

LAS PROHIBICIONES DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS (TFUE Y LDC): ¿ES INFRACTOR QUIEN FACILITA LA COMISIÓN DE LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS?

*THE PROHIBITIONS OF ANTICOMPETITIVE PRACTICES
(IN THE TFEU AND IN THE SPANISH COMPETITION ACT):
ARE THOSE THAT FACILITATE THE COMMISSION OF THE PROHIBITED
CONDUCT CONSIDERED OFFENDERS?*

Working Paper IE Law School

AJ8-234-I

20-12-2016

Centro de Estudios Europeos/IE

Francisco Marcos

Professor IE Law School
Francisco.marcos@ie.edu

Resumen/Abstract: Con ocasión de las sanciones a varias empresas participantes en dos carteles en 2003 y 2008, la Comisión Europea multó también a una empresa consultora al considerarla “facilitadora” de la conducta prohibida (AC Treuhand AG). Este artículo analiza críticamente la construcción empleada por la Comisión, y confirmada por el Tribunal General de la UE y por el Tribunal de Justicia de la UE para fundamentar la condena e imposición de multa al “facilitador” y evalúa su solidez en el marco del Derecho de la UE. Adicionalmente examina su extensión en el Derecho español de defensa de la competencia: varias resoluciones recientes de la Sala de Competencia CNMC la han utilizado para sancionar a empresas consultoras que habían colaborado a la comisión de la conducta anticompetitiva prohibida. Se concluye que de la formulación y configuración actual de las prohibiciones *antitrust* tanto en el Derecho de la UE como en el Ordenamiento jurídico español no cabe extraer que sea infractor a quien facilita la comisión de la infracción, pero no es autor de la misma, sin que -por ende- sea posible sancionarle. Sólo una reforma para incorporar a la prohibición o a sus disposiciones de aplicación otras formas de participación distintas de la autoría sería respetuosa con las garantías exigidas por el principio de legalidad material y de tipicidad que han de respetarse en materia sancionadora.

At the same time it sanctioned several companies for their participation in two cartels in 2003 and 2008, the European Commission also fined a consulting firm as a "facilitator" of the prohibited conduct (AC Treuhand AG). This article analyses critically the construction used by the Commission (and confirmed by the EU General Court and the EU Court of Justice) to justify the imposition of a fine on the "facilitator" and assesses its robustness in accordance to EU Law. In addition it examines its extension in Spanish Competition Law: several recent resolutions of the Competition Chamber of the National Markets and Competition Commission have used it to sanction consulting companies that had collaborated in the commission of the anticompetitive behaviour prohibited by Competition Law. The article concludes that, from the current formulation and configuration of antitrust bans in both in EU law and Spanish law, it cannot be inferred that those who facilitate the commission of the infringement, are considered themselves offenders, and therefore they cannot be lawfully punished. Only an amendment to incorporate into the prohibition or its implementing provisions other forms of participation other than authorship of the anticompetitive conduct would be respectful of the guarantees required by the principle of material legality in punitive matters.

Palabras clave/Keywords: UE, España, Derecho sancionador, Derecho de la competencia, defensa de la competencia, tipicidad, legalidad, autoría, complicidad, sanción administrativa, infracción administrativa, conducta anticompetitiva, cártel. *EU, Spain, Sanctioning law, Competition law, legality, violator of law, complicity, administrative penalty, administrative offense, anti-competitive conduct, cartel*

La publicación de la Serie Jean Monnet Working Papers IE-Law School
está patrocinada por el Centro de Excelencia de Estudios Europeos-IE.
Copyright © 2017 by Francisco Marcos, Professor at IE Law School.
Este working paper se distribuye con fines divulgativos y de discusión.
Prohibida su reproducción sin permiso del autor, a quien debe contactar en caso de solicitar copias.
Editado por el IE Law School e impreso por IE Publishing, Madrid, España.

*The publishing of Serie Jean Monnet Working Papers IE-Law School
is sponsored by the Center of Excellence of European Studies.
Copyright © 2017 by Francisco Marcos, Professor at IE Law School.
This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.
It may not be reproduced without permission of the copyright holder.
Edited by IE Law School and printed at IE Publishing, Madrid, Spain.*

INTRODUCCIÓN

Las prohibiciones de conductas anticompetitivas en el Derecho defensa de la competencia se enuncian tanto en el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)¹ como en la Ley de Defensa de la Competencia (LDC)² en términos amplios, para comprender en ellas su posible comisión por cualesquiera sujetos económicos. La salvaguarda del interés público de un funcionamiento de los mercados sin distorsiones, la protección de la libre competencia y del interés de los consumidores se sirven mejor a través de normas jurídicas que se articulan las prohibiciones como holgados estándares de comportamiento.

En la práctica, la aplicación de esas prohibiciones en los procedimientos sancionadores se ha extendido a las empresas³ y a otros operadores en el mercado,⁴ independientemente de su naturaleza o forma jurídica, de si eran públicos o privados, y de si tenían o no ánimo de lucro. Tanto la prohibición de cárteles y otras conductas plurilaterales anticompetitivas (arts. 101 TFUE y 1 LDC)⁵ como la

¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Las referencias normativas, judiciales, administrativas y bibliográficas completas (así como las fuentes de las mismas) se recogen *infra* §6.

² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

³ Véanse §§31 y 33 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) de 16 de noviembre de 1977, *GB-Inno-BM*, 13/77 (reiterado, más tarde, en §38 de la STJUE a de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, *AGCM/Ente Tabacchi Italiani-ETI SpA*). En la doctrina, véase E GALÁN CORONA “La empresa como destinataria de las normas de Defensa de la Competencia” *Actas de Derecho Industrial II* (1975) 291-344. La LDC define la empresa en su Disposición Adicional 4ª (“A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”), sobre esta previsión véase JR SALELLES, “Comentario a la Disposición Adicional 4ª.1” en MASSAGUER, FOLGUERA, GUTIERREZ & SALA (dirs) *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Thomson 2015) 1376-1393.

⁴ Desde un principio se interpretó la alusión a las empresas desde una perspectiva funcional, comprendiendo el desarrollo de cualquier actividad económica, véase §21 de la STJUE de 23 de abril de 1991 (C-41/90) *Höfner & Elser c. Macrotron GmbH* [«(...) en el contexto del Derecho de la competencia (...) el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (...)»]; §14 de la STJUE de 16 de noviembre de 1995 (C-244/94) *Fédération française des sociétés d'assurances y otros* [§21 «(..)el mero hecho de que CCMSA no persiga fines lucrativos no priva a la actividad que ejerce de su carácter económico, ya que, (...), dicha actividad puede dar lugar a conductas que las normas en materia de competencia tienen por objeto reprimir».]

⁵ Al margen de del diferente ámbito territorial de las prohibiciones, el tenor del artículo 1.1 de la LDC (“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”) es ligeramente más amplio del 101.1 TFUE (“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”), pues incluye las “conductas conscientemente paralelas”.

prohibición de conductas unilaterales anticompetitivas (arts. 102 TFUE y 2 LDC)⁶ han extendido todo su vigor a cualquier entidad económica que realizase alguna de las conductas descritas en el tipo.⁷

Aunque las autoridades encargadas de la aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas detectaron hace ya tiempo la posible presencia en el escenario de la infracción de sujetos que sin ser autores directos de las mismas, las promoviesen, facilitasen o apoyaran, tradicionalmente esas conductas auxiliares no habían recibido una atención especial por las autoridades de defensa de la competencia⁸. En los últimos años, en cambio, se ha suscitado la cuestión de qué tratamiento deban recibir esas conductas accesorias o periféricas, de apoyo a la infracción de las prohibiciones *antitrust*. Para perseguirlas y sancionarlas, desde 2003 la Comisión Europea ha utilizado la figura del “facilitador” de la conducta prohibida por el TFUE, tras repasar brevemente los perfiles de las conductas prohibidas por el Derecho de defensa de la competencia (*infra* §1) este artículo describe el itinerario seguido por la Comisión europea en la construcción de la nueva figura (*infra* §2) y examina críticamente su difícil acomodo con el Derecho de la UE (*infra* §3). Se analiza la utilización de la figura por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CMC) para extender la aplicación del artículo 1 de la LDC (*infra* §4) y el difícil acomodo de tal utilización en el plano doméstico con arreglo a nuestro Derecho administrativo sancionador (*infra* §5).

1. Las conductas prohibidas por el Derecho de la competencia

El sistema de economía de mercado confía en la competencia como el principal mecanismo que permite el libre desarrollo de iniciativas empresariales en competencia, maximizando el bienestar de los consumidores. Con ese propósito, y con el objetivo de disuadir las conductas que distorsionen la libertad de competencia en el mercado, el Derecho de defensa de la competencia prohíbe cualquier conducta de los operadores en el mercado que de forma coordinada o de manera individual (en este último caso, si hay una situación de dominio en el mercado) falsee la libre competencia.

La formulación de estas prohibiciones en términos de estándares generales de comportamiento pretende dar cuenta de la amplia variedad de actuaciones de los agentes económicos en el mercado que son susceptibles de distorsionar u obstaculizar la libre competencia, que es el objetivo último que buscan salvaguardar. En efecto, los tipos de conductas ilícitas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia comprenden cualesquiera conductas que sean objetivamente aptas para falsear la

⁶ El texto del artículo 2.1 de la LDC (“*Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*”) es, a salvo de las variaciones relativas al ámbito geográfico, sustancialmente análogo al del artículo 102.1 TFUE (“*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*”).

⁷ Véase O ODUDU “Economic activity as a limit to Community law” en BARNARD & ODUDU (eds) [The Outer Limits of European Union Law](#) (Hart 2009) 225-243.

⁸ Véase Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1980 ([IV/29.869 Vidrio colado en Italia](#)).

competencia en el mercado, y ello ha permitido que su aplicación haya evolucionado en consonancia con los cambios en la realidad mercantil sobre la que se proyectan. El análisis económico que inspira la aplicación de estas normas ha desempeñado un papel crucial en su interpretación y en la construcción abstracta de los tipos de ilícitos prohibidos. La determinación del falseamiento o distorsión de la competencia constituye una cuestión económica y, por ello, se debe al análisis económico la identificación de los elementos y circunstancias que permiten identificar las conductas tipificadas como prohibidas.

La intelección por las autoridades de defensa de la competencia sobre cuándo determinadas conductas menoscaban el libre juego concurrencial en el mercado se ha fundamentado crecientemente en el análisis económico, que ayuda a separar las conductas que falsean la competencia de las que son inocuas para el funcionamiento competitivo de los mercados.⁹ Su contribución ha sido crucial tanto en la verificación de la conducta típica en los casos de prácticas concertadas prohibidas por los arts. 101 del TFUE y 1 de la LDC,¹⁰ como en la consideración de qué conductas por parte de un operador dominante en el mercado podrían considerarse abusivas y prohibidas por los arts. 102 del TFUE y 2 de la LDC.¹¹

Estos preceptos emplean conceptos indeterminados en la construcción de los tipos de conductas ilícitas,¹² que exigen una cierta valoración para su aplicación y pivotan siempre en torno al falseamiento o distorsión de la competencia (real o potencial) en el mercado, pero puede entenderse que cumplen las exigencias de concreción mínimas exigibles para una norma de carácter sancionador. Además, con efectos ilustrativos que permiten identificar qué clase de conductas están prohibidas, la cláusulas generales que encabezan las mencionadas prohibiciones se acompañan de un elenco ejemplificativo de

⁹ Hasta el punto de que cabría hablar de isomorfismo o hasta identidad de estos conceptos, véase D NEVEN “*Competition Economics and Antitrust in Europe*” *Economic Policy* 21 (2006) 780.

¹⁰ Véanse D GERARD “The Effects-Based Approach under article 101 TFEU and its paradoxes: Modernisation at war with itself” en BOURGEOIS & WAELBROECK (eds) *Ten years of Effects-based approach in EU Competition Law. State of Play and perspectives* (Bruylant 2013) 20-31 y B LASSERRE “Several Strokes of Black and a Palette of Grays: Competitor Agreements through the Eyes of an Enforcement Agency” [International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2013: 60.](#)

¹¹ Véanse W ALLAN “The Effects-based approach under Article 102 TFEU: History and State of Play” en BOURGEOIS & WAELBROECK, *Ten years of Effects-based approach in EU Competition Law*, 43-95 y N PETIT “From Formalism to Effects? The Commission’s Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC” *World Competition* 32/4 (2009) 485-503.

¹² El análisis que se realiza en este artículo se limita a las infracciones de los arts. 1 de la LDC y 101 del TFUE, aunque el mismo ejercicio podría hacerse para los arts. 2 y 102 del TFUE. Aunque hasta el momento la aplicación de la figura del “facilitador” se ha limitado a las conductas multilaterales, nada impide que se extienda al abuso de posición dominante, ¶¶72 y 73 de las [Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahls, presentadas el 21 de mayo de 2015, C-194/14 P AC-Treuhand AG vs. Comisión Europea](#) (Conclusiones AG-Treuhand II). Llama la atención también sobre los efectos de la extensión de la prohibición del artículo 102 a los facilitadores G DE STEFANO “AC-Treuhand Judgment: A Broader Scope for EU Competition Law Infringements” *Journal of European Competition Law & Practice* 6/10 (2015) 690 [“a facilitator (whose conduct could consist, for example, in the provision of strategic advice or economic expertise) might be accused of having participated in an abuse of a dominant position without assessing whether the facilitator actually held such position on a clearly defined market and whether it was actually able to restrict competition in a given market”]. En cambio, considera menos factible esa posibilidad SSH CHAN “AC-Treuhand: What is the Ambit of cartel facilitators’ liability” *European Competition Law Review* 2016/4:135.

prácticas que se consideran prohibidas y la extensa praxis de la autoridades encargadas de su aplicación proporcionan un amplio muestrario de lo que está prohibido.

Desde otra perspectiva, los tipos son claros en considerar autores de la infracción a quienesquiera realicen las conductas proscritas, y la aplicación de las prohibiciones por la Comisión Europea y las autoridades españolas de defensa de la competencia (TDC, CNC y ahora CNMC) ha determinado los distintos elementos y circunstancias que acompañan y están presentes en la comisión de estas infracciones. En efecto, se trata de conductas que tienen lugar en los mercados y que (potencialmente al menos) alteran la libre competencia en el mercado. Los infractores son operadores en el mercado que, como consecuencia de su conducta, distorsionan el devenir concurrencial ordinario, lo que a la postre menoscaba el bienestar de los consumidores.

