Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
presentadas el 3 de diciembre de 2015 [1]

Asunto C-542/14

«VM Remonts» SIA (anteriormente «DIV un Ko» SIA),
«Ausma grupa» SIA
contra
Konkurences padome

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākā tiesa (Tribunal Supremo, Letonia)]

«Procedimiento prejudicial — Competencia — Artículo 101 TFUE, apartado 1 — Imputabilidad a una empresa del comportamiento ilícito de un proveedor de servicios independiente — Falta de conocimiento por parte de la empresa del comportamiento infractor del proveedor de servicios independiente»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial, presentada el 27 de noviembre de 2014 por el Augstākā tiesa (Tribunal Supremo), se refiere a la interpretación del artículo 101 TFUE, apartado 1, en relación con una supuesta concertación entre empresas durante su participación en una licitación organizada por la ciudad de Jūrmala (Letonia).

II. Marco normativo

A. *Derecho de la Unión*

2. El artículo 101 TFUE, (anteriormente artículo 81 CE) establece:

«1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

1 — Lengua original: francés.

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

[...]»

B. *Derecho letón*

3. En virtud del artículo 11, apartado 1, de la Ley de competencia (Konkurences likums), de 4 de octubre de 2001 [*Latvijas Vēstnesis*, 2001, nº 151]:

«Se consideran prohibidos y nulos desde el momento de su celebración los acuerdos entre operadores económicos cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir o falsear la competencia en el territorio de Letonia, incluidos los acuerdos relativos:

[...]

5) a la participación o no participación en licitaciones o adjudicaciones, o en medidas relativas a este tipo de actuaciones (u omisiones), exceptuando los casos en que los competidores hayan dado a conocer su oferta común de forma pública y el objeto de dicha oferta no impida, restrinja o falsee la competencia;

[...]»

III. Litigio principal y cuestión prejudicial

4. El consejo municipal de la ciudad de Jūrmala convocó una licitación para el suministro de productos alimenticios a los centros educativos. «VM Remonts» SIA, (anteriormente «DIV un Ko» SIA; en lo sucesivo, «DIV un Ko»), «Ausma grupa» SIA (en lo sucesivo, «Ausma grupa») y «Pārtikas kompānija» SIA (en lo sucesivo, «Pārtikas kompānija») participaron en dicha licitación.

5. Pārtikas kompānija recurrió a «Juridiskā sabiedrība "B&Š partneri"» SIA para recibir asistencia jurídica en la preparación y presentación de su oferta. A tal fin, «Juridiskā sabiedrība "B&Š partneri"» SIA recurrió, a su vez, a un subcontratista, «MMD lietas» SIA (en lo sucesivo, «MMD lietas»), que recibió de Pārtikas kompānija una propuesta de oferta, elaborada por esta sociedad de forma independiente, sin concertación con DIV un Ko o Ausma grupa.

6. En efecto, de la resolución de remisión se desprende claramente que Pārtikas kompānija estableció sus precios de forma independiente (véanse, en particular, los puntos 3.3 y 3.5 de esta resolución) y que el Administratīvā apgabaltiesa (tribunal de lo contencioso-administrativo regional) —el único competente para pronunciarse sobre las cuestiones de hecho— declaró en primera instancia que no existía ningún acuerdo ni práctica concertada entre Pārtikas kompānija y el resto de empresas afectadas (véanse, en particular, los puntos 3 y 3.5 de la resolución).

7. De la resolución de remisión también se deduce que MMD lietas se comprometió simultáneamente a preparar las correspondientes ofertas de DIV un Ko y de Ausma grupa sin informar a Pārtikas kompānija de ello. En estas circunstancias, un trabajador de MMD lietas utilizó la oferta de Pārtikas kompānija como referencia para preparar las ofertas de los otros dos licitadores. En particular, MMD

lietas preparó las otras dos ofertas tomando como base el precio estipulado en la oferta de Pārtikas kompānija, de forma que la oferta de Ausma grupa era aproximadamente un 5 % más económica que la de Pārtikas kompānija y la de DIV un Ko, aproximadamente un 5 % más económica que la de Ausma grupa.

8. Mediante resolución de 21 de octubre de 2011, el Konkurences padome (Consejo de la competencia) consideró que las tres sociedades licitadoras habían infringido el artículo 11, apartado 1, punto 5, de la Ley de competencia al preparar conjuntamente sus ofertas con el objetivo de simular una competencia efectiva entre estas últimas. El Consejo de la competencia consideró que esta práctica concertada falseaba la competencia e impuso una multa a estas empresas.

9. DIV un Ko, Ausma grupa y Pārtikas kompānija solicitaron la anulación de la resolución del Consejo de la competencia ante el administratīvā tiesa (tribunal de lo contencioso-administrativo) y, posteriormente, ante el Administratīvā apgabaltiesa (tribunal de lo contencioso-administrativo regional). Mediante sentencia de 3 de julio de 2013, este órgano jurisdiccional anuló la resolución impugnada en la parte en la que declaraba que Pārtikas kompānija había cometido una infracción, si bien la confirmó respecto de las otras dos sociedades.

