

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063917

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 430/2019, de 28 de marzo de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª)

Rec. n.º 6360/2017

SUMARIO:**Defensa de la competencia. Procedimiento sancionador. Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.**

La Sanción a personal directivo por infracción normas derecho competencia, no infringe art. 25 CE ni la publicación del nombre del infractor el art. 18 CE. Acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales. La Resolución de la CNMC declaraba responsables de la infracción a diversas empresas y personas físicas, entre las que se incluía al ahora recurrente, indicando la cuantía de la multa que correspondía a cada una de las empresas y personas físicas consideradas responsables.

La lectura del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia, evidencia que son dos, a su vez, 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. Se establece que no se lesiona el art. 25. CE la previsión normativa contenida en el art. 63.2 LDC en su aplicación a personal directivo unipersonal de la persona jurídica infractora.

La Comisión Nacional del Mercado de la Competencia (CNMC) puede imponer multas a personal directivo de empresas infractoras de las normas del derecho de la competencia, añadiendo que la publicación por parte de la CNMC del nombre de la persona física multada no vulnera su derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a su propia imagen, ya que una lectura atenta de las disposiciones legales aplicables 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 (que reforzará el poder disuasorio y ejemplar); añadiendo que la conducta desarrollada no ha tenido lugar en el ámbito de la vida privada y buen nombre del recurrente y que la sanción impuesta lo ha sido como consecuencia de su conducta profesional voluntariamente desarrollada en una empresa que ha infringido la Ley de Defensa de la Competencia.

PRECEPTOS:

Constitución española, arts. 18, 24, 25 y 53.2.

Ley 40/2015 (LRJSP), art. 27.

Ley 15/2007 (Defensa de la Competencia), arts. 1, 27.4 y 63.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea art. 101.

RDLeg 1/2010 (TR Ley de Sociedades de Capital), arts. 160, 210, 214, 223, 237 y 249.

RDLeg 1564/1989 (Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) art. 133.2.

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

Código Civil, arts. 3, 1709, 1710 y 1727.

Ley 3/2013 (creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), art. 37.1.

PONENTE:*Doña Celsa Pico Lorenzo.*

Magistrados:

Don CELSA PICO LORENZO

Don LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ

Don PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Don ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO

Don JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 430/2019

Fecha de sentencia: 28/03/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6360/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/03/2019

Ponente: Excma. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6360/2017

Ponente: Excma. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 430/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 28 de marzo de 2019.



Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-6360/2017, interpuesto por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de don Cesar contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2017 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona bajo el núm. 10/2016, contra la resolución de 30 de junio de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso al recurrente una sanción de multa de 6.650 euros.

Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona bajo el núm. 10/2016, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 14 de septiembre de 2017, cuyo fallo dice literalmente:

"Desestimar el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona bajo el núm. 10/16, promovido por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de D. Cesar contra la resolución de 30 de junio de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 6.650 euros. Con expresa imposición de costas a la parte actora."

Segundo.

Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de don Cesar recurso de casación, que la Sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante Auto de 23 de noviembre de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Tercero.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 2 de abril de 2018, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D. Cesar contra la sentencia de 14 de septiembre de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta), dictada en los autos del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales núm. 10/2016.

Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: i) 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 si la previsión normativa únicamente se aplica a los órganos colegiados de administración a los que se refiere el segundo párrafo del precepto; y ii) si el artículo 37.1 LCCNMC exige, de conformidad con el artículo 18 CE, que no se haga público el nombre de las personas físicas a que hace referencia el artículo 63.2 LDC.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 18 CE, 25 CE, 63.2 LDC y 37.1 LCCNMC.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente al órgano jurisdiccional de instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."



Cuarto.

Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 25 de abril de 2018, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en representación de don Cesar por escrito de fecha 23 de mayo de 2018, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"1º) que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida;

2º) que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia de la Sala de instancia y entre en el examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en los que quedó planteado el debate procesal en la instancia;

3º) y en consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte contra la Resolución de la CNMC de 30 de junio de 2016 recaída en el expediente S/DC/0519/14, INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, en particular estableciendo:

i. La nulidad de la citada Resolución, por infringir el artículo 25 CE , en la medida en que impone una sanción a Cesar en virtud del artículo 63.2 LDC , no concurriendo en él ninguno de los supuestos previstos en el citado artículo: (a) no es representante legal de AMURRIO, habiéndole sancionado dicha Resolución únicamente como "representante", y (b) tampoco integra ningún órgano directivo, ni ha intervenido en ningún acuerdo societario relacionado con las prácticas sancionadas por la CNMC; y

ii. La nulidad de la Resolución de la CNMC por no haber dissociado previamente a su publicación, como impone el artículo 37.1 LCCNMC, el nombre y apellidos de nuestro representado, en infracción del artículo 18 CE , condenándose a este respecto a la CNMC a lo solicitado en el Otrosí de la demanda presentada en la instancia, a saber: a dar la misma publicidad a la sentencia estimatoria que le dio en su día a la Resolución de 30 de junio de 2016 mediante la publicación de una nota de prensa en la página web de la CNMC, la publicación en la misma de la sentencia íntegra y la retirada del nombre y apellidos de nuestro representado de la Resolución publicada en la web de la CNMC y de la nota de prensa sobre la misma."

Quinto.

Por providencia de 6 de junio de 2018. Se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida la Administración del Estado y al Ministerio Fiscal, a fin de que, en el plazo común de treinta días, puedan oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el 10 de julio de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:"...que se desestime el recurso de casación, confirmado la sentencia recurrida. Con costas".

Asimismo el Fiscal formula oposición en escrito presentado el 11 de julio de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, termina interesando la desestimación íntegra del recurso de casación.

Sexto.

De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por providencia de 30 de enero de 2019 se señala este recurso para votación y fallo el día 19 de marzo de 2019, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Los términos del litigio y la sentencia de instancia.*

La representación procesal de D. Cesar interpone recurso de casación contra la sentencia de 14 de septiembre de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta), dictada en los autos del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales núm. 10/2016 desestimando el recurso 10/2016 formulado contra la Resolución de 30 de junio de 2016 de la Sala de Competencia



de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente S/DC/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, en la cual - y entre otras cuestiones - impuso una multa de 6.650 euros al aquí recurrente.

La sentencia (completa en cendoj Roj: SAN 3656/2017 - ECLI:ES:AN:2017:3656) en su PRIMER fundamento identifica la resolución impugnada en la que se declara la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia [LDC], y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF/ADIF, que se ha llevado al menos desde el 1 de julio de 1999 y hasta al menos el 7 de octubre de 2014. La Resolución declaraba responsables de la infracción a diversas empresas y personas físicas, entre las que se incluía al ahora recurrente, indicando la cuantía de la multa que correspondía a cada una de las empresas y personas físicas consideradas responsables.

En el SEGUNDO analiza la pretendida vulneración del art. 25.1. CE, principio de legalidad, ya aducido ante el órgano que dictó el acto impugnado que lo rechazó. Reseña que el órgano en cuestión propone una definición amplia de empresa a los efectos del derecho de la Competencia, que garantice el efecto útil de las normas. Acude aquel a la STS de 26 de enero de 2007. Finalmente apoya una interpretación que atienda al alcance real del cargo que ostenta la persona física en la empresa. Tras estas consideraciones generales, advierte que todas las personas físicas sancionadas eran personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica correspondiente, que ostentaban facultades de representación y de organización y control dentro de la misma, con capacidad, tanto para comprometer con su actuación a las entidades representadas, como para evitar las conductas llevadas a cabo por éstas.

Ya en el TERCERO reseña el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyo segundo apartado, es el aplicado en el presente caso para sancionar al recurrente.

Constata que "La lectura del precepto evidencia que son dos, a su vez, 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."

Refleja que el actor afirma no es el representante legal de la sancionada AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A., ya que ostentaba el cargo de Vicesecretario del Consejo de Administración, que no tiene atribuida tal representación conforme al art. 223 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, lo que califica como cierto.

Razona que, el concepto de representante legal sólo puede ajustarse, cuando se incluye dentro de la configuración del tipo sancionador, a una interpretación estricta por exigencias del principio de legalidad derivadas del artículo 25 de la Constitución.

Luego en el CUARTO analiza "si cabe considerar que se trata de una persona integrante de un órgano directivo que intervino en el acuerdo o decisión en los términos que igualmente previene el artículo 63.2 de la LDC al referirse a las personas físicas responsables, pues la resolución sancionadora le imputa responsabilidad también bajo esta segunda fórmula."