En particular, en lo que se refiere a la prohibición de cárteles y conductas multilaterales anticompetitivas, la identificación de las conductas prohibidas por los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC se ha construido en la jurisprudencia comunitaria a partir de la existencia de acciones u omisiones coordinadas de los competidores en un mercado determinado que tuvieran por objeto o efecto el falseamiento de la competencia. Las conductas prohibidas se ciñen a conductas de carácter plurilateral que se materializan en acuerdos de dos o más empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas de dos o más empresas en el mercado.¹³ Sólo esas conductas están prohibidas.¹⁴

A los efectos de apreciar si se ha producido infracción, la definición y delimitación inicial del mercado relevante en el que dichas conductas tendrían lugar suele ser esencial: permite averiguar si las empresas poseen poder de mercado suficiente para que la conducta en cuestión distorsione la competencia. Adicionalmente, la norma proporciona discrecionalidad a las autoridades encargadas de su aplicación para caracterizar las circunstancias exigidas para la existencia de infracción, pero sin separarse de los elementos que –por imperativo de la norma– figuran en el tipo y que, por tanto, deben verificarse en todo

¹³ Véase nota al pie 26 de las Conclusiones AG-Treuhand II. En efecto, el art. 101 del TFUE prohíbe sólo los “*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*” y, como el AG recuerda, el TJUE ha dicho que “*si bien la generalidad de los términos empleados muestra el deseo de contemplar sin distinción todas las categorías de prácticas colusorias descritas en esta disposición, el carácter restrictivo de ésta es incompatible con toda ampliación de la prohibición que establece más allá de las tres categorías de prácticas colusorias enumeradas de modo taxativo*” (subrayado añadido, ¶165 de la STJUE de 29 de febrero de 1968, 24/67, Parke, Davis & Co. y Probel, Reese, Beintema-Interpharm y Centrafarm). De modo que “*por muy generales que sean los términos recogidos en el Tratado, no pueden quedar comprendidos en la prohibición prevista en el artículo 81 CE, apartado 1, los acuerdos que, en sí mismos, no tengan por objeto o por efecto restringir la competencia, sino que se refieren a la prestación de servicios encaminados a permitir que las partes de un acuerdo restrictivo de la competencia puedan adoptar conductas ilegales. La mera intención de una empresa de restringir la competencia no basta, a falta de la capacidad efectiva para hacerlo*” (¶70 de las Conclusiones AG-Treuhand II).

¹⁴ Aunque nos encontremos con servicios de apoyo u organización de un cartel prohibido por el art. 101.1 TFUE, se trata de una conducta distinta de la que ese precepto proscribiera (“*El objeto de los contratos celebrados entre AC-Treuhand y las empresas que operan en el mercado se refería, exclusivamente, a la prestación de servicios que, es cierto, tienen que ver con la puesta en práctica del cártel, pero que, en cuanto tales, son independientes de las conductas que se reprochan a los miembros del cártel*”, ¶67 de las Conclusiones AG-Treuhand II).

caso¹⁵. Por encima de ellos, la praxis de aplicación del precepto por las autoridades y la jurisprudencia del TJUE han caracterizado la infracción del artículo 101 del TFUE refiriéndose a que los infractores ejerciesen potencialmente cierta “presión competitiva” sobre el resto de las compañías partícipes en el acuerdo o práctica prohibida, de tal manera que su conducta limitase o cercenase esa “presión de la competencia” entre ellas.¹⁶ Adicionalmente, los potenciales efectos restrictivos de la competencia se encontrarán necesariamente ligados a esa circunstancia, de manera que exista un nexo o relación entre el cese en la presión competitiva y la restricción que se provoca en la competencia en el mercado.¹⁷ La participación en la infracción puede revestir diversas modalidades, incluyendo la mera contribución pasiva o tácita en la conducta anticompetitiva, sin distanciarse pública y abiertamente de la misma.¹⁸

En efecto, el tipo de la infracción del artículo 101 del TFUE se construye predominantemente a partir de la dimensión externa de la conducta de los operadores, con referencias puntuales a sus objetivos y al posible impacto de su conducta en el consumidor, pero en su construcción se ignora por completo la dimensión interna de la organización y funcionamiento del cártel o de la práctica anticompetitiva

¹⁵ La norma se configura a partir de categorías abstractas y directrices de aplicación que otorgan una notable discrecionalidad al encargado de aplicarla, véase GERARD “The Effects-Based Approach under article 101 TFEU and its paradoxes: Modernisation at war with itself” en BOURGEOIS & WAELEBROECK (eds) *Ten years of Effects-based approach in EU Competition Law*, 35-36.

¹⁶ Véanse, sobre todo, ¶¶ 25, 101, 108, 111, 113, 114, 116 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE, pero también ¶¶ 4, 40, 47, 112, 166 de las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal o ¶¶ 127, 132, 225 de las Directrices relativas a las restricciones verticales.

Como dicen las Conclusiones AG-Treuhand II (¶51): “*para formar parte de un cártel que tenga por objeto o efecto restringir la competencia, es preciso que la empresa interesada ejerza, en el juego normal del mercado, una presión competitiva («competitive constraint») sobre los demás participantes del cártel. Únicamente en el caso de que ejerza una presión competitiva que merezca la pena limitar, podrá ejercer la empresa de que se trata una presión de este tipo*”. Id. ¶54 Conclusiones AG-Treuhand II [“*No se trata únicamente de determinar si las empresas que pueden celebrar un acuerdo prohibido en el sentido del artículo 81 CE pueden operar en mercados distintos sino de establecer si pueden ejercer una presión competitiva las unas sobre a las otras. Si bien es cierto que la competencia a que hace referencia el artículo 81 CE, apartado 1, no es únicamente la que puede desarrollarse entre las partes de un acuerdo, sino también la existente entre una de ellas y terceros, es preciso que la entidad de que se trate esté en condiciones de ser beneficiaria o autora de compromisos contrarios a la competencia*” (nota omitida)]. En el caso concreto, por tanto, como Treuhand no ejercía una presión competitiva sobre las cartelistas, al no operar en los mercados en cuestión, difícilmente cabría considerar que por sí misma restringiese la competencia: los efectos restrictivos que se produzcan no tienen que ver con su participación sino con el acuerdo y conducta de los cartelistas.

¹⁷ ¶69 de las Conclusiones AG-Treuhand II (“*Aun suponiendo que se demostrase que las acciones emprendidas por AC-Treuhand tuvieron un efecto positivo en el funcionamiento del cártel, haciéndolo más eficaz y ocultando su existencia, los efectos sobre la competencia de dichos actos se derivan exclusivamente de la conducta de los miembros del cártel. Una vez más, si en circunstancias normales AC-Treuhand no ejerce una presión como la que la competencia hace recaer sobre las empresas controvertidas, sus acciones no pueden restringir la competencia*”).

¹⁸ Con referencias a la jurisprudencia del TJUE y del TGUE, véanse C TALBOT “AC-Treuhand, the Scope of Article 101 TFEU, and the Future of Actions for Antitrust Damages” [Commercial Law Practitioner 23/1 \(2016\) 11-13](#) y CHAN *European Competition Law Review* 2016/4:136-137.

realizada¹⁹. Ello impide extender los efectos de la prohibición a las conductas no previstas en el tipo, pero que puedan ser indispensables para la existencia de la infracción, que idealmente deberían recibir el mismo reproche.²⁰

2. El “facilitador” de la infracción del art. 101 del TFUE según la Comisión Europea

Con la figura del “facilitador” de la infracción las autoridades de la competencia identifican a aquéllos sujetos que contribuyan, promuevan o cooperen para que la infracción de las prohibiciones del Derecho de defensa de la competencia se realice.²¹ Desde la perspectiva económica se alude, en cambio, a las prácticas de facilitación de la colusión o de la coordinación anticompetitiva para comprender cualquier mecanismo que favorezca ese resultado (señales, comunicaciones, intercambios de información,

¹⁹ Véase CHARDING “Forging the European Cartel Offence: The Supranational Regulation of Business Conspiracy” *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice* 12 (2004) 284-285.

²⁰ Véase HARDING *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice* 12 (2004) 285.

²¹ En febrero de 2015 el bróker británico ICAP ha sido sancionado con una multa de €14.960.000 millones por su colaboración en seis de los siete cárteles de los derivados de tipos de interés en Yen (Decisión de la Comisión de 4 de febrero de 2015, *Yen Interest rate derivatives-YIRD*, Case COMP/AT.39861) siendo considerado por la Comisión “facilitador” de las conductas prohibidas, véase European Commission PR “Antitrust: Commission fines broker ICAP €14.9 million for participation in several cartels in Yen interest rate derivatives sector”, [IP-15-4104](#). La decisión de la Comisión ha sido recurrida al TGUE (T-180/2015, [DO C 245 de 27 de Junio 2015, 30-32](#)). También el bróker R.P. Martin Holdings Ltd y Martin Brokers (UK) Ltd habían sido sancionados con una multa de €247.000 como “facilitadores” de la infracción en 2009 por UBS/DB en el mismo cartel (véase Decisión de 4 de Diciembre de 2013, [AT.39861– Yen Interest Rate Derivatives](#), ¶¶47-48, 58, 71, 106-107, 162, 163 y 168).

Este supuesto es diferente del que ha llevado a la Comisión a sancionar a empresas de capital privado (*private equity*) por el control que hayan ejercido en una de las entidades infractoras. Está claro que en tal caso no se considera que la empresa de capital privado haya participado en la infracción (o si quiera la conociese) sino que se aplica la doctrina de la “*responsabilidad de la matriz por las infracciones cometidas por sus filiales*”. En la UE esta doctrina es de origen jurisprudencial y establece una presunción *iuris tantum* de que la matriz ejerce una “*influencia decisiva*” en la conducta de su filial (¶49 STJUE de 25 de octubre de 1983, 107/82, *AEG v. Comisión*). A los mismos efectos, en el la LDC -con una técnica jurídica cuestionable- el artículo 61.2 de la LDC establece “*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*”. Sobre esa doctrina y su aplicación, véase J GUTIÉRREZ “La responsabilidad de la matriz por las infracciones del derecho de la competencia cometidas por sus filiales” *Revista de Derecho Mercantil* 292 (2014) 251-296. Así, aunque no se conoce el texto de la decisión de la Comisión Europea, en el cartel de los cables de energía submarinos y subterráneos, se incluye entre las sancionadas a Goldman Sachs como matriz de una de las cartelistas (*Prysmian S.p.A. y Prysmian Cavi e Sistemi Energia S.r.l.*), véase resumen de la decisión de la Comisión de 2 de abril de 2014, AT.39610-*Cables de energía*. Otro tanto ocurre con las empresas de prestación de servicios que actúan bajo la dirección o el control de las que cometen una infracción, con conocimiento del carácter anticompetitivo de la conducta y de sus efectos, véase STJUE de 21 de Julio de 2016 (C-542/14, *SIA*).

cláusulas contractuales, etc.) al introducir transparencia adicional en el mercado o alinear el comportamiento de los agentes económicos, generalmente en industrias oligopolísticas.²²

La Comisión Europea empleó por vez primera la figura del facilitador en su decisión sobre el cártel del peróxido orgánico en 2003,²³ cuando sancionó a la consultora AC Treuhand AG (antes denominada Fides) como entidad de apoyo y colaboradora en la organización y funcionamiento del cártel.²⁴

A pesar de que Treuhand no actuase como operador en el mercado de los productos cartelizados y directamente no se beneficiara de ello,²⁵ la Comisión europea consideró irrelevante para considerarla infractora el que la consultora no estuviera presente en el mercado de referencia del cartel.²⁶ Según la Comisión, las prohibiciones de prácticas anticompetitivas del Tratado tienen como destinatarias a las empresas y es innegable que Treuhand era una empresa que desarrollaba una actividad económica en el mercado,²⁷ cuya conducta podría ser susceptible de infringir la prohibición de cárteles y otras conductas

²² Véase M GRILLO “Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in Antitrust Analysis” (2002) *European Journal of Law and Economics* 14: 151-169.

²³ El procedimiento se inició tras la solicitud de clemencia de la compañía AZKO en abril de 2000 y concluyó mediante decisión de 10 de diciembre de 2003 ([COMP/E-2/37.857](#), *Peróxidos Orgánicos*).

²⁴ Las múltiples tareas desempeñadas por Treuhand, de apoyo, soporte, promoción (e incluso inducción) a los acuerdos anticompetitivos, se enumeran en ¶¶ 92-93 y 95-105 de la decisión de 10 de diciembre de 2003. La Comisión considera que su papel era crucial para el cártel, actuando como protagonista y participante activo del cártel, más allá de ser un mero secretario (está claro que el papel de “AC Treuhand no se limitó a la función de secretaría. AC Treuhand no sólo participó en el acuerdo sino que promovió la participación en el acuerdo mediante sus decisiones sobre la aplicación del cartel (por ejemplo, sobre las cuotas). AC Treuhand gozaba de cierta autoridad sobre los miembros del cartel a la hora de limitar su comportamiento competitivo más allá de lo acordado por los propios miembros. AC Treuhand era consciente de que solamente la existencia continuada del cartel le permitiría seguir desempeñando el papel que desempeñaba en el acuerdo y actuó de manera independiente, diferente de la de los miembros” (¶332 de la Decisión de 10 de diciembre de 2003, nota omitida).

²⁵ ¶342 de la Decisión de 10 de diciembre de 2003 (“AC Treuhand no se benefició directamente de las subidas de precios ni del reparto de clientes en el marco del acuerdo, ya que no vendía PO. Pero sí se benefició del éxito del acuerdo en la medida en que se la seguía pagando por las estadísticas y demás funciones que realizaba”).

²⁶ Esta cuestión se había planteado ya en el cártel de los productores transformadores del tabaco crudo en España cuando la Comisión sancionó a la italiana Deltafina Spa, que aunque no actuaba en ese mercado porque “con su comportamiento, en coordinación con el de otras empresas, tiene la finalidad de restringir la competencia en un mercado pertinente específico dentro del mercado común, sin que ello requiera necesariamente que la misma empresa opere en ese mercado pertinente” [¶48 de la STGUE (Sala Cuarta) de 8 de septiembre de 2010, *Deltafina SpA c. Comisión Europea*, T-29/05 (id. ¶86)].

