
- CRAIG, P., *Eu Administrative Law*, Oxford, University Press, Oxford, 2018.
- CUBERO MARCOS, J.I., «Las aporías del principio *non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador», *RAP*, 207, n.º 207, 2018, pp. 253-288, pp. 273-284.
- *El principio non bis in idem en la Ley vasca de la potestad sancionadora*, IVAP, Bilbao, 2010.
- CUETO PÉREZ, M., «Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad», *Documentación administrativa*, n.º 280-281, 2008, pp. 95-117.
- CUYAS PALAZÓN, M., «Las sociedades de inversión», en JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (dir.), *Derecho de la Regulación Económica. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 265-350.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M., «Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias», en ARROYO JIMÉNEZ, L., NIETO MARTÍN, A., (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 65-70.

- *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.^a L., *Derecho de grupos de sociedades*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- DE BELLIS, M., «Las redes reguladoras transnacionales diez años después de la crisis: caracteres y problemas», en ARROYO JIMÉNEZ, L., MARTÍN DELGADO, I. y MEIX CERECEDA, P. (dirs.), *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 159-195.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1991.
- DE PALMA DEL TESO, A., «Principio de culpabilidad: definición y aplicación a las personas físicas», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 702-721.
- *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996.
- DE SMITJER, D. and SINCLAIR, A., «The Relationship Between EU Competition Law and National Competition Law», in FAULL, J., NIKPAY, A. (eds.), *The Eu Law of competition*, 2014, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 507-521.
- DEGNER, E., *Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen*, Nomos, Baden-Baden, 2021.
- DEL VAL TALENS, P., «El administrador de hecho persona jurídica», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B. y COHEN BENCHETRIT, A. (dirs.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 941-961.
- DELLIS, G., *Droit Pénal et Droit Administratif. L'influence des principes du Droit Pénal sur le Droit Administratif Répressif*, L.G.D.J., Paris, 1997.
- DEMETRIO CRESPO, E., «Vulneración de Derechos Humanos por empresas multinacionales: ¿de un Derecho penal económico transnacional a un Derecho penal internacional económico?», en DEMETRIO CRESPO, E., y NIETO MARTÍN, A., (dirs.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 11-24.
- DESDENTADO DAROCA, E., «Discrecionalidad administrativa en la imposición de sanciones» en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 340-349.
- DÍAZ GONZÁLEZ, G.M., «Legalidad, proporcionalidad y márgenes de apreciación en la determinación de las sanciones administrativas. Una crítica de la jurisprudencia constitucional», *RGDA*, n.º 62, 2023, pp. 1-41.

- «Smart o targeted sanctions y Derecho de la Unión Europea: la difícil configuración de un sistema adecuado de garantías judiciales», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2022*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 335-387.
- *La reserva de ley en la transposición de las directivas europeas*, Iustel, Madrid, 2016.
- DÍEZ ESTELLA, F. y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., «Problemas derivados de la atribución europea de la responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de “Stora” a “Portielke” pasando por “Akzo Nobel” y “Elf-Aquitanie”», *Anuario de la competencia*, n. °1, 2014, pp. 321-358.
- DÍEZ ESTELLA, F., «En búsqueda de un concepto de empresa en el Derecho de la competencia: la STJUE Sumal c. Mercedes Benz», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n. °2, 2022, pp. 319-347.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *Indret*, n. °1, 2012, pp. 1-26.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de su cargo?», *RAP*, n.° 180, pp. 103-159.
- «Los derechos fundamentales a la protección penal», *REDC*, n. °78, 2006, pp. 333-372.
- «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *RAP*, n. °195, 2014, pp. 99-133.
- DONAIRE VILLA, F.J., «Supremacía de la Constitución *versus* primacía del Derecho de la UE en materia de derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE en el Asunto *Melloni*», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. °39, 2017, pp. 637-654.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en DE LA MATA BARRANCO, N. J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 129-168.
- EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003.
- ERFUHRTH, J. *Der Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht. Eine Untersuchung zur gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung für Verbandgeldbußen unter besonderer Berücksichtigung der Sanktionszwecke*, Nomos, Baden-Baden, 2020.
- ESCUDERO PUENTE, A., «Multas a empresas: imputabilidad de las matrices y determinación del importe de las sanciones», en BENEYTO PÉREZ, J.A. y MAÍLLO

- GONZÁLEZ-ORÚS, J. (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 523-567.
- ESTEBAN RÍOS, J., *El ejercicio de las potestades supervisora y sancionadora en el marco del Mecanismo Único de Supervisión*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- ESTEVE PARDO, J., «La Administración garante. Una aproximación», *RAP*, n.º 197, 2015, pp. 11-39.
- Autorregulación. *Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- FARALDO CABANA, P., «¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., PÉREZ MACHÍO, A.I., UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. (dirs.), *Armonización penal europea*, IVAP, Oñati, 2013, pp. 77-113.
- «¿Se adecúa el Derecho penal español al Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales? Avance de resultados de la evaluación en fase 3'», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2148, 2012, pp. 1-20.
 - «La transmisión de las penas en las modificaciones estructurales de las personas jurídicas. Una reflexión sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a los entes colectivos», en DEMETRIO CRESPO, E., (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 431-450.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 297-300.
- «Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?», en ARROYO JIMÉNEZ, L., NIETO MARTÍN, A., (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 197-248.
 - «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 55-66.
 - «Los requisitos del art. 31. Bis 1.», en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 76-88.
 - *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, Civitas, 2002.

- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo II*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.
- FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis (estudio preliminar)» en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, Madrid, 1989, pp. 13-27.
- FERNÁNDEZ TERUELO, G.J., «El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las obligaciones legales establecidas en el art. 31 BIS 2 y ss. CP», en MADRID BOQUÍN, C.M. y GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 181-210.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. °25, 2011, pp. 7-42.
- FERNÁNDEZ TORRES, I., «Retos y efectos del paquete de medidas de la MIFID II desde la perspectiva de la protección del inversor», en BELANDO GARÍN, B. (dir.), *Potestad sancionadora y MIFID II*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 13-47.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- FONSECA FORTES-FURTADO, R., *Carteles de núcleo duro y Derecho penal. ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?*, Editor B de F, Montevideo, 2017.
- «Cárteles duros y Derecho penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España», *Indret*, n.º 2, 2023, pp. 292-324.
- FRANCK, J.U., and SEYER, T., «Antitrust Fines and Managerial Liability», in THÉPOT, F., and TZNAKI, A., (eds.), *Research Handbook on Competition and Corporate Law*, Forthcoming. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4458185, pp. 1-42.
- FRITZSCHE, A., «Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European Law», *Common Market Law Review*, n.º 47, 2010, 361-403.
- FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva práctica)*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2007.

