



Roj: **STS 3889/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3889**

Id Cendoj: **28079130032020100273**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **12/11/2020**

Nº de Recurso: **5247/2018**

Nº de Resolución: **1518/2020**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2167/2018,**
ATS 11382/2019,
STS 3889/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.518/2020

Fecha de sentencia: 12/11/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5247/2018**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **5247/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1518/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. **Eduardo Calvo Rojas**

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Fernando Román García

En Madrid, a 12 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **5247/2018** interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2018 dictada en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales nº 8/2016. Ha sido parte en las actuaciones el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de D^a Flora interpuso recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de mayo de 2016 (expediente NUM000) en la que se impone a la Sra. Flora una multa de 4.000 euros como responsable de una infracción 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 desde abril de 2002 hasta enero de 2014.

La Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 25 de mayo de 2018 (procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales nº 8/2016) en la que se acuerda estimar el recurso contencioso-administrativo y anular el acuerdo impugnado.

SEGUNDO.- La sentencia de Sección 6^a de la Sala de la Audiencia Nacional, en su antecedente primero, destaca como relevantes los siguientes hechos:

<< 1. Desde abril de 2002 hasta enero de 2014, la recurrente fue la directora técnica de FENIN, siglas de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria.

2. FENIN fue fundada en 1977 y agrupa empresas y asociaciones de fabricantes, importadoras y distribuidoras de tecnologías y productos sanitarios. En la actualidad agrupa a 520 grandes, medianas y pequeñas empresas, nacionales e internacionales.

3. Los órganos de gobierno de FENIN, que tienen atribuidas funciones decisorias, son la Asamblea General, la Junta Directiva, el Comité Ejecutivo y la Presidencia, mientras que las funciones de organización ejecutiva y de gestión técnica es dirigida por la Secretaría General, teniendo por misión el estudio, coordinación y gestión de las actividades y servicios que FENIN ofrece a las empresas asociadas.

4. En relación con las reuniones del Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia creado en 1994 (GTAIO), FENIN realiza funciones de secretaría, encargándose de la convocatoria y la elaboración de las actas, así como de que se cumplan las normas establecidas para la celebración de dichas reuniones y labores de asesoramiento en cuestiones de carácter técnico o regulatorio.

5. La recurrente estaba vinculada con FENIN con una relación laboral de carácter ordinario y garantizaba la comunicación entre el coordinador del GTAIO y FENIN, ejerciendo funciones de secretariado del Grupo>>.

En los fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto de su sentencia la Sala de instancia interpreta el artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia poniéndolo en relación con el artículo 25 de la Constitución. El contenido de estos tres apartados de la sentencia recurrida es el siguiente:

<< (...) TERCERO: Un examen lógico de las distintas cuestiones planteadas debe comenzar por el examen de la eventual infracción del artículo 25 de la CE pues en caso de estimarse el recurso por este motivo, resultaría innecesario continuar con las restantes alegaciones de la recurrente.

La redacción del artículo 63.2 de la LDC ciertamente no puede calificarse de satisfactoria, pues arroja algunas dudas sobre su ámbito de aplicación, títulos de imputación y la propia tipicidad de la conducta.

En nuestra sentencia de 14 de septiembre de 2017, recurso no 10/2016 DF, propugnamos una interpretación estricta del precepto de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad.

En consecuencia, sostuvimos que los representantes legales de la persona jurídica infractora serán aquellos que ostenten dicha condición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, tomando en consideración las múltiples y variadas formas de personificación y tipología de las personas jurídicas infractoras que pueden admitirse.

Así, la noción de "representante legal" incorpora un plus respecto del mero representante, que llevaría a poder sancionar a cualquier persona física que hubiera actuado en nombre de la persona jurídica, por ejemplo, asistiendo a una reunión en la que se hubiera adoptado un acuerdo anticompetitivo.

En relación con la segunda categoría de infractores mencionados en el artículo 63.2 LDC "personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión", advertimos que no existe un concepto legal de esta figura y 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. De forma particular subrayamos el componente fáctico de este concepto y delimitamos la exigencia de responsabilidad por dicha vía, cuando se acredite que el órgano directivo ha intervenido en un acuerdo o decisión materialmente de carácter anticompetitivo.