²⁷ ¶345 de la Decisión de 10 de diciembre de 2003 (“La Comisión considera que AC Treuhand también es una empresa en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, ya que es una empresa que realiza una actividad económica, La actividad es complementaria de las de los miembros del cartel activos en el mercado de PO. El mercado de PO se vio afectado y podía haberse visto afectado por las propuestas, mediación, estadísticas, etc. de AC Treuhand. Una retirada inopinada de AC Treuhand habría perturbado, al menos temporalmente, el funcionamiento del cartel igual que lo hubiera hecho la retirada de un fabricante de PO”).

plurilaterales anticompetitivas previstas en el art. 101.1 del TFUE.²⁸ Al final, Treuhand fue sancionada con una multa simbólica de €1.000.²⁹

La condena a Treuhand fue examinada por el Tribunal de primera instancia (TPI) mediante sentencia de 8 de julio de 2008 ([T- 99/04 Treuhand I](#)) en la que, entre otras cosas, la consultora alegaba que como “no existe [...] en el Derecho comunitario de la competencia una disposición legislativa que permita sancionar al inductor o al cómplice de una infracción”,³⁰ al condenarla la Comisión habría vulnerado el principio de legalidad del derecho sancionador (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Adicionalmente, Treuhand alegó que “sólo la empresa que es parte contractual en el acuerdo restrictivo de la competencia puede ser sancionada con una multa”³¹, de modo que “un acuerdo restrictivo de la competencia únicamente puede celebrarse entre empresas que tengan la condición de competidora, de oferente o de demandante en el mercado afectado”.³²

Sin embargo, el TPI confirmó la condena de la Comisión, considerando irrelevante que la empresa en cuestión no compitiera en los mercados en los que se hubieran verificado las conductas prohibidas, al margen también de la intensidad de su participación en la infracción.³³ El TPI consideró que podría considerársele cómplice,³⁴ sin que pudiera “acogerse la alegación de la demandante de que una empresa asesora no puede ser considerada coautora de una infracción porque no ejerce una actividad económica en el mercado pertinente afectado por la restricción de la competencia, por una parte, y porque sólo ha contribuido al cartel de manera subordinada, por otra”.³⁵ En suma, para el TPI “toda empresa que hubiera adoptado un comportamiento colusorio, incluidas las empresas asesoras que no operan en el

²⁸ Véanse ¶346 (“La Comisión considera que no es necesario probar el papel exacto desempeñado por entidades híbridas como AC Treuhand que claramente han infringido el artículo 81 del Tratado. AC Treuhand participó directamente en la infracción dirigida a restringir la competencia en el sector de los PO, aunque no produzca PO, y tomó decisiones destinadas a tal fin. Por lo tanto, AC Treuhand infringió el artículo 81 del Tratado y el artículo 53 del Acuerdo EEE.”) y 351 de la de la Decisión de 10 de diciembre de 2003 (“AC Treuhand será considerado por separado, dado su papel específico como empresa y/o asociación de empresas, que desempeñó diferentes funciones y tomó decisiones distintas de las de las demás partes del acuerdo”).

²⁹ ¶354 de la Decisión de 10 de diciembre de 2003.

³⁰ ¶82 de la STPI de 8 de julio de 2008 (Treuhand I).

³¹ ¶88 de la STPI de 8 de julio de 2008 (Treuhand I).

³² ¶89 de la STPI de 8 de julio de 2008 (Treuhand I), lo que además se extraía de la praxis decisonal anterior de la Comisión (¶¶93-94).

³³ ¶132 de la STPI de 8 de julio de 2008 Treuhand I (“el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de un cartel o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante para apreciar la existencia de una infracción por su parte. Ahora bien, aunque la importancia en su caso limitada de la participación de la empresa interesada no puede por tanto desvirtuar su responsabilidad personal por el conjunto de la infracción, cabe sin embargo que tenga incidencia en la apreciación de su alcance y de su gravedad, y por consiguiente en la determinación del importe de la multa”).

³⁴ Incluyendo coautoría o complicidad, ¶133 de la STPI de 8 de julio de 2008 Treuhand I (“cuando dicha empresa ha contribuido a la puesta en práctica de éste, aun de forma subordinada, accesoria o pasiva”).

³⁵ ¶136 de la STPI de 8 de julio de 2008 (Treuhand I).

*mercado de referencia afectado por la restricción de la competencia, podía razonablemente prever que la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, le era aplicable en principio.*³⁶

Algunos años más tarde la Comisión Europea volvió a encontrar que la misma consultora había contribuido a la organización y funcionamiento del cártel de los productos termo-estabilizadores (estabilizadores de estaño, el ESBO y los ésteres).³⁷ Como en el cártel del peróxido orgánico, la contribución de Treuhand en el éxito del cártel de los productos termo-estabilizadores también se presentaba como decisiva para el funcionamiento del reparto del mercado y de la fijación de precios, actuando como “controlador” del cumplimiento y respeto de las cuotas adjudicadas a cada cartelista y “moderador” en caso de conflicto entre ellas.³⁸

En efecto, la consultora Treuhand presidió muchas de las reuniones del cártel (tanto del *PVC Tin Stabilisers Group* como del *ESBO Ester Group*), sin que pudiera considerársele un mero secretario administrativo, carente de interés alguno en el éxito del cártel: Treuhand tenía autoridad para controlar las ventas de las cartelistas, instándolas a corregir comportamientos que se desviarán del reparto acordado, y recibiendo compensación económica por ello.³⁹ También se encargó de ocultar y hacer todo lo posible para que el cartel no fuera descubierto por las autoridades.⁴⁰

Para la Comisión, la infracción por Treuhand de la prohibición de cárteles resultaba clara,⁴¹ siendo imposible que desconociera el carácter prohibido de la conducta y la relevancia de su contribución para

³⁶ ¶150 de la STPI de 8 de julio de 2008 (Treuhand I).

³⁷ Véase Decisión de 11 de noviembre de 2009, [COMP/38589 Termo-estabilizadores](#). También en este caso el procedimiento se inició tras la solicitud de clemencia de una de las partícipes en el cártel (Chemtura).

³⁸ ¶109 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009. La Comisión detalla con todo lujo de detalles la organización y mecánica de las reuniones convocadas y preparadas por Treuhand (¶¶112-129).

³⁹ ¶¶356-359 y 381 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009.

⁴⁰ ¶576 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009.

⁴¹ ¶341 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009 (“*The organisation of meetings or providing services relating to anti-competitive arrangement, may also be prohibited under certain conditions according to the jurisprudence of the Court of First Instance*” nota omitida); ¶380 (“*AC Treuhand actively participated in both cartels throughout the entire period*”); y ¶381 (“*AC Treuhand must be considered a perpetrator for the purposes of Article 81 of the Treaty*”).

el éxito del cártel.⁴² Por todo ello, y en atención a su contribución esencial a la organización y eficacia del cártel,⁴³ Treuhand fue sancionada en esta ocasión con multa de 374.000€⁴⁴

También Treuhand recurrió la sanción al Tribunal General de la UE (TGUE),⁴⁵ con una motivación análoga a la formulada en el recurso al TPI por la multa en el cártel de los peróxidos. Para Treuhand su colaboración en la prestación de servicios al hilo de la celebración de un acuerdo anticompetitivo no constituía una conducta prohibida por el art. 101 del TFUE, pues si así fuera se vulneraría el principio de legalidad del Derecho sancionador.⁴⁶ Adicionalmente, cuestionaba la interpretación extensiva dada a ese precepto por la Comisión y la falta de previsibilidad de una sanción tan elevada como la impuesta. El TGUE, apoyándose sustancialmente en su sentencia de 2008 (*Treuhand I*), rechazó de plano las alegaciones de Treuhand y confirmó la actuación de la Comisión mediante sentencia de 6 de febrero de 2014.⁴⁷

La sentencia del TGUE fue recurrida en apelación al Tribunal de Justicia de la UE (TJUE). El Abogado General (AG) recomendó en sus conclusiones que el TJUE anulase la sentencia del TGUE y la sanción impuesta por la Comisión. El AG consideraba que la extensión de la aplicación de la prohibición a la conducta de Treuhand contrariaba el principio de legalidad.⁴⁸

La sentencia del TJUE de 22 de Octubre de 2015 (C-194/14P) confirma el fallo del TGUE, rechazando el recurso de Treuhand y los argumentos del AG, para el TJUE la redacción del artículo 101.1 del TFUE

⁴² ¶383 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009.

⁴³ ¶749 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009 (“*AC-Treuhand AG played a crucial role in the organisation and conduct of the meetings (see, in particular, recitals (356) - (359)). AC-Treuhand AG had precise knowledge of the anti-competitive arrangements and in fact, drafted and disseminated in a very professional way all the information on prices, quotas and customers. It was entrusted with the power to conduct audits of the cartel participants until 1996. Only the data ultimately approved by AC-Treuhand AG became the basis of negotiations and arrangements. AC-Treuhand AG made available its location to conceal the cartel. In both cartels, its role was that of preventing the detection of the infringements. As moderator, its role was that of encouraging compromises with a view to concluding the anti-competitive agreements. AC-Treuhand AG provided its services, its professional expertise and infrastructure to both cartels in order to benefit from them. Such conduct can only be characterized as active participation and involvement conducive to, and facilitating, the anti-competitive arrangements and their implementation.*”)

⁴⁴ ¶744 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009: “*the fact that the Commission imposed a symbolic fine in the Organic Peroxides case does not create a legitimate expectation regarding the level of the fines it may impose in other cases. In this case, the Commission considers it appropriate to impose fines at a level that genuinely reflects the gravity and the duration of the infringements committed by AC-Treuhand AG, as well as the need to ensure that fines have a sufficiently deterrent effect*” (nota omitida).

⁴⁵ Como es sabido, como consecuencia del Tratado de Lisboa, el Tribunal de primera instancia (TPI) cambió su denominación a la de Tribunal General de UE (TGUE).

⁴⁶ ¶¶37-39 de la *Sentencia de 6 de febrero de 2014 (T-27/10)*, [AC-Treuhand AG c. Comisión Europea \(Treuhand II\)](#).

⁴⁷ ¶¶45-46 de la *Sentencia de 6 de febrero de 2014 (T-27/10, Treuhand II)*.

⁴⁸ ¶¶74 y 84 de las Conclusiones AG-Treuhand II, lo que no supone que el AG considere que la conducta de Treuhand no sea reprochable, “*únicamente se suscita la cuestión de si los servicios de asesoramiento prestados por la recurrente pueden ser castigados en virtud del artículo 81, apartado 1, pero no si merecen serlo*” (id. ¶22).

no indica “*que la prohibición que se establece se refiera únicamente a las partes en tales acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos*”⁴⁹, y rechaza una interpretación restrictiva de la misma que presuponga “*una limitación recíproca de la libertad de acción en un mismo mercado en el que operen todas las partes*”.⁵⁰

Para el TJUE, la extensión de la aplicación de la prohibición a la conducta de Treuhand es necesaria para asegurar su eficacia.⁵¹ Aunque la conducta de Treuhand no es parte de los acuerdos de los productores de estabilizadores de térmicos, su relación con ellos es innegable,⁵² de modo que “*el propio objetivo de los servicios prestados por AC-Treuhand sobre la base de los contratos de prestación de servicios celebrados con dichos productores era la realización con todo conocimiento de causa, de los objetivos contrarios a la competencia de que se trata, concretamente [...] la fijación de precios, el reparto de los mercados y clientes y el intercambio de información comercial sensible*”.⁵³

2. Los cómplices de la infracción del art. 101 del TFUE

En verdad, los términos en los que la Comisión Europea caracterizó jurídicamente la eventual participación de Treuhand en las infracciones del artículo 101.1 del TFUE enjuiciados en las decisiones referidas en el apartado anterior resultaban un tanto imprecisos.⁵⁴ De igual manera, la confirmación judicial de su decisión emplea alternativamente los términos “coautor” y “cómplice”, sin darle mayor relevancia a la distinción.⁵⁵

⁴⁹ ¶27 *in fine* de la STJUE de 22 de Octubre de 2015 ([C-194/14P Treuhand II](#)).

⁵⁰ ¶33 de la STJUE de 22 de Octubre de 2015 ([C-194/14P Treuhand II](#)).

⁵¹ Ya que, en caso contrario “*no permitiría impedir la contribución activa de una empresa a una restricción de competencia por el mero hecho de que dicha contribución no se refiera a una actividad económica perteneciente al ámbito del mercado pertinente en el que esa restricción se materialice o tenga por objeto materializarse*” ¶36 de la STJUE de 22 de Octubre de 2015 ([C-194/14P Treuhand II](#)).

⁵² ¶39 de la STJUE de 22 de Octubre de 2015 ([C-194/14P Treuhand II](#)) “*no puede considerarse que las intervenciones de ésta en esa calidad [empresa asesora] constituyeran meros servicios periféricos, sin relación alguna con las obligaciones contraídas por los productores y las restricciones de la competencia de ellas derivadas*”

⁵³ ¶38 de la STJUE de 22 de Octubre de 2015 ([C-194/14P Treuhand II](#)).

⁵⁴ Lo que no quiere decir que la evidencia de la conducta de Treuhand no sea detallada (sobre Decisión de 2003 ¶¶91-105 y Decisión de 2009 ¶¶108-119), pero se echa en falta (como el AG censura en sus conclusiones ¶¶59 y 81) una mayor precisión jurídica en la calificación de la conducta imputada. Véase también CHARDING “Capturing the cartel’s friends: Cartel facilitation and the idea of joint criminal enterprise” [European Law Review 2 \(2009\) 303](#) (“*there may be more substance in the objection that the legal delineation of punishable cartel conduct is in need of greater specificity and definition*”).

⁵⁵ Al confirmar la Decisión de 2003, el TPI es vacilante en la consideración de la consultora como “coautor de la infracción” (¶129 de la STPI de 8 de julio de 2008, Treuhand I) o como “cómplice” (véanse ¶¶117, 129, 130, 133, 146, 148 y 149 de la STPI de 8 de julio de 2008, Treuhand I), de modo que aunque considera que “*basta con que*

Aunque es cierto que la asistencia y el apoyo de Treuhand fueron esenciales para la organización, funcionamiento y éxito de ambos cárteles, también lo es que Treuhand no era un participante ordinario en el cártel y por eso cabe cuestionar su calificación como “autor” de la infracción.⁵⁶

Además, incluso sin ser un cartelista más, no resulta posible considerar que Treuhand realizó la conducta anticompetitiva prohibida por el art. 101.1 del TFUE. Difícilmente puede entender que las actuaciones de Treuhand restringieran en modo alguno la competencia,⁵⁷ sin que concurriese -por tanto- el elemento principal del tipo que se establecen en ese precepto. Y dado que Treuhand no habría realizado la conducta típica, resulta anómalo y contrario al principio de legalidad que pueda ser sancionada por ello.

La caracterización correcta de las conductas desarrolladas por Treuhand, que promueve, apoya y ayuda a la infracción por las empresas participantes en el cártel se aproxima más bien a lo que en el Derecho penal se conoce como cómplices o cooperadores necesarios del ilícito.⁵⁸ Sin embargo, esas conductas

la Comisión demuestre que la empresa de que se trate ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente a ellos para probar de modo suficiente la participación de dicha empresa en el cartel. Para acreditar la participación de una empresa en un acuerdo único, integrado por un conjunto de comportamientos ilícitos separados en el tiempo, la Comisión debe probar que esa empresa pretendía contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo” (¶130 de la STPI de 8 de julio de 2008, Treuhand I), a renglón seguido afirma “[e]sta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único”, para concluir que “la jurisprudencia reconoce la corresponsabilidad de las empresas coautoras y/o cómplices de una infracción en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, considerando que el requisito objetivo para la imputación a la empresa interesada de los diversos comportamientos ilícitos que constituyen el conjunto del cartel concurre cuando dicha empresa ha contribuido a la puesta en práctica de éste, aun de forma subordinada, accesoria o pasiva, por ejemplo mediante la aprobación tácita y la omisión de denunciar dicho cartel a las autoridades, pudiendo tomarse en consideración la importancia eventualmente limitada de esa contribución al determinar la gravedad de la sanción” (¶133 de la STPI de 8 de julio de 2008, Treuhand I).

