



Roj: **SAN 2563/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2563**

Id Cendoj: **28079230062018100280**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/06/2018**

Nº de Recurso: **358/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2563/2018,**
ATS 4158/2019,
STS 132/2020

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000358 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04053/2016

Demandante: Carlota

Procurador: D. FRANCISCO DE SALES JOSÉ ABAJO ABRIL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ARBORA & AUSONIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

S E N T E N C I A N º:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a trece de junio de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 358/2016, promovido por el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO DE

SALES JOSÉ ABAJO ABRIL, en nombre y en representación de **Carlota** , contra Resolución de 26 de mayo de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 6.000 euros.

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que se estime el recurso y se anule la resolución objeto de recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - No habiéndose solicitado trámite de vista y tras el trámite de conclusiones se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló inicialmente para el día 21 de Febrero, continuando en los días sucesivos mientras se deliberaba el procedimiento tramitado con el numero DF 6/2016. Se designó ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución de 28 de mayo 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 6000 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 NUM000 , era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 , del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución..

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: (...)

18. D^a Carlota , por su participación en el cártel en cuanto Directora Técnica y Secretaria General de FENIN desde al menos diciembre de 1996 hasta enero de 2014.

TERCERO.- imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas: (...) 12. D^a Carlota , una multa de 6.000 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".

La parte recurrente, en su escrito de demanda, utilizó los siguientes argumentos para justificar la anulación pretendida de la resolución objeto de recurso:

- Vulneración del artículo 68 de la LDC por entender que la conducta de la recurrente había prescrito pues su intervención data del año 2001 habiéndose dictado el acuerdo de incoación en el año 2014.

- Vulneración del principio de legalidad pues la recurrente no es sujeto infractor desde el punto de vista de la normativa de competencia.

- La conducta descrita no puede considerarse cartel por lo que se infringe lo previsto en el artículo 1 de la LDC y 101 TFUE y la Disposición Adicional Cuarta de la LDC .

- Vulneración del artículo 69 de la LDC y del artículo 37 de la Ley 3/2013 por la publicación de la identidad de la recurrente.

SEGUNDO .- La misma parte ahora recurrente ha interpuesto recurso contra la misma resolución ahora impugnada pero que se ha tramitado por la vía de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (en ese asunto se ha dictado sentencia de fecha 29 de Mayo de 2018 dictada en el recurso DF

6/2016 tramitado ante esta misma Sala y Sección) y ha concluido como hechos relevantes determinantes de la consideración que dimana de la resolución recurrida en relación a la consideración como Cartel lo siguiente:

<< 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 obtenidas en el expediente, en el que se considera acreditado la existencia de un cártel consistente en los acuerdos adoptados por los fabricantes agrupados en el Grupo de Trabajo de AIO (GTAIO) de FENIN y presentes en el mercado de la comercialización de los AIO financiados por el SNS y destinados a pacientes no hospitalizados, para la fijación del PVL de los AIO dispensados a través del canal farmacia.

Para la consecución de dicho objetivo se habría promovido por los fabricantes participantes en este cártel el "mantenimiento de la dispensación de AIO a través del canal farmacéutico, mediante la negociación y concertación a través de FENIN con el resto de agentes de la cadena de distribución (Colegios Oficiales de Farmacéuticos y asociaciones de mayoristas distribuidores de productos farmacéuticos y sanitarios), desde al menos diciembre de 1996 hasta junio de 2010, pues en esta fecha surgen desavenencias con el resto de dichos agentes al negarse los fabricantes a asumir una parte proporcional de la bajada del 20% en el PVP IVA de los AIO, tras la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (RDL 8/2010). De hecho, el mantenimiento de los AIO destinados a pacientes domiciliarios en el canal farmacia les ha permitido hasta el momento actual mantener sin apenas variación el PVL que fijaron en mayo de 1997 como porcentaje sobre el PVP regulado por la Administración".

En cuanto ahora interesa, la resolución aborda de manera específica la participación en las referidas conductas de las 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 varias personas integrantes de los órganos directivos de la Federación Española de Empresas y Tecnología Sanitaria (FENIN) 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..