Reseña que, el recurrente argumenta ser Vicesecretario del Consejo de Administración que no cumple la exigencia del segundo supuesto del artículo 63.2 de la Ley 15/2007 pues, no habría intervenido en el acuerdo o decisión en los términos exigidos por el precepto. Aduce que el acuerdo al que alude la norma ha de identificarse con el adoptado por el órgano de la sociedad de que se trate, y no con el acuerdo infractor. Y apoya esta consideración en la génesis de la norma, que sitúa en el artículo 133.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y en la interpretación sistemática del mismo apartado 2 del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, en concreto en su párrafo segundo.

Afirma la Sala que discrepa "de esta conclusión que restringe de manera injustificada, y como no lo hace la norma, el concepto de órgano directivo."

Subraya que "no existe definición normativa alguna sobre lo que deba entenderse por órgano directivo que pudiera acotar, desde la perspectiva de la tipicidad, este concepto, haciendo devenir atípica la conducta del actor como Vice-Secretario del Consejo de Administración.

Ante 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. Y este acuerdo o decisión es, sin duda, el anticompetitivo.

Por tanto, acreditado que un cargo directivo, como pudiera ser el de Vicesecretario del Consejo de Administración que reúne el actor, ha intervenido en la decisión infractora, podrá exigirse la correspondiente responsabilidad en aplicación del artículo 63.2, al margen de cualquier consideración formal y sin necesidad de adoptar un determinado acuerdo. En el caso de autos, la prueba de la intervención del recurrente, y su incidencia en la posición mantenida por AMURRIO en la conducta infractora, aparecen suficientemente fundadas en la resolución recurrida, que se remite a las reuniones sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios, anteriormente referidas.

El contenido de las reuniones y de los correos electrónicos evidencian el hecho de la intervención y su alcance (así, por ejemplo, y entre otros mucho, al folio 532 consta que se reunieron en Madrid el 1 de julio de 1999 representantes de tres empresas, entre ellas Amurrio, mencionándose entre los Intervinientes a " Cesar ... " , o, en la reunión celebrada en la sede de ALEGRÍA el 21 de septiembre de 2000, a la que asistieron representantes de las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) (folios 517 a 524) y se establecieron los repartos entre las empresas en relación a los desvíos convencionales y aparatos de dilatación, así como los precios de estos componentes para el tramo Madrid-Lleida, intervino Cesar .

Pese al esfuerzo interpretativo desplegado en la demanda, el párrafo segundo del artículo 63.2 no avala el criterio del recurrente porque la exclusión de responsabilidad que en el mismo se prevé para quienes ...formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto , alude a un supuesto muy concreto de los diversos que pueden conllevar la responsabilidad del órgano directivo, no se da al haberse acreditado como hemos visto que, intervino como miembro del órgano directivo de AMURRIO, en el conjunto de acuerdos anticompetitivos que se sancionan, a lo que no obsta que por habersele atribuido poderes de representación voluntaria perdiese su cargo de miembro del Consejo de Administración, pues perfectamente son compatibles los cargos de representante orgánico y voluntario, que se ejercen cada uno dentro de su respectivo ámbito. De hecho el nombramiento de miembro del Consejo de Administración proviene de la Junta General y el de apoderado voluntario del órgano de Administración, es decir del propio Consejo de Administración.

Efectivamente es competencia de la Junta el nombramiento de administradores, (art. 160 y 214 de la LSC), uno de los modos de organizar la administración de la sociedad es el de Consejo de Administración (art. 210) y es el Consejo el que puede conferir los apoderamientos que crea convenientes (art. 249), además de delegar facultades o nombrar Comisiones ejecutivas.

No logra enervar esta conclusión la circunstancia de que, en su parte dispositiva, la resolución sancionadora indique, literalmente, que procede declarar la responsabilidad del Sr. Marcial ... por su participación en las conductas como representante de AMURRIO, desde enero de 2008.

Sin perjuicio de que la redacción resulte más o menos afortunada, es indudable que, cuando actuaba el recurrente como órgano directivo que intervino en la adopción de los acuerdos anticompetitivos, lo hacía en representación de AMURRIO aun cuando no ostentase, conforme a lo ya razonado, su representación legal."