⁵⁶ Véase ¶18 de las Conclusiones AG-Treuhand II. La Comisión hace abstracción de esas circunstancias, para reiterar que los servicios de Treuhand servían para apoyar “objetiva y subjetivamente” los cárteles y, por ende, para que la consiguiente limitación de la competencia tuviera lugar (*id.* ¶¶27 y 28).

⁵⁷ ¶¶19 y 68 de las Conclusiones AG-Treuhand II (“*la Comisión no alegó ni demostró que AC-Treuhand ejerciera una presión como la que, con carácter general, la competencia ejerce sobre las empresas miembros del cártel. Al no ejercer esa presión sobre los miembros del cártel detectado en el sector de los estabilizadores térmicos, la conducta de AC-Treuhand no podía restringir, en cuanto tal, la competencia y, por consiguiente, quedar incluida en el ámbito de aplicación de la prohibición de cárteles prevista en el artículo 81 CE, apartado 1*”).

⁵⁸ ¶80 de las Conclusiones AG-Treuhand II (“*Los hechos que se imputan a AC-Treuhand (organización de las reuniones, distribución y custodia de la documentación, asistencias y acciones diversas para mantener en secreto el cártel) pueden quedar incluidos, en principio, en dicho concepto, pues la conducta de esa empresa ha consistido, sin lugar a dudas, en ayudar a los miembros del cártel en la puesta en práctica y desarrollo de éste*”). Como dice después, “*Además y sobre todo aunque, según mi leal saber y entender, se admite de forma casi unánime la distinción entre el «autor» y el «cómplice» de un delito en el ámbito penal, con carácter general se desconoce esa distinción en el entorno administrativo. Pues bien, como el Tribunal de Justicia ha declarado en numerosas ocasiones y pese a que esa cuestión ha sido objeto de debate, el Derecho de la competencia de la Unión es de naturaleza administrativa. Por tanto, recurrir al concepto de complicidad en este contexto carece de sentido. En el Derecho de los Estado miembros, aunque efectivamente han existido situaciones en las que se ha planteado sancionar a personas o entidades que han brindado asistencia para la comisión de una infracción de las normas*

no están prohibidas por el art. 101 del TFUE⁵⁹ (por cierto, tampoco por el art. 102 del TFUE). Jurídicamente no es lo mismo ser autor de la infracción, que cómplice o cooperador necesario para la comisión de la conducta prohibida.⁶⁰

En efecto, dado el carácter sancionador de las normas de defensa de la competencia, no es razonable extender su aplicación a conductas que no son subsumibles en ellas. Y eso es lo que ocurre en el caso de que no exista la necesaria coincidencia entre el hecho punible y la conducta que pretende subsumirse en el tipo de la infracción. Aunque el TJUE haya dicho lo contrario,⁶¹ la ampliación del tipo de conductas prohibidas por vía aplicativa no es posible y constituye una anomalía, que contraviene el principio de legalidad de las sanciones.⁶²

La importancia de la formulación precisa de las normas que proscriben y sancionan determinadas conductas empresariales y la necesaria sincronía en la práctica entre el tipo y la conducta prohibida son una manifestación del principio de legalidad, que debe permitir razonablemente a los agentes conocer y prever las conductas que están prohibidas y quienes están sujetos a la prohibición.⁶³ Es imprescindible que el tipo precise con claridad y sin ambigüedades las conductas y los sujetos afectados por la infracción.⁶⁴ La otra cara de la moneda es que esa exigencia constituye una expresión del principio de

de competencia, los casos que he logrado identificar son escasos, se refieren a disposiciones nacionales particulares o son consecuencia directa de la sentencia AC-Treuhand I (¶82 de las Conclusiones AG-Treuhand II, *notas omitidas*).

⁵⁹ El artículo 23.2.a) del Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado ([DO L1, de 4 de enero de 2003](#)) autoriza a la Comisión para imponer multas a las empresas que, de forma deliberada o por negligencia "infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado". Véase también ¶83 de las Conclusiones AG-Treuhand II ("*En cualquier caso, dicha incriminación no se deriva del tenor del artículo 81 CE ni de las reglas adoptadas en su aplicación*").

⁶⁰ Así, por ejemplo, sólo quien infrinja una disposición de Derecho comunitario (y no el inductor o el cómplice) es considerado autor de una irregularidad susceptible de control/sanción (art. 1.2) a los efectos del régimen sancionador general en materia de fraude que afecte a los intereses financieros de las comunidades prescrito en el Reglamento (CE/EURATOM) 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

⁶¹ El TJUE habla de la "aclaración progresiva de las reglas de responsabilidad de un asunto a otro" [¶41 de la STJUE de 22 de Octubre de 2016 ([C-194/14P Treuhand II](#))].

⁶² En parecidos términos, HARDING [European Law Review 2 \(2009\) 303](#) ("*constitute an exercise in working backwards form discussion of an appropriate penalty, rather than a priori definition, and are the result of incremental and often judicial specification [...] such ex post facto patchworking still lacks the degree of specificity usually required for offence definition in systems of criminal law*").

⁶³ ¶96 de STPIE de 13 de julio de 2011 (T-138/07) *Schindler Holding Ltd et al. c. Comisión CE* ("*Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, qué actos y omisiones desencadenan su responsabilidad penal*"). Igualmente, aunque referido, al principio de legalidad de las sanciones (y no de las infracciones) véase ¶15 de la STJUE (Sala 6ª) de 18 de Noviembre de 1987 (137/85) *Maizena GmbH et al. c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM)* ("*una sanción, aunque no sea de carácter penal, sólo puede imponerse si se apoya en una base legal clara y no ambigua*").

⁶⁴ Se trata del corolario natural del principio de legalidad, reconocido en los mismos términos por el artículo 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos y por el artículo 49.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de

seguridad y certidumbre jurídica,⁶⁵ que limitará y fijará el alcance de las potestades sancionadoras de la Comisión y de las ANC (que no pueden perseguir y sancionar conductas no comprendidas en el tipo de la prohibición).

Lo anterior no supone que el principio de legalidad no permita que, como ocurre con los artículos 101 y 102 del TFUE, el tipo de la prohibición se formule de manera amplia y genérica, con el propósito de abarcar multitud de conductas potencialmente anticompetitivas. Pero sí exige respetar los principios seguidos en la aplicación e interpretación de dichos preceptos, que se pueden extraer de la jurisprudencia del TJUE sobre qué se han de entender por restricciones a la competencia prohibidas por dichas normas.⁶⁶ En concreto, en su redacción actual estos preceptos carecen del grado de determinación mínima exigible para comprender en ellos a los cómplices, cooperadores o colaboradores necesarios de la infracción.⁶⁷

De alguna manera es cierto –como afirma el TJUE– que la efectividad de las prohibiciones requeriría la extensión de su aplicación a ellos,⁶⁸ pero este argumento no es suficiente para estirar su tenor más allá de donde razonablemente es posible. En efecto, las prohibiciones de conductas anticompetitivas del TFUE no pierden vigor o eficacia porque la prohibición no se aplique a aquéllos que facilitan o contribuyen a que la infracción tenga lugar, pues el tipo captura sin lugar a dudas la conducta

la UE: “*Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional*”. Véanse ¶35 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 22 de noviembre de 1995, *S.W. c. Reino Unido* (20166/92), ¶29 de la STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia* (17862/91) y ¶52 de la STEDH de 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis c. Grecia* (14307/88).

⁶⁵ Véase ¶79 de la STJUE de 7 de junio de 2007 (C-76/06P) *Britannia Alloys & Chemicals Ltd c. Comisión CE* (“el principio de seguridad jurídica exige que las normas de Derecho comunitario sean claras y precisas para que los interesados puedan orientarse en situaciones y relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del ordenamiento jurídico comunitario”) y ¶80 de la STPIE de 6 de Octubre de 2005 (T-22/02 y T-23/02) *Sumitomo Chemical Co. Ltd & Sumika Fine Chemicals Co. Ltd c. Comisión CE*: “el principio de seguridad jurídica tiene por finalidad garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho comunitario”.

⁶⁶ Véase *supra* §1. Véase también ¶71 de las Conclusiones AG-Treuhand II (“Si el Tribunal de Justicia adopta el planteamiento que la Comisión preconiza en el presente asunto, ratificada por el Tribunal General, el método de identificación de las conductas contrarias a la competencia previstas en los Tratados se vería profundamente perturbado. En mi opinión se produciría una tal desconexión entre las conductas de que se trate y la necesidad de identificar una restricción a la competencia, en el sentido económico del término, que la delimitación del mercado pertinente y la identificación de las presiones que, en principio, se ejercen en el citado mercado resultaría completamente superflua”). Los efectos perniciosos se proyectarían igualmente a la aplicación del artículo 102 del TFUE, véanse ¶¶72 y 73 de las Conclusiones AG-Treuhand II (y véase también *supra* nota 12).

⁶⁷ Véase HARDING [European Law Review 2 \(2009\) 307](#) (“more care may be required in specifying the kinds of participation in cartel activity that may justifiably ground liability for an infringement of Art.81 EC”). El TJUE ha sostenido que la incapacidad del comprador de leche de hacer frente a la tasa punitiva impuesta por tratarse de leche producida fuera de las cuota fijadas de acuerdo con el Derecho UE impide que esa sanción se aplique al productor de la leche (¶31), véase STJUE de 15 de Enero de 2004 (C-230/01) *Intervention Board for Agricultural Produce c. Penycod Farming Partnership*.

⁶⁸ ¶36 de la STJUE de 22 de Octubre (C-194/14P). Véase también ¶40 de la STGUE de 8 de septiembre de 2010 (T-29/05) *Deltafina SpA c. Comisión Europea*.

anticompetitiva en sí misma, y obviamente la “conducta periférica” del facilitador perderá todo sentido y razón de ser si la conducta anticompetitiva es sancionada.⁶⁹

Finalmente, si las normas del TFUE y sus disposiciones de aplicación son insuficientes en su formulación actual no vale con interpretarlas de manera extensiva, esa forma de proceder puede ser efectiva pero contraviene la lógica de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Para sancionar la actuación de quienes colaboran y facilitan la comisión de las infracciones de los arts. 101 y 102 del TFUE sería necesario reformar el tenor de las estas prohibiciones o de las disposiciones relativas a su aplicación (el Reglamento 1/2003 o el Reglamento 773/2004) para incluir una previsión específica que contemplara expresamente como ilícitas esas conductas.⁷⁰

3. El “facilitador” de la infracción del artículo 1 de la LDC según la CNC y la CNMC.

En los últimos cinco años, la utilización de la figura del “facilitador” de la infracción de las prohibiciones de la legislación defensa de la competencia por las autoridades españolas ha sido frecuente y ha alcanzado una laxitud notable. Aunque, el recurso a esta figura se rodea siempre de la referencia a la sentencia del TPI en el asunto Treuhand, la situación de referencia en muchos de los supuestos en que se ha empleado no es equiparable.

(1) Así, en primer lugar, de manera claramente incorrecta, la CNC (y luego la CNMC) han utilizado el término “facilitador” como sinónimo de coautor y/o de cooperador necesario de la infracción, cuando se trata de posiciones jurídicamente distintas. De manera innecesaria, la CNC inauguró la utilización de la figura del “facilitador” en la resolución de 2 de marzo de 2011 (S/0086/08 *Peluquería Profesional*)⁷¹

⁶⁹ Véase ANNE VALLERY & CAROLINE SCHELL “AC-Treuhand: Substantial Fines for Facilitators of Cartels” *Journal of European Competition Law & Practice* 7/4 (2016) 256 (“On the one hand, the fact that this allegedly objectionable and unethical conduct could not be caught under Article 101 TFEU would not mean that the full effectiveness of the cartel prohibition could be challenged, as the prohibition of the really problematic conduct stays untouched. On the other hand, it could be argued that imposing a fine on facilitators could make it more difficult for undertakings to actually participate in a cartel. It would be more complicated for them to try to start or hide the anticompetitive purpose and object of their meetings, agreements, or concerted practices without the help of a facilitator.”)

⁷⁰ ¶¶85 y 87 de las Conclusiones del AG-Treuhand II (“En mi opinión, incumbe en exclusiva al legislador de la Unión prever una sanción para los cómplices de infracciones del Derecho de la competencia. A este respecto, conviene subrayar que el deseo de las instituciones de garantizar la eficacia de sus políticas debe conciliarse con la legalidad y la seguridad jurídica. Como señalaba un autor, la doctrina del efecto útil no puede llevar al Tribunal de Justicia a interpretar disposiciones del Tratado en el sentido de extender al máximo la competencia de las instituciones, pero debe permitir interpretar las normas pertinentes con arreglo a su objetivo y finalidad”). El autor referido es P PESCATORE “Monisme et dualisme et ‘effet utile’ dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne” en COLNERIC, PUISSOCHET, RUIZ-JARABO & EDWARDS (coords) *Une communauté de droit : Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias* (BWV Berliner Wissenschafts 2003) 340.

⁷¹ En el caso de la Asociación nacional de Perfumería y Cosméticos (STAMPA) el la CNC afirmó “este Consejo considera necesario aclarar que, a diferencia de lo que ocurre en el Código Penal, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no es necesario calificar formalmente la forma de participación de cada uno de los

y continuó con las resoluciones de 13 de mayo de 2011 (S/0159/09 *UNESA y Asociados*)⁷² y de 24 de Junio de 2011 (S/0185/09 *Bombas de Fluidos*).⁷³

La CNMC ha seguido esta costumbre de su predecesora en todos los expedientes en los que en la infracción de la prohibición de acuerdos o prácticas anticompetitivas intervenía una asociación de empresas que agrupase a las infractoras.⁷⁴

sujetos sancionados en el ilícito, bastando con que realicen, de forma o negligente, alguno de los actos tipificados como infracción administrativa por la legislación de que se trate. Esta afirmación, viene corroborada, en el ámbito de la defensa de la competencia, el artículo 61 de la LDC cuando habla de “sujetos infractores” (o el artículo 9 de la Ley 16/1989, cuando habla de “quienes realicen actos de los descritos en los artículos 1, 6 y 7”) sin distinguir el concepto en que se interviene en la comisión de la infracción, por lo que su concreción es de todo punto de vista innecesaria. Por ello, la referencia efectuada por la Dirección de Investigación a la condición de STANPA como cooperador necesario no tiene ni mucho menos la connotación formal que se le pretende dar por la citada Asociación ni, por tanto, cabe hacer reproche alguno en este punto a la presente resolución ni a la calificación efectuada durante la fase de instrucción, que se ajusta a lo exigido por la LDC (o Ley 16/1989)” (FD10º).