En función de este planteamiento que expresamente reiteramos, pasamos a analizar en primer lugar la denunciada infracción del principio de legalidad.

CUARTO: Las exigencias vinculadas al artículo 25 CE, son sobradamente conocidas pues fueron objeto de desarrollo desde el inicio de la jurisprudencia constitucional (STC 18/1981). El principio de legalidad establecido por el artículo 25 CE, contiene una serie de garantías que se concretan en que solo puede imponerse una sanción si se fundamenta en una ley escrita, previa y cierta respecto de la realización de los hechos objeto de enjuiciamiento.

A ello debe unirse la regla de la aplicación restrictiva de las normas que tipifican las infracciones, pues las garantías del proceso penal son también aplicables al procedimiento administrativo sancionador, como proclama desde su inicio la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y lo corrobora con mayor contundencia el TEDH (sentencia de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini) y las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, asuntos, C596116C, c-537/16C y C-525/15, Di Puma, Garlsson Real Estate y Menci).

En el presente caso, resulta indiscutido que la recurrente no ostenta la condición de representante legal, por lo que el reproche del que es objeto se realiza desde la condición de "personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión".

Antes de analizar la concreta intervención de la recurrente y constatar si efectivamente la conducta que la CNMC le imputa en la resolución puede ser incardinada como partícipe en la infracción de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63.2 LDC, resulta necesario establecer una serie de precisiones conceptuales.

Podemos compartir con la recurrente que el artículo 63.2 LDC no tipifica una conducta autónoma, ya que no la describe como tal con las exigencias de precisión a la que aludíamos en el FJ anterior. Por otra parte y en nuestra opinión, tampoco establece una obligación específica y concreta en orden a evitar un determinado acto ilícito, condición de garante que nos conduce a la figura clásica del Derecho Penal de la comisión por omisión.

Finalmente en este apartado, resta por decir que no nos cabe duda alguna de que la recurrente no es una empresa en el sentido del artículo 101 TFUE y 1 de la LDC, tal y como ha venido estableciendo una consolidada jurisprudencia, y ello, esencialmente, por no ofrecer bienes en el mercado a cambio de una contraprestación.

QUINTO: En definitiva, lo que la citada norma hace es incriminar la actuación de determinadas personas físicas como partícipes en la infracción cometida por una empresa, normalmente una persona jurídica, que esta sí, puede cometer la infracción prevista en los preceptos que acaban de citarse por realizar prácticas competitivas.

Sobre esta cuestión cabe decir que la normativa propia del Derecho Administrativo sancionador es, en principio, ajena a la regulación de la figura del partícipe en la infracción de otros, apareciendo el artículo 63.2 LDC como uno de los excepcionales supuestos en los que esta figura se contempla.

La exégesis del citado artículo 63.2 LDC nos ha conducido a afirmar que su aplicación no puede predicarse de cualquier sujeto que actúe en nombre de la empresa, sino a las específicas categorías que en el mismo se indican, subrayando que en el supuesto de las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo de decisión, la intervención a la que se refiere el precepto debe referirse a decisiones que marquen, condicionen o dirijan en definitiva la actuación de la persona jurídica.

En consecuencia, dicha participación deberá ser particularmente relevante para justificar la aplicación del artículo 63.2 LDC, lo que nos lleva a invocar por analogía la figura más propia del Derecho Penal del cooperador necesario, es decir aquel partícipe cuya intervención es indispensable hasta el punto de que sin su concurso no sería posible la comisión del ilícito.

Junto a la figura del cooperador necesario, cuya condición y reproche se asimila a la del autor material, la normativa penal contempla la del cómplice, cuyo grado de implicación en la infracción es sensiblemente menor, sin perjuicio de su pleno conocimiento de los hechos ilícitos.

Las conclusiones del Abogado General Sr. Rodolfo de fecha 21 de mayo de 2015 dictadas en el asunto C-194/14 AC-Treuhand AG, apartados 78 a 87, arrojan unas clarificadoras apreciaciones sobre la posibilidad de imponer sanciones por prácticas restrictivas de la competencia a determinados sujetos distintos del autor material.