En concreto, y respecto de FENIN., supone que la participación de los representantes o personal directivo de la empresa estaría acreditada, en el caso de la ahora recurrente, D^a Carlota, en los folios que cita, y así afirma que:

"Tanto D^a Carlota, como Directora Técnica de FENIN desde diciembre de 1996 hasta abril de 2002 (y Secretaria General de la Federación posteriormente) como D^a Carmen, en cuanto Directora Técnica de FENIN desde abril de 2002 hasta enero de 2014, remitieron en su condición de tales diversos correos electrónicos y faxes en relación a las conductas investigadas, en su labor de centralización de información y distribución de la misma entre los fabricantes miembros del GTAIO. Asimismo, constan en el expediente evidencias de su participación en las reuniones respecto de las que ha quedado acreditado la adopción de acuerdos relacionados con las prácticas infractoras objeto de este expediente, así como su labor de convocatoria, organización a las reuniones, asesoramiento a los fabricantes participantes en el cártel, y verificación de la implementación de los acuerdos. Esta conducta permite individualizar la responsabilidad de la Directora Técnica y la Secretaria de FENIN conforme al artículo 63.2 de la LDC (y su equivalente art. 10.3 de la LDC de 1989) y trasciende la actividad de haber realizado meramente labores de secretaría para el GTAIO de FENIN, al contrario de lo señalado por estas incoadas en sus alegaciones.

Dos faxes remitidos en su condición de Coordinador del GTAIO con fecha 9 de mayo de 1997 a la Directora Técnica de FENIN, con asuntos "BORRADOR ACUERDO ENTRE PARTES" y "TEXTO ACUERDO INSALUD-PARTES" (folios 963 y 965); Correo electrónico interno de A&A de 24 de noviembre de 2009, aportado por el solicitante de exención (folios 649 a 654); Correo electrónico enviado el 11 de marzo de 2011 por el Coordinador del GTAIO a la Directora Técnica de FENIN, con título AI FENIN, recabado en la inspección de FENIN (folios 9555 a 9557) correo electrónico de 26 de julio de 2013, recabado en la inspección de INDAS en el que la Directora Técnica de FENIN se comunica con el Coordinador del GTAIO destacando determinados párrafos en amarillo para su revisión antes de su envío a los miembros del GTAIO (folios 7564 y 7565)." >>

TERCERO.- La participación de la ahora recurrente en las conductas consideradas anticompetitivas se analiza en la sentencia dictada en el recurso DF 6/2016 en los Fundamentos Jurídicos Sexto y Séptimo y procede reproducir lo allí dicho pues es de directa aplicación al caso presente:

<< SEXTO.- A partir de esta doctrina, y siguiendo con el criterio que sentamos en aquella sentencia de 20 de abril de 2017, Proc. de DF 9/2016 decíamos que, a diferencia de lo que sucede con el representante legal, no

existe definición normativa alguna de la figura "órgano directivo" que pudiera acotar, desde la perspectiva de la tipicidad, este concepto.

Ante la ausencia de dicho concepto, 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.

En el presente caso, la atribución de responsabilidad con fundamento en ese precepto a la recurrente, D^a Carlota , Directora Técnica, desde 1997 hasta 2002 y Secretaria General (desde 2002) se hace en función de la participación de ésta en una serie de reuniones y acuerdos.

Así, la resolución recurrida (folio 115) afirma que "Tanto D^a Carlota , como Directora Técnica de FENIN desde diciembre de 1996 hasta abril de 2002 (y Secretaria General de la Federación posteriormente) como D^a Carmen , en cuanto Directora Técnica de FENIN desde abril de 2002 hasta enero de 2014, remitieron en su condición de tales diversos correos electrónicos y faxes en relación a las conductas investigadas, en su labor de centralización de información y distribución de la misma entre los fabricantes miembros del GTAIO. Asimismo, constan en el expediente evidencias de su participación en las reuniones respecto de las que ha quedado acreditado la adopción de acuerdos relacionados con las prácticas infractoras objeto de este expediente, así como su labor de convocatoria, organización a las reuniones, asesoramiento a los fabricantes participantes en el cártel, y verificación de la implementación de los acuerdos²⁷⁷. Esta conducta permite individualizar la responsabilidad de la Directora Técnica y la Secretaria de FENIN conforme al artículo 63.2 de la LDC (y su equivalente art. 10.3 de la LDC de 1989) y trasciende la actividad de haber realizado meramente labores de secretaría para el GTAIO de FENIN, al contrario de lo señalado por estas incoadas en sus alegaciones."

