

Nº

87

Mayo - Agosto 2019

INSTITUTO DE DERECHO Y ÉTICA INDUSTRIAL

COMUNICACIONES

EN PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

El medicamento en los tribunales
en el año 2018

Las cuestiones prejudiciales en litigios
de patentes

Nueva Guía de publicidad de medicamentos
de uso humano dirigida al público

El Tribunal Supremo sienta jurisprudencia
sobre la responsabilidad de directivos por
infracciones del Derecho de la competencia

La política de responsabilidad social de la
Agencia Española de Protección de Datos:
una apuesta por un organismo público
socialmente responsable y sostenible

IDEI

DOCTRINA · LEGISLACIÓN · JURISPRUDENCIA

EL TRIBUNAL SUPREMO SIEN TA JURISPRUDENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE DIRECTIVOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Fecha de recepción: 22 julio 2019
Fecha de aceptación y versión final:
29 julio 2019

HELMUT BROKELMANN
MARTÍNEZ LAGE, ALLENDESALAZAR &
BROKELMANN ABOGADOS

RESUMEN

El artículo analiza las primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de directivos por infracciones del Derecho de la Competencia. El Tribunal Supremo rechaza los recursos de dos directivos que alegaban que el artículo 63.2 LDC infringe el principio constitucional de legalidad garantizado en el artículo 25.1 de la Constitución española. También rechaza que la publicación de los nombres de los directivos sancionados en la resolución y un comunicado de prensa de la CNMC vulnere el derecho de intimidad y honor garantizado en el artículo 18 de la Constitución.

109

PALABRAS CLAVE

Artículo 63.2 Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), responsabilidad de directivos por infracciones del Derecho de la competencia, principio de legalidad, artículo 25 Constitución española, publicación nombre sancionado, derecho de honor e intimidad, artículo 18 Constitución española.

ABSTRACT

The article analyses the first judgments of the Spanish Supreme Court on the responsibility of managers for antitrust law infringements. The Supreme Court rejects the appeals by two executives that had submitted that Article 63(2) of the Spanish Competition Act infringed the principle of legality guaranteed in Article 25 of the Spanish Constitution. It also rejects that the publication of the names of the fined managers in the decision and a press release of the Spanish competition authority (CNMC) infringed the right to privacy and of personality guaranteed in Article 18 of the Constitution.

KEYWORDS

Article 63(2) of the Spanish Competition Act, responsibility of managers for antitrust law infringements, principle of legality, Article 25 Spanish Constitution, publication of name, right to privacy and of personality, Article 18 Spanish Constitution.

En dos sentencias prácticamente idénticas de 28 de marzo y 9 de abril de 2019¹ la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha desestimado los recursos de casación presentados por dos directivos contra sendas sentencias de la Audiencia Nacional que a su vez desestimaron sus recursos contra las sanciones que les fueron impuestas por la CNMC al amparo del artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC) en la resolución *Infraestructuras ferroviarias*². Junto con las sanciones impuestas en la Resolución *AIO*³, esta resolución de la CNMC de 30 de junio de 2016 fue la primera en hacer un renovado uso del artículo 63.2 LDC para sancionar a los directivos de las empresas infractoras por participar en prácticas anticompetitivas. Aunque, como se expondrá en este artículo, el tipo legal del artículo 63.2 LDC deja mucho que desear, el Tribunal Supremo y antes ya la Audiencia Nacional, entienden que se ajusta a las exigencias constitucionales del principio de legalidad y respaldan igualmente que la CNMC publique el nombre de los directivos sancionados sin infringir su derecho a la intimidad.

110

1. LOS ANTECEDENTES DE LAS SANCIONES A DIRECTIVOS

La posibilidad de sancionar a directivos de las empresas infractoras de las normas de defensa de la competencia —artículos 1, 2 y 3 LDC y 101 y 102 TFUE— ya existía en el artículo 10.3 de la antigua Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, del mismo tenor literal que el actual artículo 63.2 LDC. El entonces Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) había hecho un uso prudente de la misma en el sentido de que era necesaria la concurrencia de un protagonismo especial de las personas físicas a las que aluden los referidos preceptos para proceder a su aplicación e impuesta sanciones únicamente en ocho resoluciones.