Tras analizar la posibilidad de sancionar a empresas facilitadoras de conductas anticompetitivas realizadas por otros, la propuesta del Abogado General, fue negativa ante la falta de regulación expresa en el Derecho de la Unión de dicha figura. No obstante, admitió la posibilidad de hacerlo en el ámbito interno de un Estado, si existe previsión legal expresa al respecto.

En España el artículo 63.2 LDC contempla la participación de las personas físicas en el ilícito cometido por las empresas, lo que nos conduce a realizar estas afirmaciones:

1/ La posición del facilitador de un ilícito abarca cualquier contribución a la comisión de una infracción, en particular, mediante una ayuda o asistencia a su autor.

2/ El Derecho de la Competencia de la Unión no conoce la figura de la participación de las personas físicas en las infracciones cometida por las empresas, aunque algunas legislaciones nacionales sí la contemplan.

3/ En lo que nos concierne, el artículo 63.2 LDC es un ejemplo de previsión legal específica sobre la conducta participativa respecto de infracciones de Derecho de la Competencia. Otros ejemplos sobre esta opción, son mencionados por el Abogado General en la nota a pie de página no 28 de sus Conclusiones.

4/ En consecuencia, la Autoridad Nacional de Competencia (CNMC) puede legítimamente imponer en España sanciones a determinadas personas físicas por la participación en infracciones de Derecho de la Competencia, cometidas por empresas.

5/ La falta de base legal europea no es un obstáculo para ello, ya que la normativa nacional es más severa y no perturba la aplicación del Derecho de la Unión.

6/ El artículo 63.2 LDC solo cubre, por lo tanto, intervenciones de órganos directivos que adoptan decisiones que marquen, condicionen o dirijan en definitiva su actuación, conducta que hemos asimilado a la figura del cooperador necesario propia del Derecho Penal.

7/ La STJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 AC Treuhand AG, apartado 37, asocia la figura del facilitador de prácticas restrictivas, a quien desarrolla una actividad particularmente relevante y determinante para la comisión del ilícito.

8/ La consecuencia lógica que deriva de lo anterior, es que la participación en el ilícito de una persona física que no implique la toma de decisiones que marquen, condicionen o dirijan la actuación de la empresa infractora puede asimilarse a la figura del cómplice, pero ya no a la del cooperador necesario.

9/ Dado que la participación del cómplice en el ilícito no está legalmente prevista, dicha actuación debería considerarse como atípica desde la óptica del principio de legalidad>>.

La traslación de las anteriores consideraciones al caso que aquí se examina la lleva a cabo la Sala de la Audiencia Nacional en el fundamento jurídico sexto de su sentencia, cuyo contenido es el que sigue:

<< (...) SEXTO: La aplicación de las anteriores consideraciones al presente caso nos lleva a analizar la motivación de la resolución impugnada en lo que afecta a la responsabilidad de la recurrente para verificar si la conducta que se le imputó y que constituyó la base de la sanción, puede incardinarse o no, en la forma de participación que incorpora el artículo 63.2 LDC,

La resolución impugnada atribuye a la recurrente y en ello funda la imposición de la sanción, la realización de las siguientes conductas: remitir correos electrónicos a los representantes de las empresas que formaron el cártel para convocarlos a reuniones en las que se adoptaron acuerdos anticompetitivos y a las que también asistió en su condición de secretaria del GTAIO. También se le imputan conductas de asesoramiento a los cartelistas y la verificación de los acuerdos de implementación del cártel, y para justificar su acreditación específica en las notas a pie de página los documentos en los que se contienen las pruebas de cargo que

fundan la imposición de la sanción. En este caso es pertinente el examen de las menciones consignadas en las notas número 277 a 279.

La lectura de los correos electrónicos identificados por la CNMC en la resolución sancionadora que figuran en dichas notas y que contienen la carga probatoria para imponer la sanción, refleja ciertamente conductas de la recurrente relativas a convocatorias de reuniones en la que se adoptaron acuerdos calificados por la CNMC de anticompetitivos y de asistencia a las mismas prestando asesoramiento. Sin embargo, de ellos no se infiere que la recurrente tuviera una intervención determinante o particularmente activa en las mismas, en orden a establecer o desarrollar el cártel.