En la contestación a la demanda, se dice por el Abogado del Estado, respondiendo a la denuncia de inconcreción de hechos imputables, que si bien la Resolución de la CNMC, por exigencias de limitación de su extensión no recoge todas y cada una de las evidencias recabadas en la instrucción, la lectura de la Propuesta de Resolución que consta en el expediente administrativo permite constatar como la participación de la sra Carlota fue constante durante todo el período relevante y sus comunicaciones tanto internas en el seno de FENIN como con el coordinador del GTAIO denotan tanto su protagonismo en el impulso y mantenimiento de la conducta como su capacidad de decisión, en lo que se refiere a la conducta infractora, en la Federación.

Si acudimos a la propuesta de resolución (folios 21440-21746 del expediente) ésta afirma que "existen abundantes referencias en el PCH a los correos electrónicos y faxes enviados por la Directora Técnica de FENIN -se recuerda que D^a. Carlota fue Directora Técnica de FENIN desde 1997 a 2002 y Secretaria General desde el año 2002 y D^a. Carmen es Directora Técnica de FENIN desde abril 2002-, que se encargaba de centralizar la información y distribuirla entre los fabricantes miembros del GTAIO, en relación a las conductas investigadas, al margen de su participación en las reuniones del GTAIO, constando acreditadas un total de 63 reuniones entre 1997 y 2013⁴⁸⁷, pues habitualmente se ha venido celebrando una reunión del GTAIO al mes convocadas por la Directora Técnica de FENIN."

Las reuniones citadas aparecen identificadas en las Actas y convocatorias de reuniones del GTAIO celebradas entre 1997 y 2013, aportadas por FENIN en contestación al requerimiento de información realizado (folios 6303 a 6622).

La Sala, ha analizado los folios citados en los que la resolución sancionadora encuentra el fundamento incriminatorio para sancionar a la actora y su examen revela que en cuanto a los folios 6303 a 6322, una gran parte de las reuniones a las que se refiere mencionan únicamente a D^a Carmen como interviniente en las reuniones celebradas en la sede de FENIN desde el 3 de octubre de 2002 a la última, el 31 de octubre de 2013 mientras que D^{ña}. Carlota (FENIN) solo interviene en las reuniones que se desarrollaron desde el 5 de junio de 1997 al 25 de julio de 2001. Más adelante analizaremos su papel en esas reuniones.

Además, en los folios 6623 a 6694 del expediente, aparecen varios convenios suscritos, de un lado, por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de diversas Comunidades Autónomas y FENIN de un lado, con distintos Servicios Autonómicos de Salud con objeto de aprobar un Concierto por el que se fijan las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia de Galicia, contemplándose en el Anexo B de dicho Concierto la dispensación de efectos y accesorios, y concretamente de absorbentes de incontinencia de orina para adultos (a partir de ahora A.I.O.).

En esos convenios D^a Carlota interviene en calidad de Secretaria General de FENIN, pero ello no supone necesariamente que su intervención reúna los caracteres del tipo infractor.

Si acudimos al art. 16 de los Estatutos de FENIN vemos como dicen que, el Secretario General es cargo directivo y que la Asamblea General es el órgano supremo de Gobierno y de decisión de la Federación.

El Secretario General formará parte de la Junta Directivas, con voz pero sin voto. Art. 22.

Específicamente, el art. 32 de los Estatutos dispone que : 1. El Secretario General de la Federación será designado como cargo directivo por la Junta Directiva, a quien corresponde su renovación, y desempeñará la Secretaría de cada uno de los órganos Colegiados de Gobierno de la Federación, en cuyas reuniones participará con voz pero sin voto.

