



Roj: **SAN 2570/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2570**

Id Cendoj: **28079230062018100287**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/06/2018**

Nº de Recurso: **357/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2570/2018,**  
**ATS 13063/2018,**  
**STS 3044/2019**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000357 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04052/2016

**Demandante:** DÑA. Cristina

**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**

### **SENTENCIA N°:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

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. 357/2016, promovido por el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO DE SALES JOSÉ ABAJO ABRIL, en nombre y en representación de **Dña. Cristina**, contra la Resolución procedente del Consejo de la CNMC de fecha 26 de mayo de 2016 (Exp.504/2014 AIO) que ha resuelto declarar acreditada



la comisión de 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 y por ende, declarar responsable de las citadas infracciones a la ahora recurrente y le impone una multa de 4.000 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 acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia, anule la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de mayo de 2016 dictada en el expediente NUM000 .

**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 el día 16 de Mayo continuándose mientras se deliberaba el asunto tramitado con el número 8/2016.

Se designó ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución del Consejo de la CNMC de fecha 26 de mayo de 2016 (Exp. NUM000 ) que ha resuelto declarar acreditada la comisión de 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 y por ende, declarar responsable de las citadas infracciones a la ahora recurrente y le impone una multa de 4.000 euros.

Dicha resolución acuerda, por lo que ahora interesa imponer a D<sup>a</sup> Cristina , por su participación en el cártel en cuanto Directora Técnica de FENIN desde abril de 2002 hasta al menos enero de 2014 la multa señalada.

La ahora recurrente interpuso, también, recurso contencioso administrativo por la vía de la protección de los derechos fundamentales de la persona frente a la misma resolución ahora recurrida y dicha impugnación se tramitó bajo el numero DF 8/2016 que fue objeto de deliberación y fallo el pasado día 31 de Enero, no obstante, la sentencia se ha dictado con fecha 25 de Mayo de 2018 .

La demanda formulada por la parte recurrente, tras efectuar diversas consideraciones sobre el modo en que se dirigieron actuaciones frente a la persona finalmente sancionada y sobre la publicidad que se dio al hecho de que se sancionara a determinadas personas físicas, fundamenta su pretensión anulatoria de la demanda en que la resolución recurrida efectúa una referencia genérica a que se había producido un envío de correos electrónicos de los que no se deriva prueba concreta y explícita sobre la existencia de conducta infractora y entiende, además, que no es cierto que en la reuniones del GTAIO se adoptara acuerdo restrictivo de la competencia.

Insiste la recurrente en que no estamos ante un cartel y que solo se trataba de un Acuerdo del sector con la Administración y que no era un Acuerdo secreto sino que se realizó con toda publicidad y plena transparencia.

Entiende que las labores de la recurrente dentro del GTAIO eran de mera secretaria y su intervención no era relevante en el proceso de toma de decisiones y que, además, no había participado en todas las reuniones que se afirma en la resolución objeto de recurso.

Aunque este recurso no se ha planteado por la vía de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (ese es el recurso tramitado bajo el numero DF 8/2016) en la demanda se alega la violación del principio de legalidad.

Finalmente, se alega, también, la infracción del artículo 63.2 de la LDC así como la indebida publicación de la identidad de la ahora recurrente.

**SEGUNDO** .- En el Antecedente de Hecho Primero de la sentencia dictada por esta Sala en el procedimiento DF 8/2016, se dan por probados los siguientes hechos:



