



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064300

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1288/2019, de 1 de octubre de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 3.ª

Rec. n.º 5280/2018

SUMARIO:

Defensa de la competencia. Procedimiento sancionador. Prácticas anticompetitivas. Sanción a persona física. Cargos directivos. Son dos los supuestos en los que cabe sancionar a las personas físicas en supuestos de prácticas anticompetitivas cuando se adopta o implementa acuerdos de fijación de precios y condiciones de distribución: cuando se trate de los representantes legales de la persona jurídica infractora y cuando tales personas físicas integren los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, si bien, a diferencia de lo que sucede con el representante legal, no existe definición normativa alguna de la figura de «órgano directivo», pero esa falta de definición no constituye un obstáculo desde la perspectiva del artículo 25 CE, pues se trata de un concepto de concreción razonablemente factible, en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que cumple por ello las exigencias de legalidad en materia sancionadora. En suma, se trata de aquellos que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. *Dicho* concepto de persona integrante de los órganos directivos no quedaba circunscrita, a quienes formen parte de los órganos colegiados y por tanto también se aplica aplicación al personal directivo unipersonal.

La aplicación del artículo 63.2 LDC para imponer sanciones a las personas físicas no se limita necesariamente a la intervención de los representantes legales o de las personas que integran órganos directivos de las personas jurídicas, que sea determinante del acuerdo o decisión anticompetitivo o particularmente relevante, y no excluye otros tipos de intervención de menor entidad de los indicados sujetos activos del tipo infractor, incluidos los modos pasivos de participación, como la asistencia a las reuniones en las que se concluyeron los acuerdos o decisiones infractores sin oponerse expresamente a ellos. En este caso la recurrente cuando era Directora Técnica, aunque participó en las reuniones donde se adoptaron las prácticas anticompetitivas, no era órgano directivo por estar supeditada al secretario general y cuando cambio su cargo al de secretaria general, no participó en dichas reuniones de lo que se sigue que tampoco la conducta de la recurrente en este segundo periodo, acreditada en las actuaciones, puede ser sancionada estimándose su recurso y anulándose su sanción.

PRECEPTOS:

Ley 15/2007 (Defensa de la Competencia), arts. 1, 2, 3, 63.2, 64.1 y 65.

Ley 16/1989, (LDC), art. 10.3.

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 101.

LO 10/1995 (CP), art. 31 bis.

Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 130.1 y 131.

Ley 40/2015 (LPAC), art. 28.1.

Constitución española, art. 25.

PONENTE:

Don José María del Riego Valledor.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH



Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.288/2019

Fecha de sentencia: 01/10/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5280/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 17/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5280/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1288/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech



D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 1 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 5280/2018, interpuesto por la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado, contra la sentencia de 29 mayo de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo para la protección de los derechos fundamentales número 6/2016 , sobre sanción de multa impuesta por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el que ha intervenido como parte recurrida D^a. Erica , representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco José Abajo Abril.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 29 de mayo de 2018 , con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección de los derecho fundamentales de la persona bajo en num. 6/16, promovido por el Procurador D. Francisco de Sales José Abajo Abril en nombre y representación de D^a. Erica contra la resolución de 26 de mayo de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 6.000 euros, declarando que la citada resolución en cuanto a la recurrente se refiere es contraria a derecho, por lo que la anulamos, reconociendo el derecho de la actora a ue la CNMC proceda a publicar la sentencia y una nota de prensa, a su costa, otorgando el mismo grado de publicidad que el dado en su día a la resolución sancionadora y a la nota de prensa consiguiente.

Sin hacer expresa imposición de costas."

Segundo.

Notificada la sentencia, se presentó escrito por la Abogacía del Estado, ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala, por auto de 19 de julio de 2018 , tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

Tercero.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por auto de 3 de diciembre de 2018 dictado por la Sección de Admisión, se acordó:

" 1º) Admitir el recurso de casación núm. 5280/2018 preparado por la Sra. Abogada del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, de fecha 29 de mayo de 2018 (procedimiento de protección de derechos fundamentales núm. 6/2016).

2º) Declarar que la cuestión que se suscita en el recurso que reviste interés casacional objetivo consiste en interpretar el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 25 de la Constitución Española , a fin de determinar si su aplicación exige necesariamente que la participación en la conducta infractora de los representantes legales de la persona jurídica o de las personas que



integran sus órganos directivos sea determinante de la formación de voluntad en el acuerdo o decisión de carácter anticompetitivo, excluyéndose otro tipo de intervenciones de carácter secundario o accesorio.

3º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos. "

Cuarto.

La indicada parte recurrente presentó escrito de interposición del recurso de casación, con fecha 31 de enero de 2019, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba. Señala la Abogacía del Estado que la sentencia impugnada reconoce expresamente que D^a Erica tuvo una participación accesorio de segundo nivel en la adopción de los acuerdos ilícitos, y que su intervención como persona integrante del órgano directivo que adoptó la decisión o el acuerdo fue de cooperación o facilitadora de la ejecución de aquel, y la valoración de la conducta de la sancionada que hace la sentencia recurrida en los términos expuestos es suficiente, en una adecuada interpretación del artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, para justificar su inserción en el tipo infractor, sin perjuicio de que una integración de todos los hechos que resultan del expediente, demuestre un nivel de participación de la sancionada en la conducta ilícita mucho mayor que el recogido por la sentencia recurrida, que justifica sin cuestión alguna su inserción en el tipo infractor.

