



Roj: **SAN 1573/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:1573**

Id Cendoj: **28079230062017100123**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/04/2017**

Nº de Recurso: **9/2016**

Nº de Resolución: **153/2017**

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000009 / 2016

Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES

Núm. Registro General: 03819/2016

Demandante: D. Vidal

Procurador: D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Madrid, a veinte de abril de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona bajo el núm. 9/16, promovido por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de **D. Vidal** 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 10.450 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se



dicte sentencia por la cual "... se declare la vulneración de los derechos fundamentales de nuestro representado D. Vidal invocados en la presente demanda y la consiguiente nulidad de la resolución recurrida".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Emitido el preceptivo dictamen por el Ministerio Fiscal, y pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 18 de enero de 2017, en que tuvo lugar, si bien la deliberación del asunto se prolongó a las sesiones de 15 de febrero y 8 y 22 de marzo de 2017.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna el recurrente 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 10.450 euros por la comisión de una infracción única y continuada prevista en el artículo 1 de la Ley Defensa de la Competencia .

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente S/DC/0519/14 "INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS", era del siguiente tenor literal:

" **PRIMERO.** Declarar 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 , 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 a cabo al menos desde el 1 de julio de 1999 y hasta al menos el 7 de octubre de 2014.

SEGUNDO. De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas y personas físicas: (...)

5.- Don Vidal , por su participación en las conductas como representante de AMURRIO, desde febrero de 2008.

TERCERO.- imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas: (...)

5.- Don Vidal : 10.450 euros.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".

Tras describir los antecedentes procedimentales y referirse a las partes y al mercado afectado, la resolución contiene un relato de hechos, que se sigue de las pruebas acopiadas en el expediente, en el que se considera acreditado que "... las conductas llevadas a cabo por las empresas AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA ha supuesto una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE , consistente en el reparto del mercado a través de la constitución sistemática de una UTE para concurrir y adjudicarse los contratos licitados por GIF/ADIF en los últimos 15 años, sin que haya existido una justificación objetiva desde el punto de vista económico, profesional o técnico que permita concluir la necesidad de acudir en esas condiciones a todos los contratos. Esta conducta, además, ha conllevado que las partes hayan acordado previamente los precios de las licitaciones y se hayan intercambiado información estratégica, situaciones que en un entorno de normal competencia no se hubieran producido entre empresas que compiten en el mismo mercado. Todo ello, implica calificar la infracción como muy grave, tal como prevé el artículo 62.4.a) de la LDC ".

En cuanto ahora interesa, la resolución aborda de manera específica la **participación en las referidas conductas de los representantes legales** o personas que integran los órganos de dirección en las empresas declaradas responsables, lo que precede del análisis de los criterios generales y de la normativa aplicable sobre esta cuestión.

Considera acreditado que, a los efectos de aplicar la sanción prevista en los artículos 10.3 de la Ley 16/1989 y 63.2 de la LDC , existió una participación directa de varios representantes legales y personas de los órganos directivos de las empresas AMURRIO, JEZ, ALEGRIA y FELGUERA en el diseño e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas entre estas empresas para el reparto, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, así como el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios y otros elementos complementarios en los procedimientos de contratación convocados por ADIF.



En concreto, y respecto de AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A., supone que la participación de los representantes o personal directivo de la empresa estaría acreditada, en el caso del ahora recurrente, D. Vidal , en los folios que cita, y así:

"- Reuniones sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 1 de julio de 1999 (folio 532); fecha indeterminada (folio 527 a 528); 31 de agosto de 2000 (folio 525); 21 de septiembre de 2000 (folio 517 a 524); 4 de febrero de 2008 (folio 684, versión no confidencial folio 711); 24 de junio de 2008 (folio 686, versión no confidencial folio 713); 1 de marzo de 2011 folio 695, versión no confidencial folio 722); 2 de mayo de 2012 (folios 323 a 324, versión no confidencial folios 428 a 429); 12 de junio de 2012 (folios 507 a 508); 12 de junio de 2012 (folios 703, versión no confidencial folio 730); 28 de febrero de 2013 (folios 299, versión no confidencial folio 404, y folios 664 a 665, versión no confidencial folios 680 a 681); 11 de septiembre de 2013 (folio 503); 6 de agosto de 2014 (folios 302 y 356, versión no confidencial folios 407 y 461). - Correos electrónicos sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 20 de enero de 2009 (folios 1089 a 1101); 22 y 27 de enero de 2014 (folios 1253 a 1254 y 1255 a 1260); 11 de julio de 2014 (folios 1611 a 1612, 1779 a 1789)".