Finalmente en el QUINTO aborda la pretendida lesión del derecho al honor y propia imagen, art. 18 CE .

Transcribe la Sala el contenido del artículo 37.1 Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y el art. 27.4 de la Ley de Defensa de la Competencia , derogado por la referida Ley 3/2013.

Concluye que "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 .

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."



Segundo. Preparación del recurso de casación y admisión.

Tras admitir a trámite el recurso de casación se precisó que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

i) 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 si la previsión normativa únicamente se aplica a los órganos colegiados de administración a los que se refiere el segundo párrafo del precepto.

ii) si el artículo 37.1 LCCNMC exige, de conformidad con el artículo 18 CE , que no se haga público el nombre de las personas físicas a que hace referencia el artículo 63.2 LDC .

Tercero. Recurso del recurrente.

1. Alega que la sentencia, infringe el artículo 25 CE (i) al confirmar la sanción, en virtud del artículo 63.2 LDC , a un representante no legal y (ii) al realizar una interpretación extensiva e incorrecta de la expresión "personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión" contenida en el artículo 63.2 LDC .

Insiste en que declara que el recurrente no es representante legal no obstante lo cual lo reputa representante por lo que viola el art. 25.1. CE al amparar la aplicación del art. 63.2. LDC a un supuesto no contemplado.

2. Aduce que realiza una interpretación extensiva del art. 63.2. LDC .

Considera que, para determinar el alcance del antedicho término debe acudir a la génesis de la norma. Así, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), previamente del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA), y en origen de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, se deduce claramente que el "acuerdo" al que se refiere el artículo 63.2 LDC es el acuerdo adoptado por los órganos de la sociedad, y no el acuerdo infractor del artículo 1 LDC .

Así el tenor literal del artículo 79.3 de la Ley 19/1989 , que posteriormente se trasladó al artículo 133.2 del TRLSA -hoy artículo 237 TRLSC- era el siguiente (subrayado y negrita añadidos):

" Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. "

Tanto la Ley 19/1989 de reforma parcial en materia de sociedades como la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia datan del mes de julio de 1989, por lo que su tramitación paralela en el tiempo y la gran similitud en sus respectivas redacciones permiten deducir una génesis coincidente.

A su entender, del tenor literal de esta disposición relativa a las sociedades anónimas (artículo 79.3 Ley 19/1989 , posteriormente artículo 133.2 TRLSA) se desprende que el acuerdo del que puede derivarse responsabilidad para los miembros que integran los órganos directivos en virtud del artículo 63.2 LDC no es otro que el acuerdo adoptado por el órgano de administración. De ahí que el artículo 63.2 LDC no haga referencia a un " acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela ", siendo todos ellos los tipos de prácticas prohibidas en virtud del artículo 1 LDC , sino que tan solo se refiere al "acuerdo o decisión" , al ser éste el acuerdo societario o la decisión de la sociedad.

Sostiene que, la interpretación basada en la génesis de la norma se ve confirmada en este caso por la interpretación sistemática de la norma, en primer lugar por el segundo párrafo del artículo 63.2 LDC , según el cual "[q] uedan 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. " La redacción de este segundo párrafo no deja lugar a dudas de que el "acuerdo o decisión" al que se refiere el párrafo primero del artículo 63.2 LDC no puede ser otro que el adoptado por el órgano de administración de una sociedad, y no el acuerdo anticompetitivo objeto de la infracción, pues las infracciones del artículo 1 LDC pueden tener lugar sin que exista reunión ni voto (pudiendo ser prácticas concertadas o conscientemente paralelas). De ahí que este segundo



párrafo solo adquiere sentido entendiendo por " acuerdo o decisión " en el primer párrafo un acuerdo del Consejo de Administración.

Por la misma razón debe entenderse que los " órganos directivos " a los que se refiere el primer párrafo del artículo 63.2 LDC son en realidad los mismos " órganos colegiados de administración " a los que se refiere el segundo párrafo de la misma disposición.

En consecuencia, si los "órganos directivos" del primer párrafo del artículo 63.2 LDC son los "órganos colegiados de administración" del segundo párrafo de dicha disposición, estos órganos directivos a cuyos integrantes permite sancionar la misma son necesariamente órganos colegiados.