Sin perjuicio de lo anterior, la Abogada del Estado mantiene que en ningún lugar del artículo 63.2 LDC se exige, para que pueda sancionarse a un directivo, una "coautoría", "cooperación necesaria", ni "intervención determinante" de la voluntad de la empresa infractora o "impulsora" de los acuerdos, como se pretende por la sentencia recurrida, que no existe razón alguna para que se reduzca "la intervención" exigida por dicho precepto a la que implique un dominio del hecho, como la autoría y sus asimilados, y que toda la teoría construida en el Derecho Penal para tratar de diferenciar al cooperador necesario de cómplice no se hace con objeto de excluir la responsabilidad de este último, pues en el ámbito penal todos los partícipes en el hecho sancionable son responsables en mayor o menor grado.

Como consecuencia de sus alegaciones, la Abogacía del Estado considera que la interpretación del artículo 63.2 LDC implica que su aplicación no exige necesariamente que la participación en la conducta infractora de los representantes legales de la persona jurídica o de las personas que integran sus órganos directivos sea determinante de la formación de voluntad en el acuerdo o decisión de carácter anticompetitivo, análoga a una cooperación necesaria, sino que es suficiente que se trate de intervenciones de carácter secundario o accesorio, semejantes a la complicidad penal; e incluso es aplicable a los que, ocupando posición de garantes del cumplimiento de la normativa de competencia, se abstuvieran de evitar la práctica ilícita.

La Abogacía del Estado finalizó su escrito de interposición del recurso solicitando a esta Sala que se estime el recurso, fijando la doctrina que propone a que se acaba de hacer referencia, con desestimación del recurso contencioso interpuesto en la instancia e imposición de las costas de la instancia al recurrente.

Quinto.

Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó la representación de D^a. Erica, por escrito de fecha 27 de marzo de 2019, en el que expuso que no representaba a FENIN, ni formaba parte de sus órganos de administración, ni era administradora de hecho o de derecho de FENIN, pues no tiene la representación legal, ni puede formar la voluntad de FENIN en ninguna forma, ni tenía capacidad de intervención sobre las decisiones que adoptaba el órgano colegiado de administración de FENIN que era su Junta Directiva. Añade la representación de la parte recurrida que no es procedente la integración de hechos que interesa la Abogacía del Estado, pues lo que realmente propone es sustituir la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia por su propio criterio valorativo, obviando que en esta instancia, dado el carácter exclusivamente nomofiláctico del recurso de casación, quedan excluidos del proceso los hechos y su apreciación por el Tribunal de instancia.

Alega también la parte recurrida que no existe la infracción que propugna la parte recurrente, por cuanto una persona física no puede cometer una infracción de las normas de la competencia. El ámbito subjetivo del artículo 63.2 LDC se limita a personas físicas que forman y determinan la voluntad de la empresa infractora, se dirige a sancionar la infracción de un deber específico por parte de estas personas físicas y, en cualquier caso, la



participación de la persona física en la conducta de la empresa infractora debe ser indispensable para que exista la infracción de las normas de la competencia.

Propone la parte recurrida que se fije doctrina de conformidad con los siguientes criterios: 1) que el artículo 63.2 LDC se aplica únicamente a aquellas personas físicas que representen legalmente al sujeto infractor persona jurídica o que la administren de hecho o de derecho, de tal forma que puedan formar o determinar la voluntad de la misma, y 2) en cualquier caso, la aplicación del artículo 63.2 LDC exige una participación decisiva o determinante de la persona física en la conducta de la persona jurídica, entendida como aquella cuya inexistencia no hubiera permitido al sujeto infractor cometer la infracción de las normas de la competencia, respetando en todo caso el principio de responsabilidad personal y la obligación de justificar los hechos determinantes de la imputación de dicha persona.

La representación de la parte recurrida concluyó su escrito de oposición solicitando a la Sala que dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso, fijando jurisprudencia en los términos que se acaban de indicar.

Sexto.

El Ministerio Fiscal, en escrito presentado el 29 de marzo de 2019, alegó que el artículo 63.2 LDC formula una distribución de responsabilidades, exigibles por separado aunque vinculadas entre sí, la de la persona jurídica en relación con los actos que constituyen la infracción, y "además" la de las persona físicas por su propia intervención personal en dichos actos. Añade que, desde una perspectiva respetuosa con los principios de culpabilidad y responsabilidad personal por los hechos propios, cualquiera que -siendo representante legal o directivo de la persona jurídica sancionada- realice las conductas típicas contenidas en el catálogo de infracciones en materia de defensa de la competencia, ha de considerarse infractor y acreedor por ello de la sanción prevista en el artículo 63.2 LDC .

En la interpretación que cabe hacer del artículo 63.2 de la LDC , el Ministerio Fiscal sostiene que el precepto describe como conducta sancionable la de haber "intervenido", y que intervenir consiste en la acción de tomar parte en un asunto. Por otro lado, mantiene también el Ministerio Fiscal en cuanto a "las personas que integran los órganos directivos" , que no cabe la menor duda que los directivos unipersonales de una entidad incorporal "integran" sus órganos directivos, por lo que no puede entenderse que la previsión normativa del artículo 63.2 LDC únicamente se aplique a los órganos colegiados de administración a los que se refiere el segundo párrafo del precepto, por lo que el artículo 63.2 LDC permite sancionar al personal directivo unipersonal de la persona jurídica infractora.

Continúa el escrito del Ministerio Fiscal señalando que la acción de intervenir o de tomar parte en un asunto, constituye el verbo nuclear de la infracción, y que carece de sentido distinguir entre intervención determinante en la formación de la voluntad en el acuerdo o decisión anticompetitivo, que acarrearía sanción con arreglo al artículo 63.2 LDC y otro tipo de intervención calificable de secundaria o accesorio, que excluiría la sanción del artículo 63.2 LDC , pues el tipo infractor, de suyo, se realiza o no se realiza. Si se discrimina entre los representantes legales y directivos que participaron de modo determinante y los que lo hacen de modo secundario o accesorio, se está introduciendo una distinción donde no la lleva a cabo la ley.