10. A pesar de que dicho órgano jurisdiccional concluyó que la relación aritmética existente entre los precios de las ofertas de los tres licitadores ponía de manifiesto la existencia de una práctica concertada relativa a la participación en la licitación, consideró, no obstante, que no había ningún indicio que demostrase la participación de Pārtikas kompānija en dicha práctica.

11. DIV un Ko y Ausma grupa interpusieron sendos recursos de casación ante el Augstākā tiesa (Tribunal Supremo) contra la sentencia del Administratīvā apgabaltiesa (tribunal de lo contencioso-administrativo regional) en la medida en que desestimó sus recursos. Por su parte, el Consejo de la competencia interpuso un recurso de casación contra esta sentencia en la medida en que estimó el recurso de Pārtikas kompānija.

12. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la participación de una empresa en una infracción del Derecho de la competencia puede generarle responsabilidades, a pesar de que no se haya demostrado que los directivos de dicha sociedad tuvieran conocimiento de dichos actos o que los aceptaran.

13. El órgano jurisdiccional remitente señala que el artículo 11, apartado 1, de la Ley de competencia se redactó teniendo en cuenta la necesidad armonizar el Derecho nacional y el Derecho de la Unión en el ámbito del Derecho de la competencia y que, en consecuencia, la interpretación de esta disposición no debería ser diferente de la del artículo 101 TFUE, apartado 1.

14. No obstante, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, de las sentencias Musique Diffusion française y otros/Comisión (100/80 a 103/80, EU:C:1983:158), y Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71), se deduce que una empresa será responsable, con arreglo al artículo 101 TFUE, de los actos cometidos por una persona que, como un empleado, actúa por cuenta de dicha empresa, siendo irrelevante si las personas responsables de la toma de decisiones en dicha empresa ordenaron a esta persona que actuase en este sentido o si tenían conocimiento de ello. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si esta jurisprudencia es aplicable en circunstancias como las del litigio principal, en la medida en que no fue un empleado de Pārtikas kompānija quien cometió los actos examinados en este asunto, sino un proveedor de servicios independiente de dicha sociedad. Por otra parte, dicho proveedor no actuó exclusivamente en representación de dicha sociedad, sino también por cuenta de DIV un Ko y de Ausma grupa.

15. En estas circunstancias, el Augstākā tiesa (Tribunal Supremo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, en el sentido de que, para declarar que una empresa ha participado en un acuerdo restrictivo de la competencia, debe demostrarse un comportamiento personal de un directivo de la empresa, o su conocimiento o consentimiento respecto del comportamiento de una persona que presta servicios externos a la empresa y al mismo tiempo actúa por cuenta de otros participantes en un posible acuerdo prohibido?».

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

16. Han presentado observaciones escritas los Gobiernos letón e italiano y la Comisión Europea. El Gobierno letón y la Comisión participaron en la vista que se celebró el 21 de octubre de 2015.

V. Análisis

A. *Sobre la admisibilidad*

17. La Comisión, que fue la única parte que presentó observaciones sobre este aspecto, aboga por la admisibilidad de la cuestión prejudicial. En efecto, a pesar de que el Derecho de la Unión no es de aplicación en el litigio principal, dado que la práctica concertada controvertida en el presente asunto no puede afectar al comercio entre los Estados miembros, la Ley de competencia se adoptó precisamente con el propósito de adaptar el Derecho letón al Derecho de la Unión. La Comisión añade que las circunstancias del litigio principal se asemejan más a las del asunto que dio lugar a la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), que a las del asunto Kleinwort Benson (C-346/93, EU:C:1995:85).

18. En mi opinión, la presente cuestión es admisible.

19. En efecto, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones del Derecho de la Unión en supuestos en los que los hechos del procedimiento principal se sitúan fuera del ámbito de aplicación de este Derecho, pero en los que dichas disposiciones han sido declaradas aplicables por el Derecho nacional, que se atiene, para resolver una situación puramente interna, a las soluciones adoptadas por el Derecho de la Unión. En efecto, en tales supuestos existe un interés manifiesto de la Unión Europea en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse. [2]

B. *Sobre el fondo*

20. En el presente asunto, mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente insta al Tribunal de Justicia a pronunciarse acerca de si cabe imputar a una empresa, en una situación como la del litigio principal, la participación en una práctica concertada prohibida por el artículo 101 TFUE, que consiste en una oferta colusoria presentada en un procedimiento de licitación («bid rigging»), [3]

2 — Véanse las sentencias Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 20 y jurisprudencia citada, y FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411), en las que, en circunstancias análogas a las del presente asunto, el Tribunal de Justicia respondió a las cuestiones prejudiciales.

3 — En español, «manipulación de ofertas». En general, existe manipulación de ofertas cuando al menos dos empresas que participan en una licitación se ponen de acuerdo para que una o varias de ellas no liciten, presenten una oferta o la retiren.

teniendo como única prueba el comportamiento ilícito de un proveedor de servicios independiente de dicha empresa, al que se encargó la preparación de la oferta, a pesar de que no se ha demostrado que los directivos de dicha empresa tuvieran conocimiento de este comportamiento o que lo hubieran autorizado.