SEGUNDO. - Expuestos, de manera sucinta, los presupuestos necesarios para abordar los argumentos en los que se sustenta la demanda formalizada en este trámite especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, se refiere en primer lugar el recurrente a la vulneración del principio de legalidad garantizado en el artículo 25.1 de la Constitución .

Justifica la existencia de esa vulneración por cuanto, razona, *"al sancionar a nuestro representado en virtud del artículo 63.2 de LDC , la Resolución infringe el principio de legalidad garantizado en el citado artículo 25.1. CE puesto que la CNMC ha procedido a la "vedada interpretación extensiva" de la citada disposición, aplicando la analogía "in malam partem", al aplicar dicha disposición a pesar de no concurrir en nuestro representado los requisitos previstos en la misma..."*.

Recuerda el tenor literal del citado artículo de la Ley de Defensa de la Competencia y destaca que, conforme al mismo, solo pueden ser sancionados los representantes legales de la persona jurídica infractora o las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

A continuación, expone que el Sr. Vidal no es representante legal de AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A., y parte del concepto de representante legal en nuestro Derecho desde su diferenciación con el representante voluntario, para lo que toma por base la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1979 , cuyo criterio habría sido seguido por otras de distintas Audiencia Provinciales.

Por ello, denuncia que, ante la evidente distinción entre representación legal y representación voluntaria, el imponer la sanción prevista en la LDC para el representante legal a quien es, en rigor, representante voluntario, constituye una aplicación extensiva o analógica de una norma sancionadora.

Analiza la normativa societaria que determina, a su juicio, que la representación que ostenta D. Vidal en AMURRIO tiene el carácter de voluntaria, en concreto el artículo 233 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (y su antecesor, el artículo 128 del Real Decreto Legislativo 1564/1989), que reservaría la representación legal al consejero delegado de la sociedad, siendo así que el Sr. Vidal es el Presidente del Consejo de Administración de AMURRIO.

Y, tras excluir por tales motivos la condición de representante legal, rechaza que la imputación pudiera tampoco justificarse al suponer que el actor integra alguno de los "órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión", tal y como prevé el mismo artículo 63.2 de la LDC . Para ello, argumenta que el acuerdo o decisión a que alude el precepto no puede identificarse con el acuerdo anticompetitivo, sino que solo puede referirse, de manera necesaria, a un acuerdo del Consejo de Administración.

Ampara este criterio en la génesis del precepto, cuyo origen sitúa en el artículo 133.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas ; y también en una interpretación sistemática del propio artículo 63.2 de la LDC , en concreto de su último párrafo, según el cual *"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"*; párrafo que carecería de sentido, dice, si el acuerdo al que se refiere fuera el acuerdo anticompetitivo y no el adoptado por el órgano de administración de la sociedad.

Tales argumentos fueron esgrimidos ya en trámite de alegaciones ante la CNMC, que, de manera expresa, los analizó y rechazó motivadamente en la resolución recurrida.

Aducía la Comisión, en síntesis, que cada tipología de persona jurídica tiene una específica regulación y denominación para sus órganos, colegiados o unipersonales, de administración y dirección, suponiendo entonces que el concepto "órganos directivos" empleado por el art. 63.2 de la LDC habría de permitir



"abarcarlos a todos, si cumplen determinadas condiciones de autonomía y capacidad de decisión, que son comunes a todos estos órganos".

Es por ello por lo que propone una definición amplia de empresa a los efectos del derecho de la Competencia, que garantice el efecto útil de sus normas con la finalidad última de proteger el orden público económico y posibilite sancionar, en aplicación del citado precepto, a las personas físicas miembros de asociaciones, colegios profesionales, consejos reguladores, federaciones deportivas, fundaciones, etc., que hayan intervenido en el acuerdo que infractor de la LDC en ejercicio de funciones de administración o representación de tales personas jurídicas.

Por tanto entiende que debe 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".

Destaca la conveniencia de acudir al ámbito penal, por ser trasladables sus principios a los procedimientos sancionadores administrativos, en el que se acoge un concepto amplio de administrador y directivo, con cita del artículo 31 del Código Penal, relativo a la responsabilidad criminal del representante de una persona jurídica, e invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2007 para rechazar, en suma, una consideración formalista del concepto de representante legal y órgano directivo.

