



Roj: **SAN 2166/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2166**

Id Cendoj: **28079230062018100245**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/05/2018**

Nº de Recurso: **7/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000007 / 2016

Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES

Núm. Registro General: 03035/2016

Demandante: D. Ruperto

Procurador: D. FRANCISCO DE SALES JOSÉ ABAJO ABRIL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ARBORA & AUSONIA SLU

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de mayo de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 7/2016 promovido por los tramites del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona e interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco de Sales José Abajo Abril, en nombre y en representación de D. Ruperto , contra la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en fecha 26 de mayo de 2016 (Exp. NUM000) que impone al recurrente la sanción de multa por importe de 4.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado, así como el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que:

"1. Declare que la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada el 26 de mayo de 2016 en el expediente NUM000 no es conforme a Derecho y, en consecuencia, acuerde su anulación;

2. Declare que el acto de publicación de la identidad de mi representado no es conforma a Derecho y, en consecuencia, acuerde su anulación;

3. Conforme establecen los artículos 31 y 71 LJCA, interesa a esta parte que se reconozca la situación jurídica individualizada y la adopción de medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma y, a tal fin,

- ordene a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia retirar inmediatamente de la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la Resolución y la Nota de Prensa emitida sobre la Resolución, sin perjuicio de su eventual sustitución por nuevos documentos debidamente modificados y censurados de tal forma que no permitan en modo alguno la identificación de mi representado;

- ordene a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que publique la Sentencia que esta Sala dicte en el presente recurso y una nota de prensa al respecto, a su costa, inmediatamente y con el mismo grado de difusión dado a la Resolución y a la Nota de Prensa;

- ordene a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia eliminar a su costa todas las referencias al nombre de mi representado que existan en internet vinculadas con la Resolución; y

- declare el derecho a la reparación, de los daños causados a mi representado por la adopción de la Resolución y la publicación, de su identidad y a estos efectos:

o bien la Sala acuerde una indemnización en favor de mi representado que equivalga simbólicamente a la sanción impuesta;

o bien sea la propia Sala que determine el quantum indemnizatorio, sobre la base de criterios de equidad".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitó que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

De igual modo se pronunció el Ministerio Fiscal.

TERCERO. - Tras la celebración del trámite de conclusiones escritas, se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló para el día 31 de enero continuándose la deliberación en sucesivas deliberaciones que finalizaron el día 16 de mayo de 2018.

Se ha designado ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo D. Ruperto impugna la resolución dictada en fecha 26 de mayo de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 .

Dicha resolución sanciona por la comisión de una conducta anticompetitiva constitutiva de un cártel. La CNMC considera acreditado que las empresas del GTAIO de FENIN con la colaboración de FENIN han formado parte de un cártel de fijación del precio de venta de laboratorios de los AIO financiados por el SNS destinados a pacientes no hospitalizados y han realizado un conjunto de actuaciones dirigidas al mantenimiento de su dispensación en el canal farmacia en detrimento del canal institucional y, además, han implementado una estrategia destinada a evitar o, al menos, retrasar el suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal institucional.

Concretamente, la resolución impugnada acuerda:

"Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución".

Y a D. Ruperto se le ha impuesto la sanción de multa de 4.000 euros por su participación en el cártel como representante de Laboratorios INDAS; S.A.U. y como Coordinador del GTAIO desde el mes de abril de 2012 hasta el mes de enero de 2014.

La CNMC en el fundamento jurídico cuarto de la resolución sancionadora impugnada expone:

"...las practicas investigadas constituyen una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y de la Ley 16/1989, y artículo 101 del TFUE, constitutiva de cártel, consistente en acuerdos por los fabricantes agrupados en el grupo de trabajo de absorbentes (GTAIO) de FENIN y presentes en el mercado de la comercialización de los AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados, al objeto de la fijación del precio de venta de laboratorio (PVL) de tales AIO dispensados a través del canal farmacia.

Además, para la consecución de tal objetivo, los participantes en este cártel habrían promovido el mantenimiento de la dispensación de los AIO a través del canal farmacéutico mediante una estrategia de interposición de recursos, administrativos y contencioso-administrativos, para evitar o retrasar el suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal institucional en lugar del canal farmacia.

....

Esta Sala de Competencia considera acreditada la existencia de una práctica prohibida por los artículos 1 de las leyes 16/1989 y 15/2007 y el artículo 101 del TFUE, consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios y condiciones de distribución y dispensación de absorbentes para la incontinencia severa de adultos financiados por el Sistema Nacional de Salud y destinados a pacientes no hospitalizados".

Y sigue diciendo la CNMC que:

"En el presente supuesto, los hechos acreditados ponen de manifiesto que el objetivo común perseguido por las empresas incoadas, a través de los acuerdos adoptados en el GTAIO de FENIN conforme a lo descrito, era la fijación coordinada de un PVL de los AIO muy superior al que hubiera derivado de una licitación competitiva.

