



Roj: **SAN 2167/2018 - ECLI:ES:AN:2018:2167**

Id Cendoj: **28079230062018100246**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/05/2018**

Nº de Recurso: **8/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2167/2018,**
ATS 11382/2019,
STS 3889/2020

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000008 / 2016

Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES

Núm. Registro General: 03037/2016

Demandante: D^a Lidia

Procurador: D. FRANCISCO DE SALES JOSÉ ABAJO ABRIL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ARBORA & AUSONIA, SLU

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA 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 veinticinco de mayo de dos mil dieciocho.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el **recurso n.º 8/2016**, seguido a instancia de **D^a Lidia**, representada por el Procurador



de los Tribunales D. Francisco de Sales José Abajo Abril, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Se ha tramitado el procedimiento por las reglas especiales de protección de los derechos fundamentales. El recurso versó sobre impugnación de resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se fijó en 4.000 euros, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de 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^a Lidia 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^a Lidia , una multa de 4.000 euros

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

I. Infracción del artículo 25 CE :

1. Errónea interpretación por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), del artículo 63.2 Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC).

-Denuncia que la resolución no especifica la conducta típica cometida por la recurrente, ni el título de imputación.

-Admite que la imposición de sanciones a personas físicas por prácticas anticompetitivas, puede acumularse a la imposición de sanciones a las personas jurídicas infractoras.

-Será necesario para ello que las personas físicas sancionadas puedan encuadrarse en las situaciones descritas en el artículo 63.2 de la LDC y pueda probarse una actuación culpable de la persona física en la formación de voluntad de la persona jurídica.

-Muestra su conformidad con la tesis sostenida por la CNMC en resoluciones posteriores en el sentido de que el artículo 63.2 LDC establece una posición de garante respecto de las personas físicas mencionadas en el mismo, por lo que sólo podrían ser sancionados si incumplen el deber específico de evitar la comisión de la infracción. Sin embargo, de la letra del precepto no se infiere claramente esta construcción y, en este caso, la resolución no aclara si la recurrente actuó como tal garante.



-La infracción cometida por una empresa es distinta a la que pueda cometer las personas físicas mencionadas en el art. 63.2 LDC ya que éstas solo pueden ser consideradas empresas si realizan una actividad económica. En realidad, son sancionadas por participar en la conducta punible de la empresa.

-La recurrente no ejercía una actividad económica con dación de bienes al mercado ya que actuaba como una empleada de FENIN, por lo que no puede ser sancionada como autora de una infracción del artículo 1 LDC o 101 TFUE .

-En consecuencia, critica el intento de la CNMC de incluirla en la categoría de "empresa" realizando una interpretación amplia de dicho concepto.

-En todo caso, critica la redacción del artículo 63.2 LDC por dos razones: a) permite sancionar a la persona física por haber intervenido en el acuerdo anticompetitivo, pero no establece en qué consiste su deber de garantizar la evitación de dicha conducta, b) hay ausencia en la norma de especificación del referido deber.

-La realidad es que la CNMC sanciona a la recurrente como autora de una infracción del artículo 1 LDC y 101 TFUE , a pesar de no ser una empresa competidora en el cártel definido por la resolución impugnada.

2. Invoca el principio non bis in ídem, si se entiende que el fundamento de la sanción es el mismo que se aplica para la persona jurídica: STC 154/1990 , entre otras.

-La CNMC reconoce en la resolución que se sanciona a la recurrente por los mismos hechos y fundamento que al sujeto infractor.

-La recurrente invoca, entre otras, la STJUE de 16/09/1999 asunto C-22/98 Becu, que, reiterando doctrina anterior, señala que los empleados de una empresa forman una unidad económica con ella

-Invoca la STC 243/1991 para destacar que el bien jurídico protegido es el mismo en la dualidad de sanciones impuestas. Por ello hay en este caso una doble sanción por el mismo fundamento. Destaca que la sanción a la persona física será, normalmente, abonada por la empresa lo que pone de manifiesto la unidad de la conducta.