- FUENTES OSORIO, J.L., «Dolorosa, pero no letal. La cuantía de la multa según la capacidad económica de la persona jurídica», *Indret*, n. °2, 2022, pp. 203-229.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A., «La ejecución del derecho europeo por los estados miembros: entre la autonomía procedimental y la neutralidad institucional», en MARTÍN DELGADO, I., ALMEIDA CERRADA, M. y DI LASCIO, F. (coords.), *La europeización del derecho administrativo: una evaluación desde el ordenamiento español*, Andavira Editorial, Santiago de Compostela, 2017, 179-213.
- «La potestad sancionadora de la Unión Europea: fundamento y alcance», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 227-268.
- FUERTES LÓPEZ, M., «Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas», *RAP*, n. °206, pp. 67-97, pp. 71-75.
- *Grupos públicos de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GALLARDO CASTILLO, M.J., *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Iustel, Madrid, 2008.
- GÁLLEGO LANAU, M., *La cesión global del activo y pasivo en las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GAMERO CASADO, E., «Las sanciones en la lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el Deporte», en REBOLLO PUIG, M., GUILLÉN CARAMÉS, J., HUERGO LORA, A., CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 657-690.
- GARCÍA ALBERO, R. M., «Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas», en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Dir.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 277-298.
- GARCÍA AMADO, J.A., «Sobre el *ius puniendi*, su fundamento, sus manifestaciones y sus límites», *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008, pp. 1-33.
- GARCÍA CACHAFERIRO, F., «Fundamentos del Derecho de la libre competencia», en BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., (coords.), *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 37-65.
- GARCÍA CRUCES, J.A., «Administradores sociales y administradores de hecho», en SAÉNZ GARCÍA DE ALBIZU, J.A., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., (coords.), *Estudios de derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 527-561.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *REDA*, n. °10, 1976, 399-430.
- «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *RAP*, n. °38, 1962, pp. 159-208.
- GARCÍA LUENGO, J., «La adaptación de las sanciones pecuniarias administrativas a la capacidad económica del infractor y los problemas de tipicidad de las medidas sancionadoras», *RGDA*, n. °38, 2015, pp. 1-26.
- «La reducción de las sanciones administrativas por reconocimiento de la responsabilidad o pago voluntario», *RGDA*, n. °61, 2022, pp. 1-40.
 - «Las cartas admonitorias como alternativa al ejercicio de la potestad sancionadora», en HUERGO LORA, A. (dir.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 101-128.
 - *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, Iustel, Madrid, 2022.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Grupo de empresas y Derecho del Trabajo: el abandono del criterio de la dirección unitaria como elemento adicional determinante de la responsabilidad solidaria», *Actualidad laboral*, n°7, 2014, pp. 1-14.
- GÁZQUEZ SERRANO, L., *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*, Editorial Reus, Madrid, 2012.
- GIL Y GIL, J.L., «La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global», *Lex Social*, vol. 10, n.º 2, 2020, pp. 6-70.
- GIRGADO PERANDONES, P., «La regulación de los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras en la nueva normativa de ordenación, supervisión y solvencia (LOSSEAR)», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. °6, 2017, pp. 110-133.
- *Grupo de empresas y Derecho antitrust. La aplicación de las normas anticolusorias en las relaciones intragrupo*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
 - *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Editorial Comares, Granada, 2001.
 - *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- GIOVAGNOLI, R., y FRATINI, M., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 131-134.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, R.F., *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

- GÓMEZ JARA, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GÓMEZ MONTORO, A.J., «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», *REDC*, n.º 65, 2002, pp. 49-105.
- GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, M., «Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R., (dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 415-443.
- GÓMEZ TOMILLO, M., «Bases para la aplicación en el espacio del Derecho administrativo sancionador: principio de territorialidad y responsabilidad de las sociedades matrices por los hechos de las filiales», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T., *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 412-435.
- «La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento», *RAP*, n.º 203, 2017, pp. 58-88.
 - «La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías», *RDCD*, n.º 22, 2018, pp. 1-20.
 - «Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH», *Indret*, n.º 2, 2020, pp. 421-456.
 - «Principios constitucionales nucleares del derecho penal y matices característicos del Derecho administrativo sancionado», *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, n.º 6, pp. 1-38.
 - *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador: Parte general*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- GONZÁLEZ ALONSO, A., «La ejecución transfronteriza de actos administrativos sancionadores en la Unión Europea», *Revista Unión Europea Aranzadi*, n.º 2, 2012, pp. 7-21.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GONZÁLEZ DE ZÁRATE CATÓN, P., «La vertiente geográfica del volumen de negocios de la empresa sancionada sobre el que se calcula el importe de su multa: ¿volumen de negocios a nivel mundial o a nivel nacional?», en RECUERDA GIRELA, M.A. (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 218-230.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Sociedades estatales de obras públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Control de las concentraciones», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dir.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 335-418.
- «Responsabilidad de la filial por los ilícitos anticoncurrenciales de la matriz (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021: Asunto C-882/19: *Sumal*)», *La Ley Unión Europea*, n.º 99, 2022, pp. 1-20.
- GRACIA MARTÍN, L., «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en derecho administrativo sancionador», *RAAP*, N.º 55, 2020, pp. 12-118.
- «La cuestión de responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D.M. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 35-74.
 - «La doctrina de la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura», *Revista de derecho Penal y Criminología*, N.º 9, 2014, pp. 135-180.
- GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M.A., ALASTUEY DOBÓN, C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Diligencia debida en Derechos humanos y empresas transnacionales: de la Ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos», *Lex Social*, vol.8, n.º 2, 2018, pp. 216-250.
- GUILLÉN CARAMÉS, J., «La ejecución del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades Nacionales: un modelo de aplicación descentralizada de la legislación europea», en BAÑO LEÓN, J. M.^a (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado. Tomo III*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 2313-2351.
- «La excesiva modulación del principio de legalidad sancionadora en el Derecho de la competencia: reflexiones a propósito de la figura de los facilitadores de conductas colusorias», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023*, Civitas, Cizur Menor, 2023, pp. 301-336.
 - «La impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J., (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 441-457.