Tanto las conductas de fijación de precios y condiciones de dispensación de AIO como la estrategia de interposición de recursos administrativos y contencioso-administrativos, contra los concursos públicos para la adquisición y suministro de AIO a pacientes no hospitalizados, tratan de evitar la sustitución del canal farmacia por el institucional para tal suministro, y configuran una infracción única y continuada. Efectivamente, se trata de una pluralidad de acciones complementarias cometidas por idénticas empresas competidoras, en el seno de la federación sectorial, mediante un comportamiento repetido y extendido en el tiempo que se prolongó desde, al menos, diciembre de 1996 hasta enero de 2014, infringiendo el mismo precepto administrativo, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión y utilizando métodos comunes con la misma finalidad, siendo su objetivo último conseguir mantener el PVL acordado para estos productos y la rentabilidad asociada al mismo a través de la dispensación de AIO vía el canal farmacia, intentando frenar cualquier tipo de iniciativa, fundamentalmente proveniente de la Administración a través de licitaciones públicas, que pudiera suponer un incremento de la competencia y una reducción de sus beneficios. Así, el mantenimiento de la dispensación de los AIO destinados a pacientes no hospitalizados en el canal farmacia ha sido un objetivo esencial de este cártel, con un vínculo evidente de complementariedad con la fijación del PVL de dichos productos que los miembros del GTAIO acordaron finalmente en mayo de 1997".

Y finaliza la CNMC destacando que:

"Asimismo, hay que tener en cuenta que este cártel no sólo tuvo el efecto de fijar de modo colusorio el PVL y los márgenes de distribución y dispensación de los AIO en el canal farmacia, sino que también forzó la dispensación de los mismos a través de tal canal, sustrayendo el suministro de estos productos de las ventajas derivadas de la licitación pública".

La CNMC explica en la resolución sancionadora como era el mecanismo a través del cual actuaban las empresas implicadas:

"Esta Sala (de Competencia de la CNMC) coincide con el órgano instructor en considerar que ha quedado acreditado que las empresas imputadas han intervenido de forma directa en la adopción de los acuerdos anticompetitivos, siendo FENIN el medio a través del cual dicho acuerdo se adoptaron e implementaron por las empresas asociadas que formaron el GTAIO en el seno de FENIN. FENIN ha jugado un papel esencial en el presente cártel, impulsando y realizando el seguimiento de las iniciativas, proyectos y acuerdos previamente adoptados por las empresas partícipes en el GTAIO constituido en su seno, posibilitando el marco funcional en el que se desarrollaba la colusión, facilitándola y promoviéndola".

Y en el presente recurso corresponde examinar la corrección jurídica de la sanción que se ha impuesto a una persona física por su condición de Director General de una de las empresas sancionadas -INDAS- y por haber

sido Coordinador del GTAIO desde el año 2012 al 2014. La sanción impuesta al ahora recurrente tiene su justificación en el artículo 63.2 de la LDC de 2007 que regula la sanción que puede imponerse, además, de la que pueda imponerse a la persona jurídica, a *"los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión"*.

La CNMC justifica la sanción de las personas físicas, entre ellas el ahora recurrente, afirmando en la resolución impugnada que:

"En relación a la responsabilidad de las personas físicas incoadas, la instrucción ha acreditado que en los cuatro casos se trata de personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica a la que representan y que ostentaban facultades de organización y control dentro de la misma. Todos ellos eran al tiempo de la infracción directivos de las mercantiles o de FENIN o personas con poder de representación de las mismas, 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.

....

Cabe precisar que, a los efectos de la normativa de competencia, puede ser infractor cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (Disp. adic. Cuarta LDC). Precisamente dado que cada tipología de persona jurídica tiene una específica regulación y denominación para sus órganos, colegiados o unipersonales, de administración y dirección, el concepto "órganos directivos" empleado por el artículo 62.3 de la LDC permite abarcarlos a todos, si cumplen determinadas condiciones de autonomía y capacidad de decisión, que son comunes a todos estos órganos. La definición amplia de empresa a los efectos del Derecho de la competencia y la necesidad de garantizar el efecto útil de las normas de competencia para proteger el orden público económico como bien jurídico tutelado, permiten la sanción ex artículo 63.2 de la LDC a las personas físicas miembros de asociaciones, colegios profesionales, consejos reguladores, federaciones deportivas, fundaciones, etc., que hayan intervenido en el acuerdo o decisión vulnerador de la LDC en ejercicio de funciones de administración y/o representación de tales personas jurídicas. A tal efecto deberá atenderse a la realidad de la conducta desarrollada, con independencia de la existencia de nombramiento formal o no y de la terminología empleada por la persona jurídica para designar el cargo u ocupación de la persona física que realiza la conducta.