3. Interpretación extensiva del artículo 63.2 LDC por la CNMC:

-El artículo 63.2 LDC solo es aplicable a los administradores o representantes legales de la empresa y no a cualquier empleado, por lo que no opera como un mecanismo de disuasión general.

-Estima la recurrente que los administradores o representantes legales de la empresa pueden ser sancionados en caso de que incumplan su función de garantes que les obliga a evitar que la persona jurídica cometa la infracción. Sin embargo, sigue manteniendo dudas sobre esta tesis ante la falta de imposición expresa de dicha obligación en el artículo 63.2 LDC .

-La resolución invoca la figura del administrador de hecho, regulada en el Código Penal y asumida por la jurisprudencia civil. La recurrente estima que acudir a esta figura supone una interpretación extensiva, ya que dicho concepto no figura en el texto del artículo 63.2 LDC .

-En todo caso, niega que la recurrente sea una administradora de hecho, e invoca la jurisprudencia penal y civil para subrayar que será administrador de hecho quien, sin título formal, ejerza de forma constante una efectiva gestión en la empresa infractora, con autonomía y sin necesidad de contar con la aprobación de su gestión.

-La recurrente, en su condición de trabajadora por cuenta ajena en el ámbito de organización de FENIN solo realiza funciones de secretariado, asistiendo a las reuniones y levantando acta de lo tratado en las mismas, sin tener derecho al voto.

II. Infracción del artículo 18 CE : Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen:

1. Ausencia de habilitación legal para la publicación de la identidad de las personas físicas sancionadas:

-Infracción del artículo 37.1 de la Ley 3/2013 , que solo permite la publicación una vez notificada la resolución a los interesados. En este caso la publicación de la resolución se hizo el 31 de mayo de 2016, mientras que la notificación al último de los interesados (sr. Simón), se hizo el 2 de junio de 2016.

-El artículo 37.1 de la LDC solo permite publicar la identidad de los infractores, mientras que la recurrente es sólo partícipe en una infracción de otro, no existiendo habilitación legal para la publicación de ese dato.

-Reitera que el artículo 63.2 LDC no tipifica una infracción autónoma ya que se limita a permitir sancionar a una persona física por la conducta de la empresa. La norma articula una responsabilidad acumulada de la persona física, pero no le impone una obligación cuyo incumplimiento pueda ser considerado una infracción.

-La publicación de la nota de prensa emitida por la CNMC dando noticia de la imposición de la sanción a la recurrente, incurre en una cesión inconstitucional de datos.



-El artículo 27.4 de la LDC solo ampara la publicación de las resoluciones de la CNMC, pero no las notas de prensa que tienen un efecto expansivo de la noticia.

2. Falta de justificación y de proporcionalidad en la publicación:

-Solo pueden limitarse los derechos fundamentales invocados si la ley lo establece y resulta justificado y proporcional.

-Denuncia el carácter contradictorio de la resolución impugnada en tres aspectos:

a) La CNMC invoca, para justificar la publicación, una norma propia del mercado de valores que codifica principios constitucionales sobre restricciones a la publicación, especialmente cuando ésta resulte desproporcionada.

b) Además, estima que la CNMC viene a reconocer que el interés del consumidor en conocer el nombre de las personas físicas infractoras es menor que respecto del conocimiento de las empresas. Apoya esta afirmación en que la CNMC sostiene que la antigua jurisprudencia sobre la suspensión de la obligación de publicar la parte dispositiva de las resoluciones sancionadoras no es aplicable a este caso.

c) Finalmente, la CNMC justifica la publicación por razón de eficacia de la política de competencia y garantizar su aspecto disuasorio y lo hace sin haber realizado una ponderación de los bienes en conflicto. Ello determina la inexistencia de motivación y la falta de proporcionalidad

-Invoca la aplicación analógica del artículo 95 bis de la LGT respecto de los criterios para la publicación de la identidad de los defraudadores fiscales.