⁷² En el caso de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) “*debe ser declarada también responsable de las dos conductas infractoras en la medida en que ha facilitado las mismas. Su contribución ha sido indispensable para la coordinación de las empresas en su seno y para la ejecución de la mayor parte de las actuaciones. Ciertamente no actúa con independencia de las empresas, sino a instancia de ellas. Pero a su vez constituye el medio sobre el que se soporta e instituye la colaboración y su intervención resulta decisiva y tiene entidad propia en el desarrollo de la conducta [...]. Extrapolando los criterios del TG (antes TPI) en el asunto Treuhand (asunto T-99/04, AC Treuhand AG / Comisión) a este caso, UNESA puede considerarse coautora por su papel facilitador de la práctica puesto que (1) contribuyó activamente a la puesta en práctica de la conducta, existiendo un nexo de causalidad suficientemente concreto y determinante entre su actividad y la misma; y (2) manifestó su voluntad de participar en la práctica restrictiva ya que pretendía contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y tuvo conocimiento de los comportamientos ilícitos de los demás participantes o pudo de forma razonable haberlos previsto y estaba dispuesta a asumir el riesgo (§134). (FD9º)*

⁷³ La implicación de la Asociación Española de Fabricantes de Bombas para Fluidos-AEFBF en las infracciones fue distinta para la DI y para el Consejo de la CNC, que concluyó (citando sus resoluciones en las dos notas anteriores) que “*La AEFBF juega un papel propio en estas conductas, dando apoyo al desarrollo de las mismas, facilitando la cooperación y, en algunos casos, impulsándola. Ha cometido materialmente la infracción, es decir, que es coautora de la misma, desempeñando un papel como facilitador de la conducta. Esta conclusión es idéntica respecto de la segunda conducta, donde el papel de las empresas fue igualmente activo y, de hecho, la labor de determinadas empresas en el seno del grupo de trabajo y coordinando al resto de competidores fue muy significativa. Al propio tiempo, la coordinación se plasma en un modelo cuya “propiedad” se atribuye a la AEFBF, como vehículo para ponerlo en común.*” (FD7º). La SAN de 19 de Junio de 2013 ha ratificado la conclusión y la sanción impuestas (FD5º). Véase también FD13º de la SAN de 25 de Febrero de 2013.

⁷⁴ La CNMC consideró a AENA como “cooperador necesario” de la infracción de varias compañías de alquiler de vehículos sin conductor (FD3º, apartado 6º de la RCNMC de 2 de enero de 2014 (S/0404/12 *Servicios Comerciales AENA*). Como ya hemos dicho, es cuestionable que en estos casos -más bien- se tratara de un infractor más, véase A PASCUAL “El cooperador necesario en las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia” en RECUERDA (coord) *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario 2015*, 132-133. Después del caso AENA, véanse FD8.5 de la RCNMC de 6 de Noviembre de 2014 (S/0430/12 *Recogida de Papel*) sobre la responsabilidad de Unión de Empresas de Recuperación S.L., que afirma “*UDER ha cometido materialmente la infracción imputada, es decir, que es coautora de la misma, lo que se acredita en el hecho de que a lo largo del presente expediente se ha comprobado su rol como facilitador de la infracción realizada por sus socios, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General) de 8 de julio de 2008, AC-Treuhand AG/Comisión, T-99/04, que precisamente sanciona como autor a quien, con pleno conocimiento, participa en un cártel como facilitador.*” Véanse también FD4.5 de la RCNMC de 26 de febrero de 2015 (S/0425/12 *Industrias*

No se comprende la necesidad que tienen la CNC y la CNMC de introducir la figura del facilitador en estos casos. Fuera de una licencia literaria, de uso cuestionable dentro de un procedimiento sancionador (que requiere el cumplimiento de múltiples formalidades, incluido el uso estricto de la terminología) nada aporta recurrir al facilitador cuando lo que realmente existiría eventualmente en esos casos es coautoría de la infracción de la asociación empresarial en cuestión.

(2) En segundo lugar, en varias decisiones la CNMC ha extendido la aplicación de la prohibición del artículo 1 de la LDC a empresas de consultoría que con su actividad proporcionaban sustento a la infracción, como cómplices y cooperadores necesarios de la misma. Las decisiones de la CNMC se refieren todas ellas a la industria del automóvil, comprendiendo tanto la fabricación como la distribución de automóviles. En materia de fabricación, dos consultoras han sido condenadas por su colaboración activa como facilitadoras del “cartel de los fabricantes”⁷⁵. En estos supuestos, la situación es más parecida a la de examinada por las instituciones comunitarias en los asuntos Treuhand (I y II). En efecto, en el ámbito de la distribución, una empresa de consultoría (A.N.T. Servicalidad, S.L.) ha sido condenada como cooperador necesario de una infracción de las normas de defensa de la competencia por su labor en la gestión de los programas de “cliente indiscreto” o “comprador misterioso”, destinados a obtener e intercambiar información sobre precios y condiciones comerciales de venta y detección de los descuentos que se separaban de los PVP recomendados, que en el fondo eran una manera de hacer efectivos ocho cárteles de concesionarios de diversas empresas de automóviles sancionados por la

Lácteas 2) sobre la responsabilidad como “facilitadoras de los intercambios de información” de AELGA y GIL (concluyendo en FD7.1 “*se considera que las conductas anticompetitivas descritas en la presente resolución son imputables a AELGA y al GIL como coautores de las mismas, en condición de colaborador necesario*”, a las que impone multas de €100.000 y €200.000 respectivamente); FD 9.3 RCNMC de 18 de Junio de 2015 (S/0469/13 *Fabricantes de Papel y Cartón Ondulado*) más ponderado (“*La conducta, además, se ha desplegado de forma institucionalizada, a través de la asociación AFCO, que ha facilitado la consecución del fin ilícito por diversos medios. Así, en el mercado de fabricación de papel para la elaboración de cartón ondulado, AFCO ha sido la institución a través de la cual se ejecutaba el intercambio de información sobre precios de papel entre las empresas imputadas pero, adicionalmente, su actuación ha ido más allá de ser un facilitador de la operativa del ilícito para desplegar iniciativa propia en su funcionamiento*”) y FD9.6 (“*la asociación ha cometido materialmente la infracción imputada, es decir, que es coautora de la misma*”). Véase también FD4.1 y 8.7 de la RCNMC de 25 de Junio de 2015 (S/0454/12 *Transporte Frigorífico*) sobre la condena de Asociación Española de Empresarios de Transporte Bajo Temperatura Dirigida-ATFRIE (que parece distinguir a ATFRIE como autora y como facilitadora). Últimamente, FD5.3 RCNMC de 12 de mayo 2016 (S/0455/12 *Grupos de Gestión*), sobre la responsabilidad de AGRUPA como “*marco sobre el que se soportaba e institucionalizaba la coordinación de las entidades participantes en el cartel, siendo por tanto su actuación decisiva en el desarrollo de la conducta*”.

⁷⁵ Véanse FD 4.7º y 7º de la RCNMC de 23 de julio de 2015, S/0482/13 *Fabricantes de automóviles*, se sanciona a las empresas Snap-on Business Solutions, S.L. (€52785) y Urban Science España, S.L. (€70.039) como colaboradores y facilitadoras del “cartel”, hablando del “*estratégico papel jugado por las empresas de consultoría como intermediarias en el intercambio de información constituye un claro valor añadido para la efectividad del intercambio*” y de que “*los hechos acreditados se pone de manifiesto con claridad el activo papel jugado por SNAP-ON en los intercambios de información confidencial, futura y estratégica en el área de Gestión Empresarial, y, en el caso de URBAN, en el área de Posventa, contribuyendo ambas empresas activamente al mantenimiento de este cartel*”. Con posterioridad, Urban Science España, S.L. ha sido sancionada con multa de €53.597 por suministrar información incompleta, incorrecta, falsa o engañosa sobre su cifra de negocios total de la empresa en 2014, infringiendo su deber de colaboración con la CNMC [arts. 39 y 62.2.c) de la LC], véase RCNMC de 16 de abril de 2016 (SNC/DC/008/16 URBAN).

CNMC (Audi-Seat-VW, Chevrolet, Hyundai, Land Rover, Nissan, Opel, Toyota y Volvo).⁷⁶ En tres de los cárteles se condenó también a la consultora Howarth con una fundamentación análoga.⁷⁷

(3) Finalmente, en tercer lugar, la CNC ha utilizado la figura del facilitador como mecanismo para condenar la implicación de las autoridades públicas en algunos cárteles (de producción de la uva y vino de Jerez y del transporte puerto de Valencia).⁷⁸

4. Los cómplices de las conductas prohibidas por la LDC

A la vista de la casuística anterior, resta por ver si con arreglo al Derecho español es posible la sanción de quienes colaboran o cooperan en la realización de las conductas anticompetitivas que en la legislación doméstica de defensa de la competencia se prohíban.

⁷⁶ La administración por ANT del programa de “Comprador misterioso” (“*Mystery Shopping*”) y la información obtenida y utilizada en el mismo (“estudios de mercado”) constituían mecanismos de seguimiento y control del cumplimiento de los acuerdos de cártel de los concesionarios de automóviles para la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, en todas ellas con referencia a la STPIUE de 8 de julio de 2008, véanse FD4.4 de la RCNMC de 5 de marzo de 2015, S/0487/13 *Concesionarios Land Rover* y de las RCNMC de 12 de Julio de 2016 (S/0506/14 *Concesionarios Volvo*) y de 28 de Abril de 2016 (S/DC/0505/14 *Concesionarios Chevrolet*) (“*Los servicios de ANT fueron contratados para facilitar la vigilancia del efectivo cumplimiento de los acuerdos adoptados por las incoadas y, por tanto, para facilitar la ejecución y el mantenimiento de los mismos en el tiempo, incluso previendo un sistema de detección de incumplimientos de lo pactado a través de los informes de ANT. Como parte de su cometido dentro de los servicios que prestaba a las empresas, cabe destacar el de facilitador de la información estratégica obtenida en las visitas que realizaba a los concesionarios, por lo que debe ser considerada coautora de la infracción junto al resto de las empresas imputadas en este expediente. [...] Este tipo de conductas deben merecer el castigo administrativo que prevé la Ley, por cuanto la empresa ha contribuido sustantivamente al mantenimiento de la conducta*”). Poco más adelante, la califica de coautora, “*En el caso de ANT, además, existen precedentes muy recientes de conductas análogas en el mercado de venta de automóviles que han sido sancionadas por esta autoridad de competencia, concluyéndose que la participación de ANT como coautor merece igualmente el reproche administrativo*” (cita omitida a las resoluciones de la CNMC sobre concesionarios). En términos similares, FD4.4 de la RCNMC de 28 de Julio de 2016 (SAMAD/09/2014 *Concesionarios Nissan*) y FD 4.6 de la RCNMC de 5 de marzo de 2015, S/0489/13 *Concesionarios Opel*, S/0488/13 *Concesionarios Hyundai* y S/0486/13 *Concesionarios Toyota* y de 28 de mayo de 2015, S/0471/13 *Concesionarios Audi-Seat-VW*.

⁷⁷ Los “protocolos de revisión” de Horwarth facilitaron la infracción en el cartel de los concesionarios de Nissan (RCNMC de 28 de Julio de 2016, SAMAD/09/2014 *Concesionarios Nissan*), en el cartel de los concesionarios Audi-Seat-VW en la zona de Madrid para concesionarios Audi y VW (RCNMC de 28 de mayo de 2015, S/0471/13 *Concesionarios Audi-Seat-VW*) y en el de los concesionarios de Land Rover en la zona de Madrid (RCNMC de 5 de marzo de 2015, S/0487/13 *Concesionarios Land Rover*); en cambio la Sala de Competencia excluyó la responsabilidad de esta consultora por falta de pruebas en el caso del cartel de los concesionarios de Hyundai en la Comunidad de Madrid (FD6° de la RCNMC de 5 de marzo de 2015, S/0488/13 *Concesionarios Hyundai*).

⁷⁸ RCNC de 6 de octubre de 2011 (*Productores de uva y vino de Jerez*, S/0167/09) y de 27 de septiembre de 2013 (*Puerto valencia*, S/0314/10) en las que se condena a la Administración autonómica andaluza y valenciana como “facilitadoras” de la infracción de los arts. 1 LDC y 101 TFUE. Sobre estos casos, que plantean una problemática diferente, permítase la referencia a F MARCOS “¿Debe el Derecho de la competencia sancionar a las Administraciones Públicas que faciliten prácticas anticompetitivas?” *Working Paper IE Law School AJ8-235* (2016).

En principio, el diseño y formulación de las prohibiciones de defensa de la competencia en el Derecho nacional y los remedios contra ellas no tiene por qué ser idénticos a los previstos en el TFUE y en sus disposiciones de aplicación. Como es sabido, debe observarse doctrina de la “doble barrera”, que obliga a la aplicación simultánea de la LDC y de la disposición pertinente del TFUE cuando se aplique el artículo 1 o el 2 de la LDC a una conducta que afecte al comercio entre los Estados miembros (art. 3.1 del Reglamento CE 1/2003), y –además– la aplicación del artículo 1 de la LDC no puede conducir a la prohibición de conductas que no estuvieran prohibidas con arreglo al artículo 101 del TFUE (art. 3.2 del Reglamento CE 1/2003). No obstante, es posible que los remedios previstos en el plano doméstico sean distintos a los utilizados por la Comisión Europea,⁷⁹ incluso que sean –de naturaleza penal.⁸⁰

En tal caso, si la infracción de defensa de la competencia se considera penal, sería posible acudir a las previsiones relativas al carácter delictivo de la conducta de los cómplices para perseguir y sancionar a quien la ha facilitado y apoyo. De hecho, en algunos Estados miembros se persigue a quien facilita o coopera a la realización de una conducta anticompetitiva, que se considera delictiva. Al menos en una ocasión, en el Reino Unido se ha perseguido por esta vía a sujetos que habían desarrollado conductas análogas a las de Treuhänder en los cárteles del peróxido y de los productos de estabilización térmica.⁸¹ En efecto, en las secciones 188 a 190 de la *Enterprise Act* de 2002 se construye el tipo de “*criminal cartel offence*”⁸². La primera (y hasta la fecha única) sanción penal a un facilitador de un cartel tuvo lugar en 2008 en el cartel mundial de las mangueras marinas (*marine hose*), en el que uno de los tres condenados en el Reino Unido era la consultora PW Consulting Oil and Marine Ltd., que fue considerada

⁷⁹ Véase art. 5 del Reglamento CE 1/2003. Aunque por exigencias del deber de cooperación sincera de los Estados Miembros con la UE (art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea) las sanciones impuestas, deben ser suficientes, proporcionales y deben ser efectivas, véase M J FRESE *Sanctions in EU Competition Law* (Hart 2014) 93-113. Aunque, la Comisión Europea ha dado a entender que puede ser conveniente cierta armonización en esta materia, véase ¶77 del *Staff Working Document: Enhancing competition enforcement by the Member States’ competition authorities: institutional and procedural issues*, SWD(2014) 231/2.