Subsidiariamente, peticona el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, por resultar la citada disposición contraria al artículo 25.1 LDC al contener un concepto - "órganos directivos" - del que, "no existe definición normativa alguna" , infringiéndose con ello el principio de tipicidad garantizado por la citada disposición constitucional.

3. Invoca también la aplicación incorrecta del art. 37.1 LCCNM infringiendo el art. 18 CE , pues la publicación de las resoluciones de la CNMC se realiza siempre "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" (LOPD), artículo que define como datos de carácter personal "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables" .

Mantiene que, los citados artículos 37.1 LCNMC y 27.4 LDC únicamente permiten, como excepción a esta regla general de disociación previa de los datos de carácter personal, que no se elimine de la resolución "el nombre de los infractores" , pero el recurrente no es un "infractor" en el sentido de dichas disposiciones.

El recurrente considera que no es infractor porque la única infracción sancionada en la Resolución de la CNMC es una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE , disposiciones que solo pueden infringir las "empresas", puesto que tipifican infracciones especiales (no comunes), que requieren una específica cualidad para poder ser autor ("sujeto activo" como dice el art. 31 del Código Penal) de las mismas -en este caso, ser "empresa"- . Lógicamente, las personas físicas pueden ser consideradas "empresas" a efectos de los artículos 1 LDC y 101 TFUE siempre que ofrezcan productos o servicios en el mercado; es el caso por ejemplo de un profesional autónomo, como puede serlo un abogado o un fontanero; pero no es éste el caso del recurrente.

Defiende que, las únicas identidades que la Resolución podía hacer públicas al amparo del artículo 37.1 LCNMC, eran las de las personas jurídicas infractoras.

Cuarto. Oposición del Abogado del Estado.

1. Rechaza la infracción denunciada por cuanto en cuanto a quienes integran los órganos de dirección, a falta de un concepto legal expreso de "órgano directivo" habrá de estarse al sentido propio de las palabras. Según el diccionario de la Real Academia "órgano" es: "Persona o conjunto de personas que actúan en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado". Siendo "representación" la "acción y efecto de representar". Y "representar": "Sustituir a alguien o hacer sus veces, desempeñar su función o la de una entidad, empresa, etc". "Directivo" como adjetivo es: "Que tiene facultad o virtud de dirigir". Y "dirigir": "Gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión".

En definitiva "órgano de dirección" es la persona que toma las decisiones o acuerdos.

La representación de otro no tiene porqué ser legal, incluye también la voluntaria (porque el precepto se refiere a los órganos de dirección" separadamente de los "representantes legales") a que se refieren los artículos 1709 , 1710 y 1727 del Código Civil .

En este sentido se pronuncia la sentencia recurrida, en su fundamento 4.

Argumenta que la representación a que se refiere el art. 63.2 no es solo la legal sino también la voluntaria.

2. Reputa absurda la exégesis histórica de la supuesta génesis del artículo 63.2 LDC , que dice encontrar en el antiguo artículo 10.3 de la anterior Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, de 17 de julio, que relaciona con la Ley 19/1989, de 25 de julio, de modificación parcial, entre otras cosas, de la Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 79 .

3. Rechaza que asimila el recurrente "órgano de administración" con "órgano directivo". La palabra órgano comprende tanto a una persona como a un conjunto de personas. Legalmente es lo mismo, tomando como referencia la Ley 19/1989, en la modificación que hizo del artículo 8 de la de Anónimas, al referirse a los estatutos de la sociedad decía que se expresará, apartado h): La estructura del órgano al que se confía la administración de



la sociedad, pudiendo ser una sola persona o varias, que caso de actuar conjuntamente forman un Consejo de Administración (artículo 73). De igual forma la Ley de Sociedades de Capital e refiere en varios artículos (11, 11.bis, 105, 161, 196, 209, 228, 230, 237, 238, 249, 260, 282, 283, 301, 305, 307, 310, 311, 314, 331, 445, 447, 523) al "órgano de administración". Particularmente el 209: la Competencia del órgano de administración.

Concluye que las personas que integran los órganos directivos, son tanto los órganos unipersonales como los colegiados.