1. Desde abril de 2002 hasta enero de 2014, la recurrente fue la directora técnica de FENIN, siglas de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria.
2. FENIN fue fundada en 1977 y agrupa empresas y asociaciones de fabricantes, importadoras y distribuidoras de tecnologías y productos sanitarios. En la actualidad agrupa a 520 grandes, medianas y pequeñas empresas, nacionales e internacionales.
3. Los órganos de gobierno de FENIN, que tienen atribuidas funciones decisorias, son la Asamblea General, la Junta Directiva, el Comité Ejecutivo y la Presidencia, mientras que las funciones de organización ejecutiva y de gestión técnica es dirigida por la Secretaría General, teniendo por misión el estudio, coordinación y gestión de las actividades y servicios que FENIN ofrece a las empresas asociadas.
4. En relación con las reuniones del Grupo de Trabajo de Absorbentes de Incontinencia creado en 1994 (GTAIO), FENIN realiza funciones de secretaría, encargándose de la convocatoria y la elaboración de las actas, así como de que se cumplan las normas establecidas para la celebración de dichas reuniones y labores de asesoramiento en cuestiones de carácter técnico o regulatorio.
5. La recurrente estaba vinculada con FENIN con una relación laboral de carácter ordinario y garantizaba la comunicación entre el coordinador del GTAIO y FENIN, ejerciendo funciones de secretariado del Grupo.
6. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), mediante resolución de fecha 26 de mayo de 2016, adoptó las siguientes decisiones, en lo que a este recurso respecta:

1. Declarar a D<sup>a</sup> Cristina responsable de una infracción 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 desde abril de 2002 hasta enero de 2014.

2. Imponer a D<sup>a</sup> Cristina , una multa de 4.000 euros

**TERCERO.-** En esa misma sentencia, la dictada en el procedimiento de DF 8/2016 y en cuanto a la infracción del artículo 25 de la Constitución en relación al concepto de "representante legal" previsto en el artículo 63.2 LDC , se concluye en la estimación del recurso empleando los siguientes razonamientos que figuran en sus F.J. Cuarto, Quinto y Sexto, y que ahora debemos dar por reproducidos:

<< En el presente caso, resulta indiscutido que la recurrente no ostenta la condición de representante legal, por lo que el reproche del que es objeto se realiza desde la condición de "personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión".

Antes de analizar la concreta intervención de la recurrente y constatar si efectivamente la conducta que la CNMC le imputa en la resolución puede ser incardinada como partícipe en la infracción de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63.2 LDC , resulta necesario establecer una serie de precisiones conceptuales.

Podemos compartir con la recurrente que el artículo 63.2 LDC no tipifica una conducta autónoma, ya que no la describe como tal con las exigencias de precisión a la que aludíamos en el FJ anterior. Por otra parte y en nuestra opinión, tampoco establece una obligación específica y concreta en orden a evitar un determinado acto ilícito, condición de garante que nos conduce a la figura clásica del Derecho Penal de la comisión por omisión.

Finalmente en este apartado, resta por decir que no nos cabe duda alguna de que la recurrente no es una empresa en el sentido del artículo 101 TFUE y 1 de la LDC , tal y como ha venido estableciendo una consolidada jurisprudencia, y ello, esencialmente, por no ofrecer bienes en el mercado a cambio de una contraprestación.

QUINTO: En definitiva, lo que la citada norma hace es incriminar la actuación de determinadas personas físicas como partícipes en la infracción cometida por una empresa, normalmente una persona jurídica, que esta sí, puede cometer la infracción prevista en los preceptos que acaban de citarse por realizar prácticas competitivas.

Sobre esta cuestión cabe decir que la normativa propia del Derecho Administrativo sancionador es, en principio, ajena a la regulación de la figura del partícipe en la infracción de otros, apareciendo el artículo 63.2 LDC como uno de los excepcionales supuestos en los que esta figura se contempla.

La exégesis del citado artículo 63.2 LDC nos ha conducido a afirmar que su aplicación no puede predicarse de cualquier sujeto que actúe en nombre de la empresa, sino a las específicas categorías que en el mismo se indican, subrayando que en el supuesto de las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo de decisión, la intervención a la que se refiere el precepto debe referirse a decisiones que marquen, condicionen o dirijan en definitiva la actuación de la persona jurídica.

En consecuencia, dicha participación deberá ser particularmente relevante para justificar la aplicación del artículo 63.2 LDC , lo que nos lleva a invocar por analogía la figura más propia del Derecho Penal del cooperador



necesario, es decir aquel partícipe cuya intervención es indispensable hasta el punto de que sin su concurso no sería posible la comisión del ilícito.

Junto a la figura del cooperador necesario, cuya condición y reproche se asimila a la del autor material, la normativa penal contempla la del cómplice, cuyo grado de implicación en la infracción es sensiblemente menor, sin perjuicio de su pleno conocimiento de los hechos ilícitos.

