

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª),  
n.º 1288/2019, de 1 de octubre de 2019  
[ROJ: STS 3043/2019]**

**CONDUCTAS INFRACTORAS DE LA COMPETENCIA. ALCANCE DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS REPRESENTANTES LEGALES Y ÓRGANOS DIRECTIVOS DE LA PERSONA JURÍDICA**

Desde hace unos años, concretamente desde 2013 (*cfr.* Expedientes S/DC/0519/14, INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS y S/DC/0504/14, AIO), la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (de aquí en adelante, «CNMC») ha intensificado el uso de la determinación de la responsabilidad personal de los representantes legales o de las personas que integran los órganos directivos como instrumento de lucha contra los cárteles.

Recordemos que esta potestad se establece en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (de aquí en adelante, «LDC») cuando dice: «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».

Vemos, por tanto, que, en este artículo, se establece, por un lado, la premisa de la existencia de responsabilidad por parte de la persona jurídica y, por otro, la necesidad de que esta atribución de responsabilidad a la persona física (representante legal o miembro de órgano directivo) sea objetiva, esto es, que se pruebe la participación activa en la toma de decisiones que ha ocasionado la infracción.

La *sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección Tercera, n.º 1288/2019, de 1 de octubre de 2019 (Rec. 5280/2018, ECLI: ES:TS:2019:3043)*, de aquí en adelante, «*STS n.º 1288/2019*», va a recoger y analizar ciertos aspectos relativos a las condiciones de aplicación del artículo 63.2 LDC. Esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la *sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional* (de aquí en adelante «AN»), de fecha 29 de mayo de 2018 (Rec. 6/2016, ECLI: ES:AN:2018:2168), que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la *resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 26 de mayo de 2016 (expediente S/DC/0504/14, AIO)*. En su sentencia de 2018, la AN anuló la resolución de la CNMC por considerarla contraria a derecho.

Recordemos que en la *resolución del expediente S/DC/0504/14, AIO*, la CNMC declaró acreditada una *infracción única y continuada* de las determinadas en el art. 101 TFUE y 1 LDC, por una práctica consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios y condiciones de distribución y dispensación de absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO), financiados por el Sistema Nacional de Salud y destinados a pacientes no hospitalizados. En su resolución la CNMC consideró responsables de dicha infracción a diversas empresas agrupadas en el grupo de trabajo de absorbentes de incontinencia de orina (GTAIO) de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), así como a la indicada Federación y a **cuatro directivos de las empresas y de FENIN**.

Entre estos cuatro directivos, se encontraba la, primero, directora técnica (1997-2002) y, posteriormente, secretaria general del FENIN (desde 2002), a quien se le impuso una multa de 6.000 euros. Esta recurrirá ante la AN, quien estimará el recurso (no será la única de estos cuatro sancionados que recurra ante la AN y cuyo caso llegue al TS, *vid.* STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección Tercera, n.º 1287/2019, de 1 de octubre de 2019, Rec. 5244/2018, ECLI: ES:TS:2019:3044).

La AN va a recordar que ya en su sentencia de 20 de abril de 2017 (Rec. 9/2016, ECLI: ES:AN:2017:1573, especialmente en el F. D. 4.<sup>a</sup>) planteaba los dos supuestos en los que cabe sancionar a las personas físicas en virtud del artículo 63.2 LDC: cuando se trate de los representantes legales de la persona jurídica infractora y cuando tales personas físicas integren los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Como órgano directivo, al no existir definición normativa, según la AN, deben ser entendidos cualquiera de las personas que integran la empresa y que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan en definitiva su actuación. Por otro lado, recuerda que para que la imputación reúna los caracteres del tipo infractor, requiere que el directivo haya intervenido en la adopción del acuerdo, es más, la intervención en el acuerdo o decisión anticompetitiva no puede ser cualquiera sino que tiene que ser relevante, esto es, determinante de la formación de voluntad del acuerdo o decisión anticompetitivo.

Es decir, la AN plantea que el artículo 63.2 LDC sanciona una conducta concreta que supone **una singular participación personal en la infracción**. Esto es, se sanciona la **coautoría** del representante legal o del directivo, no estando comprendida en este precepto una forma de participación accesorio o de segundo nivel en la infracción.

Es por estas razones por las que, después de analizar la situación y la conducta de la recurrente, la AN determina que no se le puede aplicar el artículo 63.2 LDC (y, por ende, no puede ser sancionada) ni durante el periodo en el que fue directora técnica (debido a que no era un órgano directivo) ni en el periodo en el que desempeñó el cargo de secretaria general del FENIN (ya que la actividad que realizaba era la de informar, dar cuenta del contenido de las reuniones previas, celebrar reuniones con

representantes de la Administración y de los sectores implicados, esto es, no era una intervención «determinante o coadyuvante de la toma de decisión anticompetitiva»).