Advierte el Ministerio Fiscal que la condición de representante o directivo, prevista en el artículo 63.2 de la LDC para sancionar por la participación en acuerdos o decisiones anticompetitivos, marca el corte hacia debajo de la responsabilidad por tal participación y fija, así, la verdadera y fundada distinción entre tomar parte en el acuerdo o decisión de modo relevante o menos relevante, evitando que tenga que responder por su conducta en relación con tal acuerdo o decisión el personal menos cualificado de la persona jurídica infractora, y que cuestión distinta de que, conforme al artículo 63.2 LDC sea sancionable la intervención de representantes o directivos en acuerdos o decisiones contrarios a la competencia, es la evaluación del nivel de responsabilidad sancionatoria que quepa apreciar por la importancia o entidad del comportamiento jurídicamente reprochable llevado a cabo por los representantes o directivos.

Finalizó el Ministerio Fiscal su escrito solicitando a la Sala que declare haber lugar al recurso de casación, con estimación del mismo, fijando la doctrina que resulta de los términos de su escrito, case y anule la sentencia recurrida y confirme la resolución de 26 de mayo de 2016 del CNMC, por cuanto dicha resolución no vulneró derecho fundamental alguno en relación con Doña Erica .



Séptimo.

Conclusas las actuaciones, se señaló para la celebración de vista pública el día 17 de septiembre de 2019, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *La sentencia impugnada y sus antecedentes.*

Se interpone por la Abogacía del Estado recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 29 de mayo de 2018, dictada en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona número 6/2016, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Doña Erica contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 26 de mayo de 2016 (expediente S/DC/0504/14 AIO), que anuló por ser contraria a derecho.

La citada resolución del Consejo de la CNMC declaró acreditada una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, ambas de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, constitutiva de cartel, por una práctica consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios y condiciones de distribución y dispensación de absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO), financiados por el Sistema Nacional de Salud y destinados a pacientes no hospitalizados.

La resolución de la CNMC consideró responsables de dicha infracción a diversas empresas agrupadas en el grupo de trabajo de absorbentes de incontinencia de orina (GTAIO) de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), así como a la indicada Federación y a cuatro directivos de las empresas y de FENIN.

Una de las cuatro personas físicas a las que la resolución de la CNMC consideró responsables de la infracción fue Doña Erica, Directora Técnica de FENIN desde 1997 hasta 2002 y Secretaria General de FENIN desde 2002, a quien impuso una multa de 6.000 euros, que interviene en el presente recurso de casación como parte recurrida.

Las empresas fabricantes de los productos absorbentes, salvo las que fueron eximidas del pago de la multa por apreciar la CNMC que concurrían los requisitos previstos en el artículo 65 LDC, FENIN y las personas físicas sancionadas interpusieron recursos contencioso administrativos ante la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional.

FENIN interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución sancionadora de la CNMC, que fue desestimado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de mayo de 2018 (recurso 345/2016), y el recurso de casación interpuesto por la Federación contra la anterior sentencia de la Audiencia Nacional fue inadmitido por auto de fecha 17 de enero de 2019 (casación 4966/2018) de la Sección 1ª de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, por lo que la citada resolución sancionadora de la CNMC es firme en lo que respecta a FENIN.

En lo que interesa a este recurso de casación, Doña Erica impugnó la resolución de la CNMC ante la Sala de la Audiencia Nacional por dos vías procedimentales. Interpuso recurso contencioso administrativo por la vía de la protección de los derechos fundamentales de la persona, que fue tramitado con el número de registro DF 6/2016, en el que recayó la sentencia de 29 de mayo de 2018 impugnada en este recurso de casación y, asimismo, interpuso también frente a la misma resolución de la CNMC, recurso contencioso administrativo por la vía del procedimiento ordinario, registrado con el número 358/2016, en que la Sala de la Audiencia Nacional dictó la sentencia de 13 de junio de 2018, impugnada por la Abogacía del Estado en el recurso de casación 7458/2018, en estas fechas en trámite en esta Sala.

La sentencia recurrida estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por Dña. Erica, con referencia a los razonamientos de una sentencia anterior de la misma Sala, de 20 de abril de 2017 (DF 9/2016), que señalaban que la lectura del artículo 63.2 LDC evidencia que son dos los supuestos en los que cabe sancionar a las personas físicas: cuando se trate de los representantes legales de la persona jurídica infractora y cuando tales personas físicas integren los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, si bien, a diferencia de lo que sucede con el representante legal, no existe definición normativa alguna de la figura de "órgano directivo", entendiéndose la Sala, ante la ausencia de dicho concepto, que órgano directivo de una persona jurídica lo es cualquiera de los que la integran que pudiera adoptar decisiones que marque, condicionen o dirijan



en definitiva su actuación, y que el fundamento de la imputación, para que reúna los caracteres del tipo infractor, requiere que el directivo haya intervenido en la adopción del acuerdo, es más, la intervención en el acuerdo o decisión anticompetitiva no puede ser cualquiera sino que tiene que ser relevante, determinante de la formación de voluntad del acuerdo o decisión anticompetitivo.