⁸⁰ En tales casos, es posible la criminalización de la aplicación del Derecho nacional de la competencia cuando se aplique simultáneamente el TFUE, véase W WILS “Is criminalization of EU competition law the answer?” en CSERES, SCHINKEL & VOGELAAR (eds) *Criminalization of Competition Law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States* (E Elgar 2006) 71-74. Con variaciones en su formulación, más de la mitad de los Estados Miembros consideran ilícito penal los cárteles u otras formas de bid-rigging (Austria, Alemania, Chipre, Dinamarca, Estonia, Eslovenia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Noruega, Polonia, Reino Unido, República Checa y República Eslovaca), persiguiéndose como tales; en Italia y España ciertas conductas anticompetitivas en algunas circunstancias podrían también tener implicaciones penales. Véase K JONES & F HARRISON “Criminal Sanctions: An Overview of EU and national case Law” *e-Competitions* n° 64713, 25 Marzo 2014.

⁸¹ En 2011 una previsión especial se incorporó en la [Ley rumana de defensa de la competencia 21/1996, de 10 Abril de 1996](#) (“*When an individual participates with fraudulent intent and in a decisive way in the conceiving, the organization or the realization of any of the practices prohibited under art. 5 par. (1) which are not exempted according to art. 5 par. (2) will be considered a criminal offence and will be convicted to jail from 6 months to 3 years or will be fined and rights will be prohibited*”).

⁸² Reformado por sección 47 de la [Enterprise and Regulatory Reform Act](#) de 2013 para el que se prevé la imposición de sanciones penales (prisión hasta un máximo de cinco años, sección 190.1).

“coordinador del cartel”, por su profunda implicación en la conducta delictiva, desempeñando un papel fundamental para el funcionamiento del cartel y para su ocultación a las autoridades.⁸³

Desde el punto de vista de la política legislativa en materia criminal, la decisión puede considerarse una manifestación de la idea de que el reproche a los cárteles no sólo se debe a sus perniciosos efectos anticompetitivos sino que se extiende y sobrepasa ese aspecto para comprender toda la planificación, organización y ocultación de una conducta que es claramente ilícita.⁸⁴ En un plano más modesto, desde la perspectiva técnico-jurídica, la utilización del Derecho penal para perseguir y sancionar los cárteles en el Reino Unido se revela como un instrumento adecuado para alcanzar también a los actos de complicidad, apoyo o ayuda a la comisión de la conducta considerada delictiva.⁸⁵

Sin embargo, por lo que atañe al Derecho español de defensa de la competencia, y al margen de aquéllos casos en los que la conducta anticompetitiva pudiera ser considerada un ilícito penal (actualmente artículos 281 y 284.1º del Código Penal)⁸⁶, que todavía no han sido utilizados en la práctica para

⁸³ El responsable (Peter Whittle) de una consultora (PW Consulting Oil and Marine Ltd.) fue condenado a dos años y medio de prisión y siete años de inhabilitación como “coordinadora del cartel” [*Whittle & Ors, R. v Court of Appeal - Criminal Division, Noviembre 14, 2008 (2008 EWCA Crim 2560)*], aunque no era parte de los acuerdos de reparto de mercado y bid-rigging por el que se condenaron a dos directivos (David Brammar y Bryan Allison) de una de las cartelistas (Dunlop Oil and Marine Ltd.). En palabras del juez Geoffrey Rivlin (QC): “*This was a full-time job. The cartel was run as it had to be with meticulous attention to detail. Code names were used, clandestine meetings were organised and held, agreements were reached, both in relation to the market share and for the bogus contract bids. All of this was illustrated and monitored by monthly reports. There was a formally agreed decision-making process by which the successful company would be nominated as the champion for that contract. There were rules for compliance. The parties communicated through the use of code names when they or their companies became more concerned about compliance; and they disguised their contact with one another and with you through the use of email accounts that, of course, had no connection with the companies they represented. Then, all of the bid documentation had to be prepared. I have seen an illustration of this and can well believe that this was indeed a labour intensive exercise, time consuming and highly sophisticated*” [R v Whittle, Brammar & Allison](#) (Marine Hose), Southwark Crown Court (10 de Junio 2008).

⁸⁴ Véase HARDING [European Law Review 2 \(2009\) 302](#) (“it helps to convey the idea of what is delinquent and morally objectionable in cartel behaviour: that it is not only a matter of anticompetitive damage (What may be thought of as the substantive predicate offending) but also a matter of deliberate planning of something known to be illegal and with a strong element of sophisticated subterfuge [...] and it is that aspect of organisation and subterfuge that is both necessary for the realisation of anticompetitive aims but also supplies an element of delinquency over and above anticompetitive strategy itself”). Más ampliamente en C HARDING “Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels” [Critical Criminology 14 \(2006\) 181-205](#).

⁸⁵ Véase sección 8 de la [Accessories and Abettors Act](#) de 1861 (“Whosoever shall aid, abet, counsel, or procure the commission of any indictable offence, whether the same be an offence at common law or by virtue of any Act passed or to be passed, shall be liable to be tried, indicted, and punished as a principal offender”). Se consideran “indictable offences” a los delitos graves que pueden ser enjuiciados ante un jurado popular. En el Derecho penal británico se discute si la figura del facilitador encaja mejor en el concierto o asociación para delinquir (*Joint Criminal Enterprise*) que en la complicidad en sentido estricto [[HARDING European Law Review 2 \(2009\) 306-307](#)], pero esta discusión carece de mayor interés a los efectos que aquí se discuten.

⁸⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El Código Penal contempla diversas formas de participación en la conducta delictiva distintas de la autoría que son igualmente punibles (arts. 27-29 y 63).

perseguir penalmente a los cárteles,⁸⁷ el régimen sancionador previsto es de carácter administrativo. Como ocurría en el Derecho de la UE (*supra* §3), y como el AG Wahls apuntaba en sus Conclusiones en Treuhand-II, una cosa es el Derecho penal y otra el Derecho administrativo sancionador. A pesar de algunas similitudes, la diferencia ontológica y la asimetría entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador⁸⁸ impide el traslado, por analogía y de manera genérica, de la figura de la complicidad penal al plano administrativo.⁸⁹

De todas formas, no conviene llamarse a engaño, tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador son manifestaciones del poder punitivo del Estado, que han de respetar las exigencias constitucionales del art. 25.1 (“*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”). Así, la complicidad de la infracción en materia administrativa sancionadora será sancionable si así se prevé en el tipo legal. Sin embargo, a falta de esa previsión legal, al cómplice no puede considerarse como infractor. Se trata de una manifestación del principio de legalidad material, que obviamente rige tanto en materia penal como en materia administrativa sancionadora, sin que sea admisible afirmar que existe en esta última una flexibilización o relajación de las garantías y principios penales.⁹⁰

⁸⁷ Véanse N GONZÁLEZ-CUELLAR “¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la justicia penal” en A PETITBÓ & S MARTÍNEZ (dirs) *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia* (F. Rafael del Pino-Marcial Pons 2008) 75-100; S B BRAGE “Legislación penal especial en materia de delitos de alteración de precios” [Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 5 \(2001\) 157-182](#) y Á MENDO “¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro” [Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales/ADPCP 65/1\(2012\) 226-251](#).

⁸⁸ Véase A HUERGO *Las sanciones administrativas* (Iustel: Madrid 2007), *passim*.

⁸⁹ Referido precisamente a este particular, R PIZARRO NEVADO “La responsabilidad personal por infracciones administrativas”, en GONZÁLEZ JJ (coord) *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. E. Casas* (U Córdoba 1996) 612 “*debemos cuestionarnos si para sancionar a personas distintas del sujeto activo es precisa una tipificación expresa o, por el contrario, la responsabilidad es consustancial a determinadas conductas directamente relacionadas con la acción típica sin necesidad de consagración expresa*” y concluye “*la teoría penal de la autoría no es miméticamente trasladable al Derecho administrativo sancionador*”)

⁹⁰ Aunque el TS ha dicho exactamente lo contrario en STS (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª) 18 de Julio de 2016 al hilo de la condena a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía como “facilitadora” del cártel de la uva y el mosto de Jerez: “*A diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, donde la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han delimitado desde antiguo diversas formas y grados de participación del sujeto en la conducta delictiva -autor material, inductor, cómplice, etc-, con el consiguiente reflejo en la individualización y graduación del reproche punitivo, en el derecho administrativo sancionador no existe una catalogación general en función del grado de protagonismo de los sujetos intervinientes en la realización de la conducta infractora, de manera que la individualización y graduación de la sanción -inexcusable en aras del principio de proporcionalidad (artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)- se realiza atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin excluir las subjetivas de los distintos infractores y su posición relativa con respecto al hecho infractor*”(FD3º).

Sin embargo, “*esa forma de explicar la realidad jurídica es equivocada, perturbadora y peligrosa*” como afirma M REBOLLO PUIG “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones” en REBOLLO M, LÓPEZ M & CARBONELL E (coords) *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor L. Cosculluela* (Iustel 2015) 852-853 (“*Si acaso, podrá decirse, y no siempre será exacto, que se trata de concreciones menos exigentes, menos rigurosas que las que ha*

El Tribunal Constitucional ha considerado que constituye una exigencia para la constitucionalidad y validez de las prohibiciones en materia sancionadora que “*su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada*”⁹¹. Eso no significa que no sea posible que el tipo legal de la infracción no se configure, como ocurre con las prohibiciones de conductas anticompetitivas en la LDC, de manera relativamente abierta e indeterminada.⁹² Pero la formulación legal de las conductas prohibidas debe ser lo suficientemente clara, cierta y precisa como para permitir conocer con carácter previo si una determinada conducta incurre en la misma o no.⁹³

Como es sabido, con carácter general la figura del cómplice de las infracciones administrativas es inédita en el Derecho sancionador español,⁹⁴ sin que sea posible considerar infractor al cómplice salvo que exista una previsión legal expresa.⁹⁵

tomado el Derecho Penal. Ninguna objeción puede hacerse a ello. Pero eso no significa que sean relajaciones de esos principios”). Como dice más adelante (“*frente a ello lo que hay que hacer es combatir esas vulneraciones de los principios ... y, en su caso, buscar alternativas que satisfagan las necesidades que han llevado a ellas pero sin sacrificar principios y derechos fundamentales; y lo que no hay que hacer es convertir esas vulneraciones en regla, sacralizarlas como si fuesen inevitables y, menos aún, construir un sistema que, para dar cabida a todas ellas, demuela los principios*”, id. 856). También PIZARRO “La responsabilidad personal por infracciones administrativas”, en GONZÁLEZ (coord) *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Casas* 611.

⁹¹ FJº 5 de la STC 305/1993, de 5 de octubre, FJº2 de la STC 151/1997, de 29 de septiembre y FJº8 de STC 297/2005, de 21 de noviembre.

⁹² El principio de taxatividad en la tipificación de las infracciones no excluye cierta indeterminación en su formulación, mas en ningún caso permite las analogías, A NIETO *Derecho Administrativo Sancionador* 4ª ed. (Tecnos 2005) 307-308. Véase también J CID MOLINÉ “Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de identidad entre las sanciones punitivas” [RAP 140 \(1996\) 153-154](#).

⁹³ Véase L FELTRER RAMBAUD “Principios de la potestad administrativa sancionadora y del procedimiento administrativo sancionador en Derecho de la Competencia Español” en *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación*, vol. III (Dykinson-Servicio de Publicaciones URJC 2003) 158-160.

⁹⁴ A diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en Alemania, donde la regulación general en materia de Derecho administrativo sancionador prevé la complicidad como forma de participación en las infracciones [véase § 14 *Beteiligung*, [Gesetz über Ordnungswidrigkeiten \(OWiG\)](#)].

⁹⁵ El artículo 27.2. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) no puede ser más claro a este respecto: “*Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley*” [idéntico al tenor del derogado artículo 129.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC) [BOE 285, de 27 de noviembre de 1992](#)]. Véanse, por todos y con múltiples referencias, M REBOLLO PUIG “Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes” *RVAP* 99-100 (2014) 2528 (“*Salvo que una ley disponga otra cosa, sólo son responsables de las infracciones sus autores*”) y 2533 (“*respecto a las infracciones administrativas el deslinde entre autor y partícipe marca, de ordinario, la frontera entre lo sancionable y lo impune*”); y del mismo autor, “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones” en REBOLLO, LÓPEZ & CARBONELL (coords) *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje Cosculluela* 847 (“*sólo cabe sancionar a aquél para el que la ley ha previsto sanción y sólo si es él quien ha realizado la conducta tipificada como infracción o como forma punible de participación*”).

Por ello, a falta de una ley que lo establezca,⁹⁶ desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador la imputación sólo puede ser a título de autor o partícipe en la infracción, no de cómplice o encubridor.⁹⁷ De este modo, no es posible ensanchar o alargar por vía interpretativa el tenor del tipo de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas para incluir en ellas analógicamente conductas que no están en ellas previstas,⁹⁸ aunque puedan considerarse relacionadas.⁹⁹

⁹⁶ Véase REBOLLO “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones” en REBOLLO, LÓPEZ & CARBONELL (coords) *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje Coscolluela* 844 (“si no tienen ningún precepto específico sobre los responsables de las infracciones, deben ser entendidas en el sentido de que sólo lo son los que realicen la conducta tipificada”)

⁹⁷ Véanse A CARRETERO PÉREZ & A CARRETERO SÁNCHEZ *Derecho Administrativo Sancionador* (EDERSA 1995) 135; M IZQUIERDO “La culpabilidad y los sujetos responsables” en REBOLLO M, IZQUIERDO M, ALARCÓN L & BUENO A Mª *Derecho Administrativo Sancionador* (Lex Nova 2010) 260 (“sobre la base del principio de legalidad y tipicidad, el silencio ya en el tipo ya en [...] otros preceptos sobre otros responsables distintos del autor, obliga a concluir que sólo son responsables los que puedan considerarse autores en sentido estricto, esto es, los que hayan realizado propiamente la acción típica y no los cómplices, encubridores, inductores o cooperadores necesarios de conductas ajenas”), G QUINTERO “La autotutela. Los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal” [RAP 126 \(1991\) 275-276](#) (“no es posible sustentar la responsabilidad por la infracción más que respecto de aquellos sujetos que directamente hayan realizado la conducta constitutiva de la misma. No cabe, por lo tanto, incluir a inductores, co-ejecutores o cómplices”) y PIZARRO “La responsabilidad personal por infracciones administrativas”, en GONZÁLEZ (coord) *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Casas* 612 (“sólo permite sustentar la responsabilidad por infracción respecto de aquéllos sujetos que directamente hayan realizado la conducta tipificada”) y 613 (“a falta de previsión legal expresa, y conforme al principio de legalidad y tipicidad, sólo se responderá en concepto de autor”).