-Subraya que la eficacia de la política de competencia no es un bien constitucional, como lo es el respeto a la libre competencia y que el efecto disuasivo inherente a la imposición de la sanción no es incompatible con guardar el anonimato de los autores que no son personajes públicos.

III. Infracción del artículo 24 CE :

1. Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva:

-Invoca la STC 78/1996 y señala que el respeto a la tutela cautelar impone a la Administración no ejecutar sus actos hasta que haya recaído un pronunciamiento judicial sobre la petición de suspensión cautelar.

-La recurrente informó a la CNMC de su negativa a que se difundiera su identidad y su voluntad de interponer recursos jurisdiccionales para evitarlo, sin que su petición fuera atendida. La CNMC conocía el hecho de que iba a pedirse la suspensión cautelar del acto y sin esperar la resolución judicial, lo ejecutó.

2. Infracción del derecho a la presunción de inocencia.

-Invoca la jurisprudencia constitucional y del TEDH sobre el carácter penal de las sanciones en materia de competencia y de la necesidad de probar las conductas que se imputan dejando al margen la imposición de sanciones de forma objetiva, sin tener en cuenta la culpabilidad y el principio de responsabilidad personal.

-La activa participación de la recurrente en los hechos que la resolución recurrida atribuye a la recurrente, se limita a funciones de secretaría y documentación de acuerdos adoptados sin su intervención por los órganos de administración de la empresa infractora.

-En definitiva, no se motivó la acreditación de la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. El Ministerio Fiscal se pronunció señalando que no concurre ninguna de las violaciones de derechos fundamentales alegadas por lo que solicitó la desestimación de la demanda y la conformación de la resolución recurrida cuya fundamentación asume.

CUARTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones, que, expresamente solicitado por las partes, fue evacuado por las mismas.

QUINTO: Señalado el día 31 de enero de 2018 para la deliberación, votación y fallo ésta se pospuso finalmente al 16 de mayo, fecha en la que tuvieron lugar las actuaciones señaladas.

SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS



PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de fecha 26 de mayo de 2016 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en cuya virtud se acordó, en lo que a este procedimiento respecta:

1. Declarar a D^a Lidia 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^a Lidia , una multa de 4.000 euros

SEGUNDO: La recurrente plantea múltiples cuestiones relevantes vinculadas a una eventual vulneración de sus derechos fundamentales y más en concreto de los artículos 25, 24 y 18 de la CE .

En opinión de la recurrente y en esencia, una errónea interpretación y aplicación del artículo 63.2 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), ha provocado por parte de la resolución recurrida la infracción del principio de legalidad garantizado por el artículo 25 CE .

Ello se debe a la falta de concreción en la resolución sobre cuál ha sido la conducta típica cometida por la recurrente y el título de su imputación, dando lugar a una interpretación extensiva del artículo 63.2 LDC . Pone especial énfasis la recurrente en subrayar que no es una empresa y que por lo tanto su actuación queda al margen de los artículos 1 LDC y 101 TFUE .

Añade que esa falta de precisión y ambigüedad que atribuye a la resolución impugnada, podría incurrir en un bis in ídem prohibido por el citado artículo 25 CE .

En su invocación del artículo 18 CE que vincula al 37.1 de la LDC , la recurrente entrelaza sus argumentos con los esgrimidos en relación con la denunciada infracción del artículo 25 CE y la falta de concreción por parte de la CNMC respecto del título de imputación. Así, denuncia la calificación que de la recurrente hace la resolución recurrida como infractora, cuando a lo sumo sólo es participe en la infracción de la empresa, situación respecto de la que no existe habilitación legal para la publicación de la identidad de las personas físicas sancionadas, aunque sí exista para las personas jurídicas. La publicidad hecha mediante una nota de prensa evidencia con más claridad esta infracción, pues la inexistencia de habilitación legal en este caso se extiende también a las personas jurídicas sancionadas.