Sigue su razonamiento la Sala de instancia diciendo que el artículo 63.2 LDC sanciona una singular participación, que se trata de una específica forma de coautoría del representante legal o directivo, que es sancionado junto con la persona jurídica a la que pertenece por la trascendencia de su intervención en la adopción del acuerdo o acuerdos anticompetitivos, y se trata de una coautoría porque, en criterio de la Sala de instancia, solo tiene encaje en el precepto la intervención determinante, lo que considera que no es el caso de la recurrente, que aunque como Secretaria General de FENIN ejercía un cargo calificado como directivo por sus Estatutos, sin embargo solo está acreditado que intervino en las reuniones donde se adoptaron los acuerdos anticompetitivos entre 1997 y 2001, pero no en reuniones posteriores, siendo su papel el de informar, dar cuenta del contenido de las reuniones previas, celebrar reuniones con representantes de la Administración y de los sectores implicados, sin que la Sala aprecie que su intervención fuera determinante o coadyuvante de la toma de decisión anticompetitiva, sino que se trataba de una intervención accesorio o de segundo nivel, que la Sala considera atípica en cuanto a su encaje en el artículo 63.2 de la LDC , con estimación por todo ello del recurso contencioso administrativo y anulación de la resolución impugnada.

Segundo. La admisión del recurso de casación del Abogado del Estado.

Interpuesto por la Abogacía del Estado recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional a que hemos hecho referencia, la Sección de Admisión de esta Sala 3ª del Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso, precisando que la cuestión que se suscita en el mismo y que presenta interés casacional objetivo consiste en:

"...interpretar el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 25 de la Constitución Española , a fin de determinar si su aplicación exige necesariamente que la participación en la conducta infractora de los representantes legales de la persona jurídica o de las personas que integran sus órganos directivos sea determinante de la formación de voluntad en el acuerdo o decisión de carácter anticompetitivo, excluyéndose otro tipos de intervenciones de carácter secundario o accesorio."

Tercero. De las sanciones a los representantes legales y personas integradas en los órganos directivos.

El artículo 63.2 de la LDC establece lo siguiente:

"2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas 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."

Ha de advertirse que, tanto la sentencia impugnada como el auto de admisión del recurso de casación, se refieren al artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , como la norma aplicable al caso, si bien la resolución sancionadora de la CNMC (FD 6.6), que situó el inicio de la participación en el cártel de la recurrente en la instancia en 1997, consideró de aplicación el artículo 10.3 de Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , por ser la norma sancionadora más favorable, ya que establece un límite máximo de la sanción de 30.000 euros, mientras que el artículo 63.2 de la LDC de 2007 fija dicho límite máximo en 60.000 euros.

No obstante, la cita de uno u otro precepto es irrelevante a los efectos interpretativos de la norma que ahora abordamos, pues ambas redacciones son coincidentes en la descripción de la conducta infractora, con la única salvedad del límite máximo de la sanción, lo que no es objeto de debate en este recurso, por lo que, a fin de evitar la extensión de la cita, en lo sucesivo limitaremos la referencia al artículo 63.2 LDC .

La razón de decidir de la sentencia impugnada, como antes se ha indicado, se basa en que la conducta sancionada por el artículo 63.2 LDC se limita a una intervención en los hechos que pueda considerarse



determinante o relevante, que la Sala de instancia califica como una específica forma de coautoría, quedando excluida del tipo infractor la participación accesorio o de segundo nivel, que considera atípica.

Sin embargo, esta exigencia de una intervención determinante o esencial en los hechos no tiene soporte en el texto del artículo 63.2 LDC , que exige simplemente la "intervención" del representante legal o del órgano directivo en el acuerdo o decisión. Tampoco ofrece el indicado precepto legal elemento alguno que permita circunscribir su ámbito de aplicación a un grado de intervención equivalente a la coautoría, sino que lo que el precepto establece es que pueden ser sancionadas las personas físicas -que sean representantes legales o formen parte de los órganos directivos- que intervengan en el acuerdo anticompetitivo, a quienes por tanto se les atribuye responsabilidad por esa personal intervención.

En el ámbito de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las personas jurídicas, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no excluye la exigencia de responsabilidad en atención al menor protagonismo o liderazgo de las empresas involucradas en la adopción de los acuerdos anticompetitivos, sino que traslada la ponderación de la importancia de su intervención al momento de determinación de las sanciones.

Así, en la sentencia de 22 de octubre de 2015, recaída en el procedimiento C-194/14 (AC-Treuhand AG), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda (apartado 31) su doctrina clásica, que ha sido seguida por este Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, sobre la responsabilidad de las empresas por una participación pasiva o de menor entidad en la infracción:

"...el Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que 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 (véase, en este sentido, la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408 , apartados 142 y 143 y jurisprudencia citada)."

En igual sentido, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, en la sentencia de 8 de julio de 2008, AC-Treuhand AG (asunto T-99/04 , apartado 133), ha señalado que no queda excluida de responsabilidad la complicidad en las infracciones del artículo 81.1 CE :

De las anteriores consideraciones resulta que, por lo que se refiere a la relación entre competidores que operan en el mismo mercado pertinente así como entre dichos competidores y sus clientes, 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, accesorio 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.

La descripción de la actuación que sanciona el artículo 63.2 LDC , la intervención en el acuerdo o decisión infractores, debe completarse necesariamente con una referencia al sujeto activo de la conducta típica, pues dicho precepto no abarca la intervención en el acuerdo o decisión de cualquier persona física que forme parte de la organización de la persona jurídica infractora, sino únicamente la intervención de quien reúna la precisa condición de representante legal o integrante de los órganos directivos de aquella.

Así pues, la intervención en el acuerdo o decisión infractora solo será sancionable al amparo del artículo 63.2 LDC si es realizada por determinados sujetos, los representantes legales o los órganos directivos de la empresa infractora, mientras que si es realizada por sujetos distintos, sean cual fuere la importancia de dicha intervención, quedará fuera del ámbito de aplicación del indicado precepto.

Es, por tanto, la condición de representante legal o directivo, exigida por el artículo 63.2 LDC , determinante de la responsabilidad que establece el indicado precepto legal. Como indica el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, esta condición de representante legal o directivo "marca el corte hacia abajo" en la exigencia de responsabilidad a las personas físicas integradas en la organización de las personas jurídicas infractoras, evitando así que tengan que responder por su conducta en relación con el acuerdo o decisión



anticompetitivos el personal que ocupe cargos técnicos, administrativos o de menor cualificación de la persona jurídica infractora.

