



Roj: **SAN 2561/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2561**

Id Cendoj: **28079230062018100278**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/06/2018**

Nº de Recurso: **356/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000356 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04051/2016

Demandante: Luis Alberto

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:

D.ª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D.ª. 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. 356/2016, promovido por el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO DE SALES JOSÉ ABAJO ABRIL, en nombre y en representación de **Luis Alberto**, contra la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en fecha 26 de mayo de 2016 (Exp. NUM000) que impone al recurrente la sanción de multa por importe 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 escritas, 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 de 2018, continuándose la deliberación conjuntamente con el tramitado con el numero DF 7/2016.

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 la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en fecha 26 de mayo de 2016 (Exp. NUM000) que impone al recurrente la sanción de multa por importe de 4.000 euros.

Dicha resolución sanciona por la comisión de una conducta anticompetitiva constitutiva de un cártel. La CNMC considera acreditado que las empresas del GTAIO de FENIN con la colaboración de FENIN han formado parte de un cártel de fijación del precio de venta de laboratorios de los AIO financiados por el SNS destinados a pacientes no hospitalizados y han realizado un conjunto de actuaciones dirigidas al mantenimiento de su dispensación en el canal farmacia en detrimento del canal institucional y, además, han implementado una estrategia destinada a evitar o, al menos, retrasar el suministro de AIO a pacientes no hospitalizados a través del canal institucional.

Concretamente, la resolución impugnada acuerda: "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".

Y a D. Luis Alberto se le ha impuesto la sanción de multa de 4.000 euros por su participación en el cártel como representante de Laboratorios INDAS; S.A.U. y como Coordinador del GTAIO desde el mes de abril de 2012 hasta el mes de enero de 2014.

SEGUNDO. - Los argumentos expuestos por la parte recurrente en el escrito de demanda y con los que trata de justificar la estimación de la demanda, se concretan, básicamente, a lo siguiente:

- Vulneración del principio de legalidad por entender que el recurrente no es sujeto de la infracción desde el punto de vista de la normativa sobre competencia y ello pues no es una empresa y solo las empresas pueden cometer las infracciones previstas en el artículo 1 de la LDC . Considera que no es aplicable el artículo 63.2 LDC al recurrente.

- En el mismo sentido, entiende que el recurrente no era representante legal ni miembro del Consejo de Administración de INDAS.

- La conducta descrita no puede considerarse cartel por lo que no es aplicable lo previsto en los artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE .

- También entiende que se ha producido la vulneración del artículo 69 de la LDC y del artículo 37 de la Ley 3/2013 por la publicación del nombre del ahora recurrente.

Es importante señalar como el recurrente también impugnó la misma resolución ahora recurrida por la vía de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona y dicha impugnación dio lugar al procedimiento tramitado ante esta Sala bajo el numero DF 7/2016 en el que se ha dictado sentencia de fecha 21 de Mayo de 2018 por la que se han desestimado todas las pretensiones de la parte recurrente.

Lo dicho en aquella sentencia, obviamente, debe tomarse en consideración también ahora y ello pues la resolución impugnada es la misma y los argumentos que se emplean en una y otra demanda hacen referencia a muy similares motivos.

TERCERO.- La sentencia dictada en el procedimiento de Derechos Fundamentales 7/2016 es clara a la hora de determinar porque entiende que Luis Alberto ha cometido la conducta que se le imputa. Esto lo recoge en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia dictada en aquel recurso, que ahora debemos proceder a dar por reproducido:

<< Corresponde ahora examinar si existen pruebas de cargo en el caso examinado para poder sancionar al recurrente por su condición de Director General de Laboratorios Indas, S.A.U. y por su condición de coordinación del GTAIO.

El derecho a la presunción de inocencia exige que existan pruebas de cargo para poder sancionar a quien teniendo un cargo directivo ha participado en nombre de la empresa impulsando o consintiendo que la empresa adoptara acuerdos anticompetitivos de tal manera que, además, así era visto y considerado por el resto de los interlocutores. No es suficiente con tener un cargo directivo para que se pueda sancionar por el artículo 63.2 de la LDC, sino que se exige haber participado en la decisión de los acuerdos anticompetitivos adoptados en las reuniones. En el caso analizado, se adoptaron acuerdos por los cuales las empresas participantes fijaban el precio de venta de los AIO y realizaban, además, actuaciones consensuadas dirigidas a dar preferencia a la distribución de los AIO para pacientes no hospitalizados a través del canal farmacia y no del canal institucional.