1. Resumen de las alegaciones de las partes

21. El Gobierno letón propone responder a la cuestión del órgano jurisdiccional remitente que el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, para declarar que una empresa ha participado en un acuerdo restrictivo de la competencia, no es necesario que se demuestre que un directivo de la empresa ha adoptado un determinado comportamiento, ni que conocía o consintió un comportamiento de un proveedor de servicios de su empresa que trabajaba también para otros participantes en el posible acuerdo.

22. En efecto, este Gobierno considera que, en un caso de las características del presente asunto, el estatuto jurídico de la persona a la que la empresa confía la ejecución de la tarea (asalariado o independiente, trabajador o agente) carece de pertinencia a efectos de establecer la responsabilidad de la empresa por la infracción del Derecho de la competencia.

23. Para dicho Gobierno, de las definiciones de mandatario y de trabajador en el Derecho letón se desprende que tanto uno como otro actúan en interés de la empresa que ha contratado sus servicios. Lo mismo sucede en el caso de un proveedor independiente al que la empresa ha encomendado la prestación de un servicio jurídico. En efecto, a su entender, este último obtuvo la autorización para actuar haciendo uso de una información que obra en poder de la empresa. A su juicio, el proveedor de servicios externalizados no asume los riesgos derivados de la actividad económica cuando actúa por cuenta de un tercero y, en estas condiciones, sus actos son imputables a la empresa que contrata sus servicios.

24. Por otra parte, según el Gobierno letón, una empresa debe obrar con prudencia al elegir a su mandatario del mismo modo que debe hacerlo al contratar a un trabajador. De no existir esta obligación, a las empresas les bastaría con recurrir a terceros para cometer infracciones del Derecho de la competencia sin exponerse a sanción alguna.

25. Además, a su entender, habría que evaluar si la información transmitida por la empresa al proveedor puede influir en la competencia. A este respecto, en su opinión, la información sobre la oferta concreta de una empresa en el marco de una licitación podría tener esa influencia, dado que contiene datos no accesibles al público relativos, por ejemplo, al precio que se propone o al funcionamiento de la empresa.

26. El Gobierno letón afirma que, teniendo en cuenta que, en el litigio principal, MMD lietas disponía de información (sensible) que podía influir sobre la competencia en el mercado de referencia y que se le encargó que actuase en nombre de Pārtikas kompānija haciendo uso de esta información, podría concluirse que esta empresa es responsable de los actos del proveedor realizados por cuenta de otros participantes en un posible acuerdo.

27. Además, el Gobierno letón alega que no es necesario demostrar que los directivos de la empresa autorizaron al proveedor independiente a transmitir la información controvertida ni que tenían conocimiento de esta transmisión. En efecto, a su juicio, los directivos deben considerarse necesariamente informados de los actos cometidos por los proveedores de servicios independientes contratados por su empresa.

28. El Gobierno italiano propone que se responda a la cuestión prejudicial en el sentido de que puede imputarse la responsabilidad por un acuerdo contrario a la competencia a una empresa que esté implicada a causa del comportamiento de un proveedor de servicios independiente que trasmitió a las empresas competidoras la información que había recibido de la primera empresa, aunque los directivos de esta empresa ni conociesen ni hubieran autorizado esta transmisión de información, a menos que la empresa interesada demuestre que no tenía ninguna posibilidad razonable de prever ni de evitar el comportamiento ilegal del proveedor.

29. A este respecto, dicho Gobierno considera que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al comportamiento de los empleados de una empresa es aplicable *mutatis mutandis* a una situación, como la del litigio principal, en la que el comportamiento controvertido ha sido observado por un proveedor independiente. Por consiguiente, a su entender, no es necesario que el comportamiento constitutivo del acuerdo haya sido observado por los directivos o por los representantes de dicha empresa, sino que basta con que haya sido observado por una persona encargada de actuar por cuenta de ella.

30. En efecto, a su juicio, por una parte, permitir a las empresas invocar el argumento según el cual los comportamientos ilegales han sido observados por personas que no forman parte de la dirección de la empresa para liberarse de su responsabilidad pondría en riesgo la posibilidad de reprimir los acuerdos ilícitos.

31. Por otra parte, a su entender, una infracción de las disposiciones del artículo 101 TFUE no exige intención por parte de la empresa, sino que puede ser producto de una negligencia de esta última. Así, según el Gobierno italiano, el mero hecho de que los directivos de una empresa como Pārtikas kompānija no hayan autorizado expresamente a MMD lietas a comunicar la propuesta de oferta a los competidores de esta empresa o que éstos ignorasen la realización de tal comunicación no permite descartar la participación de dicha empresa en el acuerdo resultante del comportamiento del proveedor. En su opinión, Pārtikas kompānija incurrió en negligencia al encargar la elaboración de la oferta a un proveedor sin prohibirle que hiciera lo mismo para empresas competidoras o que hiciera uso del contenido de dicha oferta en beneficio de éstas.