4. Tampoco acepta el quebranto del art. 18 CE . Una cosa es la infracción, que es la realización de conductas colatorias prohibidas por el artículo 1 LDC y 101 TFUE , y otra las personas responsables de las infracciones. Siendo personas responsables según el artículo 61 LDC :

"1. Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley.

2. A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas."

Luego la imputación también se achaca a las personas que controlan las personas físicas o jurídicas que realizan las acciones u omisiones.

En el derecho sancionador, cuando así se prevé, la responsabilidad corresponde a quien infringe directamente y a los que infringen por cuenta de otro, sin que ello exima de responsabilidad a quien materialmente realiza la acción o incurre en la omisión tipificada como infracción.

Quinto. Oposición del Fiscal.

I) Respecto de la infracción del art. 25 CE

i) Reputa irrelevante si el recurrente era representante legal o voluntario de la entidad sancionada ya que dichos conceptos no figuran en el auto de admisión.

Aclara que la redacción del precepto legal contrapone claramente dos categorías: la de los representantes legales de las personas jurídicas, y las de quienes integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo .

La afirmación de que el recurrente actuó en representación de AMURRIO no reconduce el fundamento de la sanción impuesta al recurrente al inciso inicial del art. 63.2 LDC (representante legal) sino que describe una situación fáctica que por definición está implícita en el inciso segundo.

ii) Refuta que el derecho sancionador en la LDC precise de una norma equivalente al art. 31 CP pues el modelo de imputación de las infracciones especiales no es la cuestión planteada en el auto sino de determinar si el texto de la norma citada incluye la posibilidad de que un directivo (aunque no forme parte de un órgano colegiado) puede ser o no sancionado a título individual como consecuencia de su conducta personal , en la medida en que esa conducta contribuya a la infracción de las reglas de libre competencia tal y como se tipifican en el art. 62 LDC .

iii) Reputa menos esclarecedor el criterio gramatical de lo que pretende el recurrente, y descarta la utilidad de los antecedentes históricos y legislativos , acude al artículo 3 del Código Civil que impone la interpretación de las normas conforme a "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

En esa línea, insiste en que la tesis del recurrente aboca a un resultado aplicativo incongruente con la finalidad de la norma. Resultaría en efecto que una persona física integrada en una persona jurídica solo podría ser sancionada como consecuencia de una práctica anticompetencial si la decisión de llevar a cabo esa práctica se ha acordado formalmente en un órgano colegiado y esa persona ha votado a favor.

Evidentemente intervenir en un acuerdo o decisión es algo mucho más amplio que asistir a una reunión o participar en una votación.

II) Respecto de la infracción del art. 18 CE .

i) La Fiscalía no se cuestiona la posible conformidad o no de dicha norma con la Constitución.



Reputa obvio que la regla de publicidad de la identidad de los infractores tiene un soporte legal explícito en los artículos 37.1 LCCNMC y 69 LDC y no es menos evidente que obedece a la finalidad misma de prevención general y especial del propio régimen sancionador en materia de defensa de la competencia, tal y como resulta de la exposición de motivos de la LDC.

ii) Rechaza los argumentos del recurrente sobre el art. 31 CP

iii) La pretensión de disociar los conceptos de infractor y sancionado para defender que una persona puede ser sancionada por una infracción administrativa de la que no es autor (infractor) choca de manera frontal con los principios de tipicidad y responsabilidad -o culpabilidad- que informan, desde la atalaya de los artículos 24 y 25 CE, el derecho sancionador. Y desde luego, en un plano mucho más evidente, choca con el artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que en aplicación de dichos principios establece con toda nitidez en su apartado 2.

La aplicación de estos principios (tipicidad y culpabilidad) al ejercicio de la potestad sancionadora administrativa ha sido reiteradamente afirmada por la Sala, en la STS de 9 de octubre de 2009, rec. 3526/2005.

iv) De hecho, son ellos -las personas físicas- quienes realizan la acción sancionable, y no la persona jurídica, que más allá de la ficción jurídica que genera el principio de representación, carece de capacidad material de realización por sí misma de conducta alguna. Este mecanismo de doble imputación y sanción queda perfectamente reflejado en la resolución de la CNMC a la que se refiere el presente procedimiento, en la que pormenorizadamente se describe la conducta personal del recurrente (correos electrónicos, participación en reuniones, etc.) como constitutiva de la infracción sancionada, que "además" de determinar la responsabilidad de AMURRIO, genera la suya propia.