Las conclusiones del Abogado General sr. Whal de fecha 21 de mayo de 2015 dictadas en el asunto C-194/14 AC-Treuhand AG, apartados 78 a 87, arrojan unas clarificadoras apreciaciones sobre la posibilidad de imponer sanciones por prácticas restrictivas de la competencia a determinados sujetos distintos del autor material.

Tras analizar la posibilidad de sancionar a empresas facilitadoras de conductas anticompetitivas realizadas por otros, la propuesta del Abogado General, fue negativa ante la falta de regulación expresa en el Derecho de la Unión de dicha figura. No obstante, admitió la posibilidad de hacerlo en el ámbito interno de un Estado, si existe previsión legal expresa al respecto.

En España el artículo 63.2 LDC contempla la participación de las personas físicas en el ilícito cometido por las empresas, lo que nos conduce a realizar estas afirmaciones:

1. La posición del facilitador de un ilícito abarca cualquier contribución a la comisión de una infracción, en particular, mediante una ayuda o asistencia a su autor.
2. El Derecho de la Competencia de la Unión no conoce la figura de la participación de las personas físicas en las infracciones cometida por las empresas, aunque algunas legislaciones nacionales sí la contemplan.
3. En lo que nos concierne, el artículo 63.2 LDC es un ejemplo de previsión legal específica sobre la conducta participativa respecto de infracciones de Derecho de la Competencia. Otros ejemplos sobre esta opción, son mencionados por el Abogado General en la nota a pie de página nº 28 de sus Conclusiones.
4. En consecuencia, la Autoridad Nacional de Competencia (CNMC) puede legítimamente imponer en España sanciones a determinadas personas físicas por la participación en infracciones de Derecho de la Competencia, cometidas por empresas.
5. La falta de base legal europea no es un obstáculo para ello, ya que la normativa nacional es más severa y no perturba la aplicación del Derecho de la Unión.
6. El artículo 63.2 LDC solo cubre, por lo tanto, intervenciones de órganos directivos que adoptan decisiones que marquen, condicionen o dirijan en definitiva su actuación, conducta que hemos asimilado a la figura del cooperador necesario propia del Derecho Penal.
7. La STJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 AC Treuhand AG, apartado 37, asocia la figura del facilitador de prácticas restrictivas, a quien desarrolla una actividad particularmente relevante y determinante para la comisión del ilícito.
8. La consecuencia lógica que deriva de lo anterior, es que la participación en el ilícito de una persona física que no implique la toma de decisiones que marquen, condicionen o dirijan la actuación de la empresa infractora puede asimilarse a la figura del cómplice, pero ya no a la del cooperador necesario.
9. Dado que la participación del cómplice en el ilícito no está legalmente prevista, dicha actuación debería considerarse como atípica desde la óptica del principio de legalidad.

SEXTO: La aplicación de las anteriores consideraciones al presente caso nos lleva a analizar la motivación de la resolución impugnada en lo que afecta a la responsabilidad de la recurrente para verificar si la conducta que se le imputó y que constituyó la base de la sanción, puede incardinarse o no, en la forma de participación que incorpora el artículo 63.2 LDC .

La resolución impugnada atribuye a la recurrente y en ello funda la imposición de la sanción, la realización de las siguientes conductas: remitir correos electrónicos a los representantes de las empresas que formaron el cártel para convocarlos a reuniones en las que se adoptaron acuerdos anticompetitivos y a las que también asistió en su condición de secretaria del GTAIO. También se le imputan conductas de asesoramiento a los cartelistas y la verificación de los acuerdos de implementación del cártel, y para justificar su acreditación específica en las notas a pie de página los documentos en los que se contienen las pruebas de cargo que fundan la imposición de la sanción. En este caso es pertinente el examen de las menciones consignadas en las notas número 277 a 279.

La lectura de los correos electrónicos identificados por la CNMC en la resolución sancionadora que figuran en dichas notas y que contienen la carga probatoria para imponer la sanción, refleja ciertamente conductas de la recurrente relativas a convocatorias de reuniones en la que se adoptaron acuerdos calificados por la CNMC de



anticompetitivos y de asistencia a las mismas prestando asesoramiento. Sin embargo, de ellos no se infiere que la recurrente tuviera una intervención determinante o particularmente activa en las mismas, en orden a establecer o desarrollar el cártel.