También en el ámbito penal, cuyos principios deben ser observados en los procedimientos sancionadores administrativos con las correspondientes matizaciones, se emplea un concepto extenso de administrador y directivo. Así lo establece el artículo 31 del Código Penal, relativo a la responsabilidad criminal del representante de una persona jurídica: "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre."

Asimismo, resulta relevante que el Tribunal Supremo (sentencia de 26 de enero de 2007) también prioriza la realidad económica y comercial frente a la registral: "El concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas. Por tal ha de entenderse a quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria. Mayor problema plantea la inteligencia de lo que deba entenderse por administrador de hecho. Una concepción restringida incluiría en su entendimiento el concepto puramente mercantil del término, es decir, aquel que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejaría al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo comercial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Es por ello que la doctrina ha optado por una interpretación que permite integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y comercial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad aprovechando las formalidades previstas en el ordenamiento para la administración de la sociedad [...] en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección".

Añade el TS, igualmente Sala de lo Penal (sentencia de 16 de octubre de 2014):

"Nada impide, a los efectos de establecer la condición de administrador, que las funciones encomendadas, aun siendo las características de la administración, se limiten, bien en atención a su contenido o bien en atención a sectores concretos del giro de la empresa. Lo que importa es que en el ámbito en el que se ejecutan los hechos que se pretenden delictivos, el sujeto haya actuado desempeñando las funciones que corresponderían a un administrador, aun con facultades parcialmente limitadas. Como se decía en la STS nº 606/2010, de 25 de junio, aunque referida a delito fiscal, lo determinante es la competencia que dentro de la organización de la empresa o sociedad asume cada sujeto, precisando que no es inútil reiterar que dicha asunción "... no ha de examinarse desde la perspectiva formal organizativa, sino desde el material del efectivo ejercicio".

A juicio de esta Sala de competencia, no cabe, por tanto, analizar la aplicación del artículo 10.3 de Ley 16/1989 y del artículo 63.2 de la LDC, sobre la base de una consideración formalista del concepto de representante legal y directivo, sino en virtud del alcance real del cargo que ostenta la persona física en la empresa o entidad y de las actividades que ha realizado como representante de la misma.

Obviamente, este análisis deberá realizarse caso por caso, y en atención a la actuación que cada persona ha llevado a cabo en nombre de la empresa o entidad que ha resultado ser responsable de la infracción de cártel que aquí se resuelve.

En el presente expediente, las incoadas personas naturales ostentan, durante el período relevante de la conducta, la condición de Directores de Unidad de Negocio de Incontinencia de A&A y Vicepresidente de la Junta Directiva de FENIN (en el caso de Roque) y Director General de INDAS (Ruperto INDAS), así como coordinadores del GTAIO; y la condición de Directora Técnica (en el caso de D^a Margarita, desde 2002) y Directora Técnica (D^a. Yolanda, desde 1997 hasta 2002) y Secretaria General (desde 2002), siendo esta última figura definida como cargo directivo según los estatutos de FENIN. No es posible compartir la alegación que realizan conjuntamente los incoados respecto de su condición de "meros trabajadores" de las personas jurídicas responsables.

En el caso de las cuatro personas físicas incoadas, la instrucción ha puesto de manifiesto que adoptaban e imponían las decisiones de la gestión de las sociedades y la asociación, en cada caso. Se trata de personas que no ostentaban mandos intermedios, sino que impartían instrucciones, participando activamente en la gestión y dirección de la asociación y las mercantiles a las que representaban. No consta en las evidencias recabadas, ni las partes han acreditado, que los representantes y directivos incoados no asistieran a las reuniones y no participaran en los contactos ilícitos o hubieran votado o manifestado en contra de los mismos o salvado su voto, en el sentido del artículo 63.2 II de la LDC. Al contrario, la instrucción llevada a cabo por la DC ha permitido acreditar las actuaciones de diseño, impulso, coordinación y supervisión de la conducta infractora por parte de las personas naturales incoadas.

....

Respecto de D. Ruperto, en su calidad de representante de LABORATORIOS INDAS, S.A.U., como Director General de INDAS desde 2007 hasta la actualidad, y en particular, Coordinador del GTAIO desde abril de 2012 hasta al menos enero de 2014, constan diversas comunicaciones con FENIN en relación con las conductas objeto de investigación que manifiestan un papel proactivo e impulsor en los acuerdos objeto de este expediente".