32. Por consiguiente, a juicio del Gobierno italiano, Pārtikas kompānija asumió un riesgo por el que se le podía imputar plenamente la responsabilidad del acuerdo contrario a la competencia resultante del comportamiento de este proveedor. A su entender, de ello se deduce que esta empresa sólo puede liberarse de esta responsabilidad si demuestra de forma específica que no tenía ninguna posibilidad razonable de prever ni de evitar el comportamiento ilegal del proveedor.

33. La Comisión propone que se responda a la cuestión del órgano jurisdiccional remitente de la siguiente forma:

«El artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, para que se declare que una empresa ha participado en un acuerdo restrictivo de la competencia como consecuencia del comportamiento de un agente que no forma parte de su plantilla es necesario demostrar:

— que el comportamiento infractor pertenece al ámbito de las funciones que han sido delegadas al agente por parte de la empresa, o

— que la empresa tenía conocimiento del comportamiento infractor del agente y no se distanció públicamente de él.

Cuando la conducta infractora esté comprendida en el ámbito de las actividades que han sido delegadas al agente, no es preciso demostrar que se le haya encomendado el ejercicio de tales actividades de forma ilícita, ni el conocimiento o consentimiento por parte de la dirección de la empresa de dicho comportamiento.»

34. A este respecto, según la Comisión, en primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece una distinción entre los conceptos de «empleado» y de «agente». En particular, a su entender, en la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión (C-40/73 a C-48/73, C-50/73, C-54/73 a C-56/73, C-111/73, C-113/73 y C-114/73, EU:C:1975:174), el Tribunal de Justicia admitió que un agente puede constituir una entidad distinta de su comitente a efectos de la aplicación del artículo 101 TFUE, salvo en el caso de que el agente estuviera «integrado» en la empresa del comitente. A este respecto, en su opinión, el Tribunal de Justicia reconoció diferentes criterios, a saber, por una parte, la asunción o no de un riesgo económico por parte del agente y, por otra, el carácter exclusivo o no de los servicios prestado por éste. En concreto, a juicio de la Comisión, el Tribunal General de la Unión Europea aplicó estos criterios en la sentencia Minoan Lines/Comisión (T-66/99, EU:T:2003:337) en la que se examinó la cuestión de la imputación a una empresa de la responsabilidad por un acto ilícito cometido por un agente.

35. Sin embargo, en opinión de la Comisión, estos dos criterios no son ni exhaustivos ni acumulativos. A su entender, de la sentencia Energetický a průmyslový y EP Investment Advisors/Comisión (T-272/12, EU:T:2014:995), se desprende que también es importante determinar si el comportamiento infractor en cuestión está comprendido en el ámbito de las competencias del agente, por cuanto que el criterio del riesgo económico o de la exclusividad no siempre resulta decisivo.

36. La Comisión afirma que el Competition Appeal Tribunal (tribunal de apelación en materia de competencia, Reino Unido) siguió igualmente este enfoque en su sentencia A H Willis & Sons Ltd/Office of Fair Trading (OFT) [2011] CAT 13. Según la Comisión, este órgano jurisdiccional declaró, en esencia, que no puede imputarse al comitente el comportamiento ilícito de un agente cuando constituye un acto completamente distinto de las funciones que le han sido encomendadas por aquél.

37. En lo que se refiere, en segundo lugar, a los principios generales del Derecho aplicables en materia de responsabilidad de los comitentes por las actividades de sus agentes, la Comisión alega, en particular que, en Derecho francés,[4] un comitente será responsable de las actuaciones de su agente siempre que la infracción se haya cometido en el marco —real o aparente— de sus funciones.[5]

38. Según la Comisión, de dicha jurisprudencia y principios se desprende que el mero hecho de que MMD lietas no fuese un agente exclusivo de Pārtikas kompānija no basta para eximir a esta empresa de su responsabilidad por la conducta de MMD lietas. En cambio, a su entender, no puede imputarse a Pārtikas kompānija el comportamiento de MMD lietas si éste no se inscribe en el marco de las funciones que le han sido encargadas, a menos que Pārtikas kompānija tuviera conocimiento de este comportamiento y no se hubiera distanciado públicamente del mismo. En opinión de la Comisión, dado que la única función que se encomendó a MMD lietas consistía en la preparación de la documentación de la oferta de Pārtikas kompānija siguiendo las instrucciones impartidas por dicha empresa (mera representación de la empresa y presentación de la oferta), la decisión de un empleado de MMD lietas de preparar las ofertas de los competidores de Pārtikas kompānija sobre la base de la de esta empresa se enmarca, por tanto, en el ejercicio de una función completamente distinta que no podría imputarse a dicha empresa. Por otro lado, a su juicio, de los autos remitidos al Tribunal de Justicia también se desprende que MMD lietas no recibió el mandato de negociar con las demás empresas.

4 — La Comisión se refiere al artículo 1384 del code civil.