Analizando los datos que figuran en el expediente administrativo esta Sección concluye que el recurrente ha participado en diversas reuniones celebradas por el llamado Grupo de Trabajo (GTAIO) tanto en nombre de la mercantil Laboratorios INDAS, S.A.U. como Coordinador de ese Grupo en las que se aprecia que conocía, impulsaba y pretendía adoptar medidas dirigidas a conseguir una postura común en beneficio de las empresas participantes en ese grupo de trabajo - empresas asociadas a FENIN- frente al Ministerio de Sanidad y frente a algunas Comunidades Autónomas para mantener la distribución de los pañales por el canal farmacéutico y no por la vía institucional. Y en este sentido destacamos los siguientes datos que figuran en el expediente administrativo y que han llevado a la CNMC a imputar al recurrente por su participación en los acuerdos anticompetitivos sancionados y que el recurrente conocía por lo que no puede hablarse de indefensión:

1.- Acta de la reunión del Grupo de Trabajo (GTAIO) celebrada el 29 de mayo de 2013 en la que figura D. Luis Alberto como asistente en nombre INDAS. En ese acta se recogen manifestaciones de los asistentes a esa reunión que demuestran que conocían que se estaban adoptando acuerdos anticompetitivos al señalar: "se hablaba de poder llevar una posición consensuada a la reunión" (con Ministerio, Fenin y algunas Comunidades Autónomas); "necesidad de elaborar un documento que recoja la aportación de valor de los AIO al tratamiento y calidad de los pacientes y ponga de manifiesto las ventajas que supone el modelo farmacéutico" para "que puedan servir como argumentos de la industria contra las manifestaciones publicadas por la Agencia Valenciana de Salud en relación con el ahorro y ventajas que supone la entrega domiciliaria de esos productos..." (folios 9792 y 9793 del expediente administrativo).

2. Acta de la reunión de trabajo del GTAIO de 4 de junio de 2012 en la que figura también como Asistente Luis Alberto en nombre de INDAS y en la que se recogen las siguientes manifestaciones: "potenciales riesgos de aplicación del RDL 16/2012 al sector"; "trabajar en paralelo en un mercado alternativo..."; "documento consensuado por todos..."; "robusta línea de defensa de los intereses del sector de AIO" (folios 9601 y 9602 del expediente administrativo).

3. Resaltamos, además, el papel activo del ahora recurrente cuando en el acta de la reunión aludida de 4 de junio de 2012 se recoge expresamente: "el Coordinador del GT (INDAS) Luis Alberto entrega un documento donde recoge la hoja de ruta futura a seguir y expone su visión sobre la "amenaza regulatoria constante" y "todos reconocen problemas de sostenibilidad de la situación actual en el medio plazo, debemos buscar un nuevo modelo alternativo, donde las distintas empresas se sientan cómodas y que elimine de una vez por todas esa incertidumbre".

Por tanto, queda acreditada su participación en la adopción de los acuerdos adoptados, así como su intervención en nombre de INDAS. Además, su participación como directivo tenía en el caso examinado una implicación mayor que la que podría suponer la condición de "mero trabajador" de la mercantil.

Por tanto, debemos concluir que existe prueba de cargo suficiente contra el recurrente. La responsabilidad que aquí se atribuye a la persona física se realiza al menos a título de culpa, puesto que su activa participación en los hechos imputados cumplimenta el elemento subjetivo preciso para que se produzca la exigencia de responsabilidad.

En el supuesto analizado en este expediente se ha sancionado a la persona física cuya responsabilidad se enjuicia porque tuvo un papel activo y protagonista en la infracción, lo que implica, en la más beneficiosa de las interpretaciones posibles, un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción.