Y añade la CNMC: "Los hechos acreditados en la instrucción ponen de manifiesto que la actuación de las cuatro personas incoadas se concretó en la intervención directa de las mismas en la realización de la conducta ilícita, que con su actividad posibilitaron el diseño e impulso de los acuerdos alcanzados por los fabricantes en el seno del GTAIO de FENIN, al objeto de fijar el PVL de los AIO dispensados en el canal farmacia y promover el mantenimiento de tales productos a través de tal canal farmacéutico. La responsabilidad que aquí se atribuye a las personas físicas se realiza al menos a título de culpa, puesto que su activa participación en los hechos imputados cumplimenta el elemento subjetivo preciso para que se produzca la exigencia de responsabilidad".

SEGUNDO. - En el escrito de demanda presentado por el recurrente, D. Ruperto, se solicita la nulidad de la sanción impuesta por aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Sanción que la CNMC le ha impuesto porque entendió que como Director General de INDAS y como Coordinador del Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia de Orina (en adelante, GTAIO) contribuyó activamente a la coordinación del cártel desde su incorporación, en el mes de abril de 2012 hasta, al menos, el mes de enero de 2014. Cártel en el que también se ha considerado responsable a la persona jurídica, Laboratorios INDAS, S.A.U., al entender la CNMC que, junto con otras empresas (Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria, FENIN, y empresas activas en el sector de los pañales absorbentes para adultos), había participado en la adopción de acuerdos anticompetitivos que se calificaron como contrarios al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Asimismo, impugna el acto de publicación de la identidad del recurrente a través de la nota de prensa emitida por la CNMC el 31 de mayo de 2016.

El recurrente apoya su pretensión refiriendo que se han vulnerado derechos fundamentales de la persona que deben determinar la nulidad de la sanción de multa que se le ha impuesto. En este sentido afirma que se ha vulnerado:

1. El derecho de legalidad y de tipicidad sancionadora previsto en el artículo 25.1 de la CE . El recurrente sostiene que el artículo 63.2 de la LDC no concreta el título de imputación de responsabilidad. Y añade que él era un mero trabajador por cuenta ajena de la empresa - único sujeto infractor- y por ello su participación en la conducta fue completamente irrelevante. Entiende que se ha producido una aplicación extensiva del artículo 63.2 LDC pues el tipo infractor aplicado (artículo 62.4.a) hace referencia a conductas realizadas por empresas y no por personas físicas.

2. El artículo 24 de la CE y ello en dos ámbitos:

-Se ha privado al recurrente de la tutela cautelar por cuanto se ha procedido a ejecutar los términos de la resolución impugnada mediante su publicación antes de que hubiera adquirido firmeza.

-Falta de respeto a la presunción de inocencia en el sentido de que se ha violado el derecho del recurrente a estar informado de la acusación y la exigencia de respetar el principio de culpabilidad. Afirma que el artículo 63.2 de la Ley 15/2007 -que ha sido la base para sancionarle- se ha interpretado de forma extensiva en relación con los términos "representantes legales" y "personas que integran los órganos directivos" incluidos en el artículo 63.2 citado. Y entiende que, con esa interpretación extensiva, la CNMC puede incluir y, por tanto, sancionar, a cualquier directivo que tenga facultades que puedan obligar a las empresas.

El recurrente sostiene que no era representante legal ni miembro del órgano de administración de la mercantil Laboratorios INDAS SAU. Era Director General de INDAS desde el año 2007, periodo en el que INDAS era administrada y representada por un Consejo de Administración de tal modo que, el recurrente debía responder de su gestión y estaba sometido a las instrucciones impartidas por el Consejo de Administración y por ese motivo tenía poderes limitados a la gestión ordinaria de la sociedad. Y, sin embargo, la CNMC le sanciona porque ha concluido que como Director General de INDAS era quien adoptaba e imponía las decisiones de la gestión de la sociedad y participaba en las reuniones en las que se adoptaban los acuerdos calificados como anticompetitivos. Y, por tanto, según la CNMC era el responsable de las actuaciones de diseño, impulso, coordinación y supervisión de la conducta infractora imputada a la mercantil.

Añade que tampoco se le puede sancionar por su participación como Coordinador del Grupo de Trabajo de AIO creado en FENIN en el periodo que va desde el mes de abril de 2012 hasta el mes de enero de 2014 ya que, dice el recurrente, la figura de Coordinador era informal y carecía de cualquier poder o decisión; era coordinador de un mero grupo de trabajo.

3. El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen previsto en el artículo 18.2 de la CE . El recurrente sostiene que no hay habilitación legal para la publicación de la identificación de las personas físicas sancionadas. Considera que se ha desatendido el poder que tenía el recurrente para consentir el tratamiento de sus datos personales y de las informaciones que hacen referencia a él.

4. Vulneración del principio "non bis in ídem" por cuanto el fundamento de la sanción es el mismo en la sanción impuesta a la persona física que la impuesta a la persona jurídica.

En relación con esta consideración, refiere que cada persona física forma unidad económica con la empresa a la cual se le ha impuesto asimismo una sanción por el mismo hecho y por el mismo fundamento.