2. En caso de ausencia o enfermedad le sustituirá el Secretario General Adjunto.

3. El Secretario General se encargará de la ejecución y gestión de los asuntos de la Federación, actuando bajo la dirección y control de la Junta Directiva, de quien dependerá directamente. Será el Director de todos los servicios técnicos y administrativos, y de todo el personal de la Federación."

El art. 63.2 de la Ley 15/2007, por el que ha sido sancionada la recurrente se refiere a "las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión". Ya hemos precisado que éste es el anticompetitivo y lógicamente, el fundamento de la imputación para que reúna los caracteres del tipo infractor requiere que el directivo haya intervenido en la adopción del acuerdo como lo corrobora el apartado siguiente que salva la responsabilidad del miembro del órgano colegiado de administración que "hubieran votado en contra o salvado su voto."

Es más, la intervención en el acuerdo o decisión anticompetitiva no puede ser cualquiera sino relevante, determinante de la formación de la voluntad del citado acuerdo.

En el presente caso, según los estatutos, el Secretario General de FENIN tiene voz pero no voto y las decisiones las adopta la Asamblea General de manera que la firma de esos acuerdos a los que nos referíamos antes, desde el punto de vista de la intervención de MAJ responde más a su carácter representativo que a la expresión de la voluntad de FENIN, en el sentido de haber tomado la decisión de adoptar el acuerdo como tal pues no consta acreditado que lo adoptara la recurrente.

En realidad, como advertíamos, la resolución sancionadora se refiere únicamente como fundamento de la imputación a las actas y reuniones identificadas en los folios (6303 a 6622) y en ellos solo se alude a D^a Carlota en las reuniones celebradas entre el 5 de junio de 1997 a 25 de julio de 2001.

Se dice en el PCH que "existen abundantes referencias en el PCH a los correos electrónicos y faxes enviados por la Directora Técnica de FENIN -se recuerda que D^a. Carlota fue Directora Técnica de FENIN desde 1997 a 2002 y Secretaria General desde el año 2002 y D^a. Carmen es Directora Técnica de FENIN desde abril 2002-, que se encargaba de centralizar la información y distribuirla entre los fabricantes miembros del GTAIO, en relación a las conductas investigadas,.

Sin embargo, si acudimos a la resolución recurrida vemos como en numerosos documentos no aparece D^a Carlota . Así, en el documento "PROPUESTA DE ACTUACIÓN DESBLOQUEO ACUERDO MARCO ASOCIACIONES-INSALUD", de abril de 1998 remitido al Secretario General de FENIN y firmado por el Coordinador del GTAIO cuyo objetivo es:

"(...) recomendar la estrategia a seguir internamente en Fenin y externamente frente a las autoridades sanitarias para conseguir un acuerdo duradero que asegure la dispensación de los AI en las farmacias dentro de un sistema de reembolso que garantice rentabilidad a las empresas del sector". (folios 6590 y 6591) aparece D^a Carmen pero no D^a Carlota .

Cuando la resolución recurrida (pág 83) afirma que "Los recursos se interponen siguiendo los acuerdos tomados por los fabricantes reunidos en el GTAIO, repartiéndose el coste de la interposición de los mismos, incluso aunque se hayan mostrado en contra de su interposición. Así consta, entre otros, en los correos electrónicos enviados por la Directora Técnica de FENIN a los miembros del GTAIO en relación con la impugnación del Acuerdo Marco AM/02/2011 convocado por el Servicio Aragonés de Salud y el reparto de la minuta entre los miembros del GTAIO:

"En relación con la interposición del recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo Marco de Aragón te comunico que finalmente se ha decidido la interposición del recurso por mayoría con la abstención de Ontex y la oposición de Texpol (...). Sin embargo, ambas empresas han comunicado que aceptan la posición adoptada por la mayoría de las empresas y asumen el pago de la factura según el reparto acordado en el caso de la impugnación de Navarra."

Resulta que el citado correo electrónico, enviado el 2 de diciembre de 2010 por la Directora Técnica de FENIN a los miembros del GTAIO, en copia oculta, aportado por el solicitante de exención (folios 814 y 815) es remitido por D^a Carmen al igual que los correos electrónicos enviados los días 12, 18 y 20 de abril de 2011 por la Directora Técnica de FENIN a los miembros del GTAIO, en copia oculta, que fueron recabados en la inspección de SCA (folios 10720 a 10723).