La aplicación de las consecuencias sancionadoras previstas por el artículo 63.2 de la LDC exigirá, naturalmente, que además del cumplimiento del requisito de tipicidad, concretado en la intervención en el acuerdo o decisión anticompetitiva de los sujetos activos precisados por el precepto, concurren también los requisitos de antijuricidad y singularmente de culpabilidad, pues como ha insistido numerosas veces este Tribunal, la responsabilidad objetiva o por el resultado no se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, sino que el elemento de culpabilidad es un requisito imprescindible del derecho administrativo sancionador, de conformidad con los artículos 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público .

Queda por decir que si bien la intervención en el acuerdo o decisión del representante legal y de los directivos de la empresa infractora es sancionable conforme al artículo 63.2 LDC , de conformidad con lo anteriormente razonado, la mayor o menor importancia o relevancia de esa intervención tendrá proyección, en su caso, sobre las consecuencias sancionadoras que se asignen a la conducta infractora, a decidir en el momento de la individualización o cuantificación de la multa prevista en dicho precepto legal.

Así lo ha venido manteniendo esta Sala de forma reiterada, entre otras en la sentencia de 18 de julio de 2016 (recurso 2946/2013 , "Productores de Uva y Vinos de Jerez"), en la que hemos señalado que la participación y distinto grado de protagonismo del sujeto en la conducta infractora tiene su reflejo en la individualización de la sanción:

TERCERO. 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.

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 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.

En igual sentido, en la sentencia de 25 de mayo de 2017 (recurso 3600/2014 , "espuma de poliuretano"), hemos insistido en que la importancia de la intervención en los hechos debe ser ponderada en la cuantificación de la sanción:

Ciertamente, del planteamiento del motivo se desprende que la sociedad acepta la participación en los hechos, si bien, únicamente discrepa de la importancia de tal intervención, lo que no conlleva la exención de su responsabilidad, sino que afecta, en su caso, a las circunstancias modificativas y a la cuantía de la sanción a imponer, pero no sirve de sustento al alegato de inexistencia de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

A la vista de lo que hasta aquí se ha expuesto, procede la estimación del recurso de casación de la Abogacía del Estado y consiguiente anulación de la sentencia impugnada.

Cuarto. De la respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión del recurso de casación.

De conformidad con lo razonado en el Fundamento de Derecho anterior, la respuesta de la Sala a la cuestión que plantea el auto de admisión del recurso de casación es que la aplicación del artículo 63.2 LDC no se



limita necesariamente a la intervención de los representantes legales o de las personas que integran órganos directivos de las personas jurídicas, que sea determinante del acuerdo o decisión anticompetitivo o particularmente relevante, y no excluye otros tipos de intervención de menor entidad de los indicados sujetos activos del tipo infractor, incluidos los modos pasivos de participación, como la asistencia a las reuniones en las que se concluyeron los acuerdos o decisiones infractores sin oponerse expresamente a ellos.

Quinto. *La resolución del recurso contencioso administrativo.*

La estimación del recurso de casación de la Abogacía del Estado, lleva a la Sala a resolver, en los términos en los que aparece planteado el debate, el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de D^a Erica .

En su demanda la parte actora alega que el artículo 63.2 de la LDC es contrario a la exigencia de lex certa del artículo 25 CE , que se traduce en el principio de tipicidad, que requiere que esté determinado de manera cierta por la ley, entre otros extremos, quien puede ser sujeto activo de un delito o una infracción. Indica también la parte recurrente que en ningún caso puede aplicarse el precepto en su caso, pues no es representante legal ni órgano directivo de FENIN, sino que presta sus servicios por cuenta ajena en dicha Federación, sin que en el derecho administrativo sancionador quepan las interpretaciones antiformalistas o extensivas del tipo infractor, como la mantenida por la CNMC en la resolución impugnada, a lo que añade que la responsabilidad que se le imputa se basa únicamente en simples menciones genéricas relativas a reuniones del GTAIO y que su participación en la conducta que individualiza la resolución sancionadora es irrelevante.

Abordamos seguidamente las indicadas cuestiones planteadas en la demanda.

1) El sujeto activo de la infracción.

Ya se ha dicho en apartados anteriores que la infracción descrita por el artículo 63.2 de la LDC solo puede ser imputada a los concretos sujetos activos identificados en el tipo infractor, los representantes legales y las personas que integran los órganos directivos. En este caso la resolución sancionadora de la CNMC imputa la infracción a la recurrente no en su condición de representante legal, sino en su condición de órgano directivo de FENIN (FD 4.5 y 6.6).

La LDC no contiene una definición de qué deba entenderse por órgano directivo, a los efectos de la aplicación del precepto que examinamos, pero esa falta de definición no constituye un obstáculo desde la perspectiva del artículo 25 CE , pues se trata de un concepto de concreción razonablemente factible, en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que cumple por ello las exigencias de legalidad en materia sancionadora de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 151/1997, FD 3 ° y 218/2005 FD 3°)

La resolución sancionadora de la CNMC (FD 4.5) considera órganos directivos a "las personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica" ..., "que ostenta (ba)n facultades de organización y control dentro de la misma" ... "con capacidad para comprometer con su actuación a las personas jurídicas para las cuales prestaban servicios y en las cuales tenían encomendadas funciones de especial responsabilidad, que desempeñaban con autonomía" .