Así, el TDC en su resolución del año 2001 en el Expediente 452/99, Taxis Barcelona, consideró que no procedía sancionar a los representantes legales de

1. STS 952/2019 de 28 de marzo de 2019, ES:TS:2019:952 y STS 1178/2019 de 9 de abril de 2019, ES:TS:2019:1178. El autor defendió a los recurrentes tanto en el expediente administrativo como en los recursos ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

2. Resolución CNMC de 30 de junio de 2016, Expte. S/0519/14 *Infraestructuras ferroviarias*.

3. Resolución CNMC de 26 de mayo de 2016, Expte. S/DC/0504/14 *AIO*.

las entidades firmantes del acuerdo restrictivo de la competencia por no haber “*quedado acreditado en el expediente el protagonismo especial de los representantes*”. Fue precisamente el “*papel protagonista*” en la conducta considerada anticompetitiva el que motivó la imposición de sanción al Presidente de una línea de transporte marítimo en el Expediente 611/06, Excursiones Puerto de Sóller (con independencia de que la Resolución fuera posteriormente anulada por considerar la Audiencia Nacional que no existió infracción). De la misma manera, ya en 1996, el TDC impuso sendas multas de 100.000 pesetas a cada una de las tres personas que tuvieron un “*papel decisivo*” en la adopción del acuerdo anticompetitivo de la asociación de ortodoncistas de Castilla y León. Ese mismo año, el TDC impuso sendas sanciones a los Presidentes de dos asociaciones sectoriales en el asunto Lencería Gijón con base también en su “*papel relevante*” en la práctica sancionada (un boicot colectivo). También en 1996, la multa impuesta por el TDC en el asunto Asentadores de Pescado a los miembros de la junta directiva de una asociación se fundamentó en su voto a favor de la adopción de un acuerdo anticompetitivo, sancionándose asimismo al Presidente de la asociación por su “*mayor actividad en la adopción y puesta en práctica del acuerdo*”. Igualmente, con anterioridad, en la Resolución del TDC de 1993 en el Expediente 320/92, Boutiques Pan Asturias, se sancionó al Secretario de la Unión de Boutiques del Pan del Principado de Asturias por su “*actuación destacada e individualizada en la gestión del acuerdo de fijación de precios*”.

Ya con la nueva LDC de 2007, la facultad de sancionar a directivos cayó prácticamente en desuso, por razones que desconocemos pues en todo lo demás la acción sancionadora de la nueva CNC se vio reforzada en la práctica. El único caso de aplicación del artículo 63.2 LDC fue la multa impuesta a un directivo de una cadena de hoteles en el asunto *CEOE*⁴ por unas declaraciones realizadas en la feria Fitur sobre la necesidad de elevar precios en el sector hotelero a la vista del incremento del coste de las materias primas. La sanción acabó siendo anulada por la Audiencia Nacional por no ser constitutiva de infracción las declaraciones del ejecutivo⁵.

Así, el artículo 63.2 LDC durmió el sueño de los justos hasta que el Tribunal Supremo, en la ya famosa sentencia de 29 de enero de 2015⁶ que declaró el método de cálculo de las multas empleado hasta entonces por la CNMC incompatible con las exigencias constitucionales de predeterminación y taxatividad de las sanciones administrativas, recordó a la CNMC que disponía de la potestad sancionadora del artículo 63.2 LDC para incrementar el efecto disuasorio de su política sancionadora. En palabras del Alto Tribunal “*No debe olvidarse, en fin,*

4. Resolución CNC de 26 de septiembre de 2012, Expte. S/0335/11 CEOE.

5. SAN 4581/2013 de 15 de octubre de 2013, ES:AN:2013:4581.

6. STS 112/2015 de 29 de enero de 2015, ES:TS:2015:112.

que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.”