El artículo 101 TFUE, en contra de lo que afirma la parte actora, no hace obstáculo a esta interpretación del alcance y el sentido del art. 63 LDC.

Sexto. Análisis normativo. El marco del derecho de la Unión Europea.

La cuestión sometida al enjuiciamiento del presente recurso de casación se dilucida en el ámbito del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, arts. 114 - 122 de la LJCA que desarrolla las previsiones del art. 53.2 CE.

Se pretende la anulación de una Resolución sancionadora bajo el argumento de que la sanción impuesta en virtud del art. 63.2 LDC infringe el art. 25 CE al tiempo que se interesa su nulidad por no haber disociado, previamente a su publicación, el nombre y apellidos del infractor sancionado, lo lesiona el art. 18 CE.

El art. 63.2. Ley Defensa Competencia 15/2007, de 3 de julio, estatuye que:

"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."

La Ley 3/2013, de 4 de junio de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su art. 37. Publicidad de las actuaciones expresa:

"1. 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."

Apartado el anterior análogo al derogado art. 27.4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

"4. 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."



El Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado nada nos dice sobre las personas físicas que se integran en las empresas investigadas por prácticas colusorias, aunque sí hace mención, en su art. 20, a la necesaria colaboración de los representantes o miembros del personal de la empresa con las investigaciones de la comisión. Sus art. 27 y 28 garantizan los secretos comerciales y profesionales mientras el 30 el secreto comercial al publicar la sanción que corresponda.

Vemos, pues, que toma el concepto representante en un sentido amplio que incluye el voluntario, pues no hace mención a su cualidad de representante legal y respecto de los trabajadores no exige una determinada posición en la empresa investigada.

Más expresiva es la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo ("Directiva sobre las prácticas comerciales desleales") pues en su art. 2 nos define "comerciante": cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste.

Constatamos que aquí se toma en cuenta cualquiera que actúe en nombre o por cuenta del comerciante.

Séptimo. *El juicio de la Sala. Inexistencia vulneración del art. 25. 2. CE y del art. 18. CE .*

Si atendemos a la regulación legal nacional engarzada con el marco del derecho de la Unión Europea expresado, cabe concluir que la interpretación llevada a efecto por la Sala de instancia es ajustada a nuestro sistema constitucional sin que, por tanto, fuere preciso el planteamiento de cuestión alguna de inconstitucionalidad como ha interesado el recurrente.

Es certera la interpretación efectuada por la Sala a la hora de incluir al recurrente, que concurrió con otros sujetos directivos o representantes de otras empresas, a la reunión en que se acordó la práctica vedada por la Ley de Defensa de la Competencia y lo hizo en su condición de Vicesecretario del Consejo de Administración, es decir como sujeto componente del órgano directivo de la empresa.

Resulta absurdo alegar que no existe un acuerdo del consejo de administración aprobando la práctica colusoria. Parece evidente que no se va a consignar en acta la comisión de un ilícito administrativo de la naturaleza del aquí cuestionado, reparto del mercado a través de la constitución sistemática de una UTE para concurrir y adjudicarse contratos tras acuerdo previo de precios en las licitaciones.

Por ello el prolijo alegato pretendiendo una interpretación restrictiva de la legislación mercantil resulta inapropiada, aunque nos desenvolvamos en derecho sancionador.

De lo obrante en autos no se evidencia que la empresa en la que se integra el recurrente rechazase que su actividad no hubiera sido no solo encomendada por la misma, sino que fue beneficiada en los procedimientos de contratación convocados por ADIF. Por tal razón su calificación como miembro del órgano directivo no es contraria al art. 25.2. CE .

Tampoco lesiona el art. 18 CE la publicación de la infracción en su totalidad, esto es el de la empresa infractora y el del miembro de la misma que acordó/decidió la práctica colusoria.

Asume esta Sala los razonamientos de instancia acerca de que el recurrente no justifica razones para mantener la confidencialidad del dato de la sanción impuesta.

Debemos añadir que no está en juego el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18 CE pues la conducta desarrollada no ha tenido lugar en el ámbito de la vida privada y buen nombre del recurrente. La sanción impuesta lo ha sido como consecuencia de su conducta profesional voluntariamente desarrollada en una empresa que ha infringido la Ley de Defensa de la Competencia.