Se trata de definiciones de órgano directivo que están muy próximas a las de los sujetos a que se refiere el artículo 31.bis.1.a) del Código Penal : "aquellos que ...están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma" :

Esta Sala ya ha establecido una doctrina jurisprudencial sobre este sujeto activo de la infracción del artículo 63.2 de la LDC - "las personas que integran los órganos directivos"- en las sentencias 430/2019, de 28 de marzo (casación 6360/2017) y 483/2019, de 9 de abril (casación 4118/2017) .

En dichos recursos de casación el auto de admisión planteó como primera cuestión de interés casacional si el artículo 63.2 LDC , en relación con el artículo 25 CE , permite integrar en su formulación y, por tanto, sancionar a personal directivo unipersonal de la persona jurídica infractora o bien la previsión normativa únicamente era de aplicación a los órganos colegiados a los que se refiere el segundo párrafo del precepto, y la doctrina establecida por las indicadas sentencias fue la de considerar que una interpretación del artículo 63.2 de la LDC que contemple su aplicación al personal directivo unipersonal de la persona jurídica infractora no lesiona el artículo 25 CE .

Tal conclusión se basaba en que la Sala estimó ajustada a nuestro sistema constitucional la interpretación del artículo 63.2 de la LDC llevada a cabo en la sentencia recurrida (sentencia de 14 de septiembre de 2017, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional , recurso por el procedimiento



especial de protección de los derechos fundamentales 10/2016), que consideró que el concepto de persona integrante de los órganos directivos no quedaba circunscrita, como sostenía la parte recurrente en aquel caso, a quienes formen parte de los órganos colegiados de administración a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 63.2 de la LDC , pues dicho párrafo alude "a un supuesto muy concreto de los diversos que pueden conllevar la responsabilidad del órgano directivo" .

También la primera de las sentencias de esta Sala que hemos citado acoge y hace suya la definición de órgano directivo expresado en la sentencia recurrida, que considera como tal cualquiera de los que integran la persona jurídica "que pudiera adoptar decisiones que marquen, condiciones o dirijan, en definitiva, su actuación" , siendo de destacar que la norma legal ha otorgado a este elemento del tipo infractor un indudable componente fáctico.

No cabe duda, por encontrarnos en el ámbito de la aplicación del Derecho administrativo sancionador, de que la acreditación de los elementos del tipo infractor, y en particular, la concurrencia de la condición de órgano directivo de la persona jurídica infractora, con el alcance que hemos indicado, corresponde a la Administración que pretende imputar la infracción.

En el presente caso, la resolución sancionadora indica que la recurrente desempeñó en FENIN dos cargos de manera sucesiva: fue Directora Técnica desde 1997 hasta 2002, y desde 2002 hasta la incoación del procedimiento sancionador ocupó el cargo de Secretaria General.

En relación con la primera etapa, en la que la recurrente ostentó el cargo de Directora Técnica, la Sala no considera que la CNMC haya acreditado, con el rigor exigible, el requisito de tratarse la recurrente de un órgano directivo de FENIN, pues no existe ninguna constancia, o al menos no se cita en la resolución de la CNMC, cual es el soporte documental o los otros medios probatorios que permitan la calificación del puesto de Directora Técnica de FENIN como un cargo directivo, con las características de ejercicio de funciones directivas y autonomía a que antes se ha hecho referencia.

Las únicas referencias a las funciones de la recurrente que efectúa la resolución sancionadora de la CNMC (FD 4.5) no son a las que desempeñaba en FENIN, sino en el cartel de las empresas infractoras, en cuyas reuniones participó hasta el año 2002, en su condición de Directora Técnica, llevando a cabo tareas de convocatoria y organización de las reuniones, asesoramiento a los fabricantes participantes en el cartel y verificación de la implementación de los acuerdos, pero ya hemos indicado con anterioridad que el artículo 63.2 LDC no sanciona la intervención en los acuerdos o decisiones anticompetitivos, por importante que sea, de cualquier persona física integrada en la organización de la persona jurídica, sino únicamente la intervención de los representantes legales o de las personas integradas en los órganos directivos de aquellas.

En coincidencia con lo resuelto en la sentencia de esta misma fecha, recaída en el recurso de casación 5244/2018 , promovido por quien sucedió a la recurrente a partir de 2002 en el desempeño del cargo de Directora Técnica, la simple denominación del cargo, al margen de cualquier prueba sobre las funciones, autonomía de ejercicio o responsabilidad asumida en la Federación, no es suficiente para la consideración en este caso de "órgano directivo" , máxime cuando en esa denominación se incluye la calificación de "técnica" , que hace pensar en el desempeño de funciones de esas características, además de que los Estatutos de FENIN, que determinan, en su artículo 16, quienes son los órganos de gobierno y los cargos directivos de la Federación, no incluyen entre los mismos el puesto de "directora técnica" , sino que sitúan dicho cargo bajo la dependencia o dirección del Secretario General, como corrobora el organigrama de FENIN aportado al expediente (folios 15411 a 15415), por lo que se trata de un cargo que se ejerce con subordinación al Secretario General y carece de la autonomía en el ejercicio de sus funciones característica del órgano directivo.

Por el contrario, la Sala considera acreditado que el cargo de Secretaria General de FENIN, desempeñado por la recurrente a partir de 2002, si es un cargo directivo de la indicada Federación, pues así resulta reconocido de forma expresa por el artículo 16 de sus Estatutos, que señala que los cargos directivos de la Federación son el Presidente, los Vicepresidentes, los Vocales de la Junta Directiva y el Secretario General , resulta también de su nombramiento, pues de acuerdo con el artículo 32 de los Estatutos "será designado como cargo directivo" por la Junta Directiva y de las funciones que tiene encomendadas por el citado artículo 32 de los Estatutos, entre las que figuran el desempeño de la Secretaría de cada uno de los órganos colegiados de gobierno de la Federación, la ejecución y gestión de los asuntos de la Federación, actuando bajo la única dirección de la Junta Directiva, la dirección de todos los servicios técnicos y administrativos y de todo el personal de la Federación, la adopción de las medidas necesarias para la ejecución de los acuerdos de los órganos de gobierno, vigilar el despacho de los asuntos generales de la Federación, ejercer la dirección y coordinación general de los órganos, servicios y dependencias de la Federación, y otras funciones similares, en las que están presentes las notas de dirección de la actividad de la Federación sin más subordinación que a su Junta Directiva.