Por el contrario, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal en sus respectivos escritos de contestación a la demanda solicitan la confirmación de la resolución sancionadora impugnada.

TERCERO. - Centrado el objeto de debate corresponde examinar si la sanción impuesta al recurrente respeta las garantías constitucionales que el recurrente invoca como infringidas.

Iniciamos el análisis por la alegación de vulneración del principio de tipicidad y de personalidad de las penas recogido en el artículo 25.1 de la CE invocado por el recurrente como motivo de nulidad de la resolución sancionadora impugnada.

El artículo 63.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , establece que: *"Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones: (...)".*

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

Es este segundo apartado el aplicado en el presente caso para sancionar al recurrente.

La lectura del precepto evidencia que son dos los supuestos en los que cabe sancionar a las personas físicas: en primer lugar, cuando se trate, dice la norma, de los representantes legales de la persona jurídica infractora. Y, en segundo término, cuando tales personas físicas integren los órganos directivos *"que hayan intervenido en el acuerdo o decisión"*.

Esta especialidad, en cuanto a la posibilidad de sancionar a particulares y no solo a las empresas, tiene carácter y aplicabilidad general para todas las infracciones y no puede restringirse caprichosamente como pretende el ahora recurrente.

Esta Sección ha analizado ya en otros recursos contenciosos administrativos la tipicidad del artículo 63.2 de la LDC y ha concluido que no se vulnera el principio de legalidad sancionadora ni el principio de tipicidad porque no existe indeterminación al señalar que personas físicas pueden ser sancionadas por su participación en las actuaciones anticompetitivas realizadas por las empresas en las que ejercen funciones con capacidad para influir en las decisiones de la persona jurídica. En este sentido, en la sentencia dictada en fecha 20 de abril de 2017 (recurso contencioso administrativo nº 9/2016 seguido por los tramites del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona) decíamos que:

"An te la falta de dicha conceptualización, entendemos que órgano directivo de una persona jurídica lo es cualquiera de los que la integran que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan, en definitiva, su actuación. El artículo 63.2 ha pretendido conferir a esta forma de intervención, y a la responsabilidad que arrastra, un indudable componente fáctico: cabrá exigir responsabilidad por dicha vía cuando se acredite que el órgano directivo, entendido con el alcance que señalábamos, ha intervenido en el acuerdo o decisión".

El artículo 63.2 de la LDC pretende, por tanto, sancionar por la adopción de acuerdos anticompetitivos tanto a las personas jurídicas que han participado en su adopción como a las personas físicas que por su posición de mando y de dirección en la empresa han podido intervenir no solo en la celebración de los acuerdos anticompetitivos, sino que, además, dado el cargo y su posición de influencia en la empresa posibilitan con su participación el diseño y el impulso de los acuerdos alcanzados. Incluso el resto de las empresas participantes adoptan los acuerdos con el convencimiento de que quien representa a la sociedad tiene capacidad de impulso y de influencia en las decisiones de la empresa a la que representan para implementar los acuerdos adoptados. En el caso analizado el recurrente participaba en las reuniones del GTAIO como Director General de la mercantil Laboratorios INDAS, S.A.U. sin que en ninguna de las reuniones en las que participó indicara al resto de las empresas participantes que fuera un mero ejecutor de las decisiones de la empresa y, por tanto, que no tenía capacidad de impulsar ni de decidir en nombre de la empresa. Y, por tanto, en el caso examinado, debemos concluir que el cargo que ostentaba implicaba disponer de facultades de decisión en nombre de la empresa; y ello con independencia del régimen laboral y de seguridad social a que pudiera estar sujeto ya que no se atiende al régimen laboral del cargo sino a su capacidad de adoptar decisiones en nombre de la empresa así como a su capacidad de impulsar la adopción de dichos acuerdos y a la capacidad para imponer la obligación de cumplir los acuerdos adoptados que, además, eran beneficiosos económicamente para la empresa.

Cuando el citado artículo 63.2 de la LDC habla de órganos directivos no puede entenderse exclusivamente, como así sostiene el recurrente, a los miembros del Consejo de Administración sino a personas que integran los órganos directivos entendidos como órganos de decisión de la empresa y no como órganos directivos desde el punto de vista mercantil. Órganos directivos que han participado e impulsado en nombre de la persona jurídica la adopción de los acuerdos anticompetitivos sancionados tal como refiere el indicado artículo 63.2 al especificar que, además, de las personas jurídicas se podrá sancionar a las personas físicas que *"integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión"*; entendida esta intervención en la adopción de los acuerdos sancionados como contrarios al derecho de la competencia y no, como argumenta el actor, como intervención en el acuerdo adoptado por el órgano de la sociedad.

Por tanto, no hay indefinición ni inconcreción en el citado artículo 63.2 de la LDC .