Cuando se dice en la pág 84 de la resolución que "en las inspecciones de FENIN, INDAS y SCA se recabaron cuadros de seguimiento denominados "Derramas GT", "Cuadro derramas" o "Cuadro impugnaciones GT AIO", en cuyas columnas se recogen los concursos para la adquisición de AIO impugnados desde 2010, la fecha de interposición del recurso administrativo y/o contencioso-administrativo, la fecha del acuerdo tomado en el seno del GTAIO, el coste de su interposición y el reparto del mismo entre las distintas empresas miembros del GTAIO. Dichos cuadros son elaborados y actualizados por FENIN y remitidos por su Directora Técnica a todos los miembros del GTAIO de forma periódica."

El Documento "Cuadro derramas 090913.xlsx" adjunto al correo electrónico enviado el 10 de septiembre de 2013, por la Directora Técnica de FENIN a SCA, HARTMANN, INDAS, ONTEX, BARNA, ALBASA y TEXPOL, con asunto Documentación acordada reunión GT AIO viernes 6 de septiembre, recabado en la inspección realizada en la sede de FENIN (folios 9883 y 9989)., ese correo (folio 9883) fue remitido por D^a Carmen y no por D^a Carlota .

Lo propio sucede con el Correo electrónico enviado el 19 de octubre de 2010, por la Directora Técnica de FENIN a los miembros del GTAIO en copia oculta con asunto: URGENTE Modelos de aportaciones y propuesta de reunión del GT AI, en cuyo texto figura "DIRIGIDO AL GRUPO DE TRABAJO DE ABSORBENTES DE INCONTINENCIA DE ORINA", recabado en la inspección de INDAS (folio 7328). Dicho correo fue remitido por D^a Carmen .

Afirma la resolución recurrida que "en un correo electrónico enviado por la Directora Técnica de FENIN a los miembros del GTAIO el 29 de marzo de 2012 se les informa de la reunión mantenida por la Secretaria General de FENIN y el Vicepresidente de la Asociación con la Consejera de Salud de Cantabria para profundizar en la situación derivada de la entrega domiciliaria de AIO, indicando lo siguiente:

"Desde Fenin, se les solicitó procediesen a suprimir estas entregas domiciliarias únicas en el país y a cambio desistir en el procedimiento contencioso interpuesto.

(...) se reafirmaron los principios de las empresas de AI. asociadas a Fenin de mantenimiento del modelo de prescripción con marca y dispensación en farmacias por encima de cualquier otra iniciativa que como esta se considera fuera de la norma." Este correo fue remitido por D^a Carmen (folios 9593 a 9594).

En la pág 85 de la resolución se dice que "el Coordinador del GTAIO elaboró un documento de trabajo en el que recoge una serie de alternativas dirigidas a garantizar el mantenimiento de los AIO en el canal farmacia. Dicho documento, calificado como confidencial, es enviado a la Directora Técnica de FENIN "para que se la remitas al CGCOF y a las empresas del GT". Este documento incluye un cuadro, que se adjunta a continuación, que refleja la situación en agosto de 2012 en Castilla-León de los márgenes de dos de los AIO, señalándose un margen para el canal (distribución y dispensación) de un 28,4% más sobre el PVP excluido IVA, que supondría un PVL de un 71,6% sobre el mismo concepto. Ello constata que tras la bajada del 20% del PVP IVA, los fabricantes habían conseguido mantener sus ingresos mediante el incremento del porcentaje que supone su PVL sobre el PVP."

Este documento fue recabado en la inspección de INDAS (folios 7473 a 7484) y remitido por el Coordinador del GTAIO a la Directora Técnica de FENIN en un correo electrónico el 13 de diciembre de 2012, recabado en la inspección de FENIN (folios 9632 a 9647). Fue remitido a D^a Carmen

Se destaca el correo electrónico de 26 de julio de 2013, recabado en la inspección de INDAS en el que la Directora Técnica de FENIN (Carmen se comunica con el Coordinador del GTAIO destacando determinados párrafos en amarillo para su revisión antes de su envío a los miembros del GTAIO (folios 7564 y 7565). Se trataba de que el texto no reflejara su carácter anticompetitivo. No se hace mención a la recurrente

Por lo tanto, solo se encuentra en los folios del expediente que cita la resolución sancionadora por remisión al PCH referencia a D^a Carlota en el resumen de las reuniones que van desde el desde 5 de junio de 1997 a 25 de julio de 2001.