De acuerdo con los anteriores razonamientos, la recurrente no reunía la condición de órgano directivo de FENIN cuando desempeñó el cargo de Directora Técnica, entre 1997 y 2002, pero sí tenía la condición de órgano directivo desde su nombramiento en 2002 como Secretaria General de la Federación.

2.- La intervención de la recurrente en el acuerdo o decisión infractoras.

Adicionalmente a las sanciones previstas en el artículo 63.1 de la LDC por las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la propia LDC, cuando el infractor sea una persona jurídica, en su apartado 2 el mismo precepto permite, utilizando la expresión de "además", la exigencia de responsabilidad a los representantes legales y directivos de las empresas infractoras por su intervención en el acuerdo o decisión anticompetitivos, lo que pone de relieve la vinculación que ha de existir entre los actos que constituyen la infracción de las normas de defensa de la competencia que se han citado, imputables a la persona jurídica, y la participación personal en dichos actos del representante legal o directivo, que es la conducta sancionada por el artículo 63.2 de la LDC.

Debemos, por tanto, hacer referencia a los acuerdos o decisiones contrarios a la competencia llevados a cabo por FENIN y en los que la CNMC ha apreciado la intervención de la recurrente merecedora de sanción.

Dichos acuerdos o decisiones aparecen delimitados en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia, Sección 6ª, de 16 de mayo de 2018 (recurso 345/2016), que desestimó el recurso interpuesto por FENIN contra la resolución de la CNMC de 26 de mayo de 2016, que había impuesto a la Federación una multa de 200.000 euros por la comisión de la infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC que ahora se dirá.

La sentencia de la Audiencia Nacional es firme, pues el recurso de casación que FENIN interpuso contra la misma fue inadmitido por auto de 17 enero de 2019 de la Sección 1ª de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo (recurso de casación 4966/2018).

En la citada sentencia de la Audiencia Nacional se concreta la práctica anticompetitiva imputada a FENIN en su colaboración en un cartel con los fabricantes de productos absorbentes para la incontinencia de la orina en adultos, agrupados en el grupo de trabajo GTAIO, con el objetivo de fijar el precio de venta de laboratorio de dichos productos destinados a pacientes no hospitalizados a través del canal farmacia.

NOVENO. La asociación recurrente cuestiona la existencia del cartel, pero éste se manifiesta a juicio de la Sala, valorada en conjunto la prueba que refleja el expediente, en la consecución del objetivo de los fabricantes miembros del GTAIO, con la colaboración de FENIN, de asegurar la dispensación y distribución de los AIO destinados a pacientes no hospitalizados a través del canal farmacia en detrimento del canal institucional, manteniendo así el PVL de los AIO dispensados a través de dicho canal fijado en 1997 y que ha permanecido prácticamente invariable hasta la actualidad.

La actividad del cartel, sancionado por la resolución que ahora se enjuicia, se ha canalizado a través de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), de la que forman parte, Laboratorios Indas, S.A.U (desde 1981), Ontex Peninsular, S.A. (desde 1999), Laboratorios Hartmann, S.A. (desde 1994), SCA Hygiene Products, S.L. (desde 1996, con denominación SCA Mölnlycke, S.A.), Textil Planas Oliveras, S.A. (desde 1995) y Barna Import Médica, S.A. (desde 2003), y también fueron miembros aunque actualmente ya no lo son Arbra & Ausonia, S.L. (desde 1988 a 2013), Imbrand España S.L., Promotora Roc, S.A. (desde 1997 a 2002), B. Braun-Dexon, S.A. y Precisión Vascular Systems Europe, S.A.2. y dentro de la cual está encuadrado el Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia de Orina (GTAIO) creado en 1994.

Y es que, como pone de relieve la resolución sancionadora, "el cártel habría consistido en los acuerdos adoptados por los fabricantes agrupados en el Grupo de Trabajo de AIO de FENIN y presentes en el mercado de la comercialización de los AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados, para la fijación del PVL de los AIO dispensados a través del canal farmacia".

Debe destacarse que la sentencia de la Audiencia Nacional rechaza los argumentos de FENIN, que sostenía que la resolución de la CNMC había incluido en la conducta sancionada otras actividades de FENIN, como la estrategia de interposición de recursos para impugnar concursos públicos para la adquisición de los productos absorbentes para la incontinencia urinaria, a fin de favorecer su distribución por el canal farmacia en detrimento del canal institucional (hospitales), indicando el órgano jurisdiccional que la resolución sancionadora "no censura" la utilización de la vía judicial y que el uso de esa vía ni es constitutivo de infracción alguna, "ni lo tipifica como tal tampoco la CNMC", lo que tiene transcendencia en el presente recurso, pues lógicamente no cabe sancionar la intervención de la directiva recurrente en otras actuaciones FENIN distintas de las que constituyan infracciones de la LDC, de acuerdo con la resolución de la CNMC y la sentencia de la Audiencia Nacional que hemos citado.