CUARTO. - Corresponde ahora examinar si existen pruebas de cargo en el caso examinado para poder sancionar al recurrente por su condición de Director General de Laboratorios Indas, S.A.U. y por su condición de coordinación del GTAIO.

El derecho a la presunción de inocencia exige que existan pruebas de cargo para poder sancionar a quien teniendo un cargo directivo ha participado en nombre de la empresa impulsando o consintiendo que la empresa adoptara acuerdos anticompetitivos de tal manera que, además, así era visto y considerado por el resto de los interlocutores. No es suficiente con tener un cargo directivo para que se pueda sancionar por el artículo 63.2

de la LDC, sino que se exige haber participado en la decisión de los acuerdos anticompetitivos adoptados en las reuniones. En el caso analizado, se adoptaron acuerdos por los cuales las empresas participantes fijaban el precio de venta de los AIO y realizaban, además, actuaciones consensuadas dirigidas a dar preferencia a la distribución de los AIO para pacientes no hospitalizados a través del canal farmacia y no del canal institucional.

Analizando los datos que figuran en el expediente administrativo esta Sección concluye que el recurrente ha participado en diversas reuniones celebradas por el llamado Grupo de Trabajo (GTAIO) tanto en nombre de la mercantil Laboratorios INDAS, S.A.U. como Coordinador de ese Grupo en las que se aprecia que conocía, impulsaba y pretendía adoptar medidas dirigidas a conseguir una postura común en beneficio de las empresas participantes en ese grupo de trabajo - empresas asociadas a FENIN- frente al Ministerio de Sanidad y frente a algunas Comunidades Autónomas para mantener la distribución de los pañales por el canal farmacéutico y no por la vía institucional. Y en este sentido destacamos los siguientes datos que figuran en el expediente administrativo y que han llevado a la CNMC a imputar al recurrente por su participación en los acuerdos anticompetitivos sancionados y que el recurrente conocía por lo que no puede hablarse de indefensión:

1.- Acta de la reunión del Grupo de Trabajo (GTAIO) celebrada el 29 de mayo de 2013 en la que figura D. Ruperto como asistente en nombre INDAS. En ese acta se recogen manifestaciones de los asistentes a esa reunión que demuestran que conocían que se estaban adoptando acuerdos anticompetitivos al señalar: *"se hablaba de poder llevar una posición consensuada a la reunión"* (con Ministerio, Fenin y algunas Comunidades Autónomas); *"necesidad de elaborar un documento que recoja la aportación de valor de los AIO al tratamiento y calidad de los pacientes y ponga de manifiesto las ventajas que supone el modelo farmacéutico"* para *"que puedan servir como argumentos de la industria contra las manifestaciones publicadas por la Agencia Valenciana de Salud en relación con el ahorro y ventajas que supone la entrega domiciliaria de esos productos..."* (folios 9792 y 9793 del expediente administrativo).

2. Acta de la reunión de trabajo del GTAIO de 4 de junio de 2012 en la que figura también como Asistente Ruperto en nombre de INDAS y en la que se recogen las siguientes manifestaciones: *"potenciales riesgos de aplicación del RDL 16/2012 al sector"*; *"trabajar en paralelo en un mercado alternativo..."*; *"documento consensuado por todos..."*; *"robusta línea de defensa de los intereses del sector de AIO"* (folios 9601 y 9602 del expediente administrativo).

3. Resaltamos, además, el papel activo del ahora recurrente cuando en el acta de la reunión aludida de 4 de junio de 2012 se recoge expresamente: *"el Coordinador del GT (INDAS) Ruperto entrega un documento donde recoge la hoja de ruta futura a seguir y expone su visión sobre la "amenaza regulatoria constante" y "todos reconocen problemas de sostenibilidad de la situación actual en el medio plazo, debemos buscar un nuevo modelo alternativo, donde las distintas empresas se sientan cómodas y que elimine de una vez por todas esa incertidumbre"*.

Por tanto, queda acreditada su participación en la adopción de los acuerdos adoptados, así como su intervención en nombre de INDAS. Además, su participación como directivo tenía en el caso examinado una implicación mayor que la que podría suponer la condición de "mero trabajador" de la mercantil.

Por tanto, debemos concluir que existe prueba de cargo suficiente contra el recurrente. La responsabilidad que aquí se atribuye a la persona física se realiza al menos a título de culpa, puesto que su activa participación en los hechos imputados cumplimenta el elemento subjetivo preciso para que se produzca la exigencia de responsabilidad.

En el supuesto analizado en este expediente se ha sancionado a la persona física cuya responsabilidad se enjuicia porque tuvo un papel activo y protagonista en la infracción, lo que implica, en la más beneficiosa de las interpretaciones posibles, un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción.