5 — La Comisión se refiere a una sentencia de la Cour de cassation francesa de 19 de mayo de 1988, nº 87-82654. A su juicio, de esta sentencia se desprende que un comitente podrá liberarse de la responsabilidad de los actos de su mandatario cuando éste actúe fuera del marco de sus funciones, sin autorización y con fines ajenos a sus competencias.

2. Apreciación

a) Reflexiones generales y jurisprudencia

39. Con carácter preliminar, es preciso recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «práctica concertada», en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, contempla toda forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. [6] Dicha práctica puede derivarse, en particular, de las tomas de contacto directas o indirectas entre las empresas competidoras que tengan por objeto o efecto bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado. [7]

40. De esta jurisprudencia se deduce que no puede imputarse una práctica concertada a una empresa si no se demuestra que participó deliberadamente en la misma. En estas circunstancias, aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no exige que se demuestre que dicha empresa era consciente de que se estaba infringiendo el artículo 101 TFUE, ha de comprobarse, no obstante, que esta empresa no podía ignorar que su comportamiento tenía por efecto restringir la competencia. [8]

41. Debido, en particular, a la gravedad de las sanciones relacionadas con las infracciones del Derecho de la competencia, la responsabilidad sólo podrá, en principio, ser personal, independientemente de que la infracción se haya cometido deliberadamente o por negligencia.

42. La petición de decisión prejudicial plantea al Tribunal de Justicia la cuestión de la posible imputación a las empresas de actos cometidos por un tercero con arreglo al Derecho de la competencia.

43. A este respecto, puede establecerse una distinción en función de que la práctica prohibida por el Derecho de la competencia resulte de un acto:

— de un empleado de la empresa;

— de una de sus filiales, o

— de un tercero (persona física o jurídica) que no forma parte del organigrama de la sociedad.

44. En caso de que sea la propia empresa la que, a través de sus representantes o sus empleados en el ejercicio de sus funciones en la sociedad, adopte un comportamiento contrario al Derecho de la competencia, incurrirá en responsabilidad directa, al margen de que la infracción se haya cometido deliberadamente o por negligencia. En tal caso, la aplicación del Derecho de la competencia a la empresa «no supone una actuación ni aun un conocimiento por parte de los socios o de los gerentes principales de la empresa afectada, sino la actuación de una persona autorizada a obrar por cuenta de la empresa». [9]

6 — Sentencia Imperial Chemical Industries/Comisión (48/69, EU:C:1972:70), apartado 64.

7 — Sentencia Suiker Unie y otros/Comisión (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, EU:C:1975:174), apartado 174.

8 — Sentencias Miller International Schallplatten/Comisión (19/77, EU:C:1978:19), apartado 18; Musique Diffusion française y otros/Comisión (100/80 a 103/80, EU:C:1983:158), apartado 112, y IAZ International Belgium y otros/Comisión (96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, EU:C:1983:310), apartado 45.

9 — Sentencia Musique Diffusion française y otros/Comisión (100/80 a 103/80, EU:C:1983:158), apartado 97.

45. Según el Tribunal de Justicia, «la participación en acuerdos colusorios prohibidos por el Tratado FUE normalmente es una actividad clandestina que no está sujeta a reglas formales. Es poco común que un representante de una empresa participe en una reunión provisto de un mandato para cometer una infracción». Por consiguiente, «el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que para comprobar la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia no es necesario que se demuestre un comportamiento personal del representante legal de una empresa ni la autorización personal por dicho representante, mediante un mandato, de la conducta de su empleado que participó en una reunión contraria a la competencia». [10]

46. La jurisprudencia ha considerado igualmente responsables a las sociedades matrices por los actos contrarios al Derecho de la competencia realizados por sus filiales en los casos en los que estas empresas constituyan una unidad económica: «cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción». [11]

47. A tenor asimismo de una reiterada jurisprudencia, «el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz [...] teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas». [12]

48. Queda el supuesto en que el acto contrario al Derecho de la competencia lo realiza una persona (física o jurídica), que ni es una filial de la empresa afectada, ni está integrada en la misma, y en el que, como ocurre en el caso de autos, este tercero ajeno a la empresa actúa en calidad de proveedor de servicios independiente. ¿En qué medida puede considerarse responsable a la empresa beneficiaria de los servicios de dicho prestatario por los actos de este último?

49. Pueden darse dos posibilidades:

— 1) el tercero actuó en nombre de la empresa y realizó el acto contrario al Derecho de la competencia en el marco de la ejecución de las funciones que le fueron encomendadas por esta última. En este caso, la responsabilidad corresponde claramente a la empresa que recurrió a los servicios del tercero, dado que sabía, o debía saber necesariamente, que el tercero iba a realizar o había realizado un acto contrario al Derecho de la competencia, que lo había consentido, o incluso que este acto formaba parte de las funciones que le había encomendado al tercero,

— 2) el tercero actuó en el marco de un contrato con la empresa en cuestión, pero tomó iniciativas (consistentes, en particular, en actos contrarios al Derecho de la competencia) que no estaban previstas en las misiones que le habían sido encomendadas, sin que se haya demostrado que los directivos de tal empresa tuvieran conocimiento de que el proveedor de servicios había cometido un acto contrario al Derecho de la competencia ni que *a fortiori* lo hubieran consentido.