⁹⁸ Véase art. 27.4 de la LRJSP (“Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica”), idéntico al derogado art. 129.4 de la LPC. Véase A Mª BUENO ARMIJO “El principio de legalidad sancionadora (II): El principio de tipicidad” en REBOLLO, IZQUIERDO, ALARCÓN & BUENO *Derecho Administrativo Sancionador* 196 (“se prohíbe la analogía para determinar los sujetos responsables, incluso aunque se trate de los cooperadores necesarios”). Como el Tribunal Constitucional (TC) dijo en su sentencia de 17 de marzo de 2003 (Bodegas y Viñedos Gómez Cruzado, S.A., 52/2003) “una vez en el momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por los poderes públicos, éstos están sometidos al principio de tipicidad, como garantía material, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a las normas sancionadoras y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan” (FJ5º).

⁹⁹ Véanse SSTC 151/1997, de 29 de septiembre (FJ4º) y 138/2004, de 13 de septiembre (FJ3º) conforme a las cuales el principio de tipicidad “impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla”. Véanse REBOLLO “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones” en REBOLLO, LÓPEZ & CARBONELL (coords) *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje Coscolluela* 845 “no se podrá sancionar a otros sujetos incluso aunque hayan realizado una conducta antijurídica y culpable ni siquiera en el caso de que guarde cierta relación con las conductas sí tipificadas” y PIZARRO “La responsabilidad personal por infracciones administrativas”, en GONZÁLEZ (coord) *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Casas* 611-612 (“El Derecho Administrativo sancionador podría sancionar las formas de coautoría, y distinguir en su caso el autor inmediato, que domina la acción, del autor mediato, que realiza la acción utilizando a otra persona como instrumento. Figuras como el coautor, el cómplice o el encubridor tendrían

En principio, nada impediría que la legislación nacional de defensa de la competencia incluyera entre las conductas típicas a los cómplices u a otros cooperadores necesarios de las conductas anticompetitivas prohibidas,¹⁰⁰ pero la LDC no lo hace. Como hemos visto (*supra* §1), la LDC configura los tipos de las conductas anticompetitivas prohibidas en materia de competencia de manera idéntica al Derecho de la UE, y no hay en la formulación de las prohibiciones una previsión expresa que contemple formas de participación en la infracción distintas de la autoría. Es más, la única previsión adicional en materia sancionadora,¹⁰¹ reafirma la solución vigente a nivel UE. En efecto, de acuerdo con el artículo 61.1 de la LDC “*serán sujetos infractores las personas físicas y jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley*”.¹⁰²

Es cierto que, más tarde, para el cálculo de las sanciones el art. 64.2 de la LDC incluye entre las circunstancias agravantes “*la posición de responsable o instigador de la infracción*”, pero no parece que el legislador esté aludiendo ahí a un diferente grado de participación en la infracción.¹⁰³ Se trata,

perfecta cabida en el Derecho Administrativo sancionador y podrían ser sancionadas sin merma del principio de responsabilidad personal siempre que se sancionase a cada uno por su propia actuación”).

¹⁰⁰ En el Derecho francés la prohibición de cárteles no sólo no exige que las cartelistas sean empresas (L. 420.1 del *Code de commerce*) sino que prevé expresamente la sanción de “*toda persona física que haya tomado parte fraudulentamente, de forma personal y determinante, en la concepción, organización o realización de las prácticas (prohibidas)*” (artículo L. 420-6), El AG en sus Conclusiones en el asunto Treuhand II (nota al pie 28) alude a una sentencia de la Cour d’appel de Paris, de 26 de septiembre de 1991 (Jurisdata n°1991-044997), que sancionó a un abogado por un asesoramiento jurídico relacionado con un mecanismo de prácticas concertadas (aunque luego estimaba que dicho asesoramiento estaba amparado por el secreto profesional). Sobre esta disposición véase A DECOCQ & G DECOCQ *Droit de la Concurrence. Droit interne et Droit de l’Union Européenne* 3ª ed (LGDJ 2008) 483-485.

¹⁰¹ A diferencia del Derecho de la UE, la LDC contempla también la posible sanción a los directivos individuales de los infractores en el artículo 63.2 de la LDC (“*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 han intervenido en el acuerdo o decisión. [...] Quedan excluidas de la sanción aquéllas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto*”), pero esta previsión no es relevante a los efectos que aquí nos ocupan.

¹⁰² Al hilo precisamente del artículo 61.1 de la LDC, véase REBOLLO RVAP 99-100 (2014) 2529 (“*En suma, responsables son sólo los autores; responsables son sólo los que realizan la acción típica; autores son sólo los que realizan la acción típica*”). Aunque plantea una problemática diversa, la posible concurrencia simultánea o sucesiva de sujetos que pueda suscitar dudas sobre la autoría y responsabilidad de las eventuales infracciones administrativas cometidas es frecuente en materia de Derecho del consumo, al respecto véase el detenido estudio de M REBOLLO & M IZQUIERDO “Responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final” [Estudios de Consumo 56 \(2001\) 9-157](#). Un interesante caso puede verse en la STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 2ª, ponente J Lozano) 25 enero 2006 (ROJ: STSJ CLM 185/2006 - [ECLI:ES:TSJCLM:2006:185](#)) en el que la norma [el art. 126.2.a), en relación con el 122.1, de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes] sancionaba la conducta de quien añade agua al vino, de modo que no puede sancionarse a quien simplemente lo comercializa, pues la conducta tipificada no es vender vino aguado sino añadirle agua al vino.

¹⁰³ Aunque así parece verlo el FD3 de la STS de 18 de Julio de 2016 ” Roj: STS 3525/2016 - [ECLI:ES:TS:2016:3525](#) (“*No obstante, pese a no existir en el Derecho Administrativo sancionador la mencionada categorización dogmática en función del grado de protagonismo de los partícipes en la conducta infractora (tampoco se encuentra una sistematización de esa índole en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento*

más bien, de una circunstancia específica que se aplica a los autores de las infracciones que persigue endurecer el castigo para aquéllos autores que -destacándose sobre el resto- con su conducta lideraran o promovieran la realización de la conducta anticompetitiva. Esta circunstancia puede estar presente normalmente en el caso de la infracción de las prohibiciones de conductas multilaterales (como los cárteles) en los que algunos de los coautores de la infracción pueden tener “*una participación en la conducta más activa que las demás*”.¹⁰⁴

En suma, la conclusión con arreglo al Derecho español no puede ser más rotunda y es coincidente con la obtenida con arreglo al Derecho de la UE: en la medida en que no se encuentran en el tipo de la prohibición de las conductas anticompetitivas la inducción, la complicidad o la cooperación necesaria en la realización de las infracciones, sancionarlas vulnera el principio de legalidad.¹⁰⁵ Como ocurre en el Derecho de la UE, a falta de una reforma legislativa que ampliase el tipo para incluir esas conductas en la prohibición,¹⁰⁶ la CNMC no puede sancionar por infringir las prohibiciones de conductas anticompetitivas a quienes promuevan, faciliten o de cualquier manera induzcan a esas conductas, que caen fuera de la prohibición. Es cierto que esto significa que la facilitación de las infracciones estaría fuera de la prohibición y, por tanto (a salvo de que concurren otras circunstancias) quedarían impunes, pero extender a ellas la sanción por la aplicación del tipo infractor atenta contra el sentido y la garantía del principio de legalidad material y de tipicidad en Derecho administrativo sancionador. Sólo una reforma legal que, como hacen otros Ordenamientos, prevea expresamente otras formas de participación en las infracciones de la LDC distintas de la autoría permitiría considerar infracciones las conductas del facilitador o cómplice de las conductas prohibidas.

Conclusiones

administrativo común de las administraciones públicas, ni en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, ambas de próxima entrada en vigor), sí hay manifestaciones parciales de esa forma de graduación en determinadas leyes sectoriales. En concreto, en el ámbito de la defensa de la competencia, tras enunciar el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 los "criterios para la determinación del importe de las sanciones", el artículo 64.2.b/ incluye entre las circunstancias agravantes la que se refiere a " la posición de responsable o instigador de la infracción ", lo que constituye una clara referencia, siquiera parcial o incompleta, al diferente grado de participación en la conducta infractora " (subrayado añadido).

¹⁰⁴ A MARTÍNEZ SÁNCHEZ “Comentario al art. 64” en J MASSAGUER, J FOLGUERA, A GUTIERREZ & J SALA (dirs) *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Thomson 2015) 1263.

¹⁰⁵ Tajante, de nuevo, REBOLLO RVAP 99-100 (2014) 2529 (“sancionar a alguien que no sea el que realizó la acción típica sería sancionar una conducta sin la correspondiente previsión legal clara y expresa”).

¹⁰⁶ Como afirma REBOLLO “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones” en REBOLLO, LÓPEZ & CARBONELL (coords) *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje Cosculluela*, nota al pie 11 “Igual que la ley tiene un amplio margen para decidir que concretas conductas antijurídicas quiere tipificar como infracción y cuáles serán impunes, también tiene libertad para decidir quiénes, de entre los que hayan realizado o contribuido a la infracción, pueden ser sancionados”.

Ni el Derecho de defensa de la competencia de la UE ni el Derecho español de defensa de la competencia contienen una previsión detallada sobre las distintas formas de participación en las infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas. En el plano subjetivo, el tipo legal de la infracción se circunscribe a los autores, que con su conducta vulneran las prohibiciones previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE y 1 y 2 de la LDC. En coherencia con la ausencia de una previsión específica de otros partícipes o colaboradores en la infracción, la interpretación y aplicación de esas prohibiciones por las autoridades encargadas de su aplicación (de un lado, la Comisión Europea, el TGUE y el TJUE; de otro lado, el TDC, la CNC, la CNMC, la AN y el TS) no ha extendido en el pasado su aplicación a quienes contribuyeran de otra forma a la comisión de la infracción.

Por lo que se refiere en particular a los arts. 101 TFUE y 1 LDC la anterior interpretación era coherente con la idea de que los partícipes en la infracción con su conducta reducen la presión competitiva entre sí, obteniendo normalmente un beneficio por ello y perjudicando el bienestar de los consumidores. Sin embargo, a raíz de la condena por la Comisión Europea a la consultora Treuhand en 2003 como “facilitadora” del cártel del peróxido orgánico, la figura del “facilitador” se ha utilizado por la propia Comisión Europea en otros asuntos y también por las ANC para abarcar a quienes colaboran, inducen o son cómplices de la misma. Tanto el TGUE como el TJUE han defendido su legalidad con arreglo al Derecho UE.

Este artículo examina críticamente los argumentos utilizados por el TGUE y por el TJUE en las sentencias que confirman la legalidad de la condena a los facilitadores, y considera –siguiendo las conclusiones del AG Wahls en Treuhand II- que la solución empleada por la Comisión Europea es contraria a la interpretación del art. 101 que se puede extraer de la jurisprudencia del TJUE y contraviene el principio de legalidad y tipicidad de las infracciones. La misma solución se alcanza, fundamentada en este caso en el Derecho administrativo sancionador español, respecto a la consideración como infractores de las prohibiciones de conductas anticompetitivas de quienes no son autores, que la CNC y la CNMC han empleado con notable soltura en los últimos tiempos.

Aunque *de lege ferenda* la conducta de los facilitadores de las infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas en el TFUE y en la LDC debería constituir una infracción y ser sancionada, para que eso ocurra y se respeten las garantías del principio de legalidad material y de tipicidad, sería preciso reformar las prohibiciones o sus normas de aplicación para incluir otras formas distintas de la autoría (la complicidad, inducción y otras formas de colaboración) como formas típicas de participación en las infracciones.

6. Referencias:

A) Normativas

Convención Europea de Derechos Humanos ([BOE 108 de 6 de mayo de 1999](#)).

UE

Tratado de la Unión Europea ([DO C83 de 30 de marzo de 2010](#)).

Carta de Derechos Fundamentales de la UE ([DO C 364 de 18 de diciembre de 2000](#)).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ([DO C 326 de 26 de octubre de 2012](#)).

Reglamento 773/2004, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la comisión con arreglo a los artículos 101 y 102 del TFUE ([DO L 123 de 27 de Abril de 2004, 18–24](#)).

Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado ([DO L1 de 4 de enero de 2003](#)).

Reglamento (CE/EURATOM) 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas ([DO L 312 de 23 de diciembre de 1995](#)).

Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE ([DO C101 de 27 de abril de 2004](#)).

Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal ([DO C11 de 14 de enero de 2011](#)).

Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales ([DO C150 de 19 de mayo de 2010](#)).

España

Constitución Española, de 27 de diciembre ([BOE 311 de 29 de diciembre de 1978](#)).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ([BOE 281 de 24 de noviembre de 1995](#)).

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ([BOE 159 de 4 de julio de 2007](#)).

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, [BOE 236 de 2 de octubre de 2015](#)).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC) [BOE 285 de 27 de noviembre de 1992](#) (derogada).

Francia

[Code de Commerce](#).

Alemania

[Gesetz über Ordnungswidrigkeiten \(OWiG\)](#).

Reino Unido

[Accessories and Abettors Act \(1861\)](#).

[Enterprise Act \(2002\)](#).

Rumania

[Ley de Defensa de la Competencia 21/1996, de 10 abril de 1996](#).

B) Administrativas

1. Comisión Europea

Decisión de la Comisión de 4 de febrero de 2015, *Yen Interest rate derivatives-YIRD*, Case COMP/AT.39861.

Decisión de 2 de abril de 2014 AT.39610-*Cables de energía* ([DO C 319 de 17 de Septiembre de 2014, 10-15](#)).

Decisión de 4 de diciembre de 2013 [AT.39861– Yen Interest Rate Derivatives](#).

Decisión de 11 de noviembre de 2009 [COMP/38589 Termo-estabilizadores](#) (una versión resumida se publicó en el [DO C307 de 11 de noviembre de 2011, 9-12](#)).

Decisión de 20 de octubre de 2004 [COMP/C.38.238/B.2, Tabaco crudo-España](#) (una versión resumida en [DO L 102 19 de abril de 2007, 14](#)).

Decisión de 10 de diciembre de 2003 [COMP/E-2/37.857 Peróxidos Orgánicos](#) (una versión resumida en [DO L110 de 30 de abril de 2005, 44-47](#)).