No se acepta por esta Sala el argumento de que se está imponiendo a la persona física una doble sanción por los mismos hechos y por el mismo fundamento por cuanto, entiende, se ha sancionado también a la empresa en cuyo nombre actuaba. El artículo 63.2 de la LDC establece una responsabilidad administrativa acumulada de personas jurídicas y de personas físicas de forma que, por una misma conducta ilícita, pueda sancionarse no sólo a la entidad responsable a la que se atribuye el comportamiento en cuestión sino también a sus representantes legales o directivos que hayan intervenido en la práctica infractora. La efectiva intervención de las personas físicas es la que constituye la actuación antijurídica que se sanciona con la multa de hasta 60.000 euros que prevé la LDC de 2007. El hecho determinante de la responsabilidad es esa intervención en el acuerdo o decisión ilícitos.

La responsabilidad de los administradores y directores de las entidades sancionadas por infracciones administrativas ha sido extensamente tratada por la jurisdicción contenciosa, que permite concluir tal

responsabilidad derivada de conductas omisivas cuando corresponde a tales sujetos el deber de evitar la conducta infractora. Como doctrina general cabe recordar lo declarado en la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo) de fecha 30 de junio de 2006 (rec. 443/2004):

"Ah ora bien, tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y, especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente".

QUINTO. - El recurrente sostiene que se vulnera el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen previsto en el artículo 18 de la CE en cuanto la CNMC ha publicado en su página web la resolución sancionadora sin proteger, como dato de carácter personal, la identidad del sancionado.

Sobre esta cuestión esta Sección ya se ha pronunciado en la sentencia dictada en fecha 20 de abril de 2017, antes aludida, de tal manera que por razones de unidad de doctrina y de seguridad jurídica nos remitimos íntegramente a lo que ya hemos declarado. Concretamente, decíamos:

"QUINTO. - Procede, por último, abordar el motivo de la demanda que denuncia la vulneración del "... derecho al honor, la intimidad y propia imagen de nuestro representado garantizado por el artículo 18 CE " al haberse publicado en la resolución recurrida la identidad de las personas físicas sancionadas.

A juicio del demandante, las normas en que se justifica la publicación, en concreto el artículo 27.4 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 37.1 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, solo posibilitan que se haga público el nombre de los infractores, siendo así que, conforme a los artículos 1 de la propia Ley 15/2007, y 101 del TFUE, únicamente pueden tener tal condición las empresas, pues las personas físicas "no son destinatarias del tipo sancionador contenido en estas disposiciones".

Además, entiende que la publicación infringe el principio de proporcionalidad que "limita cualquier injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución".

En este caso, se habría quebrantado ese principio pues, con el único fin de disuadir de la comisión de conductas contrarias a las normas de competencia, se ha divulgado, dice la demanda, "... con carácter general un aspecto que atañe únicamente a la esfera profesional de nuestro representado (...) causándole con ello un claro daño en su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en su esfera no solo profesional, sino también privada, íntima y personal".

Por ello considera que habría sido suficiente y, en suma, proporcional a la finalidad perseguida, la imposición de la sanción económica, sin necesidad de publicar, además, su identidad. Publicación que percute entonces en el derecho reconocido en el artículo 18 de la Constitución.

Sobre esta cuestión ha de decirse que el artículo artículo 37.1 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dispone que "La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores. En particular, se difundirán:... j) Las resoluciones que pongan fin a los procedimientos".

En el mismo sentido el 27.4 de la Ley de Defensa de la Competencia, derogado por la referida Ley 3/2013, señalaba que "Las resoluciones, acuerdos e informes se harán públicos por medios informáticos y telemáticos una vez notificados a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores".

Una lectura atenta de tales disposiciones evidencia que a lo que habilita -y obliga- la Ley en todo caso es a publicar las resoluciones que pongan fin al procedimiento, y, entre ellas, las resoluciones sancionadoras, como es el caso.

Por lo tanto, incluida en su parte dispositiva la sanción al actor, nada justifica que no se haga pública la resolución íntegra en estricto cumplimiento de las normas antes citadas que regulan la publicidad de las actuaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y sin que sobre ello incida la cuestión de si ha de considerarse o no infractor a la persona física sancionada por aplicación de lo previsto en el artículo 63.2 de la LDC. No puede desconocerse que la publicación de la resolución no le atribuye la condición de infractor, sino solo la de sancionado, que es, en rigor, la que refleja.

Llegados a este punto, resta solo analizar si dicha publicación implica una vulneración del derecho reconocido en el artículo 18 de la Constitución.

La explicación que para ello ofrece la demanda no tiene otro asidero que la propia consideración del sancionado: resulta desproporcionada la medida por cuanto, para alcanzar el buscado efecto disuasorio de la sanción, no es necesario publicar un dato que afecta, afirma, a su esfera "no solo profesional sino también privada, íntima y personal". E invoca, como decimos, el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen.