La resolución impugnada de la CNMC se refiere a la distinta intervención de la recurrente en los acuerdos o decisiones infractoras, diferenciando dos períodos temporales distintos (FD 4.5) y la misma distinción en esos



dos períodos aparece también recogida en la Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia (apartados 352, 355, 368, 369 y 370). El primer período, en el que la recurrente desempeñó el cargo de Directora Técnica de FENIN, comprende desde 1997 a 2002, mientras que en el segundo período, que se inicia con el nombramiento de la recurrente como Secretaria General, se extiende desde 2002 en adelante.

La intervención que tuvo la recurrente en esos dos períodos en los acuerdos o decisiones contrarios a la competencia fue muy diferente.

En el primer período, entre 1997 y 2002, como Directora Técnica de FENIN, la recurrente distribuyó correos electrónicos y asumió la labor de centralización de información y distribución de la misma entre los fabricantes miembros del GTAIO, participó en las reuniones del GTAIO en las que se adoptaron los acuerdos y decisiones contrarios a la competencia y también asumió las tareas de convocatoria, organización de las reuniones, asesoramiento de los fabricantes en el cártel y verificación del cumplimiento de los acuerdos (folios 6427 a 6622), si bien, y cualquiera que sea la importancia o relieve que se atribuya a dicha intervención en las prácticas anticompetitivas, durante el mencionado periodo la recurrente no reunía la condición de órgano directivo del FENIN, como se ha razonado en el apartado anterior, por lo que no podía ser sujeto activo de la infracción descrita por el artículo 63.2 de la LDC, ni ser sancionada con base a dicho precepto legal.

Sin embargo, en el segundo período, desde 2002 en adelante, como Secretaria General y cargo directivo de FENIN, la recurrente dejó de realizar las actividades de convocatoria del GTAIO, participación en sus reuniones, asesoramiento y otras que se indican en el párrafo anterior. Es cierto que el GTAIO, en el que los fabricantes llevaron a cabo las prácticas anticompetitivas, continuó con su actividad infractora con posterioridad a 2002, pero las funciones de convocatoria y organización de las reuniones, asesoramiento y otras asumidas por FENIN fueron materialmente realizadas por la Directora Técnica de la Federación (apartados 355, 368, 369 y 370 de la Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia), desempeñado desde 2002 por persona distinta de la recurrente. Desde dicho año de 2002 consta en los escritos de convocatoria e informes de las reuniones del GTAIO (folios 6304 a 6427), que no participó en las mismas la recurrente, sino la persona distinta que desempeñaba el cargo de Directora Técnica de FENIN, de lo que se sigue que tampoco la conducta de la recurrente en este segundo periodo, acreditada en las actuaciones, puede ser sancionada en aplicación del artículo 63.2 de la LDC, pues no concurre el elemento objetivo de la intervención del directivo en el acuerdo o decisión infractora.

En el apartado de la resolución de la CNMC dedicado al examen de la responsabilidad de las personas física, también se menciona de manera algo confusa en relación con la Secretaria General, esto es, la recurrente, "la corrección meramente formal de sus comunicados para tratar de evitar que pudieran ser utilizados como una evidencia del carácter anticompetitivo de su conducta", y de forma más concreta se refiere a los intercambios entre la Secretaria General y el letrado interno de la Federación, "que denotan una evidente preocupación, no por el cumplimiento de la normativa de la competencia, sino por evitar que se pudiera detectar más allá de las empresas partícipes el efectivo incumplimiento". Se trata de afirmaciones que atribuyen una corrección aparente o meramente formal sin ningún sustrato probatorio, y en las que falta cualquier referencia a la forma en la que esa comunicación entre la Secretaria General de FENIN y un letrado interno de la Federación sea de utilidad para probar la intervención de la recurrente como directiva de FENIN en los acuerdos o decisiones anticompetitivos llevados a cabo por la persona jurídica, que es la conducta sancionada por el artículo 63.2 de la LDC.

Por los anteriores razonamientos, la Sala llega a la conclusión de que procede la estimación del recurso contencioso administrativo y la anulación de la resolución de la CNMC recurrida, al no resultar acreditada la intervención de la recurrente, en su condición de cargo directivo de FENIN como Secretaria General, en los acuerdos o decisiones anticompetitivos que se han descrito con anterioridad.

La estimación del recurso contencioso administrativo y la consiguiente anulación de la sentencia recurrida, hace innecesario el examen de los demás motivos de nulidad alegados en la demanda.

3.- El reconocimiento de la situación jurídica individualizada solicitado en la demanda.

En el suplica de su escrito de demanda la parte recurrente solicitó a la Sala, conforme a los artículos 31 y 71 de la Ley de la Jurisdicción, que se reconozca la situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno reconocimiento de la misma, todas ellas relacionadas con la publicación del nombre de la recurrente en la resolución impugnada.

En relación con tal solicitud, la Sala considera conforme a derecho la decisión que mantuvo la Sala de instancia, que reconoció a la recurrente el derecho a que:

"...la CNMC proceda a publicar esta sentencia y una nota de prensa, a su costa, otorgándola el mismo grado de publicidad que el dado en su día a la resolución sancionadora y nota de prensa consiguiente, por



entender que este régimen de compensación es suficiente y proporcionado, con desestimación del resto de las pretensiones. "

Sexto. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , la Sala acuerda que, respecto del recurso de casación, cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, sin que proceda tampoco la imposición de las costas de instancia al presentar el caso serias dudas de derecho.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Declarar haber lugar al presente recurso de casación número 5280/2018, interpuesto por la Administración del Estado, contra la sentencia de 29 de mayo de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo para la protección de los derechos fundamentales número 6/2016 , que anulamos.

Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de doña Erica contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de mayo de 2016 (expediente S/DC/0504/14 AIO), que anulamos, con el reconocimiento a la recurrente del derecho a la publicidad de esta sentencia en los términos indicados en el apartado 3 del Fundamento de Derecho Quinto.

Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a, Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.