La referencia a los correos anteriores la hacemos para poner de manifiesto la imprecisión de la resolución recurrida a la hora de identificar los elementos probatorios que incriminan a la recurrente y, en absoluto predeterminan la valoración de la prueba respecto de D^a Carmen .

SÉPTIMO.- Por tanto, con independencia de que el expediente sancionador fue incoado el 2 de septiembre de 2014 y solo encontramos referencias de reuniones en las que hubiera intervenido D^a Carlota desde el 5 de

junio de 1997 a 25 de julio de 2001, vamos a analizar el papel desempeñado por la recurrente en relación a las conductas anticompetitivas de FENIN.

La Sala ha examinado el resumen de las reuniones celebradas en la sede de FENIN los días, 5 y 17 de junio, 3 de julio y 2 de diciembre de 1997, 13 de enero, 13 de mayo, 16 de junio, 23 de julio, 16 de septiembre, 8 de octubre y 2 de diciembre de 1998, 17 de febrero, 11 de marzo, 13 de mayo, 7 de julio, 29 de septiembre, 6 de octubre, 11 de noviembre y 22 de diciembre de 1999 y 12 de enero y 8 de febrero de 2000 que son las únicas en las que interviene la recurrente pues en las posteriores solo aparece D^a Carmen y la lectura de la documentación (folios 6303 a 6622) revela que el papel desempeñado en ellas por la recurrente era el de informar, dar cuenta del contenido de las reuniones previas, celebrar reuniones con representantes de la Administración y de los sectores implicados, en ocasiones, formular propuestas de realizar alguna actividad concreta pero no apreciamos su intervención de manera determinante o coadyuvante a la toma de la decisión anticompetitiva.

El artículo 63.2 de la Ley 15/2007, sanciona una singular participación del representante legal o de las personas que integran los órganos directivos de la persona jurídica que hayan intervenido en el acuerdo o decisión anticompetitivo.

Se trata por tanto, de una específica forma de coautoría del representante legal o directivo que es sancionado junto con la persona jurídica a la que pertenece por la trascendencia de su intervención en la adopción del acuerdo o acuerdos anticompetitivos.

Decimos coautoría porque, a juicio de la Sala, solo tiene encaje en el precepto la intervención determinante de aquellos en tal concepto y no es el caso de la recurrente que, conociendo el contenido de los acuerdos ilícitos, colabora con la entidad, en éste caso FENIN para llevarlos a cabo. Se trata de una participación, accesorio, de segundo nivel que, a juicio de la Sala, resulta atípica en cuanto a su encaje en el art. 63.2 Ley 15/2007.

Es verdad que en la sentencia de 14 de marzo de 2018, rec.352/2016 decimos que "A partir del folio 3061 del expediente administrativo aparecen diversos correos electrónicos remitidos por Carlota y Alfredo, en los que ponen en copia al otro, dirigidos al Colegio de Farmacéuticos de Canarias y a diversas empresas, en los que se hace patente en interés de FENIM de extender a Canarias los Acuerdos a los que nos hemos referido antes relativos al precio de los AIO". Sin embargo, examinados los folios citados en necesario precisar que el remitente de los correos es D. Alfredo que lo envía con copia a D^a Carlota adoptando esta un papel secundario en la toma de decisiones.

Entendemos por ello que una cosa es la acreditación de la existencia del cartel por las razones que ofrecimos en la sentencia de 16 de mayo de 2018, rec. 345/2016 y el papel que en el mismo ha desempeñado FENIN y otra que la conducta de la recurrente, empleada de dicha asociación pueda considerarse típica pues la sanción prevista en el art. 63.2 ley 15/2007 requiere, insistimos, que la intervención de la persona integrante del órgano directivo que adoptó la decisión o acuerdo anticompetitivo sea necesariamente relevante no meramente de cooperación o facilitadora de la ejecución de aquel y la prueba analizada a la que se refiere la resolución sancionadora no demuestra ese extremo.