- «Las prohibiciones de contratar por infracciones del Derecho de la competencia: ¿son o no verdaderas sanciones? La necesaria reconsideración de su naturaleza jurídica», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 341-398.
 - «Las sanciones a representantes legales de las empresas y sus directivos por infracciones del Derecho de la competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 745-788.
 - «Responsabilidad sancionadora empresarial en el Derecho de la competencia y liquidación concursal», en VEIGA COPO, A. (dir.), *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la ley concursal*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2020, pp. 563-588.
 - «Towards greater legal certainty in Public Enforcement of Competition Law: The CNMC Guidelines on Public Procurement Bans», en *Kluwer Competition Law (Blog)*, disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/07/21/towards-greater-legal-certainty-in-public-enforcement-of-competition-law-the-cnmc-guidelines-on-public-procurement-bans/>, (consultado el 21/07/2023).
- GUILLÓN OJESTO, P., «Los colegios de supervisores en el ámbito del sector asegurador», en ALONSO LEDESMA, C. (dir.), *Hacia un Sistema Financiero de Nuevo Cuño, Reformas Pendientes y Andantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1055-1073.
- GÜRTLER, F., und THOMA, A., «§ 30 Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen», in GÖHLER, E. *Ordnungswidrigkeitengesetz*, C.H. Beck, München, 2018, pp. 262-287.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «La responsabilidad de la matriz por las infracciones del Derecho de la competencia cometidas por sus filiales», *RDM*, n. °292, 2014, pp. 251-296.
- HAUS, F., «Verfassungsprinzipien im Kartellbußgeldrecht-ein Auslaufmodell? Zu den anwendbaren Maßstäben bei der Bemessung umsatzbezogener Geldbussen nach 81 Abs. 4 GWB», *NZKart*, n. °5, 2013, pp. 183-195.
- HERNÁEZ BAUTISTA, A., «La red europea de competencia (European competition network): ¿Una verdadera institución comunitaria?», en OLMEDO PERALTA, E (dir.), *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. pp. 273-288.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, C., «La regulación europea de los mercados digitales: justificación, técnicas y límites», *RAP*, n. °221, 2023, pp. 121-148.

- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 280, 2011, pp. 133-168.
- HERRERO SUÁREZ, C., «Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia de la Matriz. ¿Está en juego el principio de efectividad del derecho europeo?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n.º1, 2021, pp. 364-387.
- HOEDL EIGEL, C., «La cesión global del activo y del pasivo», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R., (dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 861-898.
- HUERGO LORA, A., «La publicación del nombre de los infractores como sanción administrativa (Name and Shame)», en REBOLLO PUIG, M., GUILLÉN CARAMÉS, J., HUERGO LORA, A., CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 93-140.
- Del recurso contra la vía de hecho al recurso contra la actividad material de la Administración», *RGDA*, n.º28, 2011, pp. 1-19.
 - «Derecho de la competencia. Cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y Tribunales», en BAÑO LEÓN, J. M.^a (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado. Tomo III*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 2283-2312.
 - «Diferenciación de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas», en HUERGO LORA, A., (dir.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 15-59.
 - «El régimen sancionador en la Ley General de la Comunicación Audiovisual, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica. V. Audiovisual*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 603-619.
 - «La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos», *RAP*, n.º137, 1995, pp. 189-238.
 - «La europeización del derecho administrativo sancionador», en ANDRÉS SAÉNIZ DE SANTAMARÍA, P., (coord.), *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: Estudios sobre la Unión Europea*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2019, pp. 485-506.
 - «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 145, 1998, pp. 89-116.

- «La prueba en los procedimientos sancionadores (con especial atención a los de defensa de la competencia): Estándar probatorio y carga de la prueba del dolo o la negligencia», en LÓPEZ RAYGADA, P.S., (dir.), *Anuario Iberoamericano sobre Derecho de la Competencia y del Consumo*, vol.1, Fondo Editorial, Lima, Perú, 2023, pp. 1-12.
 - «Las sanciones administrativas en el marco del *Law enforcement*» en ZEGARRA VALDIVIA, D. (Coord.), *La proyección del Derecho administrativo peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Palestra, Lima, 2019, 515-539.
 - «Los sujetos responsables de las infracciones en materia de seguridad ciudadana», en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 435-4458.
 - «Sanciones administrativas y responsabilidad civil: ¿puede declarar la administración la responsabilidad civil del infractor frente al perjudicado por la infracción?», *Liber amicorum. Homenaje al Profesor Luis Martínez Roldán*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016, pp. 399-412.
 - «Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada», *RAP*, n.º 189, 2012, pp. 41-73.
 - *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
 - *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- IBAÑEZ COLOMO, P., «Law, Policy, Expertise: Hallmarks of Effective Judicial Review in Eu Competition Law», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 23, 2023, pp. 1-26.
- IGLESIAS SEVILLANO, H., *Derecho administrativo global: una teoría normativa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- IRÁCULIS ARREGUI, N., «Estudio del concepto de interés del grupo: el interés del grupo no se identifica con el interés de la sociedad dominante», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B. y COHEN BENCHETRIT, A. (dirs.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 403-425.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», en REBOLLO PUIG, M., GUILLÉN CARAMÉS, J., HUERGO LORA, A., CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 141-176.

