



Roj: **STS 132/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:132**

Id Cendoj: **28079130032020100014**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **28/01/2020**

Nº de Recurso: **7458/2018**

Nº de Resolución: **95/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2563/2018,**
ATS 4158/2019,
STS 132/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 95/2020

Fecha de sentencia: 28/01/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7458/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 7458/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 95/2020

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 28 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 7458/2018, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 13 de junio de 2018 en el recurso contencioso-administrativo número 358/2016.

Ha sido parte recurrida el procurador de los Tribunales don Francisco Abajo Abril en nombre y representación de Santiago, bajo la dirección letrada de don José María Jiménez Laiglesia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Abogado del Estado interpone recurso contencioso-administrativo contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2018 (rec. 358/2016) por la que se estimó el recurso interpuesto por el representante legal de Doña Santiago contra la resolución de 26 de mayo de 2016 (expediente NUM000) de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se le impuso una sanción de 6000 € por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), del artículo 1 de la Ley 15/2017, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en su participación en el cártel en cuanto Directora Técnica y Secretaria General de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), desde al menos diciembre de 1996 hasta enero de 2014. La sentencia anuló dicha resolución por no ser conforme a derecho.

La sentencia recurrida estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por Dña. Santiago con referencia a los razonamientos de una sentencia anterior de la misma Sala, de 29 de mayo de 2018 (rec. DF 6/2016) 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. Mediante Auto de 12 de abril de 2019 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, 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 lo sea a título de cooperador/a necesario/a, excluyéndose otro tipo de intervenciones de menor entidad o de simple complicidad en el hecho infractor.

TERCERO. El Abogado del Estado formalizó la interposición de su recurso de casación argumentando que la sentencia impugnada reconoce expresamente que D^a Santiago 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. Y ello con independencia de que doña Santiago figura como cargo directivo según los propios Estatutos al ostentar la posición de Secretaria General.

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.

CUARTO. Doña Santiago se opuso al recurso.

Considera que la recurrente ni representa ni forma parte de los órganos de administración de FENIN. La Secretaria General que ocupó hasta el año 2002 actúa bajo la dirección de la Junta Directiva, siendo esta última la que decide. En calidad de Secretaria General ni tiene la representación legal ni puede formar la voluntad de FENIN.

Las CNMC ha optado por imputar de forma arbitraria a dos trabajadoras ordinarias dejando al margen al Presidente y a los miembros de la Junta Directiva que mantuvieron estos acuerdos y los que organizaron y dirigieron los grupos de trabajo.

Considera que en el recurso se pretende una integración de hechos para rebatir que su intervención fue meramente secundaria o accesorio y sostener que fue principal o imprescindible y equivalente a la de un cooperador necesario.

Era necesario que la CNMC acreditase y justificase el grado de culpa de la recurrente en la comisión del ilícito que se imputa.

El recurso propone sustituir la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia por su propio criterio valorativo, desconociendo que esto no es posible en sede casacional.

Y finalmente considera que no existe la infracción del art. 63.2 de la LDC, pues ella pretende que cualquier forma de intervención de una persona física en la infracción que comete la empresa puede ser objeto de sanción bajo dicha disposición, excluyendo la posibilidad de que una persona física sea coautora directa, tampoco cabe exigir una participación de la persona física como cooperador necesario, y que el art. 63.2 de la LDC no solo se aplica a los cómplices ejecutores de una conducta activa. Frente a ello sostiene que el art. 63.2 de la LDC es de naturaleza sancionadora y que su interpretación y aplicación está sometida a los principios de legalidad, culpabilidad y responsabilidad personal que establece el art. 25 de la CE, sin que exista previsibilidad en la interpretación que propugna la parte en el año 201.

Considera que una persona física no puede cometer una infracción de las normas de competencia, pues las personas físicas no están sujetas a la prohibición del artículo 1 de la LDC y artículo 101.1 del TFUE pues son las empresas. Las infracciones a las que se refiere el artículo la LDC con relación a los sujetos infractores que identifica el artículo 61.1 de la LDC no permiten que se impute la autoría a personas físicas que no sean empresas. Una persona física puede ser empresa, pero solamente cuando ejerce una actividad económica. Los trabajadores forman una unidad económica con las personas jurídicas en las que prestan sus servicios. La conducta típica de la persona física que pretenden sancionar el art. 63.2 de la LDC no puede ser la comisión de la infracción de las normas de competencia. La Sra. Santiago no ofrece sus servicios en el mercado, sino que es una trabajadora de FENIN por lo que no puede cometer la conducta típica imputada a FENIN

El ámbito subjetivo del artículo 63.2 de la LDC se limita a las personas físicas que forma y determinan la voluntad de la empresa infractora y se dirige a sanción la infracción de un deber específico por parte de esas personas físicas. No puede extenderse el ámbito de la norma sancionadora a cualquier persona física que haya participado en la conducta con total independencia de su posición en la empresa sino solo a aquellas personas a las que se refiere la norma sancionadora que pueden intervenir en forma la voluntad de la persona jurídica. 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 competencia.