A partir de este pronunciamiento, el artículo 63.2 LDC ha vivido un verdadero renacimiento y la CNMC ya lo aplica de forma sistemática en todos los expedientes de prácticas horizontales, tales como acuerdos de precios, cuotas o reparto de mercados. Si en las primeras resoluciones la cuantía de las multas impuestas aún fue moderada, casi tímida, –en el caso que nos ocupa de entre 6.000 y 10.000 euros–, en la actualidad las multas suelen acercarse ya al límite legal de 60.000 euros⁷.

2. LA RESOLUCIÓN DE LA CNMC

112

La Resolución de la CNMC fundamentó la sanción a los dos directivos de una de las empresas sancionadas por su participación en UTEs en concursos convocados por el ADIF para la compra de desvíos ferroviarios, además de en su participación en los hechos objeto de la misma, en su “*condición de representantes legales o directivos de las empresas infractoras*”, señalando al respecto que “*el segundo requisito concurrencial que exige la norma es la necesidad de que las personas participantes en las conductas, lo hagan en su condición de representantes legales o directivos de las empresas*” y termina por sancionarles “*por su participación en las conductas como representante*” de la empresa sancionada.

Al margen de que pueda dudarse de la oportunidad de resucitar el artículo 63.2 LDC en un caso no constitutivo de “cártel”, al no tratarse de ningún acuerdo secreto, pues las UTEs se formaban a instancias y bajo los auspicios del ADIF, la cita que reproducimos de la resolución de la CNMC pone de manifiesto las dos cuestiones legales que suscita el artículo 63.2 LDC: ¿Quién es “representante legal” de una empresa y qué debe entenderse por “directivo” de una empresa, concepto al que no alude el artículo 63.2 LDC, que se refiere únicamente a “*personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.*” Los recurrentes ocupaban respectivamente los cargos

7. Ver, por ejemplo, la Resolución de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/2016 Electrificación y Electromecánicas ferroviarias.

de presidente y vicesecretario no-consejero del consejo de administración de la empresa sancionada.

La otra cuestión constitucional suscitada en los recursos de derechos fundamentales de los dos ejecutivos sancionados tienen que ver con el hecho de que la CNMC dio publicidad a la identidad de ambos directivos como responsables de una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, y destinatarios de una sanción, al publicar en su página web el texto íntegro de la resolución pocos días después de su adopción y, por tanto, antes incluso de que deviniera firme. Esta publicidad se vio completada con la publicación por parte de la CNMC de una nota de prensa en la que también aparecía el nombre completo de ambos como destinatarios de una sanción impuesta por la CNMC.

3. LOS RECURSOS Y LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Antes de entrar en los motivos de los recursos conviene recordar la literalidad del artículo 63.2 LDC, pues los motivos versan sobre la compatibilidad de su aplicación por la CNMC con nuestra Constitución:

“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.”

En sus recursos formulados por la vía especial de la protección de los derechos fundamentales (arts. 114 y ss. LJCA), los dos recurrentes alegaban que la resolución sancionadora de la CNMC vulneraba el principio de legalidad garantizado en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución por haber procedido a una vedada interpretación extensiva del artículo 63.2 LDC, aplicando una analogía *in malam partem*, al aplicar dicha disposición a pesar de no concurrir los requisitos previstos en la misma. En virtud del artículo 63.2 LDC sólo 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. Los recurrentes alegaban que la resolución llevaba a cabo una interpretación amplia –y por ello contraria a las exigencias del artículo 25.1 CE– del artículo 63.2 LDC, como reconocía la propia resolución de la CNMC al afirmar que *“no cabe, por tanto, analizar la aplicación del artículo 63.2 de la LDC, sobre la base de una consideración formalista del concepto de representante legal y órgano directivo, sino en virtud del alcance real del cargo que ostenta la persona física*

en la empresa y de las actividades que ha realizado como representante de la misma, que nos ofrecerá el verdadero alcance de su autonomía y poder de decisión y representación dentro de la empresa”.