Decisión de 17 de diciembre de 1980 IV/29.869, *Vidrio colado en Italia* ([DO L383 de 31 de diciembre de 1980, 19-26](#)).

2. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia/Comisión Nacional de la Competencia (España)

Resolución de 2 de marzo de 2011 (S/0086/08 *Peluquería Profesional*).

Resolución de 13 de mayo de 2011 (S/0159/09 UNESA y Asociados).

Resolución de 24 de junio de 2011 (S/0185/09 *Bombas de Fluidos*).

Resolución de 6 de octubre de 2011 (*Productores uva-vino Jerez*, S/0167/09).

Resolución de 27 de septiembre de 2013 (*Puerto de Valencia*, S/0314/10).

Resolución de 2 de enero de 2014 (S/0404/12 *Servicios Comerciales AENA*).

Resolución de 6 de noviembre de 2014 (S/0430/12 *Recogida de Papel*).

Resolución de 26 de febrero de 2015 (S/0425/12 *Industrias Lácteas 2*).

Resolución de 5 de marzo de 2015 (S/0489/13 *Concesionarios Opel*).

Resolución de 5 de marzo de 2015 S/0488/13 *Concesionarios Hyundai*).

Resolución de 5 de marzo de 2015 S/0486/13 *Concesionarios Toyota*).

Resolución de 28 de mayo de 2015, S/0471/13 *Concesionarios Audi-Seat-VW*).

Resolución de 5 de marzo de 2015, S/0487/13 *Concesionarios Land Rover*).

Resolución de 18 de junio de 2015 (S/0469/13 *Fabricantes de Papel y Cartón Ondulado*).

Resolución de 25 de junio de 2015 (S/0454/12 *Transporte Frigorífico*).

Resolución de 23 de julio de 2015, S/0482/13 *Fabricantes de automóviles*).

Resolución de 16 de abril de 2016 (SNC/DC/008/16 URBAN).

Resolución de 28 de abril de 2016 (S/DC/0505/14 *Concesionarios Chevrolet*).

Resolución de 12 de mayo 2016 (S/0455/12 *Grupos de Gestión*).

Resolución de 12 de julio de 2016 (S/0506/14 *Concesionarios Volvo*).

Resolución de 28 de julio de 2016 (SAMAD/09/2014 *Concesionarios Nissan*).

C) Judiciales

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Sentencia de 22 de noviembre de 1995 *S.W. c. Reino Unido* ([20166/92](#)).

Sentencia de 15 de noviembre de 1996 *Cantoni c. Francia* ([17862/91](#)).

Sentencia de 25 de mayo de 1993 *Kokkinakis c. Grecia* ([14307/88](#)).

2. Tribunal Justicia UE (TJUE)

Sentencia de 29 de febrero de 1968 (24/67) *Parke, Davis & Co. y Probel, Reese, Beintema-Interpharm y Centrafarm* [1968] ECR 161 [EU:C:1968:11](#).

Sentencia de 16 de noviembre de 1977 (13/77) *GB-Inno-BM* [1977] ECR EE-635, [ECLI:EU:C:1977:185](#).

STJUE de 25 de octubre de 1983 (107/82) *AEG v. Comisión* [1983] ECR 767 [ECLI:EU:C:1983:293](#).

Sentencia (Sala 6ª) de 18 de Noviembre de 1987 (137/85) *Maizena GmbH et al. c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM)* [1987] ECR 4587 [ECLI:EU:C:1987:493](#).

Sentencia de 23 de abril de 1991 (C-41/90) *Höfner & Elser c. Macrotron GmbH*, [1991] ECR I-1979 [ECLI:EU:C:1991:161](#).

Sentencia de 16 de noviembre de 1995 (C-244/94) *Fédération française des sociétés d'assurances y otros* [1995] ECR I-4013 [ECLI:EU:C:1995:392](#).

Sentencia de 15 de enero de 2004, *Intervention Board for Agricultural Produce c. Penycloed Farming Partnership*, C-230/01, [ECLI:EU:C:2004:20](#).

Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (C-280/06) *AGCM/Ente Tabacchi Italiani-ETI SpA* [2007] ECR-I-10893 [ECLI:EU:C:2007:775](#).

Sentencia (Sala 4ª) de 7 de junio de 2007 (C-76/06P) *Britannia Alloys & Chemicals Ltd c. Comisión CE* [ECLI:EU:C:2007:326](#).

Sentencia (Sala 2ª) de 22 de Octubre de 2015 (C-194/14P) *AC-Treuhand vs. Comisión* [ECLI:EU:C:2015:717](#).

Sentencia (Sala Cuarta) de 21 de Julio de 2016 (C-542/14) *SIA*, [ECLI:EU:C:2016:578](#).

2. Abogado General UE

Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahls, presentadas el 21 de mayo de 2015, C-194/14P *AC-Treuhand AG vs. Comisión Europea* (Conclusiones AG-Treuhand II) [ECLI:EU:C:2015:350](#).

3. Tribunal General/Tribunal de Primera Instancia

Pendiente, T-180/2015, *Yen Interest rate derivatives-YIRD* ([DO C 245 de 27 de Junio 2015, 30–32](#)).

Sentencia (Sala 3ª) de 6 de febrero de 2014 (T-27/10) *Treuhand II* [ECLI:EU:T:2014:59](#).

Sentencia (Sala 8ª) de 13 de julio de 2011 (T-138/07) *Schindler Holding Ltd et al. c. Comisión CE* [ECLI:EU:T:2011:362](#)

Sentencia (Sala 3ª ampliada) de 8 de Julio de 2008 (T-99/04) *Treuhand I* [ECLI:EU:T:2008:256](#).

Sentencia (Sala 4ª) de 8 de septiembre de 2010 (T-29/05) *Deltafina SpA c. Comisión Europea* [ECLI:EU:T:2010:355](#).

STPIE (Sala 4ª ampliada) de 6 de Octubre de 2005 (T-22/02 y T-23/02) *Sumitomo Chemical Co. Ltd & Sumika Fine Chemicals Co. Ltd c. Comisión CE* [ECLI:EU:T:2005:349](#).

4. Tribunal Constitucional (España)

Sentencia 305/1993 de 5 de octubre 1993 ([BOE TC 286 de 30 de Noviembre de 1993](#)).

Sentencia 151/1997 de 29 de septiembre de 1997 ([BOE TC 260 de 30 de Octubre de 1997](#)).

Sentencia 52/2003 de 17 de marzo de 2003 ([BOE TC 91 de 16 de abril 2003](#)).

Sentencia 138/2004, de 13 de septiembre ([BOE TC 248 de 14 de octubre de 2004](#)).

Sentencia 297/2005 de 21 de noviembre de 2005 ([BOE TC 304 de 21 de Diciembre de 2005](#)).

5. Tribunal Supremo (España).

Sentencia (sección 3ª, Sala de lo contencioso-administrativo) de 18 de Julio de 2016, ROJ STS 3525/2016 [ECLI: ES:TS2016:3525](#) (*Junta de Andalucía*).

6. Audiencia Nacional.

Sentencia (sección 6ª, Sala de lo contencioso-administrativo) de 19 de Junio de 2013 (ROJ SAN 2535/2013- [ECLI:ES:AN:2013:2535](#)).

Sentencia (sección 6ª, Sala de lo contencioso-administrativo) de 25 de Febrero de 2013 (ROJ SAN 2535/2013- [ECLI:ES:AN:2013:2535](#)).

7. Tribunales Superiores de Justicia.

STSJ Castilla-La Mancha (sección 2ª, Sala de lo contencioso-administrativo) 25 enero 2006 (ROJ: STSJ CLM 185/2006 - [ECLI:ES:TSJCLM:2006:185](#)).

8. Tribunales británicos.

Whittle & Ors, R. v Court of Appeal - Criminal Division, 14 de noviembre de 2008 (2008 EWCA Crim 2560).

[R v Whittle, Brammar & Allison](#) (Marine Hose), Southwark Crown Court (10 de junio de 2008).

D) Bibliográficas

W ALLAN “The Effects-based approach under Article 102 TFEU: History and State of Play” en BOURGEOIS, J & WAELBROECK, D. (eds) *Ten years of Effects-based approach in EU Competition Law. State of Play and perspectives*, GCLC Annual Conference Series (Bruylant 2013) 43-95.

SB BRAGE “Legislación penal especial en materia de delitos de alteración de precios” [Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 5 \(2001\) 157-182](#).

AMª BUENO ARMIJO “El principio de legalidad sancionadora (II): El principio de tipicidad” en REBOLLO M, IZQUIERDO M, ALARCÓN L & BUENO AMª *Derecho Administrativo Sancionador* (Lex Nova 2010) 159-199.

A CARRETERO PÉREZ & A CARRETERO SÁNCHEZ *Derecho Administrativo Sancionador* (EDERSA 1995).

J CID MOLINÉ “Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de identidad entre las sanciones punitivas” [RAP 140 \(1996\) 131-172](#).

SSH CHAN “AC-Treuhand: What is the Ambit of cartel facilitators’ liability” *European Competition Law Review* 2016/4:133-138.

COMISIÓN EUROPEA *Staff Working Document: Enhancing competition enforcement by the Member States’ competition authorities: institutional and procedural issues*, [SWD \(2014\) 231](#).

G DE STEFANO “AC-Treuhand Judgment: A Broader Scope for EU Competition Law Infringements” *Journal of European Competition Law & Practice* 6/10 (2015) 689-690.

A DECOCQ & G DECOCQ *Droit de la Concurrence. Droit interne et Droit de l’Union Européenne* 3ª ed (LGDJ 2008).

L FELTRER RAMBAUD “Principios de la potestad administrativa sancionadora y del procedimiento administrativo sancionador en Derecho de la Competencia Español” en *Derecho de la Competencia*

Europeo y Español. Curso de Iniciación, vol. III (Dykinson-Servicio de Publicaciones URJC 2003) 143-176.

M J FRESE *Sanctions in EU Competition Law* (Hart 2014).

A HUERGO *Las sanciones administrativas* (Iustel 2007).

C HARDING "Capturing the cartel's friends: Cartel facilitation and the idea of joint criminal enterprise" [*European Law Review* 2 \(2009\) 298-309](#).

C HARDING "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels" [*Critical Criminology* 14 \(2006\) 181-205](#).

C HARDING "Forging the European Cartel Offence: The Supranational Regulation of Business Conspiracy" [*European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 12 \(2004\) 275-300](#).

M IZQUIERDO "La culpabilidad y los sujetos responsables" en REBOLLO, IZQUIERDO, ALARCÓN & BUENO, *Derecho Administrativo Sancionador* 249-357.

E GALÁN "La empresa como destinataria de las normas de Defensa de la Competencia" *Actas de Derecho Industrial* II (1975) 291-344.

D GERARD "The Effects-Based Approach under article 101 TFEU and its paradoxes: Modernisation at war with itself", en BOURGEOIS & WAELBROECK, *Ten years of Effects-based approach in EU Competition Law* 18-41.

N GONZÁLEZ-CUELLAR "¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la justicia penal" in A PETITBÓ & S MARTÍNEZ (dir) *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia* (F. Rafael del Pino-Marcial Pons 2008) 75-100 [después publicado en RAMÓN SERRANO-PIEDCASAS J & DEMETRIO E (Coord) *Cuestiones actuales de Derecho penal económico* (Colex 2008) 305-328].

M GRILLO "Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in Antitrust Analysis" *European Journal of Law and Economics* 14 (2002) 151-169.

J GUTIÉRREZ "La responsabilidad de la matriz por las infracciones del derecho de la competencia cometidas por sus filiales" *Revista de derecho mercantil* 292 (2014) 251-296.

K JONES & F HARRISON "Criminal Sanctions: An Overview of EU and national case Law" [*e-Competitions* n° 64713, 25 Marzo 2014](#).

B LASSERRE "Several Strokes of Black and a Palette of Grays: Competitor Agreements through the Eyes of an Enforcement Agency" [*International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law* 2013, 49-67](#).

F MARCOS "¿Debe el Derecho de la competencia sancionar a las Administraciones Públicas que faciliten prácticas anticompetitivas?" *Working Paper IE Law School AJ8-235*, 2016.

A MARTÍNEZ SÁNCHEZ “Comentario al art. 64” en MASSAGUER J, FOLGUERA J, GUTIÉRREZ A & SALA J (dirs) *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Thomson 2015) 1248-1280.

Á MENDO “¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro” [Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales/ADPCP 65/1\(2012\) 226-251](#) [después publicado con el título “Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España” en MAILLO J & BENEYTO JM^a (dirs.) *La lucha contra los cárteles en España* (Thomson 2015) 815-842].

D NEVEN “Competition Economics and Antitrust in Europe”, *Economic Policy* 21 (2006) 741-781

A NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador* 4^a ed (Tecnos 2005).

ODUDU “Economic activity as a limit to Community law” en BARNARD C & ODUDU O (eds) [The Outer Limits of European Union Law](#) (Hart 2009) 225-243.

A PASCUAL “El cooperador necesario en las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia” en RECUERDA MA (coord) *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*. Anuario 2015 (Thomson) 111-135.

P PESCATORE “Monisme et dualisme et ‘effet utile’ dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne” en COLNERIC N, PUISOCHET J-P, RUIZ-JARABO Y COLOMER D & EDWARDS DV (coords) *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias* (BWV Berliner Wissenschafts 2003) 329-342.

N PETIT “From Formalism to Effects? The Commission’s Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC” *World Competition* 32/4 (2009) 485-503.

R PIZARRO NEVADO “La responsabilidad personal por infracciones administrativas”, en GONZÁLEZ JJ (coord) *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. E. Casas* (U Córdoba 1996) 609-622.

G QUINTERO “La autotutela. Los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal” [RAP 126 \(1991\) 253-293](#).

M REBOLLO “Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones”, en REBOLLO M, LÓPEZ M & CARBONELL E (coords) *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor L. Cosculluela*, (Iustel 2015) 843-864.

M REBOLLO “Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes”, [RVAP 99-100 \(2014\) 2527-2546](#).

M REBOLLO & M IZQUIERDO “Responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final” [Estudios de Consumo 56 \(2001\) 9-157](#).

J R SALELLES “Comentario a la Disposición Adicional 4^a.1” en MASSAGUER, FOLGUERA, GUTIERREZ & SALA (dirs) *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* 1376-1393.

C TALBOT “AC-Treuhand, the Scope of Article 101 TFEU, and the Future of Actions for Antitrust Damages” [*Commercial Law Practitioner* 23/1 \(2016\) 9-14.](#)

A VALLERY & C SCHELL “AC-Treuhand: Substantial Fines for Facilitators of Cartels” *Journal of European Competition Law & Practice* 7/4 (2016) 254-257.

W WILS “Is criminalization of EU competition law the answer?” en CSERES KJ, SCHINKEL MP & VOGELAAR FOW (eds) *Criminalization of Competition Law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States* (E Elgar 2006) 60-110.