50. ¿En base a qué criterios puede imputarse la responsabilidad por una infracción cometida por dicho tercero a la empresa que ha recurrido a sus servicios?

10 — Sentencia Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71), apartados 26 y 28, respectivamente. Véanse, asimismo, los apartados 25 y 27.

11 — Sentencia Akzo Nobel y otros (C-97/08 P, EU:C:2009:536), apartado 56 y jurisprudencia citada.

12 — *Ibidem*, apartado 58 y jurisprudencia citada.

51. En su sentencia Minoan Lines/Comisión (T-66/99, EU:T:2003:337),[13] el Tribunal General quiso saber si la empresa y el agente «constituyen o forman parte de una misma y única empresa o entidad económica que presenta un comportamiento único en el mercado» (apartado 124). «De ser así, el tercero que ejerce una actividad en beneficio de su comitente, puede en principio considerarse como "órgano auxiliar integrado en la empresa" [de éste], obligado a atenerse a las instrucciones del comitente y formando así con dicha empresa, a semejanza del empleado comercial, una unidad económica» (apartado 125).

52. A continuación, el Tribunal General se basó en dos parámetros de referencia en orden a determinar la existencia de una unidad económica: «por una parte, el hecho de que el intermediario asuma o no algún riesgo económico y, por otra, el carácter exclusivo o no de los servicios que presta el intermediario» (apartado 126), dado que la falta de reparto de los riesgos y el carácter exclusivo de los servicios abogan por la existencia de una unidad económica.

53. Como han señalado el Gobierno letón y la Comisión durante la vista, estos dos criterios no pueden ser exhaustivos ni decisivos por sí mismos para determinar si puede imputarse a un comitente el comportamiento infractor de su agente.

54. En su sentencia voestalpine y voestalpine Wire Rod Austria/Comisión (T-418/10, EU:T:2015:516), el Tribunal General, aun cuando ningún elemento de prueba permitía constatar que la empresa pudiera haber tenido la menor información acerca del comportamiento contrario a la competencia de su agente y, tras examinar concretamente tanto la conducta como las funciones de este último, declaró que, «no obstante, en circunstancias como las del presente asunto, en el que el agente actúa en nombre y por cuenta del comitente, sin asumir el riesgo económico de las actividades que se le encomiendan, el comportamiento contrario a la competencia de este agente en el contexto de estas actividades puede imputarse al comitente, al igual que pueden imputarse a un empleador los actos contrarios a Derecho cometidos por uno de sus empleados, aunque no existan pruebas de que el comitente conociera el comportamiento contrario a la competencia del agente» (apartado 175) y concluyó en el apartado 178 de dicha sentencia: «que, en el presente asunto, la Comisión está facultada para, por una parte, llegar a la conclusión de que existe una unidad económica entre el agente y el comitente en lo que se refiere a las actividades que Austria Draht encomendó al Sr. G. y, por otra parte, considerar que, en atención a esa unidad económica, es posible imputar al comitente los actos contrarios a Derecho cometidos por el Sr. G. por cuenta de Austria Draht en el marco de las actividades que le fueron encomendadas, sin que resulte necesario demostrar que el comitente haya tenido conocimiento de las mismas».

55. Por otra parte, en la misma sentencia, el Tribunal General consideró también que no podía imputarse la participación de un agente en determinadas reuniones anticompetitivas a su comitente, ya que los asuntos que se trataron en las mismas no parecían estar claramente comprendidos en las funciones de representación encomendadas por dicho comitente al agente (véase, en este sentido, el apartado 384 de la referida sentencia). El Tribunal General indicó que no podía imputarse a voestalpine Austria Draht responsabilidad alguna por los comportamientos contrarios a la competencia del agente fuera del mercado italiano (dado que el mandato únicamente abarcaba el territorio italiano). Habida cuenta de estos elementos, el Tribunal General decidió reducir la multa impuesta de forma solidaria a las dos sociedades de 22 millones de euros a 7,5 millones de euros.

13 — Dicha sentencia ha sido objeto de un recurso de casación, en el que uno de los motivos se refería precisamente a la cuestión de la imputabilidad al comitente de la conducta del agente, pero el Tribunal de Justicia lo desestimó como estrictamente fáctico y, por tanto, manifiestamente inadmisible [auto Minoan Lines/Comisión C-121/04 P, EU:C:2005:695, apartados 19 y 20]. En lo que se refiere a la sentencia Minoan Lines/Comisión (T-66/99, EU:T:2003:337), véanse Blaise, J.B., e Idot, L.: «Chronique de droit communautaire de la concurrence — Mise en œuvre des articles 81 et 82 CE», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 131 a 223, apartado 81, e Idot, L.: «Transports maritimes — Commentaires aux arrêts du Tribunal du 11 décembre 2003», *Europe* 2004, nº 2, pp. 18 y 19.