Lo que se deduce de la lectura de dichos correos es que las actuaciones practicadas por la recurrente convocando reuniones y asistiendo a las mismas para levantar acta, son las propias de su condición de secretaria del grupo y acordes con la relación laboral ordinaria que ostenta en FENIN.

La función de asesoramiento sobre cuestiones relativas a la legislación en materia de libre competencia forma parte de sus funciones y no se desprende de la lectura de los correos que asesorara para cometer infracciones, ya que en los mismos solo se reflejan sus advertencias sobre las eventuales consecuencias que desde la óptica del Derecho de Competencia podían derivarse de la adopción de dichos acuerdos, es decir, el supuesto contrario.

El hecho de que se infiera de la documentación referida que los acuerdos adoptados eran ilícitos y que la recurrente los conocía dando además curso a las actuaciones, no la convierte, ni en autora material, ni permite aplicarle el artículo 63.2 LDC por no ser su participación determinante ni impulsora de los acuerdos.

La figura del cómplice es ajena al artículo 63.2 LDC por lo que estimamos que no existe base legal para la sanción impuesta a la recurrente, lo que determina la estimación del recurso por infracción del artículo 25 CE .

De forma expresa debemos precisar que la mención que se realizan respecto de la recurrente en la sentencia de 14 de marzo de 2018, recurso nº 352/16 , F.J. Quinto.5.2, en modo alguno contradice lo expuesto hasta ahora.

En ese caso se cita un correo electrónico remitido en marzo de 2011 por el representante de la empresa Ausonia a la recurrente, en el que le comunica que "le adjunta un fichero con las bonificaciones a farmacias ofertadas por una de las empresas miembros del GTAIO, señalando lo siguiente: Defendemos desde hace casi un año el mismo PVL (precio venta laboratorio) a capa y espada. En paralelo, unos hacen propuestas para concursos con propuestas muy por debajo del PVL que abanderamos y otros o los mismos montan "promociones" que se repiten como los domingos en las semanas".

No cabe duda de que la adopción de este tipo de decisiones que marcan, condicionan o dirigen en definitiva la actuación de las empresas infractoras, supone por parte de quien las realiza, en este caso el recurrente en el recurso nº 352/16 citado, incurrir en una infracción por realizar una conducta prohibida desde la óptica del Derecho de la Competencia y por esa razón fue confirmada la sanción que se le impuso.

Sin embargo, ello no significa que la mera receptora de dicho correo electrónico, es decir, la recurrente en el caso enjuiciado en este recurso, sea responsable de dicha conducta, como ya hemos señalado con detalle a lo largo de la fundamentación jurídica que precede.

En atención a lo expuesto cabe decir que la estimación del recurso por infracción del artículo 25 de la CE , nos exime de analizar los restantes motivos de impugnación de la resolución objeto de enjuiciamiento.>>

**CUARTO.-** Siguiendo el criterio de la sentencia dictada en el recurso tramitado por la vía de los Derechos Fundamentales DF 8/2106, a la que nos venimos refiriendo, resulta que la estimación del recurso por el primero de los motivos planteados y que termina concluyendo que la ahora recurrente, como simple receptora de un correo electrónico no es responsable de la conducta que se le imputaba por la resolución recurrida, obliga a la estimación del presente recurso dejando sin efecto la sanción impuesta.

Al haberse resuelto la sentencia de continua referencia 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 no es preciso un nuevo pronunciamiento sobre la cuestión.

**QUINTO.-** 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 VELASCO MUÑOZ-CUELLAR, en nombre y en representación de **Cristina** contra la Resolución procedente del Consejo de la CNMC de fecha 26 de mayo de 2016 (Exp.504/2014 AIO) que ha resuelto declarar acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 , del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y por ende,



declarar responsable de las citadas infracciones a la ahora recurrente y le impone una multa de 4.000 euros., debemos anular dicha resolución por ser contraria 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