- «La culpabilidad y los sujetos responsables», en REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 249-357.
 - «La determinación de la sanción administrativa», *Justicia administrativa: Revista de Derecho administrativo*, n.º Extra 1, 2001, pp. 207-258.
 - «La incidencia del régimen sobre protección de consumidores en la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital», en GUERRA MARTÍN, G (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 775-884.
 - «La supervisión pública sobre las entidades bancarias», en REBOLLO PUIG, M., (Dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 167-225.
- IZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Delimitación y especies, elementos, efectos o consecuencias*, Dykinson, Madrid, 2019.
- JAKOBS, G., *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JÜRSS, L., *Der Regress einer Verbandgeldbuße gegen Organmitglieder in der Aktiengesellschaft*, Peter Lang, Berlin, 2020.
- KALINTRI, A., «Revising Parental Liability in EU Competition Law», *European Law Review*, n.º. 43, 2018, pp. 145-166.
- KERSTING, C., «Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht», *ZHR*, 182, 2018, pp. 8-31.
- «Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern», *Der Konzern 2011*, 2011, pp. 1-29, disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1884930.
- KOENIG, C., «An economic analysis of the single economic entity doctrine in Eu Competition Law», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 13, issue 2, 2017, pp. 1-47.
- KOPPENSTEINER, H.G., «18 S Konzern und Konzerunternehmen», in ZÖLLNER, W. und NOACK, U., (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Carl Heymanns Verlag KG, München, 2004, pp. 171-194.
- KÜHLE, M., und SCHULTE-HULLERN, M., «Konzernrecht im LkSG- die Zurechnung konzerangehöriger Gesellschaften nach 2 Abs. 6 Satz 3 LkSG», *ZvglRWiss*, 122, 2023, pp. 200-218
- LAGUNA DE PAZ, J.C., «Ámbito de aplicación del Derecho de la competencia», *RAP*, n.º 208, 2019, pp. 17-49

- «Criterios para la fijación de las sanciones en materia de defensa de la competencia impuestas por las autoridades españolas. A propósito de la STS de 29 de enero de 2015 (rec. 2872/2013)», *RDCD*, núm. 16, 2015, pp. 1-15
 - «El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas», *RAP*, n.º 211, 2020, pp. 37-69
 - «La infracción de las normas de defensa de la competencia como supuesto de responsabilidad de los administradores», en GUERRA MARTÍN, G. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 787-793.
 - «La responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 155-183.
 - *Tratado de Derecho administrativo. General y económico*, Civitas, 2023.
 - «Understanding the limits of judicial review in European competition law», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, n.º. 1, pp. 203-224.
- LAMADRID DE PABLO, A. y BALCELLS CARTAGENA, A., «La prueba de los cárteles en el Derecho español», en BENEYTO PÉREZ, J.M., MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (dirs.), *La lucha contra los Cárteles en España*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 419-483.
- LARA GONZÁLEZ, R., «La acción de responsabilidad ejercida por la sociedad», en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SANCHEZ, E., (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 89-121.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Causas de extinción de la responsabilidad», en LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 151-157.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 159-189.
- «¿Cómo combatimos al proveedor inmoral?» *Almacen del Derecho* (blog), disponible en: <https://almacenederecho.org/como-combatimos-al-proveedor-inmoral> (consultado el 06/06/2023)
 - «¿Qué principios?», en BASSO, G. (coord.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM servicio de publicaciones, Madrid, 2019, pp. 181-195, pp. 188-190
 - «La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa», en DE LA MATA BARRANCO, N. J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., NIETO

- MARTÍN, A., *Derecho penal económico de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 87-128.
- «Penas y administraciones», en SUAREZ LÓPEZ, J.M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 353-368.
- LECLERC, S., *Der Kartellbußgeldregress: Eine Untersuchung aus der Perspektive des Aktienrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.
- LEÑERO BOHÓRQUEZ, R., «Los sujetos del Derecho Público global», en ARROYO JIMÉNEZ, L., MARTÍN DELGADO, I. y MEIX CERECEDA, P. (dirs.), *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 115-157.
- LETELIER WARTENBERG, R., «El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas», *Revista de Derecho*, Vol. 31, n.º 1, 2018, pp. 209-229.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Marco institucional de las sanciones comunitarias», *Documentación administrativa*, n.º 280-281, 2008, pp. 359-395.
- LÓPEZ CÁRCAMO, I., y LASAGABASTER HERRARTE, I., *Artículo 9.- Autoría*, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (dir), *Ley de la potestad sancionadora. Comentario sistemático*, LETE, Bilbao, 2006, pp. 185-199.
- LOZANO CUTANDA, B., «El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los criterios de cálculo de las multas de defensa de la competencia: STS de 29 de enero de 2015», *Diario La Ley*, núm. 8497, 2015, pp. 1-4
- «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)», *RAP*, n.º 129, 1992, pp. 211-239.
- «Persona jurídica, sujeto activo y responsable de las infracciones administrativas», en LOZANO CUTANDA B., (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 601-616.
- «Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo de un *ius puniendi* alternativo», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 102, 2018, pp. 17-41.
- *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1990.
- «El principio de oficialidad de la acción sancionadora y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad», *RAP*, n.º 161, 2003, pp. 83-121.
- LUCHTMAN, M., «The ECJ'S Recent Case Law on *ne bis in idem*: implications for law enforcement in a shared legal order», *Common Market Law Review*, n.º 55, 2018, pp. 1717- 1750.

- LUZÓN CAMPOS, E., «La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 del Código Penal», *Diario LA LEY*, n.º 9377, 2019, pp. 1-6.
- GARCÍA MAJADO, P., *De las inmunidades del poder a la inmunidad del sistema jurídico y sus patologías*, CEPC, 2022.
- MARCO PEÑAS, E., «Delimitación del sector público local y estabilidad presupuestaria», *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 12, 2019, pp. 219-243.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., «En contra del reconocimiento de derechos humanos corporativos en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia» en GUILLÉN CARAMÉS, J., y CUERDO MIR, M., (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 387-404.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F., «¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?», *InDret*, n.º.1, 2018, pp. 1-41.
- «Defensa de la competencia y «perdón concursal» *Almacén del Derecho* (blog), disponible en: <https://almacenderecho.org/defensa-de-la-competencia-y-perdon-concursal>, (consultado por última vez el 14/08/2023).
- MARINA JALVO, B., «La determinación de las sanciones administrativas. Normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y en la Ley 40/2014, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», *REDA*, n.º195, 2018, pp. 101-129.
- MARTÍN ARESTI, P., «Las relaciones entre el derecho de la competencia de la Unión Europea (arts. 101 y 102 del TFUE) y el derecho interno español en materia de libre competencia», GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dir.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 21-60.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, C., «¿Puede la autoridad de competencia sancionar a la Administración por vulnerar la libre competencia actuando como poder público? Una visión comparada de España e Italia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 455-498.
- «El facilitador de infracciones de competencia», en MIRANDA SERRANO, L.M. y COSTAS COMESAÑA, J., (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 559-572.
 - «El régimen sancionador de la Ley de Seguridad Ciudadana y su adecuación a la Constitución: a propósito de las SSTC 172/2020 de 19 de noviembre, y 13/2021, de 28 de enero», *RAP*, n.º 216, 2021, pp. 223-257.