No se acepta por esta Sala el argumento de que se está imponiendo a la persona física una doble sanción por los mismos hechos y por el mismo fundamento por cuanto, entiende, se ha sancionado también a la empresa en cuyo nombre actuaba. El artículo 63.2 de la LDC establece una responsabilidad administrativa acumulada de personas jurídicas y de personas físicas de forma que, por una misma conducta ilícita, pueda sancionarse no sólo a la entidad responsable a la que se atribuye el comportamiento en cuestión sino también a sus representantes legales o directivos que hayan intervenido en la práctica infractora. La efectiva intervención de las personas físicas es la que constituye la actuación antijurídica que se sanciona con la multa de hasta 60.000 euros que prevé la LDC de 2007. El hecho determinante de la responsabilidad es esa intervención en el acuerdo o decisión ilícitos.

La responsabilidad de los administradores y directores de las entidades sancionadas por infracciones administrativas ha sido extensamente tratada por la jurisdicción contenciosa, que permite concluir tal responsabilidad derivada de conductas omisivas cuando corresponde a tales sujetos el deber de evitar la conducta infractora. Como doctrina general cabe recordar lo declarado en la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo) de fecha 30 de junio de 2006 (rec. 443/2004):

"Ahora bien, tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y, especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente".>>

CUARTO.- Lo dicho hasta ahora, reproduciendo lo dicho por esta misma Sala en relación a la impugnación planteada por el mismo recurrente por la vía de la protección de los derechos fundamentales, obliga a la integra desestimación de la demanda al haberse acreditado la participación del recurrente en la conducta considerada como cartel.

No puede dejar de señalarse que las mismas cuestiones planteadas por la parte recurrente ya ha sido objeto de diversas sentencias dictadas por esta Sala con ocasión de la impugnación de la misma resolución, impugnación que han planteado, también utilizando la doble vía de los derechos fundamentales y la vía ordinaria, las demás personas sancionadas a título personal. En cada caso esta Sala ha realizado una valoración detallada de los hechos que hacen referencia a las conductas de cada uno de los recurrentes; así resulta de las sentencias dictadas en los procedimientos de derechos fundamentales tramitados bajo los números 5, 6 y 7 correspondientes al año 2016.

QUINTO.- En cuanto a la cuestión de la publicidad dada a la resolución que se recurre, debe partirse de lo que señala el artículo 69 de la LDC que bajo la rúbrica de "Publicidad de las sanciones" afirma lo siguiente: "Serán públicas, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida".

Sobre esta supuesta vulneración del artículo 18 de la C.E , hay que realizar diversas consideraciones que obligan a rechazar dicha pretensión:

- Cuando se da publicidad a la resolución ahora recurrida, se explica que se trata de una resolución que no es firme y frente a la que cabía recurso así como el órgano ante el que debía interponerse. Ninguna infracción cabe entender, pues, en relación a esta cuestión.

- No se ha realizado ninguna publicidad que no sea la que permite, y obliga, la norma que disciplina la actuación de la CNMC.

- El artículo 37.1 de la Ley 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es clara al exigir la publicidad del nombre de los infractores cuando afirma 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.

- El tenor literal del artículo 37.1 citado en el párrafo anterior recoge con claridad la voluntad del legislador de que se proceda a dar publicidad, por la trascendencia de la materia en la que nos encontramos, a la identificación de las personas (físicas o jurídicas) infractoras y permiten concluir que ninguna infracción se ha producido por el hecho de que el nombre del ahora recurrente se haya publicitado junto al nombre de las empresas y de los demás particulares también sancionados.

A lo dicho hasta ahora debe unirse lo dicho por la sentencia dictada en el recurso DF 7/2016 en donde se ha afirmado que "En definitiva, la pretensión del actor en este punto se dirige a mantener la confidencialidad de un

dato que, por expresa determinación legal, no tiene el carácter de confidencial, sin aportar elemento adicional alguno que pudiera considerar prevalente su interés frente al general que exige la publicación de la resolución sancionadora en los términos previstos por la Ley".

SEXTO.- 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 parte recurrente.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO DE SALES JOSÉ ABAJO ABRIL, en nombre y en representación de **Luis Alberto** contra la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en fecha 26 de mayo de 2016 (Exp. NUM000) que impone al recurrente la sanción de multa por importe de 4.000 euros, resolución que confirmamos por ser conforme a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

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.