Como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC Treuhand

"Cuando se trata, como en el caso de autos, de acuerdos y prácticas concertadas con un objetivo contrario a la competencia, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la Comisión debe demostrar, para declarar la participación de una empresa en la infracción y su responsabilidad por los distintos aspectos que conlleva, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartados 86 y 87, y Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6, apartado 83)."

Si esta exigencia se impone a las empresas respecto de su participación en la práctica ilícita concertada con mayor rigor es exigible para las personas físicas (directivos de la persona jurídica) respecto de las que es necesario acreditar una intervención principal "contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes" y no de segundo nivel, como es el caso de la recurrente.

Entendemos, por ello, que su conducta es atípica respecto al art. 63.2 de la Ley 15/2007 y la sanción debe anularse>>.

CUARTO.- La cuestión de la publicación de la resolución incluyendo el nombre de la ahora sancionada también ha sido objeto de la sentencia a la que nos venimos refiriendo. Se ha ocupado de ello en los fundamentos jurídicos Octavo a Decimosegundo que también debemos reproducir en este momento:

<< OCTAVO.- La demanda denuncia seguidamente la vulneración del derecho al honor, la intimidad y propia imagen de la recurrente garantizado por el artículo 18 CE " al haberse publicado en la resolución recurrida la identidad de las personas físicas sancionadas.

La actora, destaca en ese sentido la falta de habilitación legal de la publicación de la identidad de las personas físicas sancionadas porque no se respetó el mandato de publicar la resolución una vez notificada a los interesados pues se publicó el 31 de mayo de 2016 y la notificación a D. Alfredo , el último de los sancionados se produjo el 2 de junio de 2016.

En segundo lugar, las disposiciones que cita la CNMC se refieren a la resolución sancionadora y no a la Nota de prensa que constituye una cesión inconstitucional de datos personales y vulnera el derecho al honor y la intimidad. Y, finalmente, porque la habilitación legal de publicación de los datos personales se refiere exclusivamente a los infractores.

A su juicio, 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 incide entonces en el derecho reconocido en el artículo 18 de la Constitución .

NOVENO.- El 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 a la actora, nada impide que 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.

Tampoco impone el precepto que haya que esperar a notificar la resolución al último de los interesados pues la resolución sancionadora se notificó a la recurrente el 31 de mayo no siendo por ello necesario esperar a la notificación el 2 de junio al sr. Alfredo para proceder a la publicación, como impone el art. 37.

Finalmente, tampoco advertimos irregularidad alguna en la publicación por la CNMC de una nota de prensa que se limita a recoger la parte dispositiva de la resolución sancionadora y transcribe el contenido del art. 63.2 de la Ley en cuanto a la posibilidad de sancionar a los directivos que hayan tomado parte en el acuerdo o decisión, una vez que se ha dictado la resolución y notificado a los interesados.

DÉCIMO.- La actora insiste en que dicha publicación implica una vulneración del derecho reconocido en el artículo 18 de la Constitución .

A su juicio, resulta desproporcionada la medida porque, 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, en la demanda, y a la vista del contenido de estos derechos apuntado en las sentencias citadas del Tribunal Constitucional, no se razona 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 de la sancionada 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 mera denuncia de que la CNMC no haya realizado la

ponderación entre el derecho a la intimidad y la necesidad de preservar la eficacia de la política de competencia no es suficiente a estos efectos cuando la propia parte recurrente no aporta datos concretos para realizar esa ponderación más allá de la invocación genérica de ese derecho.

La consideración de que "la eficacia de la política de competencia no encierra un interés público al que supone el cumplimiento de las obligaciones fiscales, ni constituye un bien de relevancia constitucional que puede esperar a la revisión jurisdiccional en sede cautelar y, en definitiva, que su efecto disuasorio no requiere proceder a la publicación de la identidad de las personas físicas", 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.

Prueba de ello es que el precepto salvaguarda la publicidad de los datos previstos en el art. 3.a) L.O. 15/1999 pero excluye expresamente los nombres

En definitiva, la pretensión de la actora 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.