- *El Régimen sancionador de la seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- «La jurisprudencia europea sobre los procedimientos punitivos vinculados: Una oportunidad para que España se alinee con Europa en la garantía del *non bis in idem*», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T., (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2023*, Civitas, Cizur Menor, 2023, pp. 243-275.
- MARTÍNEZ LAGO, M.A., *La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MARTÍNEZ SALTÓ, I., y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, P., «Introducción al sistema de sanciones del Banco Mundial: régimen sancionador y prácticas sancionables», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. °4, 2021, pp. 1-22.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., «Artículo 64. Criterios para determinar el importe de las sanciones», en MASSAGUER FUERTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J. y GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, J., A. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 1500-1511.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Multas administrativas», *RAP*, n.º 79, 1976, pp. 9-65.
- MATTES, H., *Problemas de derecho penal administrativo*, trad. J. M. ^a Rodríguez Devesa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979.
- MAUER, H., und WALDHOFF, C., *Allgemeines Verwaltungsrechts*, C.H.Beck, München, 2020.
- MAYOR MENÉNDEZ, P., «Sobre la responsabilidad conjunta de las personas jurídicas y sus administradores en el Derecho administrativo sancionador (especial referencia al Mercado de Valores)», *REDA*, n.º 87, 1995, pp. 343-3601.
- MEDINA ALCOZ, L., «Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación», *REDA*, n.º 177, 2016, pp. 103-158.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., «Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e irretroactividad», *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008, pp. 65-83.
- MESTRE DELGADO, J.F., «La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 3, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2493-2528.
- «Principio de legalidad», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 733-741.
- MEYER, F., «Multiple Sanktionierung von Unternehmen und *ne bis in idem*», in STEIN, U., GRECO, L., JÄGER, C., WOLTER, J., (Hrsg.), *Systematik in Strafrechtswissenschaft*

- und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, pp. 535-557.
- MEYER-LINDEMAN, H.J., «81- Bußgeldvorschriften», en LOEWENHEIM, U., MESSEN, K.M., RIESENKAMPPF, A., KERSTING, C. und MEYER-LINDEMANN, H.J (Hrsg.), *Kartellrecht Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht*, CH Beck, München, 2020, pp. 3017-3108.
- MINKOFF, A., *Sanktionsbewehrte Aufsichtspflichten im internationalen Konzern. Der Normadressat des 130 OWiG im Unternehmensverbund unter Berücksichtigung grenzüberschreitender Sachverhalte*, C.F. Müller, München, 2015.
- MIÑO LÓPEZ, A., *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2015 (10ª Edición a cargo de GÓMEZ MARTÍN, V.).
- MITSCH, W., «Einleitung», in MITSCH, W. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar. Ordnungswidrigkeitengesetz*, C.H. Beck, München, 2018, pp. 1-55.
- «Höhe der Geldbuße», in MITSCH, W. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar. Ordnungswidrigkeitengesetz*, C.H. Beck, München, 2018, pp. 335-399.
- MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G., *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- MONTORO PUERTO, M. *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanciones*, Nauta, Barcelona, 1965.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989.
- «Los tres niveles de garantías de los Derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *RDCE*, n.º 50, 2015, pp. 195-230.
- *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público genera. Tomo XII: los actos administrativos y las sanciones administrativas*, Editorial BOE, Madrid, 2017.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III: Los principios de constitucionalidad y legalidad*, BOE, Madrid, 2015.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo VII, El Reglamento*, BOE, Madrid, 2015.
- NAVAJAS REBOLLAR, M., «El estatuto jurídico de la denuncia administrativa», en HUERGO LORA, A., (dir.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 179-206.
- NAZZINI, R., «Parallel Proceedings in Eu Competition Law. Ne Bis in Idem as a Limiting Principle», in VAN BOCKEL, B., (ed.), *Ne bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 131-166.

- NETTESHEIM, M., *Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012
- NIETO MARTÍN, A., «Culpabilidad y Constitución», *Derecho & Sociedad*, n.º 32, 2009, pp. 215-227.
- «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», en NIETO MARTÍN, A., (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 49-109.
 - «Hacia un Derecho penal económico de los Derechos humanos», *InDret*, n.º 3, 2020, pp. 137-172.
 - «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal*, n.º 12, 2003, pp. 3-26.
 - «Nemo tenetur se ipsum accusare «en el derecho penal económico europeo», en NIETO MARTÍN, A., DÍEZ PICAZO, L.M. (dirs.), *Los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Europeo*, pp. 397-418.
 - «Transformaciones del *Ius puniendi* en el Derecho global», en NIETO MARTÍN, A., y GARCÍA MORENO, B. (dirs.), *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 17-111.
 - *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Praxis, Barcelona, 1996.
 - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.
- ODUDU, O. and BAILEY, D., «The single economic entity doctrine in EU Competition Law», *Common Market Law Review*, n.º 51, 2014, pp. 1721-1758.
- OLMEDO PERALTA, E., «El nuevo procedimiento de cooperación ante infracciones de la normativa europea de defensa de la competencia: *el instrumento cooperativo que cierra el círculo*», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 517-555.
- «La discrecionalidad de la Comisión Europea y las ANCs en la tramitación de expedientes de defensa de la competencia: incoación, negociación de compromisos y control de sus decisiones», en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., TORRES PÉREZ, F.J., (dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y la propiedad industrial II*, Comares, Granada, 2019, pp. 105-126.
- ONETO BACA, V., «La extinción y la transmisión de la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas en los casos de disolución y liquidación, fusión y escisión de personas jurídicas», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS,