Por todo ello, solicita la conformación de la sentencia de instancia y que se desestime íntegramente el recurso de casación.

QUINTO. Evacuado dicho trámite, se declararon conclusas y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 28 de enero de 2020, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Abogado del Estado interpone recurso contencioso-administrativo contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2018 (rec. 358/2016) por la que se estimó el recurso interpuesto por el representante legal de Doña Santiago contra la resolución de 26 de mayo de 2016 (expediente NUM000) de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se la impuso una sanción de 6000 € por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), del artículo 1 de la Ley 15/2017, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en su participación en el cártel en cuanto Directora Técnica y Secretaria General de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), desde al menos diciembre de 1996 hasta enero de 2014. La sentencia anuló dicha resolución por no ser conforme a derecho.

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 Santiago, Directora Técnica de FENIN desde diciembre de 1996 hasta abril de 2002 (a la que posteriormente le sustituyó doña Dolores) y Secretaria General de la Federación desde el 2002, a quien impuso una multa de 6.000 euros, que interviene en el presente recurso de casación como parte recurrida.

SEGUNDO. De las sanciones a los representantes legales y personas que integran los órganos directivos. Interpretación del art. 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Tal y como señala el Auto de admisión la cuestión controvertida que presenta interés casacional consiste en interpretar el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, 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 lo sea a título de cooperador/a necesario/a, excluyéndose otro tipo de intervenciones de menor entidad o de simple complicidad en el hecho infractor.

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."

Con carácter previo 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, 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 de la LDC de 2007.

La interpretación del alcance del art. 63. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia a los efectos de establecer el grado de participación o intervención que ha de exigirse a los representantes o directivos de las empresas implicadas en la actividad contraria a la competencia, ya ha sido abordado y resuelto por este Tribunal Supremo en dos sentencias nº 1287/2019 de 1 de octubre de 2019 (rec. 5244/2018) y la STS nº 1288/2019, de 1 de octubre de 2019 (rec. 5280/2018) esta última dictada en un recurso de casación referido al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

En ellas afirmábamos, y ahora reiteramos, que:

"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, accesoria o pasiva, por ejemplo mediante la aprobación tácita y la omisión de denunciar dicho cartel a las autoridades, pudiendo tomarse en consideración la importancia eventualmente limitada de esa contribución al determinar la gravedad de la sanción.

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 lo expuesto, la respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión del recurso de casación ha de ser, al igual que sostuvimos en dichas sentencias, 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".

TERCERO. La resolución del recurso contencioso administrativo.

Sentada esta doctrina, corresponde analizar si en el caso de Doña Santiago concurrían las condiciones tanto subjetivas como objetivas para ser sancionada por estos hechos.

Este Tribunal, en su sentencia nº 1288/2019, de 1 de octubre de 2019 (rec. 5280/2018), que resolvió un recurso por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, ya tuvo ocasión de analizar las circunstancias subjetivas y la participación de doña referida a D^a. Santiago en los hechos enjuiciados.

a) Requisitos subjetivos.

En lo referente al cumplimiento de los requisitos subjetivos para ser responsable de la infracción por el artículo 63.2 de la LDC, ya hemos dicho que 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 tal sentido afirmábamos

"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 3º y 218/2005 FD 3º)

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 doña Santiago 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.

Pues bien, al igual que sostuvimos en la citada sentencia, debemos reiterar que:

"[...] 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 si tenía la condición de órgano directivo desde su nombramiento en 2002 como Secretaria General de la Federación.

b) Participación de la recurrente en las conductas sancionadas.

Por lo que respecta a la intervención de la recurrente en el acuerdo o decisión infractores debemos analizar 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.

Hay que partir de los hechos que se consideran acreditados en la sentencia de instancia, en la que 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.

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 Arbora & 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.

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 cartel 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, , "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 Secretaría 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 Secretaría 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.

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

Procede así mismo confirmar la decisión de la Sala de instancia respecto a la publicación de una nota de prensa en la que quede constancia de la anulación de la resolución sancionadora, razonando que no es necesario realizar una nueva publicación que ya había sido acordada en una anterior sentencia.

CUARTO. 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 de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico segundo:

1º Declarar haber lugar al presente recurso de casación número 7458/2018, interpuesto por la Administración del Estado, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2018 (rec. 358/2016) que anulamos.

2º Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de doña Santiago contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de mayo de 2016 (expediente NUM000), que anulamos en la referente a la sanción impuesta a la recurrente.

3º Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José M. Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Córdoba Castroverde**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico. Doy Fe.