DÉCIMOPRIMERO.- Sostiene la actora que la actuación de la CNMC la ha impedido acceder a la tutela cautelar.

Recuerda que antes de que le fuera notificada la resolución ya advirtió a la CNMC de que no consentía la publicación de su identidad, que aquella carecía de habilitación legal para publicarla y que presentaría recurso contra cualquier acto que procediera de esa forma y que en ese recurso solicitaría la suspensión de la publicación.

Al conocer el 31 de mayo de 2016, que la resolución contenía el acuerdo de publicación de la identidad de las personas físicas presentó un nuevo escrito en el que reiteraba la intención de interponer recurso contencioso administrativo con solicitud de medidas cautelares y solicitaba la no publicación de la identidad hasta que hubiese un pronunciamiento judicial al respecto teniendo en cuenta que la propia resolución preveía que el acuerdo de publicación se adoptaba sin perjuicio de la eventual suspensión de su ejecutividad por la Sala.

La Sala no advierte vulneración alguna del art. 24 CE en su vertiente de acceso a la tutela cautelar. El relato que expone la actora permitiría entenderlo así si habiendo anunciado la intención de solicitar cautelarmente la suspensión de la publicación de la identidad de las personas físicas e interpuesto recurso contencioso administrativo contra la resolución sancionadora, la CNMC hubiera hecho caso omiso a esa petición y no hubiera dado oportunidad a que la Sala se pronunciase sobre esa solicitud de suspensión pero mal puede vulnerarse el derecho de acceso a la tutela cautelar cuando esta no se pide - la recurrente únicamente interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución recurrida el 14 de junio de 2016- y la publicación de la resolución sancionadora encuentra habilitación legal en el art. 37.1 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

DÉCILOSEGUNDO.- Ahora bien, esa habilitación legal no oculta que, estimado el recurso y anulada la sanción, la recurrente merezca un régimen de publicidad semejante por lo que reconocemos el derecho de la actora a que la CNMC proceda a publicar esta sentencia y una nota de prensa, a su costa, otorgándola el mismo grado de publicidad que el dado en su día a la resolución sancionadora y a la nota de prensa consiguiente, por entender que éste régimen de compensación es suficiente y proporcionado, con desestimación del resto de las pretensiones. >>

QUINTO.- Todo lo dicho hasta ahora obliga a la estimación del presente recurso contencioso administrativo que, si bien se tramita por la vía jurisdiccional ordinaria, y no por la vía de la protección de los derechos fundamentales, debe tomar en consideración los mismos hechos considerados probados por la sentencia dictada por aquella vía en la que se concluye que la ahora recurrente no había tenido una intervención determinante o coadyuvante a la toma de la decisión anticompetitiva y que, a juicio de esta Sala, era una actividad que resulta accesorio y de segundo nivel lo que la hace atípica en cuanto a su encaje en el artículo 63.2 de la LDC por lo que se concluye que no ha intervenido en el acuerdo o decisión anticompetitivo.

Este mismo razonamiento obliga a la estimación, también aquí, de la demanda interpuesta por la vía ordinaria.

Ello también, hace innecesario referirse al primero de los argumentos empleados por la parte recurrente en su escrito de demanda y que hacía referencia a la supuesta prescripción de la infracción por entender que había transcurrido un excesivo plazo entre que cometieron los hechos y el momento en el que se acordó la incoación del procedimiento sancionador.



SEXTO.- Al haberse resuelto en la sentencia a la que nos venimos refiriendo en relación a la pretensión de la publicación de una nota de prensa en la que quede constancia de la anulación de la resolución sancionadora anulada, es obvio que no procede la duplicidad de publicaciones por lo que nada debe acordarse en relación a dicha cuestión.

De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, las costas procesales de esta instancia habrán de ser satisfechas por la Administración demandada.

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO DE SALES JOSÉ ABAJO ABRIL en nombre y en representación de **Carlota** contra la Resolución de 26 de mayo de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 6.000 euros., debemos anular dicha resolución por no ser conforme a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la administración demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.

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 19/06/2018 doy fe.