Apoya una interpretación que atienda al alcance real del cargo que ostenta la persona física en la empresa y a las actividades que hubiera realizado como representante de la misma al poner de manifiesto "el verdadero alcance de su autonomía y poder de decisión y representación dentro de la empresa".

Y, 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.

TERCERO .- Establece el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, 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, como vimos, el aplicado en el presente caso para sancionar al recurrente.

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*".

Cuestiona el actor que su imputación pueda justificarse bajo el primero de los supuestos por cuanto no es, ni ha sido, el representante legal de la sancionada AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A., ya que el cargo que ostentaba en la sociedad era el de Presidente del Consejo de Administración, cargo que no tiene atribuida tal representación conforme al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en los términos que vimos antes.

La lectura del artículo 233 de dicha Ley permite concluir que, en efecto, le asiste la razón en este extremo, que en rigor tampoco se discute en la resolución impugnada la cual rechaza, sin embargo, que la interpretación de la representación legal haya de ser tan restrictiva -la califica de consideración formalista del concepto de representante legal-, y reclama la aplicación de un criterio que atienda al "alcance real del cargo que ostenta la persona física en la empresas y de las actividades que ha realizado como representante de la misma", análisis que "deberá realizarse caso por caso".

Entendemos, no obstante, 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. Y ello supone que, puesto que el artículo 63.2 alude a los representantes legales de las personas jurídicas, y siendo múltiples y variadísimas las formas de personificación y tipologías que las mismas pueden revestir, haya de estarse a la regulación de cada una



de éstas para determinar quien ostenta, en cada caso, la representación legal, excluyendo la tipicidad de la conducta de los que no tengan dicha representación.

La Ley ha optado por exigir la condición de representante legal, sin duda un plus respecto de la de mero representante, que es la que sugiere la interpretación propuesta por la CNMC y que llevaría a poder sancionar a cualquier persona física que hubiera actuado en representación de la persona jurídica sancionada, por ejemplo, al concurrir a una reunión en la que se hubiera adoptado algún acuerdo anticompetitivo.

La remisión al artículo 31 del Código Penal que hace la resolución sancionadora para apoyar este criterio resulta ineficaz pues, antes al contrario, este precepto sí describe de un modo más amplio la forma de actuación que conlleva la responsabilidad personal derivada de la actuación punible de una persona jurídica, y así se refiere al que "actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro...". Amplitud que no refleja la norma de competencia.

Tampoco obliga a conclusión distinta la doctrina que resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2007, que invoca la CNMC al rebatir las alegaciones formuladas por el recurrente sobre esta cuestión, pues dicha sentencia aborda una cuestión diferente, cual es la relativa los conceptos de administrador de derecho y administrador de hecho.

Debe suponerse entonces que la condición bajo la cual intervino el actor no se ajusta a este concreto tipo infractor, y que la subsunción operada en la resolución sancionadora al asimilar aquella condición a la de representante legal que exige la norma implica una interpretación analógica *in malam partem* que debe rechazarse.

Como pone de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2009, recurso núm. 172/2003, "Conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental reconocido en el art. 25.1 CE «incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía»: la primera, «de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas», «se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes»; la segunda, «de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones», por cuanto, como el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente, «el término "legislación vigente" contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (SSTC 129/2003, de 30 de junio, FJ 4; 100/2003, de 2 de junio, FJ 3; 52/2003, de 17 de marzo, FJ 7; 50/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; en el mismo sentido, 6/1994, de 17 de enero, FJ 2; 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 19 de noviembre, FJ 6).

Por lo que se refiere a la garantía material, que es la que se encuentra concernida en el presente proceso, a la que también se encuentra sujeta la potestad sancionadora de la Administración, el Tribunal Constitucional ha afirmado que incorpora dos mandatos: el de *lex praevia* (STC 100/2003, de 2 de junio, FJ 3), esto es, la exigencia de que «la Ley sea anterior al hecho sancionado» (STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6); y el mandato de taxatividad, *lex stricta* o *lex certa*, que implica la exigencia de que la «Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado» (STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6), de manera que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» (SSTC 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 100/2003, de 2 de junio, FJ 3, 129/2003, de 30 de junio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3). En este sentido -ha afirmado-, esta garantía -que también afecta «a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles» (STC 25/2002, de 11 de febrero, FJ 6)-, aunque no supone «la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta» (SSTC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 6; 100/2003, de 2 de junio, FJ 4; en el mismo sentido, STC 25/2002, de 11 de febrero, FJ 6), sí torna en inadmisibles las formulaciones de los tipos «tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (SSTC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 100/2003, de 2 de junio, FJ 3; 129/2003, de 30 de junio, FJ 4)".