Desde la óptica del artículo 24 CE , se invoca la infracción del derecho a presunción de inocencia por falta de prueba sobre una actividad de la recurrente determinante de la comisión de la infracción y por otra parte se denuncia la indebida ejecución inmediata de la resolución sin esperar a la decisión judicial sobre la petición de suspensión cautelar de la misma.

TERCERO: Un examen lógico de las distintas cuestiones planteadas debe comenzar por el examen de la eventual infracción del artículo 25 de la CE pues en caso de estimarse el recurso por este motivo, resultaría innecesario continuar con las restantes alegaciones de la recurrente.

La redacción del artículo 63.2 de la LDC ciertamente no puede calificarse de satisfactoria, pues arroja algunas dudas sobre su ámbito de aplicación, títulos de imputación y la propia tipicidad de la conducta.

En nuestra sentencia de 14 de septiembre de 2017, recurso nº 10/2016 DF, propugnamos una interpretación estricta del precepto de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad.

En consecuencia, sostuvimos que los representantes legales de la persona jurídica infractora serán aquellos que ostenten dicha condición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, tomando en consideración las múltiples y variadas formas de personificación y tipología de las personas jurídicas infractoras que pueden admitirse.

Así, la noción de "representante legal" incorpora un plus respecto del mero representante, que llevaría a poder sancionar a cualquier persona física que hubiera actuado en nombre de la persona jurídica, por ejemplo, asistiendo a una reunión en la que se hubiera adoptado un acuerdo anticompetitivo.

En relación con la segunda categoría de infractores mencionados en el artículo 63.2 LDC "personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión", advertimos que no existe un concepto legal de esta figura y 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. De forma particular subrayamos el componente fáctico de este concepto y delimitamos la exigencia de responsabilidad por dicha vía, cuando se acredite que el órgano directivo ha intervenido en un acuerdo o decisión materialmente de carácter anticompetitivo.



En función de este planteamiento que expresamente reiteramos, pasamos a analizar en primer lugar la denunciada infracción del principio de legalidad.

CUARTO: Las exigencias vinculadas al artículo 25 CE, son sobradamente conocidas pues fueron objeto de desarrollo desde el inicio de la jurisprudencia constitucional (STC 18/1981). El principio de legalidad establecido por el artículo 25 CE, contiene una serie de garantías que se concretan en que solo puede imponerse una sanción si se fundamenta en una ley escrita, previa y cierta respecto de la realización de los hechos objeto de enjuiciamiento.

A ello debe unirse la regla de la aplicación restrictiva de las normas que tipifican las infracciones, pues las garantías del proceso penal son también aplicables al procedimiento administrativo sancionador, como proclama desde su inicio la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y lo corrobora con mayor contundencia el TEDH (sentencia de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini) y las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, asuntos, C-596/16 C, C-537/16 C y C-525/15, Di Puma, Garlsson Real Estate y Menci).

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 contemplen.
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.

Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que la debida reparación a la recurrente por causa de la publicación de la resolución impugnada que ahora se anula, queda satisfecha con la retirada de la página web de la CNMC de la resolución ahora anulada y de la subsiguiente nota de prensa emitida.

Además se impone a las CNMC su sustitución mediante la publicación en la misma página web de la presente sentencia y de una nota de prensa que le otorgue el mismo grado de publicidad que el dado en su día a la resolución sancionadora y a la nota de prensa subsiguiente, desestimando las demás peticiones reparadoras e indemnizatorias.

Las primeras, por exceder del objeto del presente proceso sin perjuicio del derecho de la recurrente a instar las rectificaciones que estime oportunas y las segundas por no haberse aportado parámetros de cuantificación.

SÉPTIMO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FA LLO

Estimamos el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 31/05/2018 doy fe.