56. Es preciso añadir que en dicho asunto (así como en el que dio lugar a la sentencia Minoan Lines/Comisión, T-66/99, EU:T:2003:337), el agente actuó claramente en nombre de la empresa, y disponía de facultades en el ámbito de la política comercial de su comitente, de manera que la fijación de los precios era uno de los aspectos del mandato que le había sido conferido, lo que implicaba negociar con las demás empresas.

57. No sucede lo mismo en el presente asunto, en el que de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que Pārtikas kompānija había determinado por sí misma el precio de su oferta (véase el punto 6 de las presentes conclusiones) y que MMD lietas era un mero agente al que se le había encargado la redacción técnica de la correspondiente documentación. Por consiguiente, parece que la decisión de MMD lietas de tomar como base la oferta de Pārtikas kompānija para elaborar las ofertas de las otras empresas obedece al ejercicio de una función totalmente distinta de la que se le había encomendado y que, desde mi punto de vista, no cabe imputar a Pārtikas kompānija.

58. Me gustaría recalcar que en el presente asunto no hay ningún indicio que demuestre que Pārtikas kompānija conocía y/o aprobaba el comportamiento del agente, a diferencia de lo que sucedió en el asunto en el que recayó la sentencia Minoan Lines/Comisión (T-66/99, EU:T:2003:337, en particular, apartados 139 a 147).

b) Asunto controvertido en el litigio principal

59. Por tanto, ¿qué debería decidirse en el supuesto examinado en el presente asunto, en el que no hay ningún indicio que permita establecer que Pārtikas kompānija tenía conocimiento del comportamiento de MMD lietas, en el que dicho intermediario actuaba como un operador comercial no vinculado, no compartía el riesgo económico con Pārtikas kompānija, no estaba vinculado contractualmente por ningún acuerdo de exclusividad con esta empresa (aun cuando parece que la deontología básica de su profesión lo exige *ex officio* en relación con la oferta en cuestión) y tomó iniciativas que iban más allá de la función que Pārtikas kompānija le había encomendado?

60. Desde mi punto de vista, deben rechazarse dos posturas extremas. Por una parte, la imputación automática de responsabilidad a la sociedad por las acciones de un tercero, independientemente del grado de implicación de esta sociedad, lo que iría en contra de los principios fundamentales que regulan la imposición de sanciones como las previstas por el Derecho de la competencia (en particular, la personalidad de las sanciones y la seguridad jurídica), y, por otra parte, la obligación de la autoridad competente en el ámbito del Derecho de la competencia de demostrar de forma convincente que la sociedad beneficiaria de los servicios del tercero tenía conocimiento de los actos delictuales cometidos por este último o que los había consentido, a riesgo de perjudicar gravemente la eficacia del Derecho de la competencia.

61. En efecto, «al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un Estado tercero, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo». [14] Por tanto, sería demasiado fácil «ocultarse» detrás de un tercero para quedar impune en el marco del Derecho de la competencia.

62. Además, la importancia de mantener la libre competencia permite que se exija a aquellas empresas que encomiendan a terceros funciones como las controvertidas en el presente asunto que adopten todas las precauciones posibles a fin de impedir que estos terceros infrinjan el Derecho de la competencia, evitando, en particular, toda negligencia o imprudencia en la definición o en el seguimiento de estas funciones.

14 — Sentencia Knauf Gips/Comisión (C-407/08 P, EU:C:2010:389), apartado 49.

63. En línea con lo anterior, la solución que propongo para casos como el controvertido en el litigio principal es establecer una presunción *iuris tantum* de responsabilidad de una sociedad por los actos contrarios al Derecho de la competencia cometidos por un tercero a cuyos servicios ha recurrido y que no puede ser considerado un órgano auxiliar integrado en esta sociedad. Semejante presunción permite mantener el equilibrio entre, por una parte, el objetivo de reprimir de forma eficaz los comportamientos contrarios a las normas de competencia, en particular, al artículo 101 TFUE, y de prevenir su repetición teniendo presente que el respeto de estas normas exige un comportamiento activo de las empresas en todo momento y, por otra parte, las exigencias derivadas de los derechos fundamentales en materia de sanciones. Dicha presunción se aplicaría incluso si los actos realizados por el tercero fueran distintos de las funciones que le fueron encomendadas, e incluso cuando no se logre demostrar que la sociedad que recurrió a sus servicios tenía conocimiento de sus actos o los había consentido. [15]

64. Esta presunción debería aplicarse a una empresa desde el momento en que la autoridad encargada de la observancia de las normas de competencia demuestre la existencia de un acto contrario al Derecho de la competencia cometido por una persona que trabaja para dicha empresa pero que no forma parte, directa o indirectamente, de su organigrama.

65. A fin de respetar el equilibrio al que me he referido en el punto 63 de las presentes conclusiones, la empresa podrá refutar la presunción de responsabilidad presentando todos los elementos que respalden su alegación de que no tenía conocimiento de los comportamientos delictuales cometidos por el tercer proveedor de servicios y demostrando que adoptó todas las precauciones necesarias para impedir tal inobservancia del Derecho de la competencia, y ello en tres momentos. [16]

66. El primero es cuando se produce su designación o contratación. Se refiere, en particular, a la elección del proveedor, a la definición de las funciones y el seguimiento de su ejecución, a las condiciones (o a la exclusión) del recurso a la subcontratación, a las obligaciones impuestas para garantizar el respeto del Derecho, en particular, de la competencia, y a las sanciones previstas en caso de incumplimiento del contrato, y a la autorización exigida por todo acto no previsto en el contrato.