Continúa diciendo el Tribunal Supremo que "... esa garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene «como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora» (SSTC 120/1996, de 8 de julio, FJ 8; 133/1999, de 15 de julio, FJ 2). Concretamente, el Tribunal Constitucional ha declarado que «una vez en el momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por los poderes públicos, éstos están sometidos al principio de tipicidad, como garantía material, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a las normas sancionadoras y, por otro,



les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan», de manera que «se proscriben constitucionalmente aquellas otras incompatibles con el tenor literal de los preceptos aplicables o inadecuadas a los valores que con ellos se intenta tutelar» (STC 52/2003, de 17 de marzo , FJ 5). Dicho con más precisión -esta es la afirmación que se reitera en las últimas Sentencias-, «no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (entre las últimas, STC 129/2008, de 27 de octubre , FJ 3). En fin, el art. 25 CE no tolera «la aplicación analógica in peius de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles», doctrina que «es sin duda aplicable a las infracciones y sanciones administrativas, pues a ellas se refiere también expresamente el art. 25.1 de la Constitución » (STC 182/1990, de 15 de noviembre , FJ 3; véanse también, sobre el particular, las SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 7 ; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4 ; y 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 16)".

La sentencia recuerda que, según el Tribunal Constitucional, "... forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental a la legalidad reconocido en el art. 25 CE que la resolución sancionadora que pone fin al procedimiento incluya, como parte de su motivación, el fundamento legal de la sanción que se impone: «el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) -se afirma en el FJ 3 de la STC 161/2003, de 15 de septiembre -, en relación con el principio de seguridad jurídica también garantizado constitucionalmente (art. 9.3 CE), exige que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora sea la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación [la impuesta por los arts. 54.1.a) y 138.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común], identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona» (se hacen eco de esta doctrina la STC 113/2008, de 29 de septiembre , FJ 4; así como los AATC 317/2004 (LA LEY 176624/2004), de 27 de julio, FJ 3; 324/2004 (LA LEY 178390/2004), de 29 de julio, FJ 3; 250/2004 (LA LEY 164576/2004), de 12 de julio, FJ 3; y 251/2004 (LA LEY 163930/2004), de 12 de julio, FJ 3). Y, más recientemente, se ha puesto de relieve que «resulta elemento realmente esencial del principio de tipicidad, ligado indisolublemente con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la necesidad de que la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionadora. En otros términos, el principio de tipicidad exige no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma» (STC 218/2005, de 12 de septiembre , FJ 3). Ahora bien, esta última obligación encuentra, de acuerdo con el Tribunal, una única excepción: «aquellos casos en los que, a pesar de no identificarse de manera expresa el fundamento legal de la sanción, el mismo resulta identificado de forma implícita e incontrovertida» (STC 218/2005, de 12 de septiembre , FJ 3); en estos supuestos -ha concluido el Tribunal- se respeta el art. 25.1 CE ".

El Tribunal Supremo advierte que corresponde a la Administración la subsunción de los hechos en el supuesto de hecho normativo y la determinación de la consecuencia jurídica que la realización de tales hechos lleva aparejada.

Y remite en este punto a la citada STC 161/2003 , en cuyo FJ 3 se afirma lo que sigue:

"... desde la perspectiva del reparto de poderes entre la Administración y los órganos judiciales en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa debe destacarse que, conforme a la regulación vigente de la misma, es a la Administración a la que está atribuida la competencia sancionadora y que a los órganos judiciales corresponde controlar la legalidad del ejercicio de esas competencias por la Administración. No es función de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración sin fundamento legal expreso o razonablemente deducible mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados probados por la Administración.- En el ámbito administrativo sancionador corresponde a la Administración, según el Derecho vigente, la completa realización del primer proceso de aplicación de la norma (que debe ser reconducible a una con rango de ley que cumpla con las exigencias materiales del art. 25.1 CE lo que implica la completa realización del denominado silogismo de determinación de la consecuencia jurídica: constatación de los hechos, interpretación del supuesto de hecho de la norma, subsunción de los hechos en el supuesto de hecho normativo y determinación de la consecuencia jurídica. El órgano judicial puede controlar



posteriormente la corrección de ese proceso realizado por la Administración, pero no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción bajo preceptos legales encontrados por él, y que la Administración no había identificado expresa o tácitamente, con el objeto de mantener la sanción impuesta tras su declaración de conformidad a Derecho. De esta forma, el juez no revisaría la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora sino que, más bien, lo completaría» (reproducen parcialmente esta doctrina los AATC 317/2004 (LA LEY 176624/2004), de 27 de julio, FJ 6; 324/2004 (LA LEY 178390/2004), de 29 de julio, FJ 6; 250/2004 (LA LEY 164576/2004), de 12 de julio, FJ 3; y 251/2004 (LA LEY 163930/2004), de 12 de julio, FJ 6)".