Lo que se deduce de la lectura de dichos correos es que las actuaciones practicadas por la recurrente convocando reuniones y asistiendo a las mismas para levantar acta, son las propias de su condición de secretaria del grupo y acordes con la relación laboral ordinaria que ostenta en FENIN.

La función de asesoramiento sobre cuestiones relativas a la legislación en materia de libre competencia forma parte de sus funciones y no se desprende de la lectura de los correos que asesorara para cometer infracciones, ya que en los mismos solo se reflejan sus advertencias sobre las eventuales consecuencias que desde la óptica del Derecho de Competencia podían derivarse de la adopción de dichos acuerdos, es decir, el supuesto contrario.

El hecho de que se infiera de la documentación referida que los acuerdos adoptados eran ilícitos y que la recurrente los conocía dando además curso a las actuaciones, no la convierte, ni en autora material, ni permite aplicarle el artículo 63.2 LDC por no ser su participación determinante ni impulsora de los acuerdos.

La figura del cómplice es ajena al artículo 63.2 LDC por lo que estimamos que no existe base legal para la sanción impuesta a la recurrente, lo que determina la estimación del recurso por infracción del artículo 25 CE.

De forma expresa debemos precisar que la mención que se realizan respecto de la recurrente en la sentencia de 14 de marzo de 2018, recurso no 352/16, F.J. Quinto.5.2, en modo alguno contradice lo expuesto hasta ahora.

En ese caso se cita un correo electrónico remitido en marzo de 2011 por el representante de la empresa Ausonia a la recurrente, en el que le comunica que "le adjunta un fichero con las bonificaciones a farmacias ofertadas por una de las empresas miembros del GTAIO, señalando lo siguiente: Defendemos desde hace casi un año el mismo PVL (precio venta laboratorio) a capa y espada. En paralelo, unos hacen propuestas para concursos con propuestas muy por debajo del PVL que abanderamos y otros o los mismos montan "promociones" que se repiten como los domingos en las semanas".

No cabe duda de que la adopción de este tipo de decisiones que marcan, condicionan o dirigen en definitiva la actuación de las empresas infractoras, supone por parte de quien las realiza, en este caso el recurrente en el recurso no 352/16 citado, incurrir en una infracción por realizar una conducta prohibida desde la óptica del Derecho de la Competencia y por esa razón fue confirmada la sanción que se le impuso.

Sin embargo, ello no significa que la mera receptora de dicho correo electrónico, es decir, la recurrente en el caso enjuiciado en este recurso, sea responsable de dicha conducta, como ya hemos señalado con detalle a lo largo de la fundamentación jurídica que precede.

En atención a lo expuesto cabe decir que la estimación del recurso por infracción del artículo 25 de la CE, nos exime de analizar los restantes motivos de impugnación de la resolución objeto de enjuiciamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que la debida reparación a la recurrente por causa de la publicación de la resolución impugnada que ahora se anula, queda satisfecha con la retirada de la página web de la CNMC de la resolución ahora anulada y de la subsiguiente nota de prensa emitida.

Además se impone a las CNMC su sustitución mediante la publicación en la misma página web de la presente sentencia y de una nota de prensa que le otorgue el mismo grado de publicidad que el dado en su día a la resolución sancionadora y a la nota de prensa subsiguiente, desestimando las demás pensiones reparadoras e indemnizatorias.

Las primeras, por exceder del objeto del presente proceso sin perjuicio del derecho de la recurrente a instar las rectificaciones que estime oportunas y las segundas por no haberse aportado parámetros de cuantificación>>.

Por todo ello, la Sala de la Audiencia Nacional termina estimando el recurso y anulando la resolución sancionadora impugnada.