- J. y CANO CAMPOS, T., (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2023*, Civitas, Cizur Menor, 2023, 145-171.
- ORDIZ FUERTE, M.C., «Régimen jurídico y funcionamiento de SEPI», en SERRANO ACITORES, A. (dir.), *La intervención administrativa y económica en la actividad empresarial*, J.M. Bosch, Madrid, 2015, pp. 197-222.
- ORTEGA BERNARDO, J., «El acto administrativo transnacional en el Derecho europeo del mercado interior», en ARROYO JIMÉNEZ, L., y NIETO MARTÍN, A., (dirs.), *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 97-121.
- OST, K., «Die Regelung der Rechtsnachfolge und weitere Neuerungen im Kartellordnungswidrigkeitenrecht durch die 8. GWB-Novelle», in BIEN, F. (Hrsg.), *Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 305-329.
- OTERO GONZÁLEZ, P., «Corrupción de empresas multinacionales, ineficacia del tipo y buena gobernanza. (¿Por qué no hay sentencias condenatorias en España por este delito?)», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 23, 2022, pp. 65-92.
- PABLO SERRANO, A., «Construyendo un Derecho (penal) mundial del medioambiente. Tratado de empresas trasnacionales y derechos humanos, Directiva europea sobre diligencia debida y crimen de ecocidio», en CARUSO FONTÁN, M.V., y CARO MACÍAS, V.M., (Dirs.), *Nuevas tendencias y modernos peligros de la política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 337-371.
- «Hacia la responsabilidad (penal) de empresas multinacionales por corrupción medioambiental», en DEL CARPIO DELGADO, J. (Dir.), *Criminalidad en un mundo global: criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 93-129.
- PALOMAR OLMEDA, A., «Las conductas contrarias a la defensa de la competencia y los procedimientos administrativos en la materia», en TEROL GÓMEZ, R., PALOMAR OLMEDA, A., CALDERÓN PATIER, C., CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., *El Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 228-319.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Dykinson, Madrid, 2019.
- «El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal», *RAP*, n.º 67, 1972, pp. 41-90.
- PAREJO ALFONSO, L., «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa», *RGDA*, n.º 36, 2014, pp. 1-26.
- PASCUA MATEO, F., *Las sanciones en serio: hacia un sistema administrativo sancionador común en el mercado de valores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

- PASTOR MARTÍNEZ, E., «Legitimación pasiva», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTORELL ZULUETA, P., (Dir.), *Daños y competencia. Revisión de cuestiones pendientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 105-134.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J., (dir.), *Lecciones de derecho mercantil: Volumen 1*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2020, pp. 691-710.
- PEMÁN GAVÍN, I., *El Sistema Sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2000.
- PEMÁN GAVÍN, J.M., *Derecho sancionador bancario. El régimen sancionador de las entidades supervisadas por el Banco de España*, Iustel, Madrid, 2022
- PENALVA SELMA, A., *La responsabilidad tributaria en las transmisiones inter vivos de empresas*, Dykinson, Madrid, 2016.
- PEÑALVER I CABRÉ, A., «Responsabilidad ambiental y potestad sancionadora en materia ambiental», en TOLIVAR ALAS, L., HUERGO LORA, A. y CANO CAMPOS, T. (dir.), *El patrimonio natural en la era del cambio climático: Actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2022, pp. 323-352.
- PÉREZ CEPEDA, A.I., «Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos», *Revista Penal*, n. °44, 2019, pp. 126-146.
- PÉREZ MANZANO, M., «La prohibición de incurrir en *bis in idem* en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)», en PÉREZ MANZANO, M., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 149-200.
- PETIT, J., «La proporcionalidad de las sanciones administrativas», trad. I. Milkes, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. °22, 2019, pp. 367-397.
- PICÓN ARRANZ, A., «El derecho a la no autoincriminación en el procedimiento administrativo sancionador: un estudio a la luz de la jurisprudencia del TJUE», *Revista de Estudios Europeos*, vol.79, 2022 pp. 367-388.
- POSNER, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2007.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, C., y PICÓN, A., «Carga de la prueba, presunciones y restricciones por objeto en el Derecho de la competencia de la Unión Europea», *REDE*, n.º 73-74, 2020.
- PUNSET BLANCO, R., «Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo antes y después del Caso Melloni», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. °39, 2017, pp. 189-212.

- QUINTERO OLIVARES, G. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Disolución de sociedades y extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Almacén del Derecho* (blog), disponible en: <https://almacenederecho.org/disolucion-de-sociedades-y-extincion-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas>, (consultado el 16/08/2023).
- QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», *RAP*, n.º 126, 1991, pp. 253-293.
- «Los códigos de buenas prácticas y la transmisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los grupos de empresas» en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 499-517.
 - *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, CYMYS, Barcelona, 1974.
- REBOLLO PUIG, M. y CANO CAMPOS, T., «Reserva de Ley y correlación entre las infracciones y sus sanciones: ¿es constitucional el artículo 117.1 de la Ley de Aguas?», *RAP*, n.º 217, 53-90.
- REBOLLO PUIG, M., «Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial», *RAP*, n.º 210, 2019, pp. 139-174.
- «Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora», en GUILLÉN CARAMÉS, J., CUERDO MIR, M. (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 407-466.
 - «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», en REBOLLO PUIG, M., GUILLÉN CARAMÉS, J., HUERGO LORA, A., CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 41-91.
 - «Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: conciliación y conflicto», en CASTILLO BLANCO, F.A. (Dir.), *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020. pp. 19-71.
 - «El contenido de las sanciones administrativas», *Justicia Administrativa*, n.º Extra 1, 2001, pp. 151-206.
 - «El ejercicio obligado o facultativo de la potestad sancionadora. Legitimación para exigir su ejercicio», en REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 473-513.
 - «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M., y