No es propósito de la Sala analizar en profundidad el alcance y la dimensión constitucional de estos derechos, pero sí resulta imprescindible una breve mención a su contenido porque solo así puede determinarse si la publicación denunciada pudiera tener algún impacto sobre los mismos.

En cuanto al derecho a la intimidad personal, el Tribunal Constitucional, Sala Primera, recuerda en su sentencia 272/2006, de 25 de septiembre de 2006, recurso núm. 3791/2003, que "el derecho a la intimidad personal que garantiza el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce, e implica la preservación de un ámbito de cuestiones relacionadas con la esfera íntima del individuo frente a la intromisión ajena, o, dicho de otro modo, «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 170/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, entre otras muchas)".

Por su parte, la del Pleno del mismo Tribunal Constitucional núm. 216/2013, de 19 de diciembre 2013, recurso núm. 10846/2009, pone de manifiesto en relación al derecho al honor que "... el derecho al honor, que garantiza "la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas" (por todas, SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4 y 9/2007, de 15 de enero, FJ 3), protege también frente aquellas críticas o informaciones acerca de la conducta profesional o laboral de una persona que pueden constituir "un auténtico ataque a su honor personal, incluso de especial gravedad, ya que 'la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga' (STC 180/1999, FJ 5). A este respecto, hemos concretado que la protección del art. 18.1 CE sólo alcanza 'a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido' (STC 180/1999, FJ 5)" (STC 9/2007, de 15 de enero, FJ3)".

Por último, y en cuanto al derecho a la propia imagen, la sentencia 81/2001 del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 26 de marzo de 2001, recurso 922/1998, advierte que "En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc. perseguida por quien la capta o difunde. En la Constitución Española ese derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto Constitucional...".

Pues bien, no se argumenta, siquiera mínimamente, en la demanda, y en directa conexión con el verdadero contenido de estos derechos apuntado en las sentencias del Tribunal Constitucional parcialmente transcritas, cual pueda ser la infracción constituida por la publicación del contenido de la sanción que imponía la Ley 15/2007 y hoy la Ley 3/2013; es decir, en qué medida se ha visto afectado el derecho del sancionado a su intimidad, a su honor, o a su propia imagen cuando dicha publicación deriva del estricto cumplimiento de esas normas con rango de Ley.

La consideración de que "no era en absoluto necesario, ni para la disuasión general ni para la personal o particular, y resulta por tanto una violación desproporcionada, y por ello injustificada de su derecho al honor, intimidad

y propia imagen, que el público en general conociera la identidad de nuestro representado", es abiertamente contraria al designio del legislador que sí lo ha entendido necesario atendiendo al interés general, que demanda el público conocimiento de un hecho de relevancia para el mercado como es la decisión de la CNMC por la cual impone una sanción por prácticas contrarias a la competencia.

En definitiva, la pretensión del actor en este punto se dirige a mantener la confidencialidad de un dato que, por expresa determinación legal, no tiene el carácter de confidencial, sin aportar elemento adicional alguno que pudiera considerar prevalente su interés frente al general que exige la publicación de la resolución sancionadora en los términos previstos por la Ley".

Por tanto, la publicación en la página web del CNC de la resolución sancionadora con el nombre de la persona sancionada se ha ajustado a derecho y, además, cuando se ha dado publicidad a la resolución ahora recurrida, se explica que se trataba de una resolución que no era firme y frente a la que cabía recurso contencioso administrativo.

Por otra, debemos recordar que la resolución impugnada, una vez dictada por la CNMC, y en el caso de que no se acuerde su suspensión -como así ha sucedido en el caso analizado porque el recurrente no solicitó formalmente la suspensión-, produce efectos ejecutivos sin que conste que se haya incumplido por la Administración autora de la resolución impugnada ninguna de sus indicaciones ni que se haya excedido en el cumplimiento de su parte dispositiva para aumentar la publicidad en perjuicio de los intereses del ahora recurrente.

En definitiva, la pretensión del actor en este punto se dirige a mantener la confidencialidad de un dato que, por expresa determinación legal, no tiene el carácter de confidencial, sin aportar elemento adicional alguno que pudiera considerar prevalente su interés frente al general que exige la publicación de la resolución sancionadora en los términos previstos por la Ley.

En virtud de todo lo expuesto debemos desestimar el recurso contencioso administrativo tramitado por el proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona.

SEXTO. - Por todo lo anteriormente razonado procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo lo cual implica que se impongan a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo nº 7/2016 promovido por los tramites del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona e interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco de Sales José Abajo Abril, en nombre y en representación de D. Ruperto , contra la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en fecha 26 de mayo de 2016 (Exp. NUM000) que impone al recurrente la sanción de multa por importe de 4.000 euros y, en consecuencia, se confirma al ser ajustada a derecho.

Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 31/05/2018 doy fe.