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de la Administración del Estado preparó recurso de casación, siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala

24 de octubre de 2019 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las normas de reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2º Declarar que la cuestión que se suscita en el recurso que reviste interés casacional objetivo consiste en interpretar el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 25 de la Constitución Española, a fin de determinar si su aplicación exige necesariamente que la participación en la conducta infractora de los representantes legales de la persona jurídica o de las personas que integran sus órganos directivos sea determinante de la formación de voluntad en el acuerdo o decisión de carácter anticompetitivo, excluyéndose otro tipo de intervenciones de carácter secundario o accesorio>>.

QUINTO.- La Abogacía del Estado formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 14 de noviembre de 2019 en el que explica que contra la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la Sra. Flora interpuso dos recursos en vía jurisdiccional ante la Sala de la Audiencia Nacional, el primero por la vía ordinaria (recurso contencioso-administrativo nº 357/2016) y el segundo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales (procedimiento nº 8/2016), siendo ambos recursos estimados por sentencias de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2018 y 1 de octubre de 2019 que anulan la resolución sancionadora.

Ambas sentencias de la Sala de la Audiencia Nacional fueron recurridas en casación por la Abogacía del Estado. La dictada el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales es la recurrida en el presente recurso de casación nº **5247/2018**. La sentencia de la Audiencia Nacional recaída en el procedimiento ordinario fue también objeto de recurso de casación (casación 5244/2018) en el que esta Sala del Tribunal Supremo dictó sentencia nº 1287/2019, de 1 de octubre, que declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado y casó la sentencia de instancia, pero, entrando luego a resolver, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Sra. Flora y anuló la resolución sancionadora.

El mismo resultado se produjo con relación a la otra persona sancionada en el expediente sancionador -Dª Bárbara -, pues también ella utilizó las dos vías de impugnación jurisdiccional, por la vía ordinaria (recurso contencioso-administrativo nº 358/2016) y por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales (procedimiento nº 6/2016). También en su caso la Sala de la Audiencia Nacional estimó los dos recursos y anuló la sanción (sentencias de 13 de junio de 2018 y 29 de mayo de 2018); y en ambos casos la Abogacía del Estado interpuso recursos de casación que fueron resueltos por sentencias nº 1288/2019, de 1 de octubre (casación 5280/2018) y 95/2020, de 28 de enero (casación 7458/2018), en las que se fija la misma doctrina recogida en la sentencia nº 1287/2019, de 1 de octubre (casación 5244/2018), a la que antes nos hemos referido.

Ahora bien, aun estando ya anulada la resolución sancionadora por virtud de la sentencia esta Sala nº 1287/2019, de 1 de octubre (casación 5244/2018), el Abogado del Estado considera que el presente recurso de casación no ha perdido su objeto dado que sigue siendo de interés que el Tribunal Supremo ratifique la doctrina en la que se acogió la interpretación del artículo 63.2 LDC sostenida por la Comisión Nacional de los Mercados; debiendo por ello casarse la errónea sentencia de la Audiencia Nacional aquí recurrida, que quedaría firme en caso contrario, con la confusión doctrinal que ello podría acarrear.

No obstante, la Abogacía del Estado admite que, en todo caso, en lo referido a la doctrina fijada en la sentencia nº 1287/2019, de 1 de octubre (casación 5244/2018), e incluso en lo referido al recurso contencioso-administrativo, esta Sala " (...) no puede sino resultar vinculada por los efectos de la cosa juzgada material, ya que ha dictado una sentencia previa respecto de la misma recurrente y recurrida, que interpretaba las mismas normas jurídicas, y referida a la misma resolución administrativa, como ha quedado evidenciado del relato de antecedentes; y resulta inane que tal STS no se dictase en un proceso de derechos fundamentales pues, tal y como hemos visto, interpretaba la LDC en relación con el artículo 25 CE; y, en todo caso, en un supuesto análogo, si bien referido a otra recurrente, se sentó la misma doctrina en materia de derechos fundamentales".

Termina el Abogado del Estado solicitando que se estime el recurso de casación, confirmando la doctrina que propone en el fundamento II.1. de su escrito. El contenido de ese apartado es el siguiente:

<< Esta parte pretende que se confirme como doctrina, dado el efecto de cosa juzgada señalado, que la interpretación del artículo 63.2 LDC en relación con el art. 25 CE determina que el tipo infractor allí definido 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, análoga a una cooperación necesaria, 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>>.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 5 de marzo de 2020 se tuvo por interpuesto el recurso y se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que pudiese formalizar su oposición al recurso.