- CARBONELL PORRAS, E., (coords.), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 843-864.
- «Los principios generales del Derecho», en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (dir.), *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 1522-1583.
 - «Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015», en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *La ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, CEMCI, Granada, 2016, pp. 349-496.
 - «Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia», en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 719-742.
 - «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», *RVAP*, n.º 99-100, 2014, pp. 2527-2546.
 - «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.), *Los retos del Estado y de la Administración en el Siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1041-1078.
 - «Sanciones pecuniarias», en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 985-1000.
 - «Subvenciones. Potestad sancionadora», en LOZANO CUTANDA, B., (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, 2010. pp. 1037-1055.
 - «Tribulaciones sobre los responsables de las infracciones contra la competencia», en MIRANDA SERRANO, L.M. Y COSTAS COMESAÑA, J. (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*. Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 361-392.
 - *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAP, Madrid, 1988.
- RECORDER VALLINA, T., *Procedimiento administrativo sancionador en los mercados financieros. Especial referencia a la CNMV*, Reus Editorial, Madrid, 2019.
- REQUEJO PAGÉS, J.L., *Jurisdicción e independencia judicial*, CEPC, Madrid, 1989.
- RIBERA MARTÍNEZ, A., «An inverse analysis of the digital markets act: applying the Ne bis in idem principle to enforcement», *European competition journal*, vol. 19, n. º1, 2023, pp. 86-115.
- RITTER, C., «Presumptions in EU competition law», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 6, Issue 2, 2018, pp. 189-212.

ROCA DE AGAPITO, L., «Pena de multa», en ROCA DE AGAPITO, L. (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 89-99.

- «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en ONTIVEROS ALONSO, M., (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 371-412.

RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, D., «El cálculo del volumen de negocios de la empresa infractora a los efectos de la imposición de sanciones en el marco del derecho de la competencia», *RDCD*, n.º 28, 2021, pp. 1-15.

- «Las implicaciones de la Sentencia Sumal para el Derecho administrativo sancionador de la competencia», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 573-602.
- «Las sanciones y su incidencia en los procesos de fusión y adquisición de sociedades», en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 709-744.
- «La sucesión de la empresa infractora en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», en CARBONELL PORRAS, E. (Dir.), *Gobiernos locales y economía colaborativa*, Iustel, Madrid, 2022, pp. 199-210.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a, «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», *Documentación Administrativa*, n.º 284-285, 2009, pp. 153-180.

- *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ FIDALGO, D., «La primera aplicación de la prohibición para contratar por ilícitos de competencia. Comentario a la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de marzo de 2019», en el blog del Observatorio de Contratación Pública, disponible en: <https://obcp.es/opiniones/la-primer-a-aplicacion-de-la-prohibicion-para-contratar-por-ilicitos-de-competencia#diez> (consultado el 20/06/2023).

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», *RAP*, n.º 208, 2019, pp. 151-178.

ROGALL, K., «§ 5 Räumliche Geltung», in MITSCH, W. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar. Ordnungswidrigkeitengesetz*, C.H. Beck, München, 2018, pp. 126-138.

- «Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen», in MITSCH, W. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar. Ordnungswidrigkeitengesetz*, C.H. Beck, München, 2018, pp. 525-572.
 - «Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen», *Karlsruher Kommentar. Ordnungswidrigkeitengesetz*, in MITSCH, W. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar. Ordnungswidrigkeitengesetz*, C.H. Beck, München, 2018, pp. 1816-1857.
- ROLDÁN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Akal Editor, Madrid, 1983.
- ROSAL BLASCO, I., «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa», en SUAREZ LÓPEZ, J.M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I., JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 179-197.
- ROXIN, C., *Derecho penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito*. trad. D.M., Luzón Peña, D.M., M. Díaz y García Conlledo, y J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 337-338.
- RUIZ PERIS, J.I., «La empresa como destinatario de las normas jurídicas europeas de competencia, principio de responsabilidad personal, unidad económica e imputación por control en acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTORELL ZULUETA, P. (dirs.), *Daños y competencia. Revisión de cuestiones pendientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 21-60.
- *El privilegio de grupo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
 - *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SALA ARQUER, J.M., «La responsabilidad de la matriz por la conducta contraria a la competencia de una sociedad filial: una perspectiva desde el Derecho Administrativo Sancionador», en GUILLÉN CARAMÉS, J., (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 201-215.
- SALAT PAISAL, M., *La relación entre Derecho penal y Derecho Administrativo Sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *Indret*, n.º 3, 2002, pp. 1-22.
- SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C.I., RUIZ GARCÍA, J.A., RUBÍ PUIG, A. y SALGUERO PIÑEIRO, J., «Respondeat Superior I», *Indret*, n.º 2, 2002, pp. 1-19.

- SÁNCHEZ GERVILLA, A., *Fundamentos del Derecho sancionador tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2022.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., «La inspección turística y el régimen sancionador en materia de turismo», en FERNÁNDEZ RAMOS, S., PÉREZ MONGUIÓ, J.M. y PRADOS PRADOS, S. (coords.), *Estudios sobre derecho andaluz del turismo*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Junta de Andalucía, Sevilla, 2008, pp. 515-571.
- SANDULLI, M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Jovene, Napoli, 1983.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación», *Documentación Administrativa*, n. °2, 2015, pp. 1-15.
- *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2018.
- SANZ RUBIALES, I., «La reducción de sanciones pecuniarias por pago adelantado y por reconocimiento de la responsabilidad», *RAAP*, n. °58, 2022, pp. 13-57.
- «Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad», *RAP*, n. °148, 1999, pp. 359-385.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», *Common Market Law Review*, Vol. 50, 2013, pp. 1267-1304.
- *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., y CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., «La europeización del Derecho administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, M.^a J., DOMÉNECH PASCUAL, G., ARROYO JIMÉNEZ, L., (Coords.), *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 743-775.
- SCHAEFER, M., «Should a parent company be liable for the misdeeds of its subsidiary? Agency theories under the Foreign Corrupt Practices Act», *New York University Law Review*, vol. 94, n°6, 2019, pp. 1654-1686.
- „Das neue Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft- ein Paradigmenwechsel innerhalbdes deutschen Strafrechts?», *Wistra*, n. °3, 2021, pp. 89-102.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, trad. Global Law Press, Sevilla, 2021.