Los recurrentes alegaban que no eran ni “representantes legales” –sino únicamente representantes voluntarios (apoderados)– ni integrantes de los órganos directivos que hubieran intervenido en el acuerdo o decisión. Mientras que la resolución de la CNMC intentaba extender el concepto de “representante legal” a situación de representación voluntaria o fáctica, tal y como está prevista en otras normas, los recurrentes alegaban que precisamente por no referirse el artículo 63.2 LDC a tales administradores de hecho o a apoderamientos voluntarios como sí ocurre expresamente en el artículo 31 del Código Penal o el antiguo artículo 95 de la ya derogada Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que permitía que se sancionara a las personas que ostentasen cargos de administración o dirección de hecho o de derecho, no cabía, en Derecho administrativo sancionador, la interpretación extensiva del concepto a supuestos no expresamente previstos por el legislador.

En cuanto al primer precepto, la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2017⁸ confirmó que, en efecto, el cargo de presidente del consejo de administración no tiene atribuida, conforme al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la representación de la sociedad, concluyendo así 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.”* Lo mismo concluyó la sentencia paralela de 14 de septiembre de 2017⁹ respecto del cargo de vicesecretario del consejo no consejero.

114

Sin embargo, la Audiencia Nacional sorprendentemente no extrajo en su sentencia la conclusión que se debiera derivar del hecho de que los recurrentes no fueran representantes legales de la empresa, es decir, la nulidad de dicha Resolución por cuanto la Resolución les sancionó precisamente *“por su participación en las conductas como representante”* de la empresa, como expresamente declara la parte dispositiva de la resolución.

Las sentencias de la Audiencia Nacional plantearon a continuación (FD Cuarto) si los recurrentes se encontraban en el segundo de los supuestos previstos en el artículo 63.2 LDC para sancionar a una persona física: *“personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión”*.

Los recurrentes alegaban que, aun suponiendo que integraran un órgano directivo de la sociedad (cosa que no era el caso del vicesecretario no-consejero), no

8. SAN 1573/2017 de 20 de abril de 2017, ES:AN:2017:1573.

9. SAN 3656/2017 de 14 de septiembre de 2017, ES:AN:2017:3656.

concurrían en ellos las exigencias de este segundo supuesto porque no habrían intervenido en ningún “acuerdo” en el sentido del artículo 63.2 LDC, al ser dicho acuerdo el adoptado por el órgano de la sociedad y no el acuerdo anticompetitivo en el sentido de los artículos 1 LDC y 101 TFUE sancionado en la resolución.

La Audiencia Nacional, sin embargo, discrepó de esta conclusión puesto que restringiría de manera injustificada el concepto de órgano directivo: *“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.”* Tras lo cual concluye que: *“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. [...], 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”*.

115

Por último, la sentencia de la Audiencia Nacional también desestimó (FD Quinto) el motivo de la demanda fundado en la vulneración del derecho al honor, la intimidad y propia imagen de los recurrentes garantizado por el artículo 18.1 CE como consecuencia de la publicación de su nombre y apellidos, tanto en el texto íntegro de la Resolución sancionadora, como en una nota de prensa sobre la misma, publicadas ambas en la página web de la CNMC.

La sentencia comienza por recoger textualmente el artículo 37.1 de la Ley 3/2013 de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCCNMC) y el hoy derogado artículo 27.4 LDC, que contienen la obligación de la CNMC de publicar, entre otras, sus resoluciones sancionadoras, si bien, como establece el hoy vigente artículo 37.1 LCCNMC, dicha publicación debe llevarse a cabo *“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”*. La Audiencia Nacional concluye a este respecto 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.”

Con ello, la sentencia rechaza la alegación de los recurrentes de que al no ser “infractores” de los artículos 101 TFUE y 1 LDC –sólo una “empresa” puede serlo– el artículo 37.1 LCCNMC no amparaba la publicación de su identidad en la resolución sancionadora.

4. LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

116

Al haber los recurrentes prevaecido en la instancia con su interpretación del concepto de “representante legal” –aunque la sentencia de la Audiencia Nacional no extrajera ninguna consecuencia de la indebida calificación de los recurrentes como “representantes” en la parte dispositiva de la resolución– los recursos de casación se centraron en la cuestión de qué debía entenderse por “*personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión*” y la infracción del derecho de intimidad protegido por el artículo 18 de la Constitución.