SÉPTIMO.- El Ministerio Fiscal presentó escrito con fecha 6 de agosto de 2020 en el que termina solicitando que se dicte sentencia declarando haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del estado en representación y asistencia legal de la CNMC, fijando la jurisprudencia que resulte de los términos de este escrito; y con arreglo a dicha doctrina se case y anule la sentencia recurrida, confirmando la resolución de 26 de mayo de 2016 de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC (expediente NUM000) y por cuanto que dicha resolución no vulneró derecho fundamental alguno en relación con D^a Flora ; sin hacer imposición de las costas del recurso de instancia, en atención a las dudas de derecho que plantea el asunto en los términos analizados, y en cuanto a las costas del recurso de casación acordando que cada parte deberá abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

OCTAVO.- Mediante providencia de 14 de septiembre de 2020 se acordó no haber lugar a la celebración de vista pública, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

NOVENO.- Mediante providencia de 28 de septiembre de 2020 se fijó para votación y fallo del presente recurso el día 3 de noviembre de 2020, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº **5247/2018** lo interpone la representación de la Administración del Estado contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2018 dictada en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales nº 8/2016.

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia ahora recurrida en casación estima recurso contencioso-administrativo que interpuso D^a Flora por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, anulando la sentencia la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de mayo de 2016 (expediente NUM000) en la que se impone a la Sra. Flora una multa de 4.000 euros como responsable de una infracción 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 desde abril de 2002 hasta enero de 2014.

Han quedado reseñadas en el antecedente segundo las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar estimación del recurso contencioso-administrativo. Procedería entonces que pasemos a examinar las cuestiones suscitadas, en particular aquéllas que el auto de la Sección Primera de esta Sala de 24 de octubre de 2019, que admitió el presente recurso de casación, declara que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Sin embargo, antes de abordar esa tarea, resulta necesario que hagamos algunas puntualizaciones. Veamos.

SEGUNDO.- La Sra. Flora interpuso contra la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de mayo de 2016 (expediente NUM000), dos recursos ante la Sala de la Audiencia Nacional, el primero por la vía ordinaria (recurso contencioso-administrativo recurso nº 357/2016) y el segundo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales (procedimiento nº 8/2016). Y ambos recursos fueron estimados por sentencias de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2018 y 1 de octubre de 2019 que anulan la resolución sancionadora.

Las dos sentencias citadas de la Sala de la Audiencia Nacional fueron recurridas en casación por la Abogacía del Estado. La sentencia de la Audiencia Nacional recaída en el procedimiento ordinario fue objeto de recurso de casación (casación 5244/2018) en el que esta Sala del Tribunal Supremo dictó sentencia nº 1287/2019, de 1 de octubre, que declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado y casó la sentencia de instancia, pero, entrando luego a resolver, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Sra. Flora y anuló la resolución sancionadora. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Nacional dictada en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales es la recurrida en el presente recurso de casación nº **5247/2018**.

La misma dualidad de impugnaciones se produjo a instancia de la otra persona sancionada en el expediente -D^a Bárbara -, pues también ella utilizó ante la Sala de la Audiencia Nacional las dos vías de impugnación jurisdiccional, la vía ordinaria (recurso contencioso-administrativo recurso nº 358/2016) y el procedimiento

especial para la protección de los derechos fundamentales (procedimiento nº 6/2016). También en su caso la Sala de la Audiencia Nacional estimó los dos recursos y anuló la sanción (sentencias de 13 de junio de 2018 y 29 de mayo de 2018); y en ambos casos la Abogacía del Estado interpuso recursos de casación que fueron resueltos por sentencias nº 1288/2019, de 1 de octubre (casación 5280/2018) y 95/2020, de 28 de enero (casación 7458/2018), en las que se fija la misma doctrina recogida en la sentencia nº 1287/2019, de 1 de octubre (casación 5244/2018), a la que antes nos hemos referido.