- *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, trad., Marcial Pons, Madrid, 2001.
- SCHMITT-LEONARDY, C., «Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen», in GASSNER, K., und SEITH, S. (Hrsg.), *Ordnungswidrigkeitengesetz. Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 261-293.
- SCHRÖDER, T., «Die ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortlichkeit für Verstöße gegen das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz- Zur Awnedung auf Auslandssachverhalte», *ZvglRWiss*, 122, 2023, pp. 90-106.
- SCHÜNEMANN, B., «La responsabilidad penal de las empresas: para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal», en ONTIVEROS ALONSO, M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 497-522.
- SERRANO ZARAGOZA, O., «Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. °24, 2016, pp. 1-14.
- SESMA SÁNCHEZ, B., «La potestad sancionadora tributaria: matices y singularidades», en REBOLLO PUIG, M., GUILLÉN CARAMÉS, J., HUERGO LORA, A., CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 438-466.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Doce tesis sobre el delito de corrupción de funcionarios extranjeros», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo II.*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 643-655.
- *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Edisofer, Madrid, 2015.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer, Madrid, 2006.
- SMITH, L., «Is strict liability the answer in the battle against foreign corporate bribery?», *Brooklyn Law Review*, vol. 79, n°4, 2014, pp. 1801-1832.
- SOLEK, L, and WARTINGER, S., «Parental Liability: Rebutting the Presumption of Decisive Influence», *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 6, n. °2, 2015, pp. 73-84.
- SOMMERMANN, K., «Die Sicherung von Menschenrechten in transnationalen Lieferketten: Ansätze im öffentlichen Wirtschaftsrecht», *ZvglRWiss*, 122, 2023, pp. 188-199.
- SORIANO GARCÍA, E., *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- *La defensa de la competencia en España*, Iustel, Madrid, 2007.
- SUAY RINCÓN, J., «Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios de la responsabilidad personal (o por actos propios) y de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador (particular referencia al ordenamiento del crédito y del mercado de valores)», en POLO DÍEZ, A., (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells. Vol 3.*, Wolters Kluwer, Madrid, 1994, pp. 2591-2608.
- *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- TEICHMANN, C., «Grenzüberschreitende Konzernführung: Status Quo und rechtspolitische Agenda», in HOMMELHOFF, P., LUTTER, M., TEICHMANN, C. (Hrsg.), *Corporate Governance im Grenzüberschreitenden Konzern*, De Gruyter, Berlin, 2017, pp. 4-16.
- THOMAS, S., «Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy carried out by the Comission and the European Courts in EU-Antitrust Law», *Journal of European Competition Law and Practice*, vol.3, n. °1, 2012, pp. 11-28.
- TORIO LÓPEZ, A., «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, vol. 3*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2529-2546.
- TORNOS MÁS, J., «¿Quién debe ejercer el ius puniendo del Estado?», *REDA*, n. °161, 2014, pp. 11-16.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., «La Administración Electoral: la Junta Electoral Central. Su sujeción al Derecho Administrativo», *RVAP*, n. °105, 2016, pp. 275-313.
- TÜRK, A., *Judicial Review in EU Law*, Elgar European Law, Cheltenham, 2009.
- UROFSKY, P., «The Ralph Lauren FCPA Case: Are there any limits to parent corporation», *Securities Regulation & Law Report*, n.º. 45, 2013, pp. 1-4.
- VAN DIJK, S., The concept of undertaking as means to ascertain liability within a corporate group for an infringement on EU competition law, *Consumer Competition Market (CCM)* (Blog), disponible en: <https://law.kuleuven.be/ccm/blog/?p=245>, (consultado el 25/10/2021).
- VELJANOVSKI, C., «The effectiveness of European Antitrust Fines», in TÓHT, T. (ed.), *The Cambridge Handbook of Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 54-86.
- VERA JURADO, D., «Las sanciones entre Administraciones públicas», *Justicia administrativa: Revista de Derecho administrativo*, n.º Extra 1, 2001, pp. 53-74.

- VERVAELE, J., «*Ne bis in idem* ¿un principio trasnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», *Indret*, n.º 1, 2014, pp. 1-32.
- VILLEGAS GARCÍA, M.A., y ENCINAR DEL POZO, M.A., «El caso Fresenius: el día D de la FCPA en España», *La Ley Penal*, n.º 140, 2019, pp. 1-16.
- VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, ed. Eberhard Schmidt, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1932.
- WAGONER, N., and Stevenson, D., «FCPA Sanctions: too big to debar?», *Fordham Law Review*, vol. 80, n.º.2, 2011, pp. 775-820.
- WALDHOFF, C., «Vollstreckung und Sanktionen», in VOBKUHLE, A., EIFERT, M., MÖLLERS, C., *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H. Beck, München, 2022, pp. 1413-1553.
- WARDHAUG, B., «Punishing parents for the sins of their child: extending EU competition liability in groups and to subcontractors», *Journal of Antitrust Enforcement*, n.º.5, 2017, pp. 22-48.
- WERNER, F.E., und MÖBLE, B., «BGH, 14. 11. 1996 — IX ZR 215/95. Haftung des Steuerberaters für Bußgelder des Mandanten», *Juristen Zeitung*, 52 Jahrg, Nr. 23, 1997, pp. 1177-1181.
- WHELAN, P., «Antitrust criminalization as a legitimate deterrent», IN TÓHT, T. (ed.), *The Cambridge Handbook of Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 101-116.
- «Reforming the European Commission's Enforcement of Cartel Law: The case for individual administrative sanctions», *2 Antitrust Chronicle*, n.º. 37, 2022, pp. 1-13.
- WILLBORN, E., «Extraterritorial enforcement and prosecutorial discretion in the FCPA: A call for international prosecutorial factors», *Minnesota Journal of International Law*, n.º.324, 2013, pp. 422-452.
- WILSON, N., «Pushing the limits of jurisdiction over foreign actors under the Foreign Corrupt Practices Act», *Washington University Law Review*, vol. 91, n.º.4, 2014, pp. 1063-1086.
- YBARRA BORES, A., *La ejecución de las Sanciones Administrativas en el ámbito de la Unión Europea*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006.
- ZABALA GÓMEZ LÓPEZ, C., «M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Indret*, 2, 2020, pp. 195-224.
- ZORNOZA PÉREZ, J.J., *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Civitas, Madrid, 1992.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 Bis y 19 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