En su Auto de admisión el Tribunal Supremo admitió las siguientes dos cuestiones de interés casacional objetivo: (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.

4.1 Sobre el alcance del artículo 63.2 LDC

En cuanto a la primera cuestión, los recurrentes alegaban que de la génesis de la norma (el 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)¹⁰, se deducía 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, como afirma, sin más explicación, la sentencia de la Audiencia Nacional.

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, según alegaban los recurrentes, el acuerdo societario o la decisión de la sociedad. De no ser así, se daría la paradoja de que serían sancionables las personas físicas que hubieran intervenido en un acuerdo o decisión pero no aquellas que hubieran intervenido en una “práctica concertada”, tipo de infracción que resulta muy frecuente en los cárteles, que son los casos más graves de violación de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Los recurrentes alegaban que esta interpretación basada en la génesis de la norma se veía además confirmada 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 permite interpretar que el “acuerdo o decisión” al que se refiere el párrafo primero del artículo 63.2 LDC no puede ser otro que el acuerdo orgánico 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 adquiriera sentido entendiendo por “acuerdo o decisión” en el primer párrafo un acuerdo del Consejo de Administración.

10. Concretamente, 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: “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 (que introdujo el precursor del actual art. 63.2 LDC) 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.

Por la misma razón, alegaban los recurrentes, debía 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.

Abunda en esta conclusión el que el primer párrafo del artículo 63.2 LDC se refiera a las “personas que integran los órganos directivos”, expresión que es también indicativa de que se trata necesariamente de órganos colegiados puesto que “integrar” solo puede significar formar parte de algo –en este caso un órgano– del que forman parte otros elementos, con exclusión por tanto de órganos que fueran unipersonales.

Cabe señalar asimismo que otra disposición de la misma LDC, el artículo 61.3 LDC, al determinar la responsabilidad de pago de la multa impuesta a una asociación por parte de las empresas asociadas a la misma, prevé una excepción para el caso de que dichas empresas “*demuestren que no han aplicado la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de infracción y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso*”. Es decir, cuando el legislador ha querido precisar que la decisión a la que se refería era la decisión “constitutiva de infracción”, lo ha precisado explícitamente.

118

En consecuencia, los recurrentes alegaban que cuando el artículo 63.2 LDC prevé que se pueda sancionar a las “personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión” se está refiriendo únicamente a los órganos colegiados de administración, con exclusión del personal directivo unipersonal.

La sentencia del Tribunal rechaza toda esta argumentación de modo sumario, calificándola de “absurda”. En palabras del Alto Tribunal: “*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.”

Estamos de acuerdo en que poco tiene que ver con la realidad que un órgano de administración de una sociedad adopte un acuerdo para participar en una práctica anticompetitiva. Pero lo absurdo, en nuestra modesta opinión, no es la interpretación realizada del artículo 63.2 LDC sino la propia disposición, cuya interpretación histórica y sistemática lleva a esta conclusión. El artículo 63.2 LDC precisa ser modificado para permitir a la CNMC sancionar a los representantes, de derecho o de hecho, de una empresa por participar en la infracción, si ese es el deseo de nuestro legislador. Pero la redacción actual del artículo 63.2 LDC no establece semejante tipicidad y la sentencia del Tribunal Supremo no entra a explicar el significado del párrafo segundo del artículo 63.2 ni el contenido del concepto de “órganos directivos” –concepto jurídicamente desconocido en nuestro ordenamiento–. Se limita a respaldar el razonamiento un tanto circular de la Audiencia Nacional: *“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”* (FD Cuarto). Es decir, cualquier persona que tenga capacidad y autonomía de decisión integra un “órgano directivo” (unipersonal o colegiado) de la persona jurídica en cuestión. Dicho en otros términos: quien pueda participar en un acuerdo anticompetitivo integra el órgano directivo a efectos del artículo 63.2 LDC. Pero el principio de tipicidad o predeterminación normativa en Derecho penal, y por extensión también en Derecho administrativo sancionador¹¹, funciona al revés: la norma debe tipificar con nitidez a quién está dirigida y aquí nadie discute, la sentencia de la Audiencia incluso lo reconoce abiertamente, que *“no existe definición normativa alguna”* del concepto de “órgano directivo”.