Como expresa el apartado 72 de la Sentencia de 30 de mayo de 2006 del tribunal de Primera Instancia en el asunto 198/2003 , Bank Austria/Comisión sobre prácticas contrarias a los arts. 81 y 92 del Tratado CE "el legislador comunitario ha ponderado el interés general en la transparencia de la acción comunitaria y los intereses que pueden oponérseles en diferentes actos de Derecho derivado".

Su apartado 94 rechaza el alegato de la empresa sancionada acerca de que la Decisión sancionadora permite identificar a las personas físicas que participaron en las reuniones, apartado 93, por no existir violación de sus propios derechos que ni si quiera se alega.



Pero más relevante en lo que aquí importa es su apartado 78 "Por otro lado, el interés de una empresa a quien la Comisión ha impuesto una multa por infracción del Derecho de la competencia en que no se divulguen públicamente los detalles de la conducta constitutiva de infracción que se le imputa no merece ninguna protección particular, habida cuenta del interés del público en conocer con la mayor amplitud posible los motivos de cualquier acción de la Comisión, del interés de los operadores económicos en saber cuales son las conductas por las que pueden ser sancionados y del interés de las personas perjudicadas por la infracción en conocer sus detalles, con el fin de poder hacer valer, en su caso, sus derechos frente a las empresas sancionadas, y considerando que la empresa dispone de la facultad de someter a control jurisdiccional tal decisión."

Vemos, pues, que lo reflejado en la Exposición de Motivos de la LDC, tal cual ha alegado el ministerio público, tiene un pleno antecedente en el derecho de la Unión Europea "se prevé la publicidad de todas las sanciones impuestas en aplicación de la Ley, lo que reforzará el poder disuasorio y ejemplar de las resoluciones que se adopten".

Y en fecha más reciente la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2017, asunto 162/2015 , Evonik Degussa GmbH/Comisión Europea, sanción por existencia de cartel ilegal en el mercado europeo del peróxido de hidrogeno y del perborato nos dice en su punto 117.

"Procede señalar que el Tribunal General declaró, en los apartados 125 y 126 de la sentencia recurrida, que el derecho a la protección de la vida privada garantizado por el artículo 8 del CEDH y el artículo 7 de la Carta no puede impedir la divulgación de información que, como la que se prevé publicar en el caso de autos, se refiere a la participación de una empresa en una infracción del Derecho de la Unión en materia de prácticas colusorias, declarada en una decisión de la Comisión adoptada con arreglo a lo previsto en el artículo 23 del Reglamento nº 1/2003 y destinada a publicarse de conformidad con el artículo 30 del mismo Reglamento, ya que un particular no puede, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, invocar lo dispuesto en el artículo 8 del CEDH para quejarse de un perjuicio a su reputación que resulte de forma previsible de sus propias acciones."

Y en el plano del TEDH la Sentencia de 25 de septiembre de 2018, demanda 76639/11 , Demisov/Ucrania, en el apartado 98 cita la de 7 de febrero de 2012 , demanda 39954/08, referida a una infracción penal, extiende esa no invocación del art. 8 CEDH a irregularidades de otra naturaleza que comprometan la responsabilidad de una persona y conllevan consecuencias negativas previsibles sobre la "vida privada" cuando deriva de sus propias acciones. Lo que reitera en apartados 121 y siguientes.

Octavo. La doctrina de la Sala.

Aquí, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA , se establece en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declara:

- i) Que no lesiona el art. 25. CE la previsión normativa contenida en el art. 63.2 LDC en su aplicación a personal directivo unipersonal de la persona jurídica infractora.
- ii) Que no lesiona el art. 18 CE la publicación del nombre de la persona física a que hace mención el art. 63.2. LDC .

Noveno. Costas.

De conformidad con el dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la sentencia que se dicte resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Por ello, se acuerda:

- a) mantener el pronunciamiento sobre las costas efectuado por la Sala de instancia.
- b) cada parte abonará, en cuanto a las del recurso de casación, las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

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

**Primero.**

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de don Cesar contra la sentencia de 14 de septiembre de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo nº 10/2016 .

Segundo.

- En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho.

Tercero.

Se fija como doctrina la reflejada en el penúltimo fundamento.
Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

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