Como decíamos en la presentación de este caso, esta sentencia de la AN fue recurrida ante el TS, quien, en su STS n.º 1288/2019, va a precisar ciertas cuestiones interesantes sobre los razonamientos avanzados por la AN.

Por un lado, el TS va a realizar ciertas puntualizaciones sobre qué personas pueden entenderse comprendidas en la **descripción del sujeto activo de la conducta tipificada en el artículo 63.2 LDC**. Respecto a esta cuestión, el TS afirma taxativamente (en el mismo sentido que la AN) que dicho precepto no abarca la intervención en el acuerdo o decisión de cualquier persona física que forme parte de la organización de la persona jurídica infractora, sino únicamente la intervención de quien reúna la precisa condición de representante legal o integrante de los órganos directivos de aquella. («Así pues, la intervención en el acuerdo o decisión infractora solo será sancionable al amparo del artículo 63.2 LDC si es realizada por determinados sujetos, los representantes legales o los órganos directivos de la empresa infractora, mientras que si es realizada por sujetos distintos, sean cual fuere la importancia de dicha intervención, quedará fuera del ámbito de aplicación del indicado precepto», vid. F. D. 3.º).

Por tanto, la condición de representante legal o directivo es determinante de la responsabilidad que establece el indicado precepto legal, no pudiendo ser atribuida a personal meramente técnico o administrativo.

En todo caso, esta responsabilidad deberá responder al requisito de culpabilidad, esto es que la persona haya intervenido en el acuerdo o decisión anticompetitiva de la persona jurídica. Por consiguiente, no se puede hablar de una responsabilidad objetiva o por el resultado ya que «el elemento de culpabilidad es un requisito imprescindible del derecho administrativo sancionador, de conformidad con los artículos 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público» (vid. F. D. 3.º).

Por consiguiente, en el caso que nos ocupa, debido a las características de cada uno de los puestos desempeñados por la supuesta infractora, esta última no reunía la condición de órgano directivo de FENIN cuando desempeñó el cargo de directora técnica, entre 1997 y 2002, pero sí tenía la condición de órgano directivo desde su nombramiento en 2002 como secretaria general de la Federación.

Por otro lado, el TS va a analizar qué **grado de intervención del representante o del órgano directivo en la infracción** se considera necesario **para la aplicación del artículo 63.2 LDC**. El TS afirma que, en ningún momento, el artículo 63.2 LDC se limita a una intervención en los hechos que pueda considerarse determinante o relevante, sino que **exige**

*simplemente la «intervención» del representante legal o del órgano directivo en el acuerdo o decisión*. Tampoco ofrece el indicado precepto legal elemento alguno que permita circunscribir su ámbito de aplicación a un grado de intervención equivalente a la coautoría, sino que lo que el precepto establece es que pueden ser sancionadas las

personas físicas —que sean representantes legales o formen parte de los órganos directivos— que intervengan en el acuerdo anticompetitivo, a quienes por tanto se les atribuye responsabilidad por esa personal intervención (vid. F. D. 3.º).

Cosa distinta, como recuerda el Alto Tribunal, es que **el grado de intervención en el acuerdo o decisión** del representante legal y de los directivos de la empresa infractora **será tenido en cuenta para en el momento de la individualización o cuantificación de la multa** prevista en dicho precepto legal (vid. F. D. 5.º).

El TS apoya este razonamiento en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la UE respecto a la valoración del grado de intervención de las distintas personas jurídicas en un acuerdo colusorio. La mayor o menor participación de estas en la infracción no es un elemento que se tenga en cuenta a nivel de la atribución de la responsabilidad, sino que se pondera en el momento de establecimiento de las sanciones (vid. sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14, *AC-Treuhand AG*, ECLI:EU:C:2015:717).

Es relevante señalar que en esta sentencia el TS llega a la conclusión de que procede la anulación de la resolución de la CNMC, al no haberse acreditado suficientemente en esta resolución que la sancionada, en su condición de cargo directivo de FENIN, interviniera en los acuerdos o decisiones anticompetitivos sancionados (es decir, no se prueba si había tomado efectivamente parte en las decisiones). Por consiguiente, podríamos concluir que, **si bien el grado de intervención en la toma de decisiones o acuerdos no es sustancial para la aplicación del artículo 63.2 LDC, siempre será necesario probar una real intervención en la concreta preparación de los acuerdos y/o en la toma de decisiones, no pudiendo serle atribuida esta intervención a una persona por el mero hecho del desempeño de un cargo de dirección.**

Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA  
*Doctora en Derecho. Abogada*  
*Profesora Asociada de Derecho Mercantil*  
*Acreditada a Contratado Doctor*  
*Universidad de Salamanca*  
[vserrania@usal.es](mailto:vserrania@usal.es)