4.2 Sobre la infracción del artículo 18 de la C.E.

Como hemos señalado, la sentencia de la Audiencia Nacional desestimó el motivo fundado en la vulneración del derecho al honor, la intimidad y propia imagen garantizado por el artículo 18.1 CE que, según los recurrentes, se produjo como consecuencia de la publicación de su nombre y apellidos, tanto en el texto íntegro de la resolución sancionadora, como en una nota de prensa sobre la misma publicada por la CNMC, accesibles ambas en la página web de la CNMC.

Las sentencias de la Audiencia Nacional consideraron que, puesto que la LCCNMC obliga a publicar las resoluciones que pongan fin a un procedimiento sancionador (art. 37.1) *“incluida en su parte dispositiva la sanción al actor,*

11. Ver, entre muchas, las sentencias del TEDH de 8 de junio de 1976, Engels, de 21 de febrero de 1984, Öztürk, de 25 de agosto de 1987, Lutz, Englert y Nölkenbockhoff.

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.” (FD Quinto).

En sus recursos de casación los recurrentes alegaban que tanto el artículo 37.1 LCNMC como el derogado artículo 27.4 LDC exigen que la publicación de las resoluciones de la CNMC se realice 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*”, como sin duda lo son el nombre y apellidos de los recurrentes. 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*”. Ahora bien, como alegaban los recurrentes, los directivos sancionados no son un “*infractor*” en el sentido de dichas disposiciones.

120

En efecto, 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 de los recurrentes.

Es más, la sanción que el artículo 63.2 LDC permite imponer a una persona física, lo es solo para el caso de que “*el infractor sea una persona jurídica*”, como dice literalmente dicho precepto al inicio. Es por tanto claro que los infractores en este caso eran única y exclusivamente, como taxativamente dice el propio artículo 63.2 LDC, las cuatro personas jurídicas sancionadas en la resolución de la CNMC. Por tanto, las únicas identidades que la Resolución podía hacer públicas en este caso al amparo del artículo 37.1 LCNMC, interpretado a la luz del artículo 18 CE, eran las de las personas jurídicas infractoras (únicas infractoras posibles vista la literalidad del artículo 63.2 LDC), no las de las personas físicas sancionadas al amparo del artículo 63.2 LDC. Los recurrentes alegaban que se

trata siempre, en el artículo 63.2 LDC, de una sanción accesoria a la impuesta a la persona jurídica infractora.

Las sentencias del Tribunal Supremo no entran en el argumento nuclear de los recurrentes sobre quién es y puede ser “infractor” de los artículos 1 LDC y 101 TFUE a efectos de la norma que habilita la publicación del nombre de los “infractores” (art. 37.1 LDC), sino que se limita a citar una larga ristra de sentencias del TJUE que amparan, todas ellas, la publicación del nombre de la persona jurídica sancionada en decisiones de la Comisión Europea, rechazando que ello pueda infringir los derechos fundamentales de la persona jurídica. En los recursos de casación nadie cuestionaba que se pudieran publicar los nombres de las empresas infractoras, como expresamente prevé el artículo 37.1 LDC por tratarse de la persona jurídica, la “empresa”, infractora de los artículos 101 TFUE y 1 LDC.

Pero esta jurisprudencia en absoluto da respuesta a la pregunta de si también puede publicarse, sin amparo legal, el nombre de un directivo que ha participado en la infracción de dicha empresa; y es que la Comisión Europea ni siquiera está habilitada para imponer sanciones a personas físicas que no tengan naturaleza de “empresa” a efectos del artículo 101 TFUE. El Reglamento comunitario de protección de datos protege a las personas físicas, no a las jurídicas, y la sentencia *Bank Austria* del TGUE¹² invocada por las sentencias del Tribunal Supremo (FD Séptimo) tampoco se pronuncia sobre el grado de protección que deben recibir las personas físicas, pues se limita a descartar que la recurrente Bank Austria pueda como persona jurídica invocar los derechos de sus empleados por carecer de legitimación para ello.

Por lo demás, la sentencia del Tribunal Supremo también señala que “*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.*”

Sin embargo, carece de toda proporcionalidad que con el único fin de disuadir de la comisión de conductas contrarias a las normas de competencia, deba divulgarse con carácter general un aspecto que atañe únicamente a la esfera profesional, causando con ello un claro daño en su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en su esfera no sólo profesional sino también privada, íntima y personal. El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen recogidos en el artículo 18.1 CE son esenciales a la persona y por tanto gozan de la máxima protección jurídica. Esta es la razón por la que su limitación mediante normas

12. Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Bank Austria Creditanstalt*, T-198/03, EU:T:2006:136, apdos. 93 y ss.

jurídicas debe ser, en todo caso, proporcional al contenido y a la finalidad de la norma en cuestión. Máxime cuando con la publicación de la identidad de las empresas infractoras ya se está satisfaciendo la exigencia legal enarbolada por la CNMC de hacer pública la identidad de los “infractores”, como hemos señalado.

De ahí que, en nuestra opinión, la injerencia al derecho de honor de los directivos afectados por la política de publicación de la CNMC no sólo carece de base legal sino que también viola el principio de proporcionalidad que limita cualquier injerencia en derechos fundamentales. De hecho, la propia Resolución de la CNMC se refiere a la normativa de mercado de valores en la que está legalmente prevista “*la posibilidad de que la CNMV acuerde demorar la publicación, publicar de manera anónima la sanción impuesta o no publicar en modo alguno, cuando concurren una serie de circunstancias, entre otras, que la publicación de datos de carácter personal se considere desproporcionada o que pueda causar un daño desproporcionado a las entidades o personas físicas implicadas, en la medida en que se pueda determinar el daño (artículo 275.4 y 5 TRLMV)*”.

Nada de esto se aplica en los expedientes de la CNMC, por lo que publicar el nombre de los directivos sancionados antes de que la resolución sancionadora devenga firme nos parezca una clara violación del principio de proporcionalidad que debe limitar cualquier injerencia en el artículo 18 de la Constitución. Las sentencias del Tribunal Supremo no lo ven así y, por si quedaba alguna duda, la Sala de Prensa y Comunicación del Poder Judicial remató la faena con un comunicado de prensa sobre la primera sentencia de 28 de marzo de 2019 en el que volvió a publicarse el nombre completo del directivo sancionado, con amplia cobertura en la prensa el día siguiente (tres años después del comunicado de prensa de la CNMC). En nuestra opinión la obligación de anonimizar el nombre de las personas físicas no debiera regir sólo para la CNMC sino también para las sentencias judiciales, si no se quiere desincentivar que éstas interpongan recursos contra actos de la Administración. En otros ámbitos del Derecho y en Derecho comparado la anonimidad de las personas físicas es la regla.

122

5. CONCLUSIONES

Las dos sentencias del Tribunal Supremo sientan doctrina jurisprudencial en el sentido de 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*” y de que “*no lesiona el art. 18 CE la publicación del nombre de la persona física a que hace mención el art. 63.2. LDC*” (el art. 63.2 no se refiere a la publicación del nombre, regulada en el art. 37 de la LCCNMC).

Con la confirmación de las sanciones impuestas a dos directivos al amparo del artículo 63.2 LDC, las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal

Supremo han dejado pasar una buena ocasión para instar al legislador para que “arregle” las graves imperfecciones de esta disposición de cara a los principios constitucionales de legalidad y taxatividad de los tipos infractores en Derecho administrativo sancionador. La Audiencia Nacional al menos limitó el concepto de “representante legal” –aplicado por la CNMC expansivamente a cualquier representante voluntario o fáctico– a aquellas personas que realmente lo son *ope legem*: el administrador o los administradores de una sociedad, los órganos colegiados de administración o un consejero delegado. Pero en ningún caso un representante voluntario que lo sea por apoderamiento o un empleado que de facto actúe en representación de la empresa infractora. No obstante, las sentencias inexplicablemente no anulan la resolución sancionadora de la CNMC, a pesar de que ésta sancionara en su parte dispositiva a los dos directivos recurrentes como “representantes” de la persona jurídica sancionada, cuando es pacífico que no fueron representantes legales.