CUARTO .- Si, conforme a lo que acabamos de exponer, no puede atribuirse al actor la condición de representante legal de AMURRIO ni, por ende, apreciar la tipicidad de su conducta por esta vía, procede plantearse 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.

Frente a ello, argumenta el Sr. De Vidal , quien reconoce ser Presidente del Consejo de Administración y, en su consecuencia, por aplicación del artículo 21 de los estatutos de la sociedad, Director General de AMURRIO - párrafo 42 de la demanda y documento núm. 3 de los que la acompañan-, que no cumple tampoco la exigencia del segundo supuesto del artículo 63.2 de la Ley 15/2007 pues, aunque pudiera integrar, en aquella condición, un órgano directivo, el mismo no habría intervenido en el acuerdo o decisión en los términos exigidos por el precepto.

Para justificarlo, 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, que excluye la responsabilidad de las 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" , por lo que resultaría imprescindible la existencia de un acuerdo, en este caso del Consejo de Administración, que en realidad no se produjo.

Hemos de discrepar, sin embargo, de esta conclusión que restringe de manear injustificada, y como no lo hace la norma, el concepto de órgano directivo.

En efecto, y a diferencia de lo que sucede con el representante legal, 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 Presidente del Consejo de Administración y Director General de la sociedad.

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 órgano directivo, como pudiera serlo el Presidente del Consejo de Administración o el Director General, cargos ambos que acumula D. Vidal , 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: 1 de julio de 1999 (folio 532); fecha indeterminada (folio 527 a 528); 31 de agosto de 2000 (folio 525); 21 de septiembre de 2000 (folio 517 a 524); 4 de febrero de 2008 (folio 684, versión no confidencial folio 711); 24 de junio de 2008 (folio 686, versión no confidencial folio 713); 1 de marzo de 2011 folio 695, versión no confidencial folio 722); 2 de mayo de 2012 (folios 323 a 324, versión no confidencial folios 428 a 429); 12 de junio de 2012 (folios 507 a 508); 12 de junio de 2012 (folios 703, versión no confidencial folio 730); 28 de febrero de 2013 (folios 299, versión no confidencial folio 404, y folios 664 a 665, versión no confidencial folios 680 a 681); 11 de septiembre de 2013 (folio 503); 6 de agosto de 2014 (folios 302 y 356, versión no confidencial folios 407 y 461). - Correos electrónicos sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 20 de enero de 2009 (folios 1089 a 1101); 22 y 27 de enero de 2014 (folios 1253 a 1254 y 1255 a 1260); 11 de julio de 2014 (folios 1611 a 1612, 1779 a 1789)".



El contenido de las reuniones y de los correos electrónicos que se relacionan evidencian el hecho de la intervención y su alcance (así, por ejemplo, y entre otros mucho, al folio 711 se encabeza la "Reunión UTE con Directores Generales" con la mención de los intervinientes, citando en primer lugar a " Vidal ...").

Por el contrario, la prueba propuesta por el mismo interesado, y practicada a su instancia en estos autos, no ha desvirtuado la incorporada al expediente, pues se ha limitado a constatar los cargos que desempeñó y el poder de representación que ostentaba en la sociedad.

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, cual es el de que se trate de un "órgano colegiado de administración".

Sin embargo, órgano directivo puede ser, sin duda, el Director General de la entidad.

En consecuencia, la sanción a D. Vidal encuentra un fundamento suficiente al haberse acreditado que, en su condición de órgano directivo de AMURRIO, intervino en el conjunto de acuerdos anticompetitivos que se sancionan.

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. Vidal "... por su participación en las conductas como representante de AMURRIO, desde febrero 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.

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 (LA LEY 4633/1999), 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.

SEXTO. - Procede, en consideración a cuanto se ha expuesto, la desestimación del recurso, debiendo correr la parte actora con las costas de esta instancia en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona bajo el núm. 9/16, promovido por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de **D. Vidal** 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 10.450 euros.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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 que 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 04/05/2016 doy fe.