67. El segundo momento comprende todo el período de ejecución de las funciones encargadas al tercero, procurando que el tercero se ciña estrictamente a sus funciones, tal como hayan sido definidas en el contrato.

68. El tercer momento es aquel en el que el tercero comete una infracción del Derecho de la competencia, aunque haya sido cometida a sus espaldas. La empresa no puede limitarse a ignorarla, debe distanciarse públicamente del acto prohibido, impedir que se reproduzca o denunciarlo a las autoridades administrativas. En efecto, como ha declarado el Tribunal de Justicia: «los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyeron acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan una complicidad que puede conllevar su responsabilidad en virtud del artículo 81 CE, apartado 1, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra» (sentencia AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717, apartado 31).

15 — Las presunciones son conocidas en el Derecho de la Unión. Tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal General han recurrido a las presunciones para determinar la responsabilidad solidaria de la sociedad matriz por los actos cometidos por sus filiales (sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, C-97/08, EU:C:2009:536), o por los actos cometidos por sus empleados y trabajadores (sentencia Musique Diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158), apartado 97.

16 — Con respecto a la destrucción de la presunción de responsabilidad de la sociedad matriz por el comportamiento de su filial, véase la sentencia ENI/Comisión (C-508/11 P, EU:C:2013:289), apartados 46 y ss. y 68 y 69.

69. En la vista se planteó la cuestión de si podía incidir de algún modo a efectos de desvirtuar la presunción que la empresa demostrase que no podía obtener ningún beneficio de los actos contrarios al Derecho de la competencia realizados por el agente. Tanto el Gobierno letón como la Comisión han respondido a esta cuestión de manera negativa.

70. No comparto este punto de vista, si bien con dos condiciones que, por otra parte, se han convertido indirectamente en el centro de los debates durante la vista. Es cierto que el interés o no de una empresa en una práctica concertada no puede influir en modo alguno en la determinación de la infracción al Derecho de la competencia. No obstante, el marco que nos ocupa no es el de la determinación de la infracción, sino el de un elemento que permita refutar una presunción de responsabilidad. La demostración de la empresa de que la conducta del agente sólo le ha acarreado consecuencias negativas puede respaldar los demás elementos invocados para desvirtuar la presunción de responsabilidad. Lo inverso sería claramente cierto si, por el contrario, la empresa tuviera interés en el resultado del acuerdo o de la práctica concertada.

71. Durante la vista se puso de manifiesto que el hecho de que Pārtikas kompānija no haya resultado adjudicataria del contrato no demuestra que no haya participado de una manera u otra en la práctica concertada, en la medida en que podría haberse puesto de acuerdo con las otras empresas para repartirse el mercado a lo largo del tiempo («bid rigging»). Estoy de acuerdo con esta observación, pero no me refiero a ese supuesto si no a aquel en el que la empresa demuestra que, además de no haber obtenido el contrato en cuestión, no participó en modo alguno en otros elementos de negociación que le habrían hecho beneficiarse de una infracción del Derecho de la competencia. Evidentemente, éste sólo es un elemento más que la empresa puede invocar en su argumentación para desvirtuar la presunción.

72. En resumen, la empresa podrá desvirtuar la presunción si demuestra que el tercero actuó fuera del marco de las funciones que le fueron encomendadas, que adoptó todas las precauciones necesarias en su designación y en el seguimiento de la función que le fue encomendada, y que, una vez que tuvo conocimiento del comportamiento prohibido, se distanció públicamente del mismo o lo denunció a las autoridades administrativas.

73. Evidentemente, corresponde al juez nacional apreciar los hechos expuestos en el presente asunto a la luz de los elementos anteriores para determinar o no la responsabilidad de Pārtikas kompānija.

VI. Conclusión

74. En virtud de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo al Augstākā tiesa (Tribunal Supremo):

«El artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, para declarar que una empresa ha participado en un acuerdo restrictivo de la competencia, no debe demostrarse un comportamiento personal de un directivo de la empresa, o su conocimiento o consentimiento respecto del comportamiento de una persona que presta servicios externos a la empresa y al mismo tiempo actúa por cuenta de otros participantes en un posible acuerdo prohibido.

Corresponde al juez nacional apreciar, en el marco del procedimiento de que conoce, si la empresa ha aportado elementos de prueba suficientemente convincentes para desvirtuar la presunción de su responsabilidad, referentes al hecho de que el tercero haya actuado fuera del marco de las funciones que le hayan sido encomendadas, a las medidas de precaución adoptadas por la empresa en el momento de la designación del tercero y durante el seguimiento de la ejecución de las funciones en cuestión, y a su conducta, tras haber tenido conocimiento del comportamiento prohibido.»