Sobre las cuestiones de interés casacional de qué constituye un “órgano directivo” y cuál es el “acuerdo o decisión” al que se refiere el artículo 63.2 LDC, en particular a la vista de la posibilidad de exoneración del segundo párrafo del artículo 63.2 LDC, las sentencias del Tribunal Supremo guardan silencio y se refugian en un razonamiento un tanto circular según el cual cualquiera que tenga capacidad de decidir demuestra con ello integrar un órgano directivo de la empresa infractora. La capacidad de decisión, puesta de manifiesto en la capacidad de participar en un acuerdo anticompetitivo en estos casos, determinaría, por tanto, ser directivo sancionable a efectos del artículo 63.2 LDC. Una interpretación en nuestra opinión difícil de compaginar con el texto del artículo 63.2, con una interpretación sistemática a la luz del artículo 61.3 LDC, con la génesis del artículo 63.2 LDC y con las exigencias constitucionales derivadas de los principios de legalidad y taxatividad de los tipos infractores en Derecho administrativo sancionador.

Lo que precisaría el Derecho sancionador administrativo en la LDC para poder sancionar a las personas físicas por una infracción cometida por la persona jurídica sin infringir el principio de legalidad garantizado en el artículo 25.1 CE sería una norma equivalente –en cuanto al grado de determinación de los conceptos empleados– al artículo 31 del Código Penal. El artículo 63.2 LDC, sin embargo, queda muy lejos de esa disposición en términos constitucionales, al contener conceptos jurídicos indeterminados que impiden predecir con el suficiente grado de certeza que requiere la jurisprudencia constitucional en qué circunstancias cabe la sanción prevista en el mismo.

En cuanto a la alegada infracción del artículo 18 de la Constitución por publicar los nombres de los directivos sancionados las sentencias del Tribunal Supremo no entran en los razonamientos avanzados por los recurrentes, citan

jurisprudencia comunitaria referida a la protección del nombre de las personas jurídicas que nada aportan al grado de protección del que son acreedoras las personas físicas, reconocida por el legislador comunitario en el Reglamento de protección de datos y que tienen su origen precisamente en el derecho del honor y la intimidad.

En nuestra opinión, era suficiente, para lograr el efecto de disuasión general que el público general supiera que se había sancionado a personas físicas, sin necesidad de conocer su identidad concreta, mientras que el efecto de disuasión particular y la represión se logra con la imposición al directivo en cuestión de la sanción económica sin necesidad de que, además, se publique su identidad. Aunque fuera una sanción con entidad propia, distinta de la económica, como parece entender la CNMC a juzgar por las manifestaciones públicas de su Presidente, en relación con las “*sanciones a directivos*”, en el sentido de que “*no se trata de una sanción económica*” sino de “*hacer pasar un mensaje a los directivos y a la sociedad española de que hay responsabilidades personales en todo esto*”¹³, también en este caso estaría sometida igualmente al principio de proporcionalidad, como lo están todas las sanciones sin excepción, que se opone, cuanto menos, a la publicación de los nombres antes de que la resolución de la CNMC sea firme. El daño causado con la publicación del nombre de un directivo en una resolución que posteriormente se anule en vía judicial nos parece irreparable. Los tiempos de poner al acusado en la picota debieran pertenecer al pasado.

13. ([https://www.cnmc.es/es-es/cnmc/actividadinstitucional/intervenciones p%C3%BAblicas.aspx?udt_2764_param_detail=58193](https://www.cnmc.es/es-es/cnmc/actividadinstitucional/intervenciones/p%C3%BAblicas.aspx?udt_2764_param_detail=58193)).