Por tanto, existen ya tres pronunciamientos de esta Sala del Tribunal Supremo en relación con la resolución sancionadora a la que nos venimos refiriendo. Y en todos ellos se fija una doctrina coincidente, que viene a corregir la que establecía la Sala de la Audiencia Nacional en sus sentencias, que por tal motivo fueron casadas.

TERCERO.- Como vimos en el antecedente cuarto, el auto de la Sección Primera de esta Sala 24 de octubre de 2019 que admitió el presente recurso de casación declara que la cuestión que se suscita en el recurso que reviste interés casacional objetivo consiste en interpretar el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 25 de la Constitución Española, a fin de determinar si su aplicación exige necesariamente que la participación en la conducta infractora de los representantes legales de la persona jurídica o de las personas que integran sus órganos directivos sea determinante de la formación de voluntad en el acuerdo o decisión de carácter anticompetitivo, excluyéndose otro tipo de intervenciones de carácter secundario o accesorio.

Pues bien, para responder a esa cuestión no haremos sino reiterar, una vez más, lo que ya hemos declarado, en términos sustancialmente coincidentes, en nuestras sentencias nº 1287/2019, de 1 de octubre (casación 5244/2018), nº 1288/2019, de 1 de octubre (casación 5280/2018) y nº 95/2020, de 28 de enero (casación 7458/2018), a las que nos hemos referido en el apartado anterior.

No consideramos necesario reproducir aquí los razonamientos que expusimos en las citadas sentencias, que sin duda son conocidos por las partes. Nos limitaremos a reiterar aquí la doctrina que aparece condensada, a modo de conclusión, en nuestra sentencia nº 1288/2019, de 1 de octubre (casación 5280/2018, F.J. 4º): << (...) *la respuesta de la Sala a la cuestión que plantea el auto de admisión del recurso de casación es que la aplicación del artículo 63.2 LDC no se limita necesariamente a la intervención de los representantes legales o de las personas que integran órganos directivos de las personas jurídicas, que sea determinante del acuerdo o decisión anticompetitivo o particularmente relevante, y no excluye otros tipos de intervención de menor entidad de los indicados sujetos activos del tipo infractor, incluidos los modos pasivos de participación, como la asistencia a las reuniones en las que se concluyeron los acuerdos o decisiones infractores sin oponerse expresamente a ellos*>>.

CUARTO.- En la medida en que la sentencia aquí recurrida sostiene una interpretación distinta a la que acabamos de reproducir, dicha sentencia debe ser casada, como lo fueron también las otras tres sentencias de la Sala de la Audiencia Nacional relativas a la misma resolución administrativa sancionadora.

Y una vez establecido que la sentencia recurrida debe ser casada, deberíamos entrar a resolver la controversia planteada en el proceso de instancia. Pero esa tarea no resulta ya necesaria, ni procedente, pues, como antes hemos dejado señalado, la sanción de multa de 4.000 euros que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de mayo de 2016 impuso a la Sra. Flora quedó anulada por nuestra sentencia nº 1287/2019, de 1 de octubre (casación 5244/2018). Está entonces fuera de lugar que entremos a dilucidar aquí si ha incurrido, o no, en vulneración de algún derecho fundamental, y, en definitiva, si es, o no, ajustada a derecho, una resolución sancionadora que ya ha sido anulada por sentencia firme.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, debiendo abonar cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad; y tampoco procede imponer las costas del proceso de instancia, dado que la controversia planteada presentaba dudas de derecho, como se pone de manifiesto por el hecho de que la sentencia de instancia haya sido casada.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

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 tercero:

1/ Ha lugar al recurso de casación nº **5247/2018** interpuesto en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2018 (procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales nº 8/2016), que ahora queda anulada y sin efecto.

2/ Se estima el recurso interpuesto recurso contencioso-administrativo interpuesto, por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, por D^a Flora contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de mayo de 2016 (expediente NUM000).

3/ No se imponen las costas derivadas del recurso de casación, ni las del proceso de instancia, a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espín Templado José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat **Eduardo Calvo Rojas**

María Isabel Perelló Doménech José María del Riego Valledor

Diego Córdoba Castroverde